

**Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1762-2014.**

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, expreso mi discrepancia con parte de la fundamentación jurídica de la Sentencia y, en consecuencia, con el fallo.

Mi discrepancia se ciñe a la argumentación y conclusión sentada en los FFJJ 3 a 7 de la Sentencia sobre la constitucionalidad del art. 20, apartados 6 y 7, de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (en adelante, LOEPSF), en la redacción dada por el art. 1.6 de la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público.

El recurrente alega que el mecanismo de retención de recursos del sistema de financiación para el pago de deudas a proveedores, que se prevé en el citado art. 20 LOEPSF, vulnera la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas. Dicho mecanismo de retención constituye la última fase de un sistema complejo, articulado en fases sucesivas, que se aplica cuando las Comunidades Autónomas incurren en demora en el pago de las deudas contraídas con proveedores. En esencia, el mecanismo de retención controvertido supone que el Estado detrae recursos del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas para hacerse cargo directamente del pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas que persistan en la demora del pago y no atiendan a las obligaciones legalmente previstas y, en particular, a las comunicaciones cursadas a este efecto por el Ministerio de Hacienda.

La Sentencia de la que discrepo rechaza el motivo de impugnación con arreglo a los siguientes argumentos: 1) no se le impide a la Comunidad Autónoma incumplidora adoptar sus propias políticas, acordando aquellas medidas de reducción de gastos, de incremento de ingresos o de gestión de cobros y pagos que considere oportunas; 2) la afectación a la autonomía financiera no resulta inconstitucional o ilegítima, pues la injerencia es debida, necesaria y proporcionada; 3) el mecanismo de retención no se proyecta sobre el momento en que se definen las políticas autonómicas; y 4) el mecanismo es similar al procedimiento estatal de repercusión a las Comunidades Autónomas infractoras de las consecuencias financieras de los incumplimientos

del derecho de la Unión, declarado constitucional por la STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 9 d).

A mi juicio, ninguno de los referidos argumentos permite rechazar la inconstitucionalidad del mecanismo controvertido.

En primer lugar, que una Comunidad Autónoma pueda decidir inicialmente sus propias políticas de gasto y que incluso pueda decidir demorar el pago a determinados proveedores no significa que cualquier modalidad de control estatal que se establezca sobre la forma de ejecución de esas decisiones haya de resultar sin más, por ese motivo, acorde con su autonomía financiera.

En segundo lugar, las injerencias en la autonomía de las Comunidades Autónomas no quedan sanadas por muy adecuadas, necesarias o proporcionales que se puedan considerar por sí mismas. La protección del principio constitucional de autonomía no se contrae a un mero contraste con el principio de proporcionalidad, de forma que cualquier forma de control estatal sobre la actuación de las Comunidades Autónomas podría ser constitucional con la condición de que respetase el principio de proporcionalidad. Lo que está en cuestión no es la proporcionalidad, sino la compatibilidad del mecanismo de retención que instaura el precepto impugnado con el sistema constitucional de controles en relación con las Comunidades Autónomas.

En tercer lugar, la distinción entre dos “momentos”, el de definición de las políticas de gasto y el de la retención de ciertos recursos que el Estado debe satisfacer a la Comunidad Autónoma, con la consiguiente reducción de la autonomía financiera exclusivamente al primer “momento” indicado, resulta plenamente artificial, pues la autonomía financiera implica *la plena disponibilidad de los medios financieros* que, de acuerdo con el bloque de constitucionalidad, les corresponden a las Comunidades Autónomas, “para poder ejercer sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas” [por todas, SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 5; 109/2011, de 22 de junio, FJ 5; y 76/2014, de 8 de mayo, FJ 4 c)]. Y, por supuesto, la plena disponibilidad de los medios financieros incluye su percepción directa e íntegra (SSTC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 9; y 201/1988, de 27 de octubre, FJ 4).

En cuarto y último lugar, la reciente STC 41/2016 (FJ 16) ha puesto de relieve, a propósito del mecanismo de retención estatal de fondos de las Comunidades Autónomas para satisfacer las deudas contraídas por estas con las corporaciones locales (art. 57 *bis* LBRL), las amplias diferencias existentes con respecto al procedimiento de repercusión de las consecuencias financieras derivadas del incumplimiento de las obligaciones de derecho de la Unión Europea: “La retención prevista en otros apartados de la disposición adicional octava LOFCA no responde a la lógica clásica de la compensación de créditos porque el Estado y la Comunidad Autónoma no reúnen el doble carácter de ser, cada uno de ellos, deudor y acreedor respecto del otro (apartados 4 y 5). Se trata de compensaciones ‘triangulares’ porque el Estado constata el incumplimiento de una obligación de la Comunidad Autónoma frente a un tercero. En estos casos, el Estado sustituye a la Comunidad Autónoma en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por ella frente a otro, poniendo a disposición de éste las cantidades retenidas”.

Una vez descartados los argumentos en los que la Sentencia fundamenta su juicio de compatibilidad del mecanismo de retención impugnado, me referiré a las razones por las que, a mi juicio, debió estimarse el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el art. 20, apartados 6 y 7, LOEPSF.

Como se desprende del Voto Particular formulado a la STC 215/2014, de 18 de diciembre, que suscribí conjuntamente con otros cuatro magistrados, asumo plenamente la posibilidad genérica del establecimiento de controles en esta materia. Estos controles ya figuraban recogidos en la legislación de estabilidad presupuestaria anterior a la reforma constitucional, cuya constitucionalidad fue confirmada por la STC 134/2011, de 20 de julio, y por sentencias posteriores. El análisis de los controles establecidos sobre la actuación de las Comunidades Autónomas debe necesariamente partir de la doctrina constitucional previa, que se remonta al menos a la STC 76/1983, de 5 de agosto. Recogiendo tal doctrina, y refiriéndose específicamente al régimen de estabilidad presupuestaria regulado en la legislación anterior a la reforma del art. 135 CE, la STC 134/2011 admite modalidades de control singularmente intensas, pero sin dejar de señalar en sus fundamentos jurídicos 10 y 11 los límites constitucionales a su diseño legal y a su ejercicio. Las palabras del mencionado Voto Particular son plenamente aplicables al presente proceso:

«Sólo se justificaría la revisión de la citada doctrina si la propia Constitución, a través de la reforma del art. 135 CE, hubiera establecido modalidades de control específicas, distintas de las que hasta el presente se han considerado constitucionalmente admisibles,

para los supuestos en los que las Comunidades Autónomas incumplieran los objetivos de estabilidad presupuestaria. La única mención del art. 135 CE directamente relacionada con este debate es la que aparece en el apartado 5 c), que remite a la ley orgánica la regulación de “la responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria”. Pero, partiendo de la distinción trazada entre responsabilidad *ad extra* y *ad intra* por la STC 36/2013, de 14 de febrero, FJ 9, no cabe confundir la responsabilidad de la Administración incumplidora con el otorgamiento al Estado de facultades exorbitantes de control. Salvada esta mención con el alcance señalado, y al no deducirse otros controles del art. 135 CE, debe concluirse que la reforma de este precepto constitucional ha dejado intacto el sistema de controles previamente diseñado por la Constitución.»

La autonomía financiera no excluye la existencia de controles, incluso específicos cuando se trata de fondos que forman parte de los Presupuestos Generales del Estado que están afectos a unas finalidades concretas, como por ejemