

**REVISTA JURÍDICA
DE LA
COMUNIDAD DE MADRID**

OCTUBRE DE 2023



Revista Jurídica
de la Comunidad de Madrid



**Comunidad
de Madrid**

CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL
ABOGACÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional,
Asuntos Constitucionales y Estudios



Revista Jurídica
de la Comunidad de Madrid

Las opiniones expresadas por cada uno de los autores constituyen una manifestación de su derecho de libertad de expresión, sin pretender representar la posición institucional de la Comunidad de Madrid.

@ Comunidad de Madrid

Edita: Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7, 3ª planta – 28013 Madrid
Tel.: 91 580 42 86 – Fax: 91 580 42 69
E-mail: revjuridica@madrid.org

Octubre de 2023

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

- OCTUBRE DE 2023 -

Contenido

1. DISPOSICIONES COMUNITARIAS	4
2. DISPOSICIONES ESTATALES.....	4
3. DISPOSICIONES AUTONÓMICAS.....	6
4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	7
5. RESOLUCIONES JUDICIALES	8
5.1. Jurisdicción contencioso-administrativa	8
5.2. Jurisdicción social.....	9
6. OTRAS RESOLUCIONES.....	10
7. COMENTARIOS DOCTRINALES	12
7.1. El Gobierno telemático: precedentes. Su regulación con ocasión del proceso soberanista de Cataluña y reacción del Tribunal Constitucional. La legislación autonómica. La legislación local y estatal en tiempo de pandemia y su última reforma: el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio – Fernando Luque Regueiro (Letrado de la Comunidad de Madrid).....	12
7.2. Un supuesto especial en que las normas reguladoras del procedimiento de concesión directa de subvenciones participan de la naturaleza de acto administrativo – Cristina Recarte Llorens (Letrada de la Comunidad de Madrid).....	40
7.3. Significado de la culpa in vigilando en el derecho administrativo sancionador – Paloma Sanz Baos (Letrada de la Comunidad de Madrid).....	45

1. DISPOSICIONES COMUNITARIAS

- ***Reglamento (UE) 2023/2411 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativo a la protección de las indicaciones geográficas de productos artesanales e industriales y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2017/1001 y (UE) 2019/1753***: establece un sistema comunitario de protección de las indicaciones geográficas de productos artesanales e industriales, regulando el registro, la protección y los controles en relación con dichas indicaciones geográficas, así como las indicaciones geográficas inscritas en el registro internacional establecido con arreglo al Acta de Ginebra del Arreglo de Lisboa relativo a las Denominaciones de Origen y las Indicaciones Geográficas, administrada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (**DOUE de 27 de octubre de 2023**).

- ***Reglamento (UE) 2023/2419 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativo al etiquetado de los alimentos ecológicos para animales de compañía***: contempla requisitos específicos de etiquetado aplicables a los alimentos para animales de compañía elaborados de conformidad con las normas relativas a la producción ecológica de piensos recogidas en el Reglamento (UE) 2018/848, que deberán observarse para la utilización del logotipo de producción ecológica de la Unión Europea (**DOUE de 27 de octubre de 2023**).

- ***Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE***: establece un marco común para la armonización de determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a los contratos de crédito al consumo, en sustitución de la Directiva 2008/48/CE, quince años después. Entre otros aspectos, amplía su ámbito de aplicación a determinados contratos que habían quedado excluidos de la anterior directiva, como los contratos de crédito al consumo cuyo importe sea inferior a 200 euros u otros productos potencialmente perjudiciales debido a los elevados costes que conllevan o a los elevados gastos en caso de impago; establece normas de publicidad más estrictas; contempla medidas para prevenir el sobreendeudamiento; incorpora mejoras en la información de los créditos, y regula un derecho de desistimiento por parte de los consumidores en el plazo de catorce días naturales (**DOUE de 30 de octubre de 2023**).

2. DISPOSICIONES ESTATALES

- ***Real Decreto 758/2023, de 2 de octubre, por el que se convocan elecciones locales parciales 2023***: atendiendo a lo dispuesto en los arts. 113.2.d) y 181.1 LOREG, se convocan elecciones locales parciales el día 26 de noviembre de 2023 para (i) municipios en los que, por sentencia firme o por acuerdo de la junta electoral competente, se haya declarado la nulidad total o parcial de las elecciones celebradas el 28 de mayo de 2023 y (ii) municipios en los que no se presentaron candidaturas en las referidas elecciones locales de 28 de mayo de 2023 (**BOE nº 236, de 3 de octubre de 2023**).

- *Real Decreto 773/2023, de 3 de octubre, por el que se regulan los coadyuvantes tecnológicos utilizados en los procesos de elaboración y obtención de alimentos*: agrupa en un texto único, actualiza y revisa la regulación básica de los coadyuvantes tecnológicos, cuya regulación, hasta el momento, se encontraba dispersa en diversas normas que se derogan, y que, a diferencia de lo que sucede con los aditivos, enzimas y aromas alimentarios, no cuentan con una regulación armonizada en la Unión Europea (**BOE nº 237, de 4 de octubre de 2023**).

- *Real Decreto 785/2023, de 17 de octubre, por el que se desarrollan determinadas disposiciones de la Unión Europea que establecen medidas para responder a problemas específicos en los sectores de frutas y hortalizas y vitivinícola causados por fenómenos meteorológicos adversos y por las perturbaciones del mercado*: en el capítulo II contempla medidas aplicables a las regiones afectadas por fenómenos meteorológicos adversos en la primavera de 2023 que determinen las comunidades autónomas en su ámbito territorial, mientras que en el capítulo III introduce medidas aplicables al sector vitivinícola en todo el territorio nacional (**BOE nº 249, de 18 de octubre de 2023**).

- *Real Decreto 779/2023, de 10 de octubre, por el que se establece la comunicación de enfermedades de los animales de declaración obligatoria y se regula su notificación*: dictado al amparo de la habilitación contenida en la DF 5ª de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal, sustituye y deroga el anterior el Real Decreto 526/2014, de 20 de junio, adaptando la regulación al Reglamento (UE) 2016/429 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativo a las enfermedades transmisibles de los animales y por el que se modifican o derogan algunos actos en materia de sanidad animal, y ulteriores desarrollos. Su art. 3 establece el deber de notificación de las autoridades competentes de las CCAA al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de enfermedades emergentes, brotes secundarios y enfermedades específicas, en los plazos y con el contenido que se detallan (**BOE nº 255, de 25 de octubre de 2023**).

- *Real Decreto 792/2023, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte*: de aplicación a los deportistas, personas y entidades comprendidos en el art. 3 de la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, desarrolla dicha norma en 69 artículos estructurados en torno a un título preliminar y cinco títulos, respectivamente referidos a 1. Autorizaciones de uso terapéutico [en donde se regula su concesión por el Comité de Autorizaciones de Uso Terapéutico, incluyendo los requisitos al efecto, el procedimiento para su concesión, sus efectos y registro], 2. Prevención del dopaje [con un contenido limitado a dos preceptos, en los que se alude a la implantación de programas educativos], 3. Control del dopaje [regulándose la planificación de los controles, su realización y el «Pasaporte Biológico» de los deportistas], 4. Del Comité Sancionador Antidopaje [regulando someramente su funcionamiento y las resoluciones de los procedimientos sancionadores] y 5. Procedimiento para la imposición de sanciones disciplinarias en materia de dopaje. También cuenta con un anexo de definiciones (**BOE nº 255, de 25 de octubre de 2023**).

3. DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

- ***Decreto 243/2023, de 4 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se crea el Centro Regional de Enriquecimiento Educativo para el alumnado con Altas Capacidades Intelectuales de la Comunidad de Madrid y se establece su régimen jurídico y estructura:*** la creación de este centro tiene su génesis en el Programa de Enriquecimiento educativo para el alumnado con Altas Capacidades (PEAC), implementado desde el curso escolar 1999-2000 y articulado hasta la fecha mediante la suscripción de sucesivos convenios de colaboración con entidades sin ánimo de lucro para la realización de distintas actuaciones que incluyen sesiones de trabajo con alumnos, jornadas formativas para las familias y reuniones con los profesores tutores y los orientadores de los centros de referencia del alumnado. Tras la experiencia acumulada, se ha considerado adecuada la creación del Centro Regional de Enriquecimiento Educativo para el alumnado con Altas Capacidades Intelectuales de la Comunidad de Madrid (CREACIM), configurado como un centro docente público no universitario de titularidad de la Comunidad de Madrid, con sede administrativa en la ciudad de Madrid y sedes territoriales en diferentes municipios de la región, a fin de facilitar el desplazamiento del alumnado (**BOCM nº 238, de 6 de octubre de 2023**).

- ***Decreto 244/2023, de 4 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Vivienda, Transportes e Infraestructuras:*** se estructura en 1. Viceconsejería de Vivienda, Transportes e Infraestructuras, a la que se adscriben las siguientes direcciones generales: a) D.G. de Vivienda y Rehabilitación, b) D.G. de Transportes y Movilidad, c) D.G. de Carreteras, y d) D.G. de Infraestructuras de Transporte Colectivo, y 2. Secretaría General Técnica. La Administración institucional adscrita a esta consejería está integrada por a) el organismo autónomo mercantil Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid, b) el organismo autónomo mercantil Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid, c) la empresa pública Metro de Madrid, S.A., y d) la empresa pública Centro de Transportes de Coslada, S.A. (**BOCM nº 237, de 5 de octubre de 2023**).

- ***Decreto 245/2023, de 4 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad:*** se estructura en 1. Viceconsejería de Sanidad, a la que se adscriben las siguientes direcciones generales: a) D.G. de Salud Pública, b) D.G. de Inspección y Ordenación Sanitaria, c) D.G. de Investigación y Docencia, y d) D.G. de Humanización, Atención y Seguridad del Paciente, y 2. Secretaría General Técnica. La Administración institucional adscrita a esta consejería está integrada por a) el ente público Servicio Madrileño de Salud, b) la empresa pública con forma de entidad de derecho público Hospital Universitario de Fuenlabrada, c) el ente público Hospital Universitario Fundación de Alcorcón, y d) la empresa pública con forma de entidad de derecho público Unidad Central de Radiodiagnóstico (**BOCM nº 237, de 5 de octubre de 2023**).

- ***Decreto 246/2023, de 4 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura directiva del Servicio Madrileño de Salud:*** de conformidad con su art. 1, el órgano de gobierno del SERMAS es su Consejo de Administración, y el órgano de dirección del SERMAS es el Director General que, a su vez, será el titular de la

Viceconsejería de Sanidad. La estructura directiva, bajo la dirección del Director General, es la siguiente: a) D.G. Asistencial, b) D.G. de Coordinación Socio-Sanitaria, c) D.G. de Infraestructuras Sanitarias, d) D.G. de Recursos Humanos y Relaciones Laborales, e) D.G. de Gestión Económico-Financiera, f) D.G. de Aseguramiento, Adecuación y Supervisión Sanitaria, y g) Secretaría General. En la DA 2ª se detalla la organización del SERMAS y en la DA 3ª las fundaciones vinculadas al mismo (**BOCM nº 237, de 5 de octubre de 2023**).

- *Decreto 248/2023, de 11 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación, Ciencia y Universidades*: se estructura en 1. Viceconsejería de Política Educativa –a la que se adscriben las siguientes direcciones generales: a) D.G. de Educación Infantil, Primaria y Especial, b) D.G. de Educación Secundaria, Formación Profesional y Régimen Especial, c) D.G. de Educación Concertada, Becas y Ayudas al Estudio, y d) D.G. de Bilingüismo y Calidad de la Enseñanza-, 2. Viceconsejería de Universidades, Investigación y Ciencia –a la que se adscriben las siguientes direcciones generales: a) D.G. de Universidades y b) D.G. de Investigación e Innovación Tecnológica-, 3. Viceconsejería de Organización Educativa – a la que se adscriben las siguientes direcciones generales y de área: a) D.G. de Recursos Humanos, b) D.G. de Infraestructuras y Servicios, c) Dirección de Área Territorial de Madrid-Norte, d) Dirección de Área Territorial de Madrid-Sur, e) Dirección de Área Territorial de Madrid-Capital, f) Dirección de Área Territorial de Madrid-Este, y g) Dirección de Área Territorial de Madrid-Oeste-, 4. Dirección General de Enseñanzas Artísticas, y 5. Secretaría General Técnica. Por la DA 2ª se crea la Comisión de Digitalización de Educación como órgano de coordinación entre las Consejerías de Educación, Ciencia y Universidades y de Digitalización, para facilitar el ejercicio de las competencias que en materia de digitalización de la educación asume la segunda, a partir de la información que le proporcionen los órganos competentes en materia de educación. Se adscriben a esta Consejería los órganos colegiados que se detallan en la DA 3ª (**BOCM nº 244, de 13 de octubre de 2023**).

4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- *Eutanasia*: la **sentencia nº 94/2023, de 12 de septiembre, del Pleno del Tribunal Constitucional**, ha desestimado el **recurso de inconstitucionalidad 4313-2021**, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en relación con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. En primer lugar, rechaza los vicios imputados a la tramitación parlamentaria seguida por la norma, como proposición de ley por el trámite de urgencia durante la pandemia, y con la consiguiente omisión de informes inherentes a los proyectos de ley, extendiendo la fundamentación contenida al efecto en la STC 19/2023. En lo que respecta al fondo del asunto, también confirma la doctrina sentada en dicha STC 19/2023, que analizamos en la Revista Jurídica de abril de 2023, y en la que se consideró que el derecho a la vida del art. 15 CE y 2 CEDH debe leerse en conexión con la dignidad, como manifestación de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), al igual que con los derechos fundamentales a la integridad física y moral del art. 15 CE y con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE. Al

igual que aquella, cuenta con un voto particular concurrente y dos votos particulares discrepantes (**BOE nº 244, de 12 de octubre de 2023**).

- *Denegación de la solicitud de revisión de la totalidad del voto nulo no protestado por parte de la Junta Electoral Provincial de Madrid*: la **sentencia nº 95/2023, de 12 de septiembre, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional**, ha desestimado el **recurso de amparo electoral 5529-2023**, formulado por el Partido Socialista Obrero Español contra la sentencia nº 1105/2023, de 25 de agosto, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que desestimó a su vez el recurso contencioso-administrativo electoral 779-2023 interpuesto contra el acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Madrid en el proceso electoral de elecciones a las Cortes Generales del año 2023, por el que se procedió a la proclamación de los diputados electos en la provincia de Madrid para el Congreso de los Diputados, confirmando dicha resolución. La sentencia recuerda que en el derecho electoral rige el principio de conservación de los actos válidamente celebrados, así como la presunción de validez de los mismos. A continuación, puntualiza que el derecho de las candidaturas a revisar y examinar los votos nulos, declarado en la STC 159/2015, no es incondicionado, sino que su ejercicio exige alegar o acreditar irregularidades en el procedimiento electoral, aunque sea de manera meramente indiciaria. Finalmente, considera que la revisión de la totalidad de los votos nulos del conjunto de las mesas electorales de una circunscripción por parte de una junta electoral provincial, sin que existan al menos indicios de irregularidades en el procedimiento electoral, supone una desproporción entre la finalidad perseguida -la indagación de la verdadera voluntad de los electores manifestada en las urnas- y el medio empleado para su consecución -reiterar toda la labor escrutadora de los votos nulos- y que, desde la óptica de la proporcionalidad, la celeridad en el conocimiento de los resultados electorales definitivos, imprescindible para poder constituir en plazo las instituciones públicas, constituye un bien jurídico a proteger que igualmente debe ser tomado en consideración, máxime cuando la alternativa de permitir el derecho a reclamar sin más condiciones podría conducir a la presentación de reclamaciones generalizadas. Cuenta con un voto particular concurrente (**BOE nº 244, de 12 de octubre de 2023**).

5. RESOLUCIONES JUDICIALES

5.1. Jurisdicción contencioso-administrativa

- *Desestimación de la responsabilidad patrimonial del Estado por daños en la hostelería como consecuencia de la normativa del Covid-19*: la **sentencia nº 360/2023, de 31 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **procedimiento ordinario 453/2022**, ha desestimado el primero de los recursos en el que se demandaba la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños sufridos por una empresa del sector de la hostelería como consecuencia de la aplicación de la normativa aprobada para mitigar la propagación del Covid-19 y que impuso, entre otros extremos, la suspensión temporal de la actividad empresarial a la que se dedica la recurrente. La Sala rechaza la responsabilidad partiendo de una doble consideración: (i) la no concurrencia de los requisitos legales para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, pues aunque la normativa reguladora de los estados de alarma fue

declarada parcialmente inconstitucional por el Tribunal Constitucional, en la propia STC 148/2021 se declaraba que esa inconstitucionalidad no constituía por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial, y (ii) la existencia de un deber jurídico de soportar, al no tratarse de daños antijurídicos, sino derivados de unas medidas consideradas como necesarias, adecuadas y proporcionadas a la gravedad de la situación

- *Equiparación de las parejas de hecho a los matrimonios a los efectos de su consideración de familia numerosa*: la **sentencia nº 1305/2023, de 23 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso de casación 8534/2021**, ha equiparado las parejas de hecho a los matrimonios a los efectos de la obtención del título de familia numerosa y de su disfrute tanto por los hijos como por los progenitores, siendo el único requisito la inscripción en un registro de uniones de hecho para acreditar la convivencia. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que el art. 2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, al determinar los requisitos para ser consideradas como tales, alude a los cónyuges y al vínculo conyugal, pero sin hacer referencia a convivientes en análogas situaciones de afectividad. La sentencia toma en consideración la antigüedad de la norma, considera que debe hacerse una interpretación actualizada e integradora de la misma, partiendo del art. 39.1 CE, que ordena a los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de las familias, y afirma que es precisamente la familia la base y objeto de protección de la ley, *“sin que el vínculo conyugal o matrimonial tenga efectos constitutivos de la condición de familia numerosa, de ahí que pueda serlo una familia monoparental e, incluso, la formada por hermanos huérfanos. El vínculo conyugal se justifica como garantía formal de que hay una convivencia familiar estable e indefinida en el tiempo: ofrece seguridad, certeza, de cara al acceso al conjunto de beneficios derivados de la condición de familia numerosa. Al ser esa familia la base del sistema de familias numerosas y la función del vínculo conyugal la expuesta, no cabe excluir a la unión de hecho de los progenitores, ahora bien, ese hecho, para que produzca efectos jurídicos debe tener publicidad formal, de ahí que deba inscribirse en un registro de uniones de hecho. Con esa inscripción hay garantía formal de la realidad de una convivencia more uxorio tratándose de convivientes que no desean contraer matrimonio”*.

5.2. Jurisdicción social

- *Aplicación del SMI a los representantes de comercio y profesiones análogas por cuenta ajena*: la **sentencia nº 725/2023, de 10 de octubre, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo**, dictada en el **RCUD 4537/2022**, ha confirmado el criterio sentado en instancia por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, que declaró que el salario mínimo interprofesional se aplica también a la relación laboral especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas y, en concreto, que se aplica al cálculo de la indemnización por despido improcedente. A tales efectos, el Alto Tribunal pone en conexión el art. 27 ET, regulador del SMI, con el derecho a la remuneración suficiente del art. 35.1 CE, teniendo en cuenta que los reales decretos que fijan anualmente dicho salario mínimo establecen su cuantía *“para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios”*. Adicionalmente, el art. 1.2.a) del RDL 3/2004, de 25 de junio, vinculó el SMI con *“el salario del trabajador en los términos y condiciones establecidos en las*

normas reguladoras de las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 ET". Y, finalmente, aunque el RD 1438/1985 no impone la íntegra aplicación supletoria del ET, su art. 12 sí alude a la de los derechos y deberes laborales "básicos" reconocidos en el ET, entre los cuales se encuentra, en el art. 4.2.f), el derecho de los trabajadores a la percepción puntual de la remuneración pactada o "*legalmente establecida*", como es el SMI. Con ello, este pronunciamiento revisa y se aparta de la doctrina sentada en la STS de 24 de febrero de 1983, que rechazó que a los representantes de comercio les resultara de aplicación la común normativa sobre salarios mínimos, si bien puntualizando que dicha resolución falló sobre la anterior regulación reglamentaria de la relación laboral especial de los representantes de comercio, conformada por el RD 2033/1981, y no por el vigente RD 1438/1985.

- *Derecho a paro de una empleada del hogar con anterioridad al cambio normativo*: la **sentencia de 10 de octubre de 2023, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia**, dictada en el **recurso de suplicación 566/2023**, ha reconocido el derecho de una empleada del hogar a percibir prestaciones por desempleo contributivo antes de la entrada en vigor del RDL 16/2022, a pesar de que la legislación vigente en el momento de la solicitud no lo permitía, con fundamento en la perspectiva de género –pues el colectivo al que pertenece la demandante está "*fuertemente feminizado, pues las mujeres representan el 95,53 % del total*"- y en el hecho de que dicha normativa anterior era contraria al derecho comunitario, como declaró la sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022, dictada en el asunto C-389/20, y que propició el cambio normativo en España.

6. OTRAS RESOLUCIONES

- *Instrucción 8/2023, de 5 de octubre, de la Junta Electoral Central, sobre Juntas Electorales competentes y otros extremos en relación con las elecciones locales parciales convocadas por Real Decreto 758/2023, de 2 de octubre, a celebrar el 26 de noviembre de 2023*: entre otras cuestiones, se determina que las juntas electorales provinciales y de zona competentes, el censo electoral, las secciones, locales y miembros de las mesas electorales serán los mismos que los de las elecciones de 28 de mayo de 2023. Y ello por cuanto que las elecciones locales parciales no constituyen un proceso independiente de las elecciones locales, por lo que tampoco dan lugar al nacimiento del derecho a la percepción del anticipo por subvenciones electorales del art. 127 bis LOREG (**BOE nº 240, de 7 de octubre de 2023**).

- *Resolución de 23 de octubre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2024*: publica la relación de fiestas laborales remitida por las diecisiete CCAA más las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, conforme a lo dispuesto en el art. 45.4 del RD 2001/1983, de 28 de julio. En el caso de la Comunidad de Madrid, *vid.* Decreto 242/2023, de 27 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen las fiestas laborales para el año 2024 en la Comunidad de Madrid, examinado en la Revista Jurídica de septiembre de 2023 (**BOE nº 257, de 27 de octubre de 2023**).

- ***Resolución de 28 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid, por la que se publica el listado de bienes inmuebles de la Comunidad de Madrid que, a tenor de lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley 8/2023, de 30 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid cuentan con la protección de bien de interés cultural***: se trata del listado de bienes inmuebles que, habiendo sido incoados como bienes de interés cultural con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no fueron resueltos expresamente y forman parte del patrimonio cultural de la Comunidad de Madrid, por lo que están sujetos al régimen de protección que la citada ley confiere a los Bienes de Interés Cultural (**BOCM nº 240, de 9 de octubre de 2023**).

- ***Acuerdo de 11 de octubre de 2023, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se aprueba definitivamente la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, para la ampliación del catálogo de edificios protegidos***: amplía el Catálogo de Edificios Protegidos a 736 nuevos inmuebles, que se encontraban en los supuestos que se detallan en el mismo (**BOCM nº 249, de 19 de octubre de 2023**).

- ***Acuerdo de 18 de octubre de 2023, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, sobre incremento retributivo adicional del personal al servicio del sector público de la Comunidad de Madrid para 2023***: fija, para el año 2023, y con efectos desde el 1 de enero, un incremento adicional de las retribuciones íntegras del personal al servicio del sector público de la Comunidad de Madrid contemplado en el artículo 21.1 de la Ley 4/2021, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2022, prorrogada para el año 2023, del 0,5% respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2022, en términos de homogeneidad para los dos períodos de comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo, de forma que la suma de ambos consolide, en todo caso, un incremento retributivo para el ejercicio 2023 del 3% (**BOCM nº 252, de 23 de octubre de 2023**).

7. COMENTARIOS DOCTRINALES

7.1. El Gobierno telemático: precedentes. Su regulación con ocasión del proceso soberanista de Cataluña y reacción del Tribunal Constitucional. La legislación autonómica. La legislación local y estatal en tiempo de pandemia y su última reforma: el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio – *Fernando Luque Regueiro (Letrado de la Comunidad de Madrid)*¹

I. El Gobierno telemático en el contexto de la denominada Administración electrónica.

El artículo 103 de la Constitución Española exige que la Administración Pública actúe de acuerdo con el principio de eficacia. Tal principio requiere la adaptación de la Administración Pública a los avances tecnológicos servidos por la ciencia.

Ya la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, fue consciente de esta circunstancia, de modo que propugnó en su artículo 45 como principio, ciertamente programático, el impulso al empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos por parte de la Administración en el desarrollo de su actividad y en beneficio del ejercicio de sus competencias, así como para permitir a los ciudadanos relacionarse con las Administraciones, cuando fuese compatible, con los “*medios técnicos de que dispongan*”².

La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, supuso un avance, al menos teórico, en la materia, consagrando la relación con las Administraciones Públicas por medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos y una obligación correlativa para tales Administraciones.

En dicho contexto se enmarcan los prolegómenos de la incorporación de los medios electrónicos en el funcionamiento de los órganos colegiados administrativos.

Efectivamente, la disposición adicional primera de la referida ley permitió por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la constitución de los órganos colegiados y la adopción de sus acuerdos utilizando medios electrónicos, sujetándose, eso sí, a los

¹ En la actualidad ocupa el puesto de Subdirector General de lo Consultivo en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

² Junto a ello, se establecieron otras previsiones en esa misma línea de tecnificación, como la informatización de registros y archivos del artículo 38, en su versión inicial y posteriormente, en la redacción otorgada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al permitir el establecimiento de registros telemáticos para la recepción o salida de solicitudes, escritos y comunicaciones por medios telemáticos. Asimismo, la misma Ley 24/2001 modificó el artículo 59 permitiendo la notificación por medios telemáticos si el interesado hubiera señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente.

requisitos de las convocatorias, sesiones y actas referidos en los artículos 26 y 27 de la entonces vigente Ley 30/1992.

Para el ámbito de la Administración General del Estado se establecían ciertas cautelas en orden a garantizar el buen funcionamiento de las reuniones celebradas por medios electrónicos, la participación de los miembros según las disposiciones rectoras de cada órgano colegiado, y la constancia de las comunicaciones y acceso de los miembros a los acuerdos adoptados³.

Posteriormente, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ofreció continuidad a ese proceso de modernización administrativa sobre la idea de que la tramitación electrónica había de constituir la actuación habitual de las Administraciones. En este sentido, se estableció, en su artículo 14, la obligación para determinados sujetos de relacionarse electrónicamente con la Administración⁴.

Por su parte, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, desarrolló las previsiones antes apuntadas respecto de los órganos administrativos colegiados⁵, de manera que su artículo 17 dispuso que aquellos “*se podrán constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a distancia, salvo que su reglamento interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario*” (art. 17.1, párrafo primero). Por tanto, se normalizó el funcionamiento a distancia de los órganos colegiados salvo prohibición en contrario, y no

³ En el apartado segundo de la referida disposición adicional primera se leía lo siguiente: “*En la Administración General del Estado, lo previsto en el apartado anterior se efectuará de acuerdo con las siguientes especialidades:*

a) *Deberá garantizarse la realización efectiva de los principios que la legislación establece respecto de la convocatoria, acceso a la información y comunicación del orden del día, en donde se especificarán los tiempos en los que se organizarán los debates, la formulación y conocimiento de las propuestas y la adopción de acuerdos.*

b) *El régimen de constitución y adopción de acuerdos garantizará la participación de los miembros de acuerdo con las disposiciones propias del órgano.*

c) *Las actas garantizarán la constancia de las comunicaciones producidas así como el acceso de los miembros al contenido de los acuerdos adoptados”.*

⁴ Su exposición de motivos contiene la siguiente justificación: “*una Administración sin papel basada en un funcionamiento íntegramente electrónico no sólo sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes a ciudadanos y empresas, sino que también refuerza las garantías de los interesados. En efecto, la constancia de documentos y actuaciones en un archivo electrónico facilita el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, pues permite ofrecer información puntual, ágil y actualizada a los interesados”.*

⁵ “*El artículo 17 de la LRJSP desarrolla la tímida previsión recogida en la Disposición adicional primera de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que contemplaba la posibilidad de que los órganos colegiados pudieran constituirse y adoptar acuerdos utilizando medios electrónicos (...)*”. TAJADURA TEJADA, Idoia, en “*Régimen Jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*”, coordinada por RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel. Thomson Reuters Aranzadi. 2016. Pág.1070.

se diseñó como algo puntual o excepcional, sino que se configuró como lo ordinario en los órganos colegiados.

Se especificó además que en las sesiones que celebraran los órganos colegiados a distancia, sus miembros podrían encontrarse en distintos lugares (art. 17.1, párrafo segundo) sin previsión de que debieran hallarse en el ámbito territorial de la Administración a la que pertenecieran.

Tales planteamientos, funcionamiento telemático ordinario y presencia de los miembros en distintos lugares, fueron trasladadas, como veremos después, a la regulación catalana rectora de los órganos de Gobierno, con la intencionalidad clara de dar cobertura a un contexto político determinado (el denominado *proceso soberanista de Cataluña* en sus inicios).

En cualquier caso, la regulación general de los órganos colegiados presumía que los acuerdos telemáticos se entienden adoptados en el lugar donde tenga la sede el órgano colegiado⁶ y, en su defecto, donde esté ubicada la presidencia (art. 17.5).

Se exigen, por otro lado, unas cautelas mínimas, pues ha de asegurarse la identidad de los miembros o personas que los suplan, el contenido de sus manifestaciones, el momento en que éstas se producen, así como la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión.

Asimismo, se identifican como medios electrónicos válidos el correo electrónico, las audioconferencias y las videoconferencias (art. 17.1, párrafo segundo), aunque no se trata de un listado *numerus clausus*, ya que podrán utilizarse cualesquiera otros medios distintos siempre que tengan un nivel de seguridad análogo.

Se disponen también varias reglas especiales. Así, la relativa a las convocatorias de los órganos colegiados, que deberán remitirse a sus miembros a través de medios electrónicos “*salvo que no resulte posible*”⁷ (art. 17.3, párrafo segundo), o la norma referida a la expedición de certificaciones de los acuerdos que, como regla general, se realizará por medios electrónicos “*salvo que el interesado manifieste expresamente lo contrario y no tenga obligación de relacionarse con las Administraciones por esta vía*”.

En una primera aproximación podría pensarse que las reglas descritas serían igualmente aplicables al Gobierno de la Nación o a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales. Sin embargo, esto fue negado

⁶ En este punto la doctrina señala que se trata de una “*circunstancia que resulta de indudable importancia en muchos aspectos por cuanto puede determinar la normativa aplicable, el fuero judicial, etc (...)*”. TAJADURA TEJADA, Idoia, en “*Régimen Jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*”, coordinada por RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel. Thomson Reuters Aranzadi. 2016. Pág.1076.

⁷ Lo que ha sido criticado por Idoia Tajadura Tejada en *opus* citada, por considerar que en la expresión “*salvo que no resulte posible*”, “*se enuncia de una manera tan genérica e imprecisa que permitirá excepcionar en muchos casos la exigencia de utilización de medios electrónicos*”. Pág.1072.

expresamente por la disposición adicional vigesimoprimera de la propia Ley 40/2015, que se guardó de excluir expresamente de tales normas a aquellos órganos gubernamentales.

Ciertamente la exposición de motivos de la misma ley ya aventuraba una previsión de utilización de medios telemáticos por los órganos gubernamentales estatales, al señalar que *“de acuerdo con el propósito de que la tramitación telemática alcance todos los niveles del Gobierno, se prevé que el Ministro de la Presidencia pueda dictar instrucciones para la tramitación de asuntos ante los órganos colegiados del Gobierno que regulen la posible documentación de propuestas y acuerdos por medios electrónicos”*, lo que tuvo su reflejo en la modificación del artículo 9.4⁸ de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que hace referencia genérica a esa posibilidad y describe el contenido de esas eventuales instrucciones en el sentido de que han de prever *“expresamente la forma de documentar las propuestas y acuerdos adoptados por medios electrónicos, que deberán asegurar la identidad de los órganos intervinientes y la fehaciencia del contenido”*.

Resulta, a nuestro juicio, extraña e inapropiada la señalada previsión desde un punto de vista formal, ya que no se plantea una remisión a una futura norma de rango legal ni tan siquiera reglamentaria como hubiera sido lo ortodoxo, sino que se relega a una mera instrucción, cuando ésta, en verdad, carece de rango normativo en sentido estricto. Tal circunstancia no recabó, sin embargo, ningún reparo en el dictamen que emitió el Consejo de Estado⁹ al correspondiente anteproyecto de ley.

Desde un punto de vista material también dicha regulación resulta criticable a la luz de la doctrina constitucional que posteriormente fue asentada, en cuanto que no se prevé ningún límite a la constitución y adopción de acuerdos de forma telemática ni se contempla expresamente el carácter excepcional del Gobierno telemático.

II. La utilización de medios telemáticos en otros ámbitos.

Antes de abordar el análisis del uso de los medios telemáticos en los órganos gubernamentales resulta de interés vislumbrar una panorámica general del empleo de los mismos en la esfera judicial y parlamentaria.

En el ámbito de la Administración de Justicia su modernización se erigió en uno de los puntos capitales del Pacto de Estado para la reforma de la Justicia, de 28 de mayo de

⁸ El artículo 9.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, se expresa en los siguientes términos: *“De conformidad con las funciones que tiene atribuidas y de acuerdo con las normas que rigen la elaboración de las disposiciones de carácter general, el Secretariado del Gobierno propondrá al Ministro de la Presidencia la aprobación de las instrucciones que han de seguirse para la tramitación de asuntos ante los órganos colegiados del Gobierno y los demás previstos en el apartado segundo de este artículo. Las instrucciones preverán expresamente la forma de documentar las propuestas y acuerdos adoptados por medios electrónicos, que deberán asegurar la identidad de los órganos intervinientes y la fehaciencia del contenido”*.

⁹ Dictamen 274/2015, de 29 de abril, sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

2001¹⁰, plasmándose en el artículo 230 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que a su vez fue evolucionando a través de sus sucesivas reformas.

En un primer momento se estableció la posibilidad de que los Juzgados y Tribunales utilizaran cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y para el ejercicio de sus funciones¹¹. En el año 2015 (dando cumplimiento al punto 12.d del referido Pacto de Estado) se dispuso la obligación de su utilización para dichos órganos judiciales¹², y finalmente, en el 2018, se impuso la obligación de relacionarse con la Administración de Justicia a través de medios técnicos a quienes demandaran la tutela judicial de sus derechos e intereses¹³.

En el ámbito parlamentario también se fueron introduciendo progresivamente medidas que permitían el voto personal en las sesiones plenarias por un procedimiento no presencial.

Así, el Reglamento del Congreso de los Diputados añadió tal posibilidad a través de su reforma de 2 de agosto de 2011, si bien, como señala su exposición de motivos, limitado a supuestos tasados y siempre que se asegurara un procedimiento telemático con verificación personal. Esos supuestos tasados se redujeron, en principio, a los casos de embarazo, maternidad, paternidad o enfermedad grave, y su virtualidad se sujetaba a la previa autorización de la Mesa de la Cámara una vez valoradas las especiales circunstancias concurrentes¹⁴.

Posteriormente se ampliaron esos supuestos a través de una nueva reforma de su Reglamento, de 26 de mayo de 2022, justificándose en el hecho de que el funcionamiento del procedimiento de voto telemático en el Congreso de los Diputados se había consolidado técnicamente en el periodo de restricciones derivadas de la pandemia del Covid-19. De esta manera se incorporó la posibilidad del voto por procedimiento telemático en aquellos casos en los que los parlamentarios debían ausentarse de la votación en una sesión plenaria

¹⁰ Su punto 12.d apuntaba a estos efectos que “*se implantará de manera generalizada el uso de las nuevas tecnologías y se mejorarán los medios materiales dispuestos a tal fin. Se modificará el art. 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial pasando de la “posibilidad” de uso de los medios informáticos y telemáticos a la “obligatoriedad” de la implantación y uso de estos sistemas en todos los órganos jurisdiccionales y entre quienes profesionalmente se relacionan con la Administración de Justicia*”.

¹¹ En esta línea, su redacción originaria y su modificación por Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre.

¹² Así lo impuso la redacción del artículo 230 otorgada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

¹³ En este sentido, la reforma del mismo artículo 230 llevada a cabo por la Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre.

¹⁴ Análogo sistema se establece en el Reglamento de la Asamblea de Madrid, de 7 de febrero de 2019, en su artículo 16.3: “*En los casos de embarazo, maternidad, paternidad o enfermedad grave, debidamente acreditada, cuando el Diputado esté impedido para el desempeño de la función parlamentaria, la Mesa de la Asamblea, atendidas las especiales circunstancias concurrentes, autorizará mediante acuerdo motivado que emita el voto por un procedimiento telemático, con comprobación personal, respecto de los asuntos incluidos en el orden del día de las sesiones plenarias a las que no pueda asistir el miembro de la Cámara y para las votaciones ordinarias o públicas por llamamiento en las que sea previsible el modo y el momento en que se llevarán a cabo*”.

para cumplir con compromisos de representación institucional en foros internacionales en el extranjero.

En el Reglamento del Senado se siguió un camino similar, mediante la reforma de 21 de noviembre de 2013, para los casos de embarazo, maternidad, paternidad o enfermedad grave, aunque su posterior reforma de 27 de abril de 2022 amplió considerablemente esos supuestos a “*situaciones excepcionales o imprevisibles suficientemente acreditadas que impidan la presencia en dichas sesiones como pueden ser accidentes, motivos de salud o asistencia a reuniones internacionales*” sujetándose a la previa autorización de la Mesa de la Cámara. Se añadieron, sin embargo, a través de la misma reforma, otras situaciones extraordinarias en las que era suficiente la autorización del voto electrónico por la Presidencia de la Cámara, como en casos de catástrofes, calamidades, crisis sanitarias, paralización de los servicios públicos esenciales para la comunidad, así como en aquellos casos excepcionales en los que el Palacio del Senado no pudiera acoger la normal actividad parlamentaria.

III. Precedentes del Gobierno telemático.

Los primeros pasos hacia un Gobierno telemático se dieron en el ámbito autonómico, siendo su precursora Andalucía a través de su Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Su exposición de motivos explicaba que se pretendía una regulación más flexible y moderna del funcionamiento del Gobierno, “*abordando la previsión de utilización de medios telemáticos en la actuación del Consejo de Gobierno tanto para la celebración de las reuniones sin necesidad de presencia en el mismo lugar de sus miembros, como para la transmisión de información y documentación*”.

En efecto, su artículo 33, bajo la rúbrica “*utilización de medios telemáticos*” estableció que el Consejo de Gobierno podía utilizar redes de comunicación a distancia o medios telemáticos para su funcionamiento. A estos efectos se preveía el establecimiento de los mecanismos necesarios para garantizar la identidad de los comunicantes y la autenticidad de los mensajes, informaciones y manifestaciones verbales o escritas transmitidas.

Debe anotarse que dicho precepto no alude expresamente a la constitución y toma de acuerdos de manera no presencial, aunque debe comprenderse de manera implícita tal posibilidad si tomamos como referencia la justificación mencionada en la exposición de motivos y la regla prevista en el mismo artículo 33 (apartado segundo), en la que se ordenaba a la persona titular de la Secretaría del Consejo de Gobierno que dejara constancia en el acta de la sesión de la circunstancia de que la reunión se había celebrado con miembros del Consejo de Gobierno no presentes en un mismo lugar.

Finalmente se contemplaba la posibilidad de transmisión al Consejo de Gobierno de información y documentación por medios telemáticos, así como la remisión, por estos mismos medios, de las decisiones y certificaciones de los acuerdos del Consejo de Gobierno a los órganos destinatarios de las mismas.

El precedente andaluz tuvo su trasunto en el artículo 15.3 de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y Gobierno de Aragón, en el que, ya de manera expresa, se afirmaba que el Gobierno podía constituirse y adoptar acuerdos mediante el uso de medios telemáticos. En su artículo 18 se reitera la misma regla andaluza según la cual el Secretario del Consejo de Gobierno había de hacer constar en acta la circunstancia de que la reunión se había celebrado sin la presencia de alguno de sus miembros.

No puede sustraer nuestra atención el hecho de que ambas regulaciones autonómicas configuren la posibilidad de reunión telemática del Consejo de Gobierno sin limitación alguna, sin acotarlo a la concurrencia de circunstancias excepcionales, pues tal panorama entraría en contradicción con la doctrina sobrevenida del Tribunal Constitucional sobre la materia, en los términos que después analizaremos.

También ha de señalarse una primera regulación en Cataluña, a través de su Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalidad y del Gobierno. Se realiza en este caso un tratamiento más tímido que los anteriores en su artículo 35, limitándose a prever la posibilidad de uso de medios telemáticos por el Consejo de Gobierno y otros órganos de asistencia y apoyo al Gobierno, pero sólo para la emisión y recepción de comunicaciones, así como para la comunicación de las decisiones y acuerdos del Gobierno, sin alcanzar por tanto, al núcleo duro de su funcionamiento, esto es, a la constitución del propio órgano y la toma de acuerdos en su seno.

IV. La regulación del Gobierno telemático con ocasión del *proceso soberanista de Cataluña*.

El punto de inflexión en la materia que nos ocupa vino impuesto por la regulación catalana enmarcada en el denominado *proceso soberanista de Cataluña*. Efectivamente, ante la huida de España del entonces candidato a la Presidencia de la Generalitat con destino a Bélgica (el 30 de octubre de 2017), para eludir los pronunciamientos de la Justicia que le afectaban, y su permanencia en aquel país, se diseñó una modificación de la precitada Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalidad y del Gobierno, mediante la Ley 2/2018, de 8 de mayo.

Para la consecución del *procés* en dicho contexto se hacían necesarias dos medidas. De un lado, la posibilidad de la celebración de la sesión de investidura del candidato a la Presidencia de la Generalitat sin su presencia o asistencia personal; de otro, la constitución, la celebración de reuniones y adopción de acuerdos del Consejo de Gobierno sin la presencia de alguno de sus miembros en su sede, permitiéndose que se encontraran en cualquier otro lugar en el entendido de que iban a permanecer fuera del ámbito territorial autonómico y estatal durante un tiempo.

Lo primero tuvo su plasmación en el artículo 4.3 de la Ley 13/2008, de modo que se permitía autorizar al Pleno, por mayoría absoluta, un debate de investidura sin la presencia e intervención *in situ* del candidato, pudiendo presentar el programa y solicitar la confianza de la Cámara por escrito u otros medios. Tal posibilidad no sólo se limitaba al caso de enfermedad, circunstancia claramente justificable, sino al supuesto de ausencia

-situación ciertamente extravagante por la prioridad de presencia que ha de suponerse a quien tiene intención de ser presidenciable- o en lo que se denominó lacónicamente “*impedimento del candidato*”¹⁵, concepto jurídico indeterminado tan amplio que podía comprender cualquier circunstancia.

Lo segundo se incorporó añadiendo cuatro apartados al artículo 35 de la mencionada Ley 13/2008¹⁶, en los que afloraban los siguientes puntos controvertidos. En primer lugar, se configuraba la celebración de reuniones del Consejo de Gobierno a distancia como algo ordinario y no como un supuesto excepcional (art. 35.3). En segundo término, se afirmaba que los miembros del Gobierno no presentes podían hallarse “*en diferentes lugares*”, siguiendo la dicción del artículo 17.1 de la Ley 40/2015 respecto de los órganos colegiados administrativos, lo que permitía en verdad –y ésta era la intención- que se hallaren más allá de su sede, incluso fuera del ámbito territorial de Cataluña o de España (art. 35.4). Finalmente se dispuso de manera expresa que a los miembros del Gobierno no presentes se les excluiría de la aplicación del régimen de suplencias previsto en la propia Ley 13/2008 (y respecto del Presidente, del régimen de suplencia expresamente prescrito en el Estatuto de Autonomía de Cataluña).

Es imperativo destacar en este punto la valentía del Dictamen 1/2018, de 26 de abril, del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, que analizó muy críticamente la Proposición de Ley de modificación de la Ley 13/2008, previamente a su aprobación.

Efectivamente, respecto de la posibilidad de que el candidato a la Presidencia presentara en la sesión de investidura el programa de Gobierno y la solicitud de confianza de la Cámara “*por escrito o por cualquier otro medio previsto en el Reglamento*” se argumentaron distintos óbices por parte del Consejo.

¹⁵ La dicción empleada por el referido artículo 4.3 fue la siguiente: “*En caso de ausencia, enfermedad o impedimento del candidato o candidata en la fecha de la sesión de investidura, el Pleno puede autorizar, por mayoría absoluta, que el debate de investidura se celebre sin la presencia o sin la intervención del candidato o candidata, que en ese caso puede presentar el programa y solicitar la confianza de la cámara por escrito o por cualquier otro medio previsto en el Reglamento*”.

¹⁶ “3. *El Gobierno y los demás órganos colegiados comprendidos en el ámbito de la presente ley pueden constituirse, convocar y celebrar sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a distancia, salvo que su reglamento interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario.*

4. *En las sesiones que los órganos colegiados celebren a distancia, sus miembros pueden encontrarse en distintos lugares, siempre y cuando se asegure por medios electrónicos, considerándose también tales los telefónicos y audiovisuales, la identidad de los miembros, y de las personas que les suplan, el contenido de sus manifestaciones y el momento en que estas se producen, así como la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión. Entre otros, se consideran incluidos entre los medios electrónicos válidos el correo electrónico, las audioconferencias y las videoconferencias.*

5. *Lo determinado en el apartado 4 es de aplicación en todo caso a las deliberaciones y decisiones del Gobierno con preferencia a lo establecido en el artículo 28.2, computándose a efectos del cómputo del quorum tanto la asistencia presencial como la participación a distancia.*

6. *Cuando los miembros del Gobierno emplean medios telemáticos para despachar los asuntos y ejercer las funciones que les corresponden, se entiende que no se da el supuesto de ausencia a que se refieren los artículos 6.1, 12.1.k, 14.5, 15.4 y 20”.*

Se consideró, en primer lugar, que ésta era una materia que se integraba dentro del ámbito reservado al reglamento parlamentario, vulnerándose así el principio constitucional y estatutario de autonomía parlamentaria, en cuanto principio basilar en todo Estado Democrático de Derecho¹⁷.

Se apreció igualmente que incurría en una clara contradicción con el reglamento parlamentario vigente, que exigía la presentación oral del programa en la sesión de investidura. Es más, el reglamento parlamentario preveía expresamente la existencia de un debate, lo que implicaba que no podría realizarse en ausencia del candidato¹⁸.

¹⁷ “El reglamento parlamentario regula materias específicas, directamente conectadas con su función de garantía de la autonomía parlamentaria. Lo que se pretende con dicha atribución exclusiva es evitar que agentes o instituciones externas, ya sea el Gobierno o cualquier otro que se haya previsto, puedan intervenir en la regulación de cuestiones que afectan directa o indirectamente a la autonomía de la Cámara. Por ello, estas materias están vetadas a la ley, la cual, por su propia naturaleza, comporta una intervención exterior, tanto en la fase de iniciativa como en la tramitación posterior e, incluso, en su etapa final de integración en el ordenamiento y de eficacia. Será suficiente con recordar, por ejemplo, las facultades de que dispone el Gobierno en el procedimiento legislativo para oponerse a la tramitación de determinadas iniciativas o enmiendas, previstas en el caso de Cataluña en los artículos 113 y 119 RPC. (...)”

Por las razones expuestas, los reglamentos parlamentarios se integran en el sistema de fuentes del derecho de conformidad con sus características específicas de normas primarias. Así, respecto a las leyes, mantienen una relación que no puede determinarse según el clásico principio de jerarquía, ni tampoco por el principio de sucesión de normas en el tiempo (lex posterior derogat priori). Consiguientemente, la posible colisión entre normas contenidas en unos y otras habrá de resolverse utilizando otros criterios, en particular el de competencia. Es decir, la ley no puede regular válidamente materias que están protegidas por la reserva de reglamento parlamentario, del mismo modo que este tampoco puede ir más allá del ámbito que tiene estrictamente reservado. Y, si fuera así, sería procedente que el juez o tribunal que tuviera que aplicar la mencionada ley se abstuviese de hacerlo, planteando la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. De hecho, en este ámbito, la norma parlamentaria dispone de fuerza pasiva incluso ante leyes posteriores, y únicamente puede ser modificada mediante el procedimiento de reforma que le corresponda”.

¹⁸ “la norma dictaminada interfiere claramente en el contenido del artículo 149 RPC, en la medida en que regula aspectos primordiales de la articulación del procedimiento de elección del presidente o presidenta de la Generalitat en sede parlamentaria.

Pero es que, además, lo hace en clara contraposición con la regulación reglamentaria actualmente vigente, que se ocupa de la cuestión. En efecto, respecto a la posibilidad de presentar el programa de gobierno por escrito, a la que alude el artículo 4.2 LPGG propuesto, debemos recordar que el artículo 149 RPC exige una presentación oral del programa, ya que no puede ser otro el sentido de la expresión «el candidato presenta, sin límite de tiempo, el programa de gobierno» (art. 149.1, segundo inciso). Lo mismo podemos decir de la frase «[e]l candidato puede hacer uso de la palabra tantas veces como lo solicite» (art. 149.2) y de las continuas referencias a las respuestas que puede dar a los intervinientes.

Más importante aún es el hecho de que el Reglamento prescribe la celebración de una sesión específica para la investidura, en la que hay un «debate». En otras palabras, una sesión en la que el candidato o candidata se enfrenta y responde dialécticamente a las intervenciones de los representantes de los grupos parlamentarios (que también deben ser orales, ya que disponen de un tiempo de treinta minutos para hacerlo). Por tanto, un debate con asistencia presencial en el que la oralidad y la inmediatez son elementos sustanciales, con posibles réplicas y contrarréplicas, y en el que la sesión puede suspenderse durante un tiempo no superior a las veinticuatro horas (art. 149.1 y .2 RPC).

Este debate no podría realizarse con una presentación del programa hecha por escrito en ausencia del candidato. Si bien el texto de la Proposición de ley mantiene silencio sobre esta cuestión, parece claro que el proceso de investidura se limitaría a la remisión del escrito del programa a los diversos grupos parlamentarios

Se aclaraba en esta misma línea que si la norma propuesta estuviera pensada para el caso de que el candidato presentara su programa y participara en el debate de investidura de forma remota a través de medios telemáticos, tendría que objetarse que tal posibilidad tampoco aparecía contemplada expresamente en el reglamento parlamentario¹⁹. Pero además, supondría el incumplimiento de los principios de oralidad, contradicción e inmediatez que deben constituir el núcleo del debate y la interlocución de la Cámara con el presidenciable previos a la votación, perjudicando de esta manera el *ius in officium* del resto de diputados “*no únicamente a debatir e interactuar con el candidato con plenas garantías sino también a recibir y percibir directamente su comunicación, verbal y no verbal, del programa de Gobierno y las subsiguientes réplicas que este pueda suscitar*”²⁰.

Llegados a este punto, el dictamen razona que sólo sería válida constitucional y estatutariamente una regulación que permitiera la intervención remota o a distancia del candidato, y siempre que se preservara el carácter personalísimo del acto, así como el debate y la discusión con los otros diputados, si obedeciera a unas causas objetivas, tasadas y compatibles con el resto del ordenamiento jurídico aplicable a la materia. En nuestra opinión, el dictamen entra en este punto en cierta contradicción interna en la medida en

por cualquiera de los medios posibles (incluso por correo electrónico). Posteriormente, únicamente sería necesaria la convocatoria del Pleno del Parlament para la votación, también en ausencia del candidato”.

¹⁹ “*En cuanto a la presentación del programa «por cualquier otro medio previsto en el Reglamento», que se incluye como fórmula alternativa a su remisión por escrito, entendemos que es una prescripción que no encuentra anclaje en el vigente Reglamento del Parlament, puesto que no prevé ninguna otra forma de presentación del programa de investidura que la establecida en el artículo 149 RPC, que hemos expuesto. No está claro cuál es el medio al que se refiere el texto de la Proposición de ley, si bien podemos intuir que podría referirse a un trámite en el que el candidato o candidata presenta su programa y participa en el debate de forma remota a través de medios telemáticos.*

Si así fuera, solo haremos dos observaciones: la primera, que el Reglamento del Parlament no prevé actualmente la utilización de dichos medios para la investidura ni tampoco para la celebración de otros debates, ya que los preceptos relativos a las tecnologías de la información y comunicaciones regulan otras cuestiones (art. 95.3 RPC, para el voto telemático; art. 109.2 RPC, respecto al acceso de los ciudadanos a las tramitaciones y documentación parlamentarias, y art. 250 RPC, sobre la implementación de estas tecnologías en los servicios del Parlament y con los ciudadanos). En consecuencia, no resultan aplicables, ni siquiera por analogía, al procedimiento de investidura.

Y la segunda, que la aplicación de estos medios al procedimiento de investidura únicamente sería válida si el propio Parlament introdujera la regulación correspondiente en su Reglamento, en los términos que expondremos con más detalle en el fundamento jurídico siguiente”.

²⁰ “*En definitiva, el contenido del precepto desdibuja el procedimiento de investidura a la vez que vulnera las garantías constitucionales de los diputados en el ejercicio de su función de representación política y, de forma especial, la de aquellos que se sitúan fuera de los márgenes de la mayoría que es susceptible de otorgar su confianza al candidato legítimamente propuesto. En otras palabras, tal como está redactado el precepto, se sustrae de gran parte de la carga institucional que el Estatuto y el Reglamento del Parlament otorgan al debate de investidura como elemento clave del modelo de relaciones entre el poder legislativo y el ejecutivo e, incluso, del conjunto del sistema de autogobierno catalán en cuanto a la elección del presidente o presidenta de la Generalitat. Y, lo que es más relevante, en los términos en los que se encuentra configurada la propuesta del artículo 4.2, que desconoce u omite los principios de inmediatez, contradicción y oralidad y sus garantías, se afecta sustancialmente al proceso de conformación de la voluntad política de la Cámara en el procedimiento de otorgamiento de la confianza de los diputados al candidato sobre la base del programa de gobierno que este debe presentar y confrontar”.*

que previamente se había afirmado categóricamente la necesidad de presencialidad para el desarrollo del debate de investidura, y con lo que a continuación se expone en el propio dictamen.

Es verdad que dicha posibilidad hipotética -se sigue señalando- se acotaría a una casuística muy excepcional y limitada, circunscribiéndose a situaciones de enfermedades o de determinadas incapacidades que, de forma provisional, imposibilitaran al candidato acudir físicamente al debate y a la votación de investidura, pero incluso en esos casos tasados se haría imposible conseguir un debate sin cercenar los principios de oralidad, contradicción e inmediatez antes proclamados, por lo que quedaría afectado igualmente el *ius in officium* de los diputados. Debe reconocerse, empero y en definitiva, que el Consejo se niega a dar carta de naturaleza a una investidura a distancia motivada por la presencia del candidato en otro lugar por los motivos de elusión de la Justicia antes mencionados.

Finalmente se opone un obstáculo formal que se predica de todo el contenido de la proposición de ley, por cuanto, en opinión del Consejo, la tramitación de ésta por el procedimiento de lectura única vulneraría el vigente Reglamento del Parlamento de Cataluña, cuestión que es confirmada por el Consejo de Estado aunque rebatida posteriormente por el Tribunal Constitucional, como después analizaremos.

Sentado lo anterior, y respecto de la segunda de las cuestiones de nueva regulación (el régimen de sesiones y adopción de acuerdos a distancia del Gobierno de la Generalitat), el dictamen reitera el vicio procedimental ya señalado –tramitación por el procedimiento de lectura única-, y desde un punto de vista sustantivo, realiza también unas relevantes consideraciones que serán asumidas por el Consejo de Estado y desarrolladas por el Tribunal Constitucional.

El nuevo apartado tercero del artículo 35 de la Ley 13/2008 (que finalmente se desglosaría en los apartados tercero y cuarto) hacía referencia a la posibilidad de constituir, celebrar reuniones y adoptar acuerdos por el Consejo de Gobierno a distancia, pudiendo encontrarse los miembros no presentes “*en diferentes lugares*” como ya hemos apuntado más arriba²¹.

Este apartado fue validado tímidamente por el dictamen, amparándose en el carácter excesivamente genérico e indeterminado de la redacción empleada por el precepto, aunque sí se advierte sobre un límite infranqueable en su aplicación derivado del principio de territorialidad exigido por el Estatuto de Autonomía, relacionado con el obligado régimen de suplencia, entendida ésta como no presencia en el ámbito territorial

²¹ En concreto, responde al siguiente tenor: “*Todos los órganos colegiados previstos en esta ley se pueden constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a distancia, salvo que su reglamento interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario. En las sesiones que celebren los órganos colegiados a distancia, sus miembros podrán hallarse en diferentes lugares siempre y cuando se asegure por medios electrónicos, considerando también [como tales] los telefónicos, y audiovisuales, la identidad de los miembros o personas que les suplan, el contenido de sus manifestaciones, el momento en que estas se producen, así como la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión. Entre otros, se consideran incluidos entre los medios electrónicos válidos, el correo electrónico, las audioconferencias y las videoconferencias*”.

autonómico, de modo que *“la participación remota se circunscribe a una asistencia no presencial en el ámbito territorial catalán, de forma que excluye la de los miembros que se hallan en situación de ausencia, es decir, los que están fuera de Cataluña, ya que en este caso se aplica el régimen de suplencia previsto expresamente en el Estatuto para el presidente o presidenta de la Generalitat y en la Ley para los otros miembros del Gobierno”*²².

No se repara sin embargo en que el precepto no parece configurar el Gobierno a distancia como algo excepcional, aun reconociendo en pasajes anteriores la importancia del principio de inmediatez en las deliberaciones del Gobierno. Quizá el Consejo consideró suficiente en este punto el argumento de la territorialidad a sabiendas de que con esa mera advertencia se imposibilitaba la consecución de la situación fáctica que subyacía en la modificación proyectada.

Por lo demás, y en lo que aquí interesa, el dictamen consideró antiestatutario el apartado seis del artículo 35, muy relacionado con el argumento anterior, en la medida en que dicho precepto afirmaba expresamente la inaplicación del régimen de suplencia en los casos en que los miembros del Gobierno despacharan los asuntos y funciones por medios telemáticos, por cuanto suponía una separación clara del régimen expreso de suplencia previsto estatutariamente para el Presidente e implícito para los demás miembros del Gobierno²³.

²² *“Llegados a este punto, cabe indicar que es innegable que los medios electrónicos constituyen una herramienta muy útil porque, cuando las circunstancias del caso lo justifiquen y siempre, huelga decirlo, en el marco de lo jurídicamente lícito, agilizan la actuación del Gobierno. Es decir, en la medida en que debe ser un órgano de funcionamiento continuo, las tecnologías pueden facilitar la toma de acuerdos y, consiguientemente, que el Gobierno pueda actuar en cualquier momento que sea necesario u oportuno.*

Ello no significa, sin embargo, que sea imaginable ni constitucional ni estatutariamente admisible que las sesiones a distancia del Gobierno desplacen el régimen general de las sesiones presenciales en la sede permanente de este, la ciudad de Barcelona (art. 10 EAC). En efecto, por su propia naturaleza, este órgano, que debe desarrollar las funciones estatutariamente atribuidas de manera visible, eficaz y próxima a los ciudadanos que gobierna, se rige por la regla de la vigencia del principio de inmediatez. En este sentido, no olvidemos que la razón de ser de la formación de la voluntad colegial es el intercambio de opiniones y la integración de las voluntades individuales que se produce con la deliberación y la participación directa y presencial en las sesiones. Además, el requisito de territorialidad exigido por el Estatuto, y que entendemos que junto con el cuórum de presencia que determina la ley lo es también de válida constitución del Gobierno, es el que aporta seguridad jurídica y determina el juez competente a efectos de una posible impugnación y control de los acuerdos que se hayan adoptado.

Desde otra perspectiva, una situación como la descrita de funcionamiento del Gobierno fuera de Cataluña, acompañada de la circunstancia de que sus miembros no podrían asistir a las reuniones del Parlament, probablemente también comportaría una dificultad añadida para el ejercicio de un aspecto esencial de la función representativa que corresponde a los diputados en la vertiente de control e impulso de la acción política de gobierno (art. 23 CE), a través de las diversas iniciativas parlamentarias previstas en el Reglamento (arts. 55.2, 71 y 72 EAC y 149 a 157 RPC). No obstante, esta hipótesis constituiría una translación indebida de la norma al ámbito de las relaciones entre el Gobierno y el Parlament que no nos corresponde enjuiciar”.

²³ *“El ejercicio ordinario de las funciones del titular de la presidencia requiere ineludiblemente de su presencia en Cataluña y, si se dan las causas previstas, debe procederse a su suplencia o a la delegación de funciones (art. 67.8 y .9 EAC). Lo mismo cabe decir, a fortiori, de los consejeros o consejeras, ya que hay que*

El Consejo de Estado, por su parte, también tuvo ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones en dos dictámenes.

Inicialmente en el Dictamen 85/2018, de 25 de enero, emitido en relación con la convocatoria del Pleno del Parlamento de Cataluña para la investidura de un diputado que no se encontraba en España, así como sobre la delegación de voto en la sesión de investidura solicitada por cuatro diputados que tampoco se hallaban en territorio español; y posteriormente en el Dictamen 429/2018, de 7 de mayo, emitido previo a la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/2018, de 8 de mayo, por la que se modificaba la meritada Ley 13/2008.

El supremo órgano consultivo del Gobierno mantuvo una posición muy coincidente con el criterio antes expuesto por el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña. Efectivamente, consideró que la sesión de investidura a distancia vulneraba el carácter personal y presencial consustancial al acto y sesión de investidura; infringía igualmente la reserva reglamentaria existente en la materia, amén de haberse seguido un inapropiado procedimiento legislativo (el de lectura única) para la aprobación de la norma.

Por otro lado, en cuanto a las modificaciones operadas en el artículo 35 de la Ley 13/2008, el Dictamen 429/2018 reitera el defecto procedimental antes apuntado, pero consideró lícito constitucionalmente el uso de medios telemáticos para la celebración de sesiones y adopción de acuerdos por el Gobierno de la Generalidad, sobre la base de que tanto la Ley 40/2015 (recuérdense las previsiones anunciadas en su exposición de motivos señaladas más arriba) como la Ley del Gobierno admitían de manera genérica la adopción de acuerdos del Gobierno de la Nación por medios electrónicos. El Consejo de Estado traslada en este punto los parámetros utilizados por la legislación estatal a la legislación catalana, apreciando sus concomitancias, validando de esta manera esta regulación.

No obstante, puntualizó las condiciones de aplicabilidad de la norma –como ya hiciera el Consejo de Garantías Estatutarias-, sujetándolo al cumplimiento de dos requisitos ineludibles. En primer lugar, que las sesiones a distancia del Gobierno debían celebrarse, como regla general, en la sede del mismo (Barcelona)²⁴ y, en segundo lugar, que los miembros del Gobierno que no estuvieran en dicha sede sólo podrían participar en

entender que dicha presencia constituye un principio que les es aplicable como miembros del órgano superior colegiado que dirige la acción política y la Administración de la Generalitat. Ello significa que el funcionamiento a distancia del Gobierno no puede excusar la aplicación de los principios que rigen este tipo de órganos, en especial, el ordinario régimen de sesiones en su sede permanente y la suplencia o encargo de funciones en caso de ausencia. Por añadidura, la admisión del uso de los medios telemáticos para resolver situaciones de ausencia permanente fuera del territorio catalán desdibujaría la propia configuración estatutaria del Gobierno que, para dirigir, conducir y administrar adecuadamente todos los asuntos que pueda suscitar la población de Cataluña, debe poder ejercer ordinariamente las funciones que le atribuye el Estatuto con proximidad territorial y de manera visible para los ciudadanos”.

²⁴ “Las sesiones a distancia del Gobierno de la Generalidad deben celebrarse desde Barcelona. El artículo 10 del Estatuto dispone que Barcelona es “la sede permanente del Gobierno”, sin perjuicio de que “pueda reunirse en otros lugares de Cataluña”, de acuerdo con lo que se establezca, respectivamente, en el Reglamento de Cataluña o en la Ley. La utilización de medios telemáticos no se puede traducir en un desplazamiento de dicha sede permanente a un lugar distinto de Barcelona, ni dentro del ámbito territorial de Cataluña -salvo en los casos legal o reglamentariamente previstos-, ni por supuesto fuera de él”.

las sesiones a distancia si se encontraran dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña²⁵. De nuevo, se hace valer, como vemos, el principio territorialidad ya anunciado por el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña.

Sólo los apartados 5 y 6 del artículo 35 se consideraron inconstitucionales por vulneración del régimen de suplencia previsto expresa o subyacentemente en el artículo 67.8 del Estatuto de Autonomía catalán²⁶.

V. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 2/2018, con el aval del Consejo de Estado en el dictamen antes citado, propició la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2019, de 27 de marzo, en un pronunciamiento sustantivo más severo que el vertido por los órganos consultivos informantes en los términos antes explicados.

Previamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2019, de 12 de febrero, ya había declarado la inconstitucionalidad y nulidad de las resoluciones de 22 de enero de 2019, del Presidente del Parlamento de Cataluña, por las que se proponía la investidura no presencial de un diputado sujeto a una orden judicial de busca y captura e ingreso en prisión, como candidato a Presidente de la Generalitat, y se convocaba sesión plenaria de investidura.

Los argumentos esgrimidos en esta primera sentencia fueron tomados como referencia y base en la segunda para invalidar la parte mollar de la modificación legal enjuiciada.

²⁵ “Los miembros del Consejo de Gobierno que no estén en Barcelona sólo podrán participar en las sesiones a distancia si se encuentran dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Como regla general, tales miembros tienen la condición de ausentes -según el razonamiento que se dio en el apartado dedicado al debate y votación de investidura- cuando no están dentro del ámbito territorial en el que pueden ejercer sus competencias, que es el indicado en el artículo 9 del Estatuto. Por tanto, si están en España, pero fuera de territorio catalán, o en el extranjero, resultará de aplicación el régimen de suplencia o sustitución en caso de ausencia previsto en el artículo 67.8 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y regulado en diversos preceptos de la Ley 13/2008, y, por tal razón, deberán ser sustituidos por los Consejeros que se encuentran presentes dentro del referido ámbito territorial”.

²⁶ “- El apartado 5 del artículo 35 de la Ley 13/2008 dispone que, a efectos del cómputo del quórum de constitución del Gobierno previsto en el artículo 28.1 de la misma Ley -el Presidente y la mitad de los Consejeros-, deberán tenerse en cuenta tanto los miembros presentes como los ausentes. Por mandato y en aplicación del principio subyacente en el artículo 67.8 del Estatuto, los miembros del Gobierno ausentes, que son aquellos que se encuentran fuera del ámbito territorial de Cataluña, deben ser suplidos o sustituidos por otros que se encuentren presentes en dicho ámbito. Por tanto, contraviene el orden estatutario que sean tenidos en cuenta a efectos del cómputo del quórum de constitución de unas sesiones a distancia en que no pueden participar.

- El apartado 6 del artículo 35 de la Ley 13/2008, al excluir el régimen de suplencia en la celebración a distancia de las sesiones del Gobierno, vulnera también, y por las mismas razones que acaban de señalarse, el artículo 67.8 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.”

Así, se hace decaer de pleno la regulación referida a la investidura a distancia. Se parte, como premisa, de las bases del sistema parlamentario representativo diseñado por la Constitución de 1978, de manera que el Parlamento, en cuanto órgano colegiado elegido por los ciudadanos, *“constituye el pilar central sobre el que se asienta todo el conjunto arquitectónico del Estado de Derecho”*, existiendo una relación fiduciaria entre el Gobierno y la Cámara correspondiente.

En este marco de relación de confianza no se concibe, dice el Tribunal Constitucional, una regulación que permita celebrar una sesión de investidura de la Presidencia de la Generalitat en la que el candidato no comparezca o no intervenga ante la Cámara para obtener la confianza de ésta, y ello en atención a varios argumentos.

En primer lugar, se parte de la regla general de que el cargo público de carácter representativo ha de ejercerse de forma personal, sin que sea susceptible de delegación. La intervención de un tercero por delegación, se dice, *“rompe el vínculo entre representantes y representados y afecta por ello al derecho que se consagra en el art. 23.1 CE”*. Así resulta del artículo 79.3 de la Constitución²⁷, que si bien es inicialmente predicable sólo del Congreso de los Diputados y del Senado, resulta igualmente aplicable a los parlamentos autonómicos, según explica el Tribunal Constitucional, en tanto que supone una proyección del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.1²⁸ del texto constitucional.

En segundo lugar, se enfatiza la naturaleza particular de los órganos colegiados representativos, singularmente los parlamentos, lo que exige que las funciones propias del cargo se ejerzan de forma presencial. En este sentido se considera que *“la formación de la voluntad de las cámaras solo puede realizarse a través de un procedimiento en el que se garantice el debate y la discusión –solo de este modo se hace efectivo el pluralismo político y el principio democrático– y para ello es esencial que los parlamentarios asistan a las sesiones de la cámara”*, siendo necesaria *“la interrelación directa e inmediata entre los representantes”*. Sólo se admite como excepción a esta regla general *“la que pueda venir establecida en los reglamentos parlamentarios respecto a la posibilidad de votar en ausencia cuando concurran circunstancias excepcionales”*, previsión que enlaza con las modificaciones acontecidas antes apuntadas al analizar los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado y el de la Asamblea de Madrid.

En tercer lugar, nuestro Alto Tribunal traslada estas ideas al acto de investidura a cuyo través el Parlamento canaliza su confianza en la persona del candidato. Añade además que la intervención personal y presencial del candidato cumple, por último, una *“función simbólica”* pues *“hace visible la diferente posición institucional en la que se halla el candidato en relación con el Parlamento al hacer patente la posición de sometimiento a*

²⁷ Dicho artículo 79.3 señala que *“el voto de Senadores y Diputados es personal e indelegable”*.

²⁸ El artículo 23.1 dispone que *“los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”*.

la voluntad del pueblo de Cataluña en la que se encuentra el aspirante a presidir la Generalitat”.

Como corolario de todo lo anterior se concluye que la regulación enjuiciada contradice el bloque de constitucionalidad al vulnerar los principios derivados del artículo 99.2 de la Constitución²⁹, y en el caso examinado también los principios ínsitos en el artículo 67 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y en el artículo 149 del Reglamento del Parlamento Catalán, pues, como afirma la sentencia, aunque estas normas no establezcan expresamente el carácter presencial de la investidura, esta exigencia es inherente a la naturaleza de este procedimiento tan principal.

Ciertamente el artículo 67 es silente sobre la perentoria presencialidad, pero del artículo 149 reglamentario se infiere con total claridad la necesaria presencia del candidato, como ya desbrozara el dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña antes analizado.

Asimismo, se aprecia la vulneración del artículo 23.2 de la Constitución, esto es, el derecho de los diputados a ejercer su cargo público sin perturbaciones ilegítimas, lo que conllevaría, también, según se apostilla, la lesión del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes, reconocido en el artículo 23.1 del mismo texto constitucional.

Tampoco se enjuicia favorablemente la regulación del Gobierno a distancia prevenida en el citado artículo 35. En este punto, como decíamos, el Tribunal Constitucional es más categórico que lo fuera el Consejo de Estado o el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, y es que la previsión aún genérica del apartado tercero del artículo 35 se tacha de inconstitucional a diferencia de lo que señalaron aquellos órganos consultivos.

Su argumentación comienza marcando las diferencias entre la naturaleza del Gobierno y la de los órganos colegiados de la Administración. Sólo el primero asume una doble función directiva, política y administrativa, que debe predicarse también de los ejecutivos autonómicos. La distinción realizada por el Tribunal Constitucional es esencial, pues recordemos que la regulación enjuiciada era muy similar a la empleada en la norma estatal respecto de los órganos colegiados administrativos.

Se ensalza asimismo el carácter deliberativo de las sesiones del Gobierno como nota consustancial a las decisiones que allí se adoptan. Tales singularidades excluyen, en opinión del Tribunal Constitucional, la posibilidad de trasladar automáticamente las reglas generales sobre el uso de medios telemáticos de los órganos colegiados de naturaleza exclusivamente administrativa. En concreto, se señala que debe excluirse de tal uso telemático lo que la sentencia denomina “*núcleo de la función*” (más bien,

²⁹ El artículo 99.2 señala que “*el candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara*”.

funcionamiento), que comprende la forma de celebrar las sesiones, la deliberación y la adopción de sus acuerdos.

A estas reglas de funcionamiento les resultan de aplicación, dice la sentencia, las mismas notas definitorias antes apuntadas respecto del procedimiento de investidura, trayendo a colación de nuevo las ideas referidas a la esencialidad de la interrelación directa e inmediata en los procesos deliberativos, incidiendo igualmente en la importancia del debate y deliberación previa a las decisiones colegiadas, siendo esto más relevante cuanto mayor importancia revisten las funciones del órgano en cuestión, y destaca, como ya se apuntara en la Sentencia 19/2019, que sólo la presencialidad permite un auténtico contraste de opiniones y argumentos, evitando que se pierdan en el camino la percepción de matices derivados de la comunicación no verbal³⁰.

Asimismo se apela a razones de seguridad, en el sentido de evitar posibles injerencias o intromisiones externas en la toma de decisiones, de modo que sólo la presencialidad en un determinado lugar, se afirma, asegura que “*no puedan ser perturbados en el ejercicio de sus funciones y, por otro, al mismo tiempo, sirve para hacer la institución visible frente a la ciudadanía*”.

Para corroborar estas aseveraciones se afirma que si esto no fuera así carecerían de interés, fundamento y virtualidad las disposiciones que tradicionalmente regulan la suplencia en casos de ausencia de los miembros del Gobierno, y se citan, a estos efectos, las normas estatutarias y legales rectoras de la suplencia.

Todos estos parámetros de contraste se proyectan sobre la regulación del cuestionado párrafo tercero del artículo 35, determinando su inconstitucionalidad, pues se sostiene que la regla general ha de ser siempre la del Gobierno presencial, y la excepción la del Gobierno a distancia, siempre que esté “*motivada por circunstancias cualificadas y con las oportunas garantías*”.

La norma enjuiciada, empero, contempla un régimen de alternatividad del Gobierno presencial y telemático, lo que confronta con las tesis anteriores, ya que sólo se configura como excepción al Gobierno telemático el caso de que el reglamento interno rector de su funcionamiento lo prohibiera, *ergo* si no se contemplara tal prohibición, el Gobierno telemático estaría en un plano de igualdad con el Gobierno presencial.

Por tanto, continúa argumentando la sentencia, como “*la norma recurrida no fija ninguna condición, limitación o restricción para la celebración de sesiones a distancia, sino que prevé absoluta libertad al respecto*”, o lo que es lo mismo, “*al no reservar la participación telemática a casos justificados, excepcionales y con las oportunas garantías,*

³⁰ “*el contraste de opiniones y argumentos entre personas que se hallan en lugares distintos no permite percibir las intervenciones espontáneas, los gestos o reacciones -la denominada comunicación no verbal- de la misma forma que en una reunión presencial. La separación física no permite conocer todo lo que está sucediendo en el otro lugar, por lo que el debate puede no discurrir de la misma manera y cabe que la decisión no se decante en el mismo sentido. Por avanzados que sean los medios técnicos que se empleen, una comparecencia telemática no puede considerarse equivalente a una comparecencia presencial*”.

sino, por el contrario, asimilar indiscriminadamente la reunión a distancia con la presencial”, ha de concluirse su inconstitucionalidad por infracción “del principio subyacente al art. 97 CE y, en el caso examinado, al art. 68.1 EAC, en conexión con los arts. 10 y 67.8 EAC, conforme al cual el recto ejercicio de las funciones que corresponden al Gobierno exige que sus reuniones sean, en general, presenciales”.

Debe precisarse que la inconstitucionalidad declarada se ciñe exclusivamente respecto a lo que antes se había denominado *núcleo de su función* (más bien funcionamiento, como ya puntualizamos), limitando la nulidad dispuesta a los términos “*constituirse*”, “*celebrar*” y “*adoptar acuerdos*”, dejando al margen otros aspectos en los que sí se considera viable la utilización de los medios telemáticos, como la convocatoria de las sesiones o la remisión de actas.

Esta idea de equiparación igualitaria entre el Gobierno presente y a distancia se halla igualmente implícita en la redacción de los subsiguientes apartados del artículo 35 (cuatro³¹ y cinco³²), lo que determina que éstos sean también declarados inconstitucionales.

Finalmente, se considera que el apartado seis del artículo 35 está igualmente viciado de inconstitucionalidad, pero por un motivo disímil, ya que al excluir expresamente el régimen de suplencia, se infringe el artículo 68.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, como ya apuntaron el Consejo de Estado y el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, en conexión con los artículos 10 y 67.8 del mismo texto estatutario.

³¹ “Comenzando por el nuevo apartado 4, se aplican al Gobierno, sin matiz alguno, las previsiones sobre medios telemáticos utilizables en las sesiones a distancia, incluso aquellos, como el correo electrónico, que no permiten la oralidad. Con ello confirma que responde a la misma finalidad que el apartado 3, cuyos incisos “constituirse”, “y celebrar”, así como “adoptar acuerdos” hemos considerado inconstitucionales y nulos. Toda vez que este apartado 4 tiene por objeto regular específicamente las “sesiones a distancia”, sin el carácter excepcional que necesariamente deben tener, debe declararse igualmente inconstitucional y nulo”.

³² “Por su parte, el apartado 5 del art. 35 de la Ley 13/2008 se vincula con el art. 28.2 de la misma Ley que, al regular el quorum exigible para las deliberaciones y decisiones del Gobierno, exige para su validez “que estén presentes el presidente o presidenta de la Generalitat, o quien lo supla, y por lo menos la mitad de los consejeros”. El nuevo apartado permite que, a tal efecto, se compute “tanto la asistencia presencial como la participación a distancia”. Por tanto, se inscribe en la decisión del legislador autonómico de equiparar plenamente las reuniones presenciales y a distancia, que ya hemos tachado de inconstitucional y nulo el apartado que así preveía esta circunstancia.

Como aduce el abogado del Estado, el art. 67.8 EAC establece que, cuando el presidente de la Generalitat está ausente (es decir, no presente), debe ser suplido por el consejero primero o, si este cargo no hubiera sido nombrado, por el consejero que determine la ley (art. 6.1 de la Ley 13/2008). La misma regla establece la citada ley para el consejero primero (art. 14.5), el vicepresidente (art. 15.4) y los consejeros (art. 20). Así pues, el Estatuto y la ley son taxativas acerca de la obligación, que no facultad, de nombrar un suplente en caso de ausencia. Lo cual es, nuevamente, manifestación del principio, immanente al Gobierno, de que sus reuniones deben, por regla general, celebrarse de forma presencial.

Por tanto, a efectos del quorum requerido para las reuniones del Gobierno, no cabe computar a los miembros ausentes, salvo excepciones cualificadas. Por ello, visto el carácter absoluto e incondicionado con el que asimila la participación presencial y a distancia, el apartado 5 es inconstitucional y nulo por las mismas razones que los apartados 3 y 4 anteriores”.

Finalmente, y distanciándose del parecer de estos órganos consultivos, el Tribunal Constitucional considera adecuada la utilización del procedimiento de lectura única en la tramitación de la ley enjuiciada.

A este respecto, la sentencia, después de recordar la doctrina constitucional sobre la materia³³, cita el precedente sentado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2017, de 29 de noviembre, que ratificó la conformidad constitucional del procedimiento de lectura única contemplado en el artículo 138 del Reglamento del Parlamento de Cataluña. Y en cuanto a las exigencias que éste reclama para su viabilidad (naturaleza del texto y simplicidad de su formulación), sobre la base de la doctrina del propio Tribunal -según la cual ni la relevancia ni transcendencia ni la complejidad material son incompatibles con la utilización de este procedimiento parlamentario-, se concluye que cabe apreciar una acomodación a los requisitos exigidos por el precitado artículo 138, en cuanto se configura como una modificación legislativa con un alcance limitado a determinados apartados del artículo 35, se han cumplido los trámites de enmiendas, se han respetado las demás garantías previstas en el citado artículo 138, y ha sido aprobado por mayoría absoluta en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

Cabe apuntar que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional fueron criticados por cierto sector doctrinal, tildándola de sentencia *ad hoc*, que limita injustificadamente el derecho de participación política como un derecho sólo ejercitable de forma presencial, además de poner en cuestión precedentes legislaciones autonómicas con contenidos parecidos³⁴.

³³ “*las decisiones parlamentarias referidas al acortamiento de los trámites y plazos del procedimiento legislativo -entre ellas las derivadas de la tramitación por el procedimiento en lectura única- este Tribunal tiene declarado que: "(i) no está constitucionalizado ningún procedimiento legislativo abreviado para la tramitación de proyectos normativos caracterizados por la urgencia, salvo una regla temporal para la tramitación en el Senado de los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados (art. 90.3 CE), por lo que dicha regulación queda, entonces, encomendada a los reglamentos de las cámaras [STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 10 e)]; (ii) que una reducción del tiempo de tramitación no priva a las cámaras del ejercicio de su función legislativa, ya que incide sólo sobre su cronología, ni tiene por qué traducirse en merma alguna de los principios constitucionales que han de informar el procedimiento legislativo en cuanto procedimiento de formación de voluntad del órgano (STC 234/2000, de 3 de octubre, FJ 13); (iii) que una decisión de estas características debe tener una aplicación tal que afecte por igual a todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria, en evitación de que se ocasione un tratamiento desigual o discriminatorio (ATC 35/2001, de 23 de febrero, FJ 5); y (iv) que tal reducción del tiempo de tramitación sólo podrá llegar a tener relevancia constitucional cuando su alcance sea de tal magnitud que haya alterado, no de cualquier manera, sino de forma sustancial, el proceso de formación de la voluntad de una cámara, habiendo afectado, en consecuencia, al ejercicio de la función representativa inherente al estatuto del parlamentario [SSTC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 10 e); y 44/2015, de 5 de marzo, FJ 2]” (STC 143/2016, de 19 de septiembre, FJ 3)”.*

³⁴ En este sentido, MARTÍN SARDÁ, Isidre, “*Los órganos colegiados telemáticos y la doctrina constitucional del caso Puigdemont después del Covid 19*”, La Ley 6122/2020, cuando afirma que: “*Es evidente que esta sentencia es una sentencia ad hoc pensada por una situación muy determinada pero que marca la línea en relación al derecho de participación política como un derecho a ejercer solamente de forma física y presencialmente y no de forma telemática. Ni que decir que dicha interpretación del alto tribunal pone en tela de juicio algunas legislaciones autonómicas que permiten a nivel de gobierno y parlamento e incluso de corporaciones locales como pasa en la comunidad Valenciana. En definitiva, que este criterio restrictivo en relación a un supuesto concreto más bien que tarde seguramente será objeto de modulación por el propio*

También puede traerse a colación el voto particular³⁵ del Dictamen 40/2018, de 9 de mayo, del Consejo Consultivo de las Islas Baleares, relativo al Anteproyecto de Ley del Gobierno de dicha Comunidad Autónoma.

Dicho dictamen es anterior a las sentencias del Tribunal Constitucional antes glosadas, pero ya cuestionaba el criterio que había sostenido el Consejo de Estado según el cual un miembro del Gobierno no puede actuar fuera de su territorio -y por tanto no puede participar telemáticamente en sus deliberaciones y toma de acuerdos- puesto que en tales casos cobraría virtualidad la figura de la suplencia. Frente a ello, se defiende en dicho voto particular que *“es más que habitual que un consejero de una Comunidad Autónoma se desplace fuera del ámbito marcado (...) y ejerza su función política sin ninguna restricción, siendo recibido en los Ministerios de la capital con el protocolo adecuado a su cargo; lo mismo podríamos decir que sucede ante instituciones de la Unión Europea, cuando un presidente de nuestra Comunidad Autónoma interviene (ad exemplum) ante el Comité de las Regiones”*.

Se argumenta que *“el miembro del Gobierno fuera de la Comunidad Autónoma no ejercerá ninguna potestas sobre los ciudadanos ajenos al territorio estatutario”* y sobre dicha base no se aprecia dificultad en admitir su participación telemática en el Gobierno *“si los medios telemáticos pueden garantizar la identidad de la persona y la autenticidad de los mensajes, informaciones y manifestaciones verbales o escritas transmitidas, sin interceptación o alteración de contenidos; no se alcanza a entender qué diferencia existe en que el emisor de los mensajes esté en nuestra Comunidad Autónoma o en Madrid”*.

También se cuestiona la aplicación automática del régimen de suplencias, incluso si tal suplencia está expresamente regulada, considerando que *“aunque existiera dicho régimen de suplencia con carácter obligatorio y automático, la presencia por vía telemática del presidente en un Consejo de Gobierno, relevaría de sus funciones al sustituto”*.

Apuntala esta tesis con un razonamiento, un tanto forzado en nuestra opinión, según el cual *“sostener el posible «automatismo» del régimen de suplencias para los casos de ausencia y enfermedad nos conduce a situaciones absurdas y paradójicas, y sabido es que al Derecho le repele la paradoja. Si se sostiene el automatismo para la ausencia, también se debe sostener respecto a la enfermedad (por exigencia del tenor literal), lo que obligaría a fijar con cuántos grados de fiebre, por ejemplo, el presidente o un consejero debe ser sustituido automáticamente; así como un catálogo de enfermedades y gravedad de las mismas en orden a generar la suplencia automática”*. Cabría objetar, a nuestro juicio, que meros criterios lógicos en la interpretación del régimen de suplencia permitirían sostener que sólo la enfermedad invalidante es la que provoca la suplencia. En otro caso, el planteamiento esbozado por el voto particular implicaría, en definitiva, un

Tribunal Constitucional. No obstante, en la actualidad parece difícil que los órganos colegiados con carácter representativo puedan efectuar convocatorias de forma telemática salvo en los supuestos excepcionales o de fuerza mayor”.

³⁵ Se emite por el Consejero Antonio Diéguez Seguí al que se adhieren los Consejeros Joan Oliver Araujo, María Ballester Cardell y Octavi Josep Pons Castejón.

desplazamiento máximo o exención del régimen suplencia establecido tradicionalmente en nuestros ordenamientos, o en un uso del mismo sujeto a la mera voluntad del interesado.

En nuestra opinión, el Tribunal Constitucional brinda una fundamentación suficiente para desmontar la regulación del Gobierno telemático enjuiciada, aunque hubiera sido deseable una mayor taxatividad en la definición de los parámetros que han de ser considerados por los legisladores nacional y autonómicos en las futuras regulaciones del Gobierno telemático, pues si bien es cierto que se reconoce la necesidad de configurarlo como algo excepcional, no se precisan de manera positiva las circunstancias *numerus clausus* que pueden justificar esa excepción, ni se concretan de manera negativa las situaciones que imposibilitarían en todo caso acudir al Gobierno telemático. Esta indefinición ha provocado, como veremos, unas regulaciones abstractas y genéricas que impiden discernir si se acomodan en verdad a la filosofía subyacente en la doctrina asentada por nuestro Alto Tribunal en la materia.

Por otro lado, hubiera sido conveniente un pronunciamiento expreso sobre la relevancia del principio de territorialidad en esta materia, precisando con cierto grado de detalle la interpretación del concepto de ausencia y su relación con el régimen de suplencia, evitando así que puedan albergar dudas de constitucionalidad las regulaciones en las que se inserte la posibilidad de reuniones de Gobierno en las que participen telemáticamente miembros que se hallen en ámbitos territoriales que excedan del propio – como sucede, como después veremos, en la regulación del Gobierno local telemático-.

VI. La regulación autonómica y estatal a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Ya hemos apuntado los rasgos generales de la regulación del Gobierno telemático afrontado por la normativa autonómica que precedió a la doctrina constitucional que acabamos de exponer. Visto con retrospectiva, ha de reconocerse que las normas andaluza y aragonesa antes descritas regulan la posibilidad de constitución y toma de acuerdos del Gobierno mediante el uso de medios telemáticos sin configurarlo como algo excepcional, sino que se diseña en un régimen de alternatividad, lo que parece contravenir los postulados del Tribunal Constitucional.

Ciertamente la precitada Sentencia 45/2019, de 27 de marzo, se ve forzada a hacerse eco de la preexistencia de esa normativa - ya que fue invocada por la Letrada del Parlamento de Cataluña para intentar justificar que, de conformidad con dichas normas, no cabía confundir presencia a distancia o participación a distancia con el supuesto de ausencia-. Sobre ello la sentencia inserta dos matizaciones: una de carácter formal, en la medida en que el Tribunal Constitucional no puede extender su enjuiciamiento a normas no impugnadas; y otra de orden material, y es que la sentencia aprecia diferencias entre las redacciones autonómicas indicadas y la catalana que se enjuició, por cuanto ésta recoge una singularidad que, a juicio del Alto Tribunal, es decisiva para discernir con mayor

fuerza el régimen de alternatividad igualitaria del Gobierno presencial y telemático, que es, como sabemos, lo que fundamenta su inconstitucionalidad³⁶.

Por tanto, el Tribunal Constitucional pretende validar, siquiera indirectamente, la constitucionalidad de dicha normativa. En el caso de Aragón se da la circunstancia de que se reproduce dicha regulación en el posterior Decreto Legislativo 1/2022, de 6 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Presidente o Presidenta y del Gobierno de Aragón³⁷.

Por su parte, la Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Islas Baleares, establece una regulación cuestionable a la luz de la doctrina constitucional, pues su artículo 15, dedicado al funcionamiento del Consejo de Gobierno, establece que *“la convocatoria, la constitución, el desarrollo de las sesiones y la adopción de acuerdos del Consejo de Gobierno se pueden llevar a cabo tanto de forma presencial como a distancia”*³⁸.

Como se aprecia, el precepto no enfatiza el carácter excepcional de las sesiones a distancia, lo que concita dudas sobre su inconstitucionalidad en lo tocante a la constitución, desarrollo de las sesiones y adopción de acuerdos (recuérdese que la convocatoria telemática no suscitó ninguna tacha de inconstitucionalidad). Sin embargo, su artículo 16, referido a la Secretaría del Consejo de Gobierno, introduce una proposición que pudiera ser relevante para defender la configuración excepcional del Gobierno a distancia o telemático, en la medida en que dicha norma dispone que en el acta que debe extenderse de las sesiones ha de constar *“si han comparecido de forma presencial o a distancia, con indicación de las razones por las que la asistencia no ha podido ser presencial”*. Por tanto, la exigencia de la toma de razón de las causas que motivan la participación a distancia es un dato significativo que puede entenderse como manifestación de que se trata de una situación excepcional que requiere, en consecuencia, de cierta justificación o explicación. Una interpretación sistemática de ambos preceptos permitiría, en nuestra opinión, defender su adecuación a la doctrina constitucional.

El artículo 15, por su parte, desarrolla pormenorizadamente el funcionamiento del Consejo de Gobierno y sin embargo no precisa que los miembros del Gobierno que no

³⁶ *“de orden material o sustantivo, toda vez que el precepto de la ley catalana ahora impugnado presenta una singularidad que no viene recogida en el texto de las otras dos normas autonómicas con las que la parte pretende compararla y es que, al aspecto en común que dichas normas pudieran tener con la impugnada, esto es la posibilidad de celebración de reuniones en las que no estén presentes en el mismo lugar todos o algunos de los miembros de los Consejos de Gobierno respectivos, a través de la utilización de medios telemáticos, la norma catalana añade los términos “salvo que su reglamento interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario”, singularidad la citada que va a ser objeto de nuestro enjuiciamiento en los siguientes apartados de este fundamento jurídico”*.

³⁷ Su artículo 15.3 dispone *“el Gobierno podrá constituirse y adoptar acuerdos mediante el uso de medios telemáticos”* reproduciendo lo señalado en el mismo artículo 15.3 de la Ley 2/2009, de 11 de mayo.

³⁸ A esta proposición le sigue otra referida a las garantías de los medios telemáticos empleados en las sesiones a distancia de modo que *“los medios telemáticos han de contar con las garantías establecidas legalmente para este tipo de comunicación y, en todo caso, han de permitir garantizar la identidad de los comunicantes y la autenticidad de los mensajes, informaciones y manifestaciones verbales o escritas transmitidas, sin interceptación o alteración de los contenidos (...)”*.

estén presentes deban hallarse necesariamente en el territorio de la Comunidad Autónoma, requisito éste ineludible a juicio del Consejo de Estado, como sabemos. Bien es cierto que la Ley 1/2019 contempla con naturalidad un régimen de suplencia del Presidente en caso de ausencia (artículo 7)³⁹ y previene igualmente que la suplencia del Vicepresidente y Consejeros en casos de ausencia se determinará por decreto (artículos 10.g, 38.2 y 46). Siendo así, cabría presumir que si el miembro del Gobierno estuviera más allá del territorio autonómico cobraría aplicación el régimen de suplencia, desplazando la posibilidad de su intervención telemática en el Consejo de Gobierno.

También Canarias se ha ocupado de estos asuntos en la reciente Ley 4/2023, de 23 de marzo, de la Presidencia y del Gobierno de Canarias, cuya disposición adicional primera se rubrica del “*uso de nuevas tecnologías*”. En este caso se hace expreso que el Gobierno telemático ha de responder a circunstancias excepcionales que impidan la celebración de sesiones presenciales, aunque no se precisan cuáles pueden ser aquellas. Su viabilidad, además, está condicionada a la previa decisión motivada del Presidente del Gobierno canario⁴⁰.

En lo demás, la referida disposición tampoco especifica la perentoria presencia en el territorio autonómico de los miembros del Consejo de Gobierno no presentes físicamente en su sede, si bien, como ocurre con el ejemplo balear, el establecimiento expreso del régimen suplencias –en los artículos 13.3.s) y 18)- permite solventar este eventual escollo.

El hecho de que ninguna otra Comunidad Autónoma haya afrontado hasta el momento presente la regulación del Gobierno telemático puede comprenderse como una determinación y compromiso en favor de un ejercicio presencial de las funciones gubernamentales por quienes las asumen, en el entendido de que así se beneficia el debate -contraste de opiniones y argumentos- y la adecuada deliberación previa a las decisiones colegiadas de Gobierno. También permite apreciar una confianza implícita en la suficiencia del régimen jurídico de suplencias como instrumento idóneo para colmar las ausencias de los miembros del Gobierno, en su caso.

No obstante, la experiencia adquirida en la reciente crisis mundial de salud pública ha demostrado lo oportuno de acometer la reforma de las correspondientes Leyes de Gobierno en el ánimo de incorporar la posibilidad excepcional de un Gobierno telemático en aquellas situaciones de salud pública que lleven aparejadas medidas restrictivas de

³⁹ “En los casos de ausencia, enfermedad u otro impedimento temporal del Presidente, será sustituido por el Vicepresidente, o, si no lo hubiera, por el miembro del Gobierno que el Presidente haya designado a estos efectos. Si no se produce la designación expresa, el Presidente será sustituido por el Consejero que resulte del orden de precedencias de las consejerías establecido por decreto de la Presidencia”.

⁴⁰ Efectivamente, el apartado segundo de la citada disposición adicional primera dispone que “Cuando concurran circunstancias excepcionales que impidan la celebración de sesiones presenciales, la Presidencia del Gobierno podrá decidir motivadamente que el Gobierno o sus comisiones delegadas puedan celebrar sesiones, adoptar acuerdos y aprobar actas a distancia por medios telemáticos, disponiéndose los medios necesarios para garantizar el carácter secreto o reservado de sus deliberaciones. A estos efectos, se consideran medios telemáticos válidos las audioconferencias y videoconferencias (...)”.

movilidad o reunión impeditivas de la celebración ordinaria –presencial- del Consejo de Gobierno.

Precisamente bajo las coordenadas expuestas debe leerse la regulación incorporada en una nueva disposición adicional tercera⁴¹ de la Ley del Gobierno por el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, en el que se adoptaban medidas urgentes para responder al impacto económico del Covid-19. Como indicaba su exposición de motivos, se establecía, *“en el contexto de la situación creada como consecuencia de la propagación del coronavirus (...) la posibilidad de que el Presidente del Gobierno, en situaciones excepcionales y cuando la naturaleza de la crisis lo exija, decida motivadamente que el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno y la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios puedan celebrar sesiones, adoptar acuerdos y aprobar actas a distancia por medios electrónicos, con las debidas garantías”*.

Una interpretación auténtica de la norma conduciría a circunscribir la posibilidad del Gobierno telemático a situaciones excepcionales de crisis de salud pública como la que se estaba padeciendo en el momento de su aprobación, puesto que fue ése precisamente el contexto en el que se gestó la norma.

Sin embargo, su interpretación literal cobija ciertas dudas sobre si alcanzaría a otras situaciones excepcionales distintas a las derivadas de crisis de esta especie -de salud pública-. Efectivamente la redacción empleada contiene una yuxtaposición entre *“situaciones excepcionales”* y *“cuando la naturaleza de la crisis lo exija”*, lo que podría entenderse comprensiva sólo de situaciones excepcionales de crisis de salud pública y dentro de éstas, sólo aquellas en las que su naturaleza exija un Gobierno telemático por consecuencia necesaria de las medidas restrictivas que se hubieran adoptado. Pero también podría interpretarse el precepto en un sentido más amplio de modo que su ámbito de aplicación se extendiera a cualesquiera otras situaciones excepcionales calificadas, sea de origen sanitario o de otra naturaleza -pensemos en catástrofes naturales impeditivas de reuniones presenciales-.

A nuestro juicio, parece más afortunada la primera de las interpretaciones postuladas, atendida la justificación y origen de la norma, y la perentoria interpretación restrictiva de las normas excepcionales.

Urge advertir, sin embargo, que la redacción originaria de la disposición adicional tercera que comentamos se ha mantenido y confirmado por el reciente Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, que ha modificado nuevamente la Ley del Gobierno, motivándose en la necesidad de que la celebración de la Comisión General de Secretarios de Estado y

⁴¹ Se le otorgó la siguiente redacción: *“1. En situaciones excepcionales, y cuando la naturaleza de la crisis lo exija, el Presidente del Gobierno podrá decidir motivadamente que el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno y la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios puedan celebrar sesiones, adoptar acuerdos y aprobar actas a distancia por medios electrónicos, siempre que los miembros participantes se encuentren en territorio español y quede acreditada su identidad. Asimismo, se deberá asegurar la comunicación entre ellos en tiempo real durante la sesión, disponiéndose los medios necesarios para garantizar el carácter secreto o reservado de sus deliberaciones.*

2. A estos efectos, se consideran medios electrónicos válidos las audioconferencias y videoconferencias”.

Subsecretarios no esté sujeta a las restricciones que se exigían al Consejo de Ministros y Comisiones Delegas de Gobierno, por cuanto se estima *“la conveniencia de facilitar el desarrollo de las actividades de este órgano colegiado, así como el buen funcionamiento de las sesiones celebradas de forma telemática por el mismo durante la pandemia, aconsejan introducir la posibilidad de que se reúna de forma ordinaria por medios electrónicos, sin restringirla exclusivamente a situaciones excepcionales o de crisis”*⁴² (el subrayado es nuestro).

El legislador de 2023 no clarifica de manera expresa el ámbito de aplicación del Gobierno telemático, aunque la explicación vertida en la parte expositiva (la parte subrayada) parece presuponer la existencia de dos presupuestos alternativos habilitantes del Gobierno telemático, sin ceñirlo exclusivamente a las crisis de salud pública.

Se acentúan, por tanto, las dudas interpretativas antes expuestas, si bien, como decíamos, con preminencia, en nuestra opinión, de una interpretación restrictiva, de manera que sólo sería dable acudir al Gobierno telemático en supuestos que puedan acontecer en un futuro con una significación análoga a la situación de salud pública extrema vivida en la pandemia iniciada en el año 2020, motivadora de la redacción de la norma original.

Por otro lado, cabe llamar la atención sobre la exigencia expresa de que los miembros del Gobierno que intervengan telemáticamente se hallen en territorio español, cumpliendo así los requerimientos expuestos en la doctrina del Consejo de Estado en la materia.

Finalmente debe mencionarse la regulación del Gobierno telemático local realizada también con ocasión de la pandemia mediante la modificación del artículo 46 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local⁴³.

⁴² A estos efectos, se da regulación separada a la celebración telemática de las sesiones de este órgano colegiado, añadiendo un nuevo apartado 6 al artículo 8, con la siguiente redacción: *“6. La Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios podrá celebrar sesiones, deliberar y aprobar actas a distancia por medios electrónicos, siempre que los miembros participantes se encuentren en territorio español y quede acreditada su identidad. Asimismo, se deberá asegurar la comunicación entre ellos en tiempo real durante la sesión, disponiéndose los medios necesarios para garantizar el carácter secreto o reservado de sus deliberaciones”*. Se retoca igualmente la Disposición Adicional tercera incorporada por el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, para suprimir la referencia a dicho órgano.

⁴³ El Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19, añade un apartado tercero al artículo 46 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, con la siguiente redacción:

“En todo caso, cuando concurren situaciones excepcionales de fuerza mayor, de grave riesgo colectivo, o catástrofes públicas que impidan o dificulten de manera desproporcionada el normal funcionamiento del régimen presencial de las sesiones de los órganos colegiados de las Entidades Locales, estos podrán, apreciada la concurrencia de la situación descrita por el Alcalde o Presidente o quien válidamente les sustituya al efecto de la convocatoria de acuerdo con la normativa vigente, constituirse, celebrar sesiones y adoptar acuerdos a distancia por medios electrónicos y telemáticos, siempre que sus miembros participantes se encuentren en territorio español y quede acreditada su identidad. Asimismo, se deberá asegurar la

Dicha normativa prevé tal posibilidad pero sólo para situaciones excepcionales, en sintonía con la doctrina constitucional vigente en esos momentos, aunque no necesariamente para las que tienen su origen en razones de salud pública.

Debe valorarse positivamente que las situaciones excepcionales descritas en la norma adquieran cierta precisión –no obstante el empleo de conceptos jurídicos indeterminados-, a diferencia de la regulación estatal y autonómica que acabamos de analizar, por cuanto se detalla la especie y cualidad de las situaciones excepcionales habilitantes, de modo que su ámbito de aplicación se concreta en “*situaciones excepcionales de fuerza mayor, de grave riesgo colectivo, o catástrofes públicas que impidan o dificulten de manera desproporcionada el normal funcionamiento del régimen presencial de las sesiones*”.

Por otro lado, se exige expresamente que se hallen en territorio nacional los miembros de los órganos colegiados del Gobierno local que intervengan telemáticamente, lo que se separa, a nuestro entender, del criterio de territorialidad vertido por el Consejo de Estado, en la medida en que éste reclamó la presencia en el ámbito territorial en el que se ejercen las funciones respectivas, por lo que, en buena coherencia, debiera haberse especificado la necesidad de presencia en el territorio local correspondiente, vedando su presencia fuera del mismo. De otra manera podría entenderse vulnerado el régimen legal de suplencias.

VII. Conclusiones.

- La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, a través de su disposición adicional primera, permitió por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la constitución de los órganos colegiados administrativos y la adopción de sus acuerdos utilizando medios electrónicos.

- La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, desarrolló tales previsiones y su artículo 17 normalizó el funcionamiento a distancia de los órganos colegiados administrativos salvo prohibición en contrario, y no se diseñó como algo puntual o excepcional, sino como lo ordinario en los órganos colegiados.

- La disposición adicional vigesimoprimera de la Ley 40/2015 se guardó de excluir expresamente de tales normas al Gobierno de la Nación o a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, aunque su exposición de motivos ya aventuraba una previsión de utilización de medios telemáticos en los órganos gubernamentales estatales, lo que tuvo su reflejo en la modificación del artículo 9.4 de la

comunicación entre ellos en tiempo real durante la sesión, disponiéndose los medios necesarios para garantizar el carácter público o secreto de las mismas según proceda legalmente en cada caso.

A los efectos anteriores, se consideran medios electrónicos válidos las audioconferencias, videoconferencias, u otros sistemas tecnológicos o audiovisuales que garanticen adecuadamente la seguridad tecnológica, la efectiva participación política de sus miembros, la validez del debate y votación de los acuerdos que se adopten”.

Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que hacía referencia genérica a esa posibilidad.

- Los primeros pasos hacia un Gobierno telemático, sin embargo, se dieron en el ámbito autonómico, siendo su precursora Andalucía, a través de su Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y posteriormente Aragón, a través de su Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y Gobierno de Aragón. Ambas regulaciones serían cuestionables a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional que se formularía posteriormente.

- Con ocasión del *proceso soberanista de Cataluña* se planteó una modificación de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalidad y del Gobierno, mediante la Ley 2/2018, de 8 de mayo. Para la consecución del *procés* en un contexto de fuga internacional de algunos de sus protagonistas se hacían necesarias dos medidas. De un lado, la posibilidad de la celebración de la sesión de investidura del candidato a la Presidencia de la Generalitat sin su presencia personal; de otro, la constitución, la celebración de reuniones y adopción de acuerdos del Consejo de Gobierno sin la presencia de alguno de sus miembros en su sede, permitiéndose que se encontraran en cualquier otro lugar con la clara intención de dar cobertura a su permanencia fuera del ámbito territorial autonómico y estatal durante un tiempo.

- La modificación legal señalada fue recurrida por el Gobierno de la Nación ante el Tribunal Constitucional, asentando éste su doctrina en su Sentencia 45/2019, de 27 de marzo, sobre la base de la precedente Sentencia 19/2019, de 12 de febrero, que ya había declarado la inconstitucionalidad y nulidad de las resoluciones de 22 de enero de 2019, del Presidente del Parlamento de Cataluña, por las que se proponía la investidura no presencial de un diputado sujeto a una orden judicial de busca y captura e ingreso en prisión, como candidato a Presidente de la Generalitat, y se convocaba sesión plenaria de investidura.

Asimismo el Tribunal Constitucional tuvo a la vista sendos dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña y del Consejo de Estado, que habían sido muy críticos con la modificación legal catalana.

- La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Gobierno telemático parte de la clara distinción entre los órganos colegiados administrativos y los de dirección política-administrativa, concluyendo que no es dable realizar un traslado automático a los órganos de gobierno del régimen previsto para los primeros en el artículo 17 de la Ley 40/2015.

- Esta doctrina exige la configuración del Gobierno telemático como algo excepcional, ciñendo su ámbito de aplicación a situaciones extraordinarias cualificadas. Requiere además la presencia de los miembros que actúen telemáticamente en el ámbito territorial correspondiente a su ámbito funcional o competencial, no siendo viable su presencia fuera del mismo, puesto que en tales circunstancias cobraría necesaria aplicación el régimen jurídico de suplencias.

- El hecho de que la gran mayoría de Comunidades Autónomas no hayan afrontado hasta el momento presente la regulación del Gobierno telemático puede comprenderse

como una determinación y compromiso en favor de un ejercicio presencial de las funciones gubernamentales por quienes las asumen, en el entendido de que así se beneficia el debate -contraste de opiniones y argumentos- y la adecuada deliberación previa a las decisiones colegiadas de gobierno. También permite apreciar una confianza implícita en la suficiencia del régimen jurídico de suplencias como instrumento idóneo para colmar las ausencias de los miembros del Gobierno, en su caso.

No obstante, la experiencia adquirida en la reciente crisis mundial de salud pública ha demostrado lo oportuno de acometer la reforma de las correspondientes leyes de Gobierno en el ánimo de incorporar la posibilidad excepcional de un Gobierno telemático para aquellas situaciones de salud pública que lleven aparejadas medidas restrictivas de movilidad o reunión impeditivas de la celebración ordinaria –presencial- del Consejo de Gobierno.

- Precisamente bajo dichas coordenadas debe leerse la regulación incorporada en una nueva disposición adicional tercera de la Ley del Gobierno por el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, en el que se adoptaban medidas urgentes para responder al impacto económico del Covid-19. Esta regulación concita, empero, dudas interpretativas sobre su ámbito de aplicación, pues no es concluyente sobre si tendría virtualidad sólo en situaciones de crisis de salud pública o es extensible a otras situaciones excepcionales. Tales dudas interpretativas no han sido resueltas suficientemente por la posterior modificación operada por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio.

- La introducción del Gobierno telemático local tuvo lugar a través del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19, que añade un apartado tercero al artículo 46 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. En esta ocasión su ámbito de aplicación sí resulta debidamente circunscrito a “*situaciones excepcionales de fuerza mayor, de grave riesgo colectivo, o catástrofes públicas que impidan o dificulten de manera desproporcionada el normal funcionamiento del régimen presencial de las sesiones*”.

Bibliografía

- RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (coord.), “*Régimen Jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*”. Thomson Reuters Aranzadi. 2016. Pág.1070.

- MARTÍ SARDÁ, Isidre, “*Los órganos colegiados telemáticos y la doctrina constitucional del caso Puigdemont después del Covid 19*”. La Ley 6122/2020.

7.2. Un supuesto especial en que las normas reguladoras del procedimiento de concesión directa de subvenciones participan de la naturaleza de acto administrativo – Cristina Recarte Llorens (Letrada de la Comunidad de Madrid)⁴⁴

En términos generales, es indiscutible que, tanto la legislación estatal como la autonómica, conceptúan las bases reguladoras como disposiciones administrativas de carácter general, pues las califican en todo caso como normas.

Sin embargo, recientemente, se han planteado dudas en orden a la naturaleza de las normas reguladoras del procedimiento de concesión directa de subvenciones, cuando dicho procedimiento presenta alguna particularidad que lo aparta de la regla general apuntada.

I.- Un adecuado análisis de esta cuestión hace aconsejable recordar, en este punto, las diferencias fundamentales entre los actos administrativos y las disposiciones administrativas de carácter general.

- Las disposiciones administrativas de carácter general, en cuanto normas jurídicas, participan de la abstracción y generalidad propias de las mismas: se dirigen a una pluralidad indeterminada de sujetos de derecho y regulan una pluralidad de situaciones jurídicas. Asimismo, gozan de carácter estable, son instrumentos de ordenación, caracterizados por la generación de normas susceptibles de aplicación posterior o futura y tienen vocación de permanencia; poseen una vigencia indefinida salvo que se disponga expresamente lo contrario. Son aplicadas a través de actos particulares –actos administrativos– tantas veces como sea necesario mientras continúen vigentes. Presentan un procedimiento de elaboración más intenso que el de los actos, y no son susceptibles de recurso administrativo de alzada o reposición, sino que su impugnación jurisdiccional ha de ser siempre inmediata.
- El acto administrativo, por su parte, se define como cualquier declaración de voluntad, deseo, conocimiento o juicio, realizada por una Administración Pública con arreglo a las normas de derecho administrativo. Es, por tanto, un acto que genera unas consecuencias jurídicas, sometido al derecho público. Asimismo, se agota, se consume o extingue sus efectos con su primera y única aplicación, es consuntivo. A diferencia de las anteriores, los actos de aplicación de las disposiciones administrativas de carácter general sí son susceptibles de recurso administrativo, y así se exige para su posterior impugnación en sede judicial, salvo excepciones.

La jurisprudencia ha consolidado la distinción apuntada. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2014 afirma:

“... para determinar si estamos ante un acto administrativo o una norma de naturaleza general debemos atender, en primer lugar, al contenido material de la actuación administrativa, de tal forma, que podemos afirmar que nos hallamos ante una norma cuando de él se desprende una ordenación o regulación abstracta

⁴⁴ En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe del Servicio Jurídico en la Consejería de Vivienda, Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid.

destinada a ser ulteriormente aplicada en una pluralidad indeterminada de casos concretos y, por el contrario, nos hallaremos ante un acto cuando el acto encierra una decisión consistente en declarar una concreta situación jurídica en aplicación de una regulación preexistente, con unos destinatarios delimitados total o potencialmente y con unos efectos claramente determinados. El examen de la doctrina jurisprudencial evidencia que notas definidoras de la norma o disposición de carácter general son: pluralidad indefinida de cumplimientos, innovación del ordenamiento y perdurabilidad en el tiempo.

Desde una perspectiva teleológica para calificar como disposición general una actuación administrativa, hemos de comprobar que tenga una finalidad normativa y que se integra en el ordenamiento jurídico, mientras que los actos administrativos, por el contrario, ya tengan por destinatario una persona determinada o una pluralidad indeterminada de personas (acto plúrimo), persiguen siempre una finalidad particularizada y no pasan a formar parte del ordenamiento jurídico”.

II.- El artículo 4.5.c) de la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de Subvenciones de la Comunidad de Madrid, permite conceder de forma directa “c) *Con carácter excepcional, aquellas subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública*”, señalando que, en tales casos, “*el Consejo de Gobierno, aprobará mediante Acuerdo la normativa especial reguladora de aquellas subvenciones en las que exista una pluralidad de beneficiarios no singularizados en el momento de dicha aprobación. En estos supuestos, el órgano concedente deberá publicar la declaración de los créditos presupuestarios disponibles para atender las obligaciones de contenido económico que se deriven de su concesión, previa la tramitación del expediente de gasto que corresponda, iniciándose el procedimiento con la solicitud de los interesados, que deberán entenderla desestimada por el transcurso del plazo fijado para resolver*”. A continuación, el artículo 6.1 del mismo cuerpo legal, tras reiterar que “*previamente a la concesión de subvenciones se establecerán las oportunas bases reguladoras, salvo que ya existieran estas*”, añade que “*en los supuestos recogidos en el artículo 4 de esta Ley, la documentación especificada en cada uno de los casos tendrá carácter de base reguladora*”.

De la normativa citada parece desprenderse, como adelantamos, que las bases reguladoras se conceptúan como disposiciones administrativas de carácter general, siendo calificadas en todo caso como normas. Incluso, el artículo 67.3 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley General de Subvenciones, somete su procedimiento de elaboración a la tramitación establecida por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, para la elaboración de normas reglamentarias -si bien para el ámbito de la Administración del Estado, exclusivamente-.

Acudiendo, por tanto, a una interpretación literal de la normativa citada puede colegirse que las bases reguladoras, al menos formalmente, tienen naturaleza normativa, y no de acto administrativo.

Recordemos en este punto la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2015, en la que se afirma que “*tiene razón la recurrente en cuanto que las bases de una*

convocatoria de subvenciones tienen naturaleza reglamentaria en su elaboración y no de acto plúrimo. El art. 17 de la Ley 38/2003 remite al art. 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre en cuanto al procedimiento de elaboración aprobándose como Orden Ministerial en el caso de las estatales, Ordenanza, en el ámbito local, y Orden de la Consejería correspondiente en lo que atañe a las Comunidades Autónomas (...)”.

No en vano, las bases reguladoras de subvenciones persiguen la normación de la subvención: no se limitan a aplicar una solución jurídica a un problema determinado ni suponen la conclusión de un procedimiento; son la base sobre la que sustentan el dictado de la resolución posterior, y su regulación subyace durante la vigencia de la relación jurídica subvencional.

III.- Sin perjuicio de lo anterior, existen algunos pronunciamientos –aislados hasta el momento- que parecen abrir la posibilidad a la distinción entre bases reguladoras con vocación de permanencia y aquellas otras que no tienen tal vocación, con posibles consecuencias en su distinta naturaleza jurídica.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2017 señala:

“Que unas bases reguladoras de una concesión de subvenciones sean una disposición general o un simple acto administrativo singular, aunque plúrimo, dependerá de su contenido, es decir, de si tales bases tienen una validez para sucesivas convocatorias y se incorporan al ordenamiento jurídico para un determinado período de tiempo o de forma indefinida o si, por el contrario, son unas bases exclusivas para una sola convocatoria y sólo válidas para su aplicación única pero plúrima en dicha ocasión. Precisión esta que no contradice la jurisprudencia de este Tribunal que se cita por la Sala de instancia y que se pronuncia sobre el supuesto habitual de convocatorias y bases para una aplicación singular y que habría que considerar actos singulares de aplicación plúrima.

Por otra parte, resulta irrelevante para la naturaleza singular o general de unas bases la forma de orden ministerial (o autonómica en su caso), puesto que dicha forma deriva del órgano que adopta la decisión y es común tanto para disposiciones generales como para actos administrativos, como expresamente establece para la Administración del Estado el artículo 24 de la Ley del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre)”.

En la misma línea, el Auto del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2018 reproduce dicha doctrina al inadmitir un recurso de casación contra unos decretos reguladores de bases de subvenciones:

“Como supuestos de interés casacional cita la representación de la Generalidad Valenciana el artículo 88.3.c) LJCA, pero los propios decretos recurridos reconocen que no tienen la consideración de disposición de carácter general. Además, conforme a la doctrina de este Tribunal, las bases reguladoras de la subvención constituyen en este caso actos plúrimos, no disposiciones generales, circunscrita cómo está su aplicación al ejercicio presupuestario de 2016. Como hemos dicho en

la reciente sentencia de 30 de noviembre de 2017 (recurso de casación núm. 1253/2015), «que unas bases reguladoras de una concesión de subvenciones sean una disposición general o un simple acto administrativo singular, aunque plúrimo, dependerá de su contenido, es decir, de si tales bases tienen una validez para sucesivas convocatorias y se incorporan al ordenamiento jurídico para un determinado período de tiempo o de forma indefinida o si, por el contrario, son una bases exclusivas para una sola convocatoria y sólo válidas para su aplicación única pero plúrima en dicha ocasión»”.

No obstante, como decimos, dichos pronunciamientos son aislados.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que el rigor que la jurisprudencia suele otorgar a las infracciones procedimentales en la elaboración de disposiciones de carácter general exige considerar el asunto a la luz del principio de prudencia y seguridad jurídica, ya que la omisión de los trámites necesarios podría conducir a la nulidad de las normas reguladoras.

Por ello, con carácter general, cabe afirmar la naturaleza normativa de las bases reguladoras de subvenciones, con la consiguiente necesidad de aplicar en su tramitación las garantías procedimentales que le son propias, incluido el informe del Servicio Jurídico, evitando así la posible declaración judicial de nulidad por omisión de trámites esenciales en el procedimiento.

IV.- La conclusión apuntada, sin embargo, podría no ser aplicable a todos los casos. Así, por ejemplo, puede citarse el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 27 de octubre de 2021, por el que se aprueban las normas reguladoras del procedimiento de concesión directa de las subvenciones para la realización de las actividades formativas en el sector del Transporte Público por Carretera del año 2020. Este acuerdo presentaba la particularidad de que la concesión directa se resolvería en favor de quienes, participando en el proceso ordinario de convocatoria, resultaron beneficiarios provisionales de las subvenciones convocadas en un proceso que, por circunstancias sobrevenidas, no pudo ser culminado en la anualidad de la convocatoria, decayendo el crédito previsto a esos efectos sin poder haber atendido las solicitudes.

Así, el artículo 3.1 de este acuerdo señalaba que *“Podrán acceder las asociaciones profesionales de transportistas y de empresas de actividades auxiliares y complementarias del transporte, las federaciones integradas de modo exclusivo por dichas asociaciones y las organizaciones sindicales, en todos los casos, con establecimiento y actividad en el sector del transporte por carretera en la Comunidad de Madrid, que participaron y les fue notificada la propuesta de resolución provisional como beneficiarios de conformidad con el procedimiento previsto en la Orden de 1 de septiembre de 2020, de la Consejería de Transportes, Movilidad e Infraestructuras ”.*

El artículo 5, por su parte, añadía que *“serán subvencionables aquellas actividades formativas que se tuvieron en consideración en la propuesta de resolución provisional de beneficiarios que participaron en el procedimiento previsto en la Orden de 1 de septiembre*

de 2020, de la Consejería de Transportes, Movilidad e Infraestructuras, y que se realizaron entre el 1 de enero y el 31 de octubre del año 2020”.

Es, por tanto, un acuerdo que presenta unas características excepcionales que conducen a su agotamiento inmediato, puesto que, concedidas las subvenciones conforme a las bases reguladoras preexistentes de las mismas, y en favor de aquellas personas cuyas solicitudes ya fueron objeto de consideración de acuerdo con dichas normas, el acuerdo no será susceptible de ser ulteriormente aplicado en ningún otro procedimiento.

En definitiva, el acuerdo buscaba la realización efectiva del otorgamiento de las subvenciones previamente convocadas y concedidas provisionalmente al amparo de las bases reguladoras de 2019 que las regían y que se reproducían íntegramente en el mismo. No persigue incorporarse al ordenamiento jurídico para regular sucesivas convocatorias, sino materializar la culminación de un procedimiento previamente iniciado, instruido y resuelto provisionalmente en favor de unas personas ya determinables con arreglo a unas reglas preexistentes.

En base a lo expuesto, las peculiaridades extraordinarias que confluieron en ese concreto acuerdo del Consejo de Gobierno citado impedirían afirmar su carácter normativo, participando de la naturaleza de los actos administrativos.

7.3. Significado de la culpa *in vigilando* en el derecho administrativo sancionador – Paloma Sanz Baos (Letrada de la Comunidad de Madrid)⁴⁵

El principio de personalidad de las sanciones administrativas, estrechamente conectado con el principio de culpabilidad y con la prohibición de la responsabilidad objetiva en este ámbito, inspira la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas.

Con arreglo a tales principios, solo serán castigados por hechos constitutivos de infracción administrativa aquellos sujetos que resulten responsables de los mismos “*a título de dolo o culpa*”, como prescribe el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP)⁴⁶, lo que implica, entre otros efectos, que no quepa sancionar a personas que no hayan participado en su comisión.

Así, solo podrían considerarse responsables de una infracción y, en consecuencia, ser sancionados, aquellos sujetos que la hubieran cometido, es decir, que fueran sus autores, entendiéndose por tales a “*quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento*”, así como a “*los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo*” y “*los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado*”, en virtud de la definición de autor de un delito contenida en el artículo 28 del Código Penal, norma a la que puede recurrirse en defecto de otras normas administrativas especiales al amparo de la identidad ontológica entre penas y sanciones administrativas.

De acuerdo con este planteamiento, se considerarán responsables de una infracción administrativa a los autores *stricto sensu*, a los inductores y a los cooperadores necesarios, siempre que pueda imputárseles su comisión “*a título de dolo o culpa*”.

Normalmente, “autor” y “responsable” de una infracción administrativa son condiciones que recaen sobre una misma persona, pues la aplicación práctica de los principios expuestos impide que una sanción recaiga sobre alguien ajeno a la conducta infractora, siendo indispensable algún tipo de participación en ella.

Sin embargo, los conceptos de “autor” y “responsable” de una infracción administrativa parecen dissociarse en el caso de la denominada culpa *in vigilando* contemplada en el artículo 28.4 de la LRJSP, que establece lo siguiente:

“Las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores podrán tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación. Asimismo, podrán prever los supuestos en que

⁴⁵ En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe del Servicio Jurídico en la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Madrid.

⁴⁶ Señala el artículo 28.1 de la LRJSP que “*sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa*”.

*determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependen o estén vinculadas”.*⁴⁷

Cuando el inciso final del precepto transcrito permite que las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores contemplen “*los supuestos en que determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellos dependen o estén vinculadas*”, parece establecer una responsabilidad de tipo objetivo, es decir, independiente de la culpabilidad del sujeto, pues admite que quien no ha participado en absoluto en la comisión de una infracción como autor, inductor o cooperador necesario, se vea legalmente abocado a afrontar sus consecuencias, exigiéndosele el pago de la sanción y de la oportuna reparación. Por lo tanto, en estos casos se es responsable de una infracción no por ser culpable de su comisión, sino porque así lo establece la ley, lo que *a priori* daría la impresión de vulnerar los principios de culpabilidad y de personalidad de la sanción.

Con el fin de salvar esta aparente contradicción entre la culpa *in vigilando* del artículo 28.4 de la LRJSP y el principio de culpabilidad se ha construido la figura del “garante”.

En virtud de esta construcción doctrinal, el ordenamiento jurídico impone a ciertas personas la obligación legal de evitar que otros que se hallan bajo su dependencia o con los que tiene una vinculación especial cometan infracciones; de ahí que si llegaran a producirse tales infracciones, aquellos serían responsables de estos comportamientos por incumplir su deber de vigilancia. En suma, la infracción se produce porque la persona a quien la ley coloca en la posición de “garante” incurre en culpa *in vigilando* al desatender su obligación de prevenirla, con lo que se convierte en cooperador necesario de su comisión.

La figura del “garante” encuentra respaldo en el derecho penal y puede aplicarse en el ámbito del derecho administrativo sancionador, dada la sintonía con sus principios generales. En este sentido, conviene traer a colación la doctrina elaborada por la Fiscalía General del Estado al analizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su Circular 1/2016, de 22 de enero.⁴⁸

En la reseñada circular se expone la denominada “*culpabilidad por defecto de organización*”, esto es, la derivada de la omisión de las medidas de precaución que son exigibles a una persona jurídica para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de su actividad empresarial, dando lugar a una imputación vicaria o por transferencia de la responsabilidad penal basada en el incumplimiento grave de “*los deberes de supervisión*,”

⁴⁷ A título meramente ilustrativo hay que recordar los términos empleados en el derogado artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, similares a los de la norma transcrita: “*Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores*”.

⁴⁸ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 (ref.: FIS-C-2016-00001).

vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso” (art. 31bis.1.b) del Código Penal).

Sobre este título de imputación penal a las personas jurídicas, la Fiscalía General del Estado señalaba lo siguiente en la Circular 1/2016, de 22 de enero:

“La cuestión ha sido abordada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, en las SSTS nº 257/2009, de 30 de marzo y 234/2010, de 11 de marzo, examina la posición de garante y la comisión por omisión en relación con la responsabilidad por la conducta de terceros subordinados al omitente o, al menos, terceros sobre los que el omitente ejerce una cierta autoridad y tiene la posibilidad de vigilancia que le permite evitar el resultado, cuando la actividad de aquellos sea considerada como una fuente de peligro para intereses ajenos. Sobre la responsabilidad por omisión en estructuras organizadas, la STS nº 1193/2010, de 24 de febrero, advertía que “no existe ninguna razón de peso para excluir la responsabilidad penal del superior que conoce la ejecución del acto antijurídico del inferior, cometido, tanto dentro del ámbito de las funciones de este último como de las facultades de supervisión del superior, y, pudiendo hacerlo, no ejerce sus facultades de control o no actúa para evitarlo”. Dicha responsabilidad penal se extiende a aquellas “actividades o actuaciones que ordinariamente no generan peligro para terceros, si en el caso concreto, el directivo conoce la existencia del riesgo generado y la alta probabilidad de que supere el límite del riesgo jurídicamente permitido,” concluyendo la citada sentencia que “el directivo que dispone de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados, ejecutada en el ámbito de sus funciones y en el marco de su poder de dirección, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es responsable por omisión si no ejerce las facultades de control que le corresponden sobre el subordinado o no actúa para impedirlo”.

Entendida la figura del “garante” como un sujeto legalmente obligado a evitar la comisión de infracciones por un tercero, podemos hablar de un auténtico tipo infractor al que se le aplica el principio de culpabilidad a título de imprudencia. En este sentido, HUERGO LORA expone con gran claridad que *“cuando la norma dispone que el simple incumplimiento de un deber o prohibición constituye una infracción administrativa, no es que esté aplicando el principio de responsabilidad objetiva, sino que está disponiendo que en esa actividad se exige un nivel de diligencia que incluye el conocimiento y el cumplimiento de esa prohibición”*.⁴⁹

En el derecho positivo podemos encontrar algunos ejemplos de culpa *in vigilando* en dos ámbitos fundamentales: por un lado, la responsabilidad de los padres en relación con los hijos menores de edad y, por otro lado, la de las empresas en relación con sus empleados e, incluso, con sus clientes y proveedores.

Se expondrán a continuación algunos ejemplos concretos de tipificación de culpa *in vigilando* en cada uno de estos dos ámbitos.

⁴⁹ HUERGO LORA, Alejandro. “Las sanciones administrativas”, Madrid, Ed. Iustel, 2007.

En primer lugar, el paradigma de la atribución a terceros de las consecuencias de una infracción es el caso de los padres en relación con los hijos menores de edad, como corolario de la norma básica recogida en el Código Civil en el marco de la responsabilidad extracontractual.

En efecto, tras sentar el artículo 1902 del Código Civil el principio de que *“el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*, el artículo 1903 del Código Civil incluye la previsión de que *“los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda”*, lo que es extensible a los tutores respecto *“de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”*.

En el ámbito del derecho administrativo sancionador, la responsabilidad de padres o tutores por las infracciones cometidas por menores de edad deriva de la atribución a aquellos de una culpa *in vigilando*, que desemboca en la obligación de afrontar solidariamente el pago de las sanciones pecuniarias impuestas a estos.

Así ocurre, por ejemplo, en el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, que advierte que *“cuando la autoría de los hechos cometidos corresponda a un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, en razón al incumplimiento de la obligación impuesta a éstos que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute a los menores. La responsabilidad solidaria quedará referida estrictamente a la pecuniaria derivada de la multa impuesta”* (art. 82.b).

Por su parte, la reciente Ley 7/2023, de 28 de marzo, de Bienestar Animal, advierte que cuando sea declarada la responsabilidad de los hechos cometidos por un menor, responderán solidariamente con él sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden, en razón al incumplimiento de la obligación impuesta a éstos, que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute a los menores. La responsabilidad solidaria vendrá referida a la pecuniaria derivada de la multa impuesta, sin perjuicio de su sustitución por las medidas reeducadoras que determine la normativa autonómica (art. 69.4).

Como vemos, las normas reseñadas aluden al incumplimiento por los padres o tutores del deber de prevenir la comisión de infracciones por sus hijos o tutelados menores de edad, y de ese incumplimiento se les deriva la responsabilidad administrativa.

También es fácil encontrar ejemplos de tipificación de infracciones por culpa *in vigilando* en ciertos ámbitos empresariales. Veremos a continuación los más significativos.

I. El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, incluye entre las personas responsables de las infracciones allí tipificadas a los importadores o quienes distribuyan por primera vez en el mercado nacional

productos de consumo que puedan afectar a la seguridad y a la salud de los consumidores o usuarios, atribuyéndoles el deber de asegurarse de que dichos productos cumplen los requisitos exigibles para ser puestos en el mercado.

En consecuencia, los importadores responderán solidariamente de las sanciones impuestas a sus suministradores o proveedores, con independencia de la responsabilidad que les corresponda por sus propias infracciones, cuando, dentro de su deber de diligencia, no hayan adoptado las medidas que estén a su alcance, incluyendo la facilitación de información para prevenir las infracciones cometidas por estos (art. 50.4).

II. La Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, impone a los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación – como entidades de crédito, entidades aseguradoras, empresas de servicios de inversión, entidades gestoras de fondos de pensiones, sociedades de garantía recíproca, promotores inmobiliarios, etc.-, la obligación de comunicar al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias cualquier hecho u operación, incluso la mera tentativa, respecto a la que exista algún indicio o la certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (art. 18), siendo sancionable como infracción muy grave el incumplimiento de esta obligación cuando algún directivo o empleado lo hubiera puesto de manifiesto internamente (art. 51.1.a).

III. La Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, tipifica como infracción grave el incumplimiento por parte de las sociedades auditoras del deber de establecer los procedimientos necesarios para detectar e identificar las amenazas a la independencia de los auditores, así como evaluarlas y, cuando sean significativas, aplicar las medidas de salvaguarda adecuadas y suficientes para eliminarlas o reducirlas a un nivel aceptablemente bajo (art. 73).

IV. La Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, impone a los centros de negociación (entendidos como todo sistema o dispositivo en el que interactúan los diversos intereses de compra y de venta de instrumentos financieros de múltiples terceros –art. 42.1-) la obligación de implantar sistemas, procedimientos y mecanismos que permitan prevenir y gestionar de manera adecuada las anomalías que generen, en su caso, los sistemas de negociación algorítmicos y velar por el debido cumplimiento de los miembros o participantes en ese centro de negociación, además de asegurar la adecuada gestión de los conflictos de interés entre su clientela y la propia empresa o su grupo (art. 45, ap. 4 y 5).

Y se tipifica como infracción la falta de adopción de tales procedimientos y mecanismos (art. 284.1.b), calificándose como muy grave cuando los incumplimientos no sean meramente ocasionales o aislados (art. 284.2.b).

V. Dejamos para el final un supuesto que reviste ciertas peculiaridades pero que habitualmente se considera incluido dentro de las sanciones por culpa *in vigilando*: dentro del ámbito de la prevención de riesgos laborales, todo empresario debe afrontar un recargo

variable en el importe de las prestaciones sociales en caso de producirse un accidente laboral por infracción de la normativa en materia de seguridad e higiene.

En efecto, de acuerdo con el artículo 164.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS, en adelante), *“todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”*.

Como señala el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de mayo de 2009 (rec. 2304/2008), *“el empresario (...) tiene la posición de garante (“empresario garante”) del cumplimiento de las normas de prevención (arts. 19.1 ET y 14 LPRL). El trabajador tiene también sus obligaciones, pero más matizadas y menos enérgicas: debe observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad (art. 19.2 ET), pero “según sus posibilidades”, como dice expresamente el art. 29.1 LPRL. Tiene que utilizar correctamente los medios de protección proporcionados por el empresario, pero el trabajador no tiene la obligación de aportar estos medios, ni de organizar la prestación de trabajo de una manera adecuada”*.

Para apreciar la responsabilidad de ese “empresario garante”, la citada sentencia de 26 de mayo de 2009 (F.J. 2) exige los siguientes requisitos:

“a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que (...) bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado (STS 26 de marzo de 1999), b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado (STS 6 de mayo de 1998)”.

Adicionalmente, interesa subrayar que el Tribunal Supremo ha señalado que *“el recargo tiene una naturaleza mixta, es en principio una sanción que tiene un fin preventivo y disuasorio, pero también tiene una naturaleza reparadora porque su importe repercute directamente en beneficio del perjudicado, lo que no ocurre con las sanciones pecuniarias que se ingresan a la Hacienda Pública”* (STS de 30 de enero de 2008, rec. 4374/2006).

En esta línea favorable a la asimilación del recargo con una sanción administrativa, la STS 149/2019, de 28 de febrero de 2019 (rec. 508/2017) subraya que *“una cosa es la responsabilidad civil [del empresario] por el acto de un empleado y otra diferente la responsabilidad penal y la administrativa por la comisión de infracciones penales o administrativas, cuya sanción requiere la culpa del infractor, cual sucede con el recargo*

de prestaciones que tiene naturaleza sancionadora, lo que obliga a interpretar esa responsabilidad de forma estricta, esto es exigiendo la culpa [in vigilando] de la empresa de forma más rigurosa que cuando responde civilmente por actos de sus empleados”.

Finalmente, otro aspecto que aproxima este recargo a las sanciones es su carácter no asegurable conforme al artículo 164.2 del TRLGSS:

“La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o trasmitirla”.

Para terminar este trabajo, podemos concluir que la posición legal de “garante” entraña para quien la ostenta una especial obligación de evitar comportamientos infractores de terceros que, en caso de producirse, le transfieren la responsabilidad administrativa por omisión o por falta de eficacia de su deber de vigilancia y supervisión, dando lugar a una culpa *in vigilando* atribuible a título de imprudencia, lo que resulta plenamente coherente con los principios de personalidad de la sanción y de culpabilidad consagrados en el artículo 28.1 de la LRJSP.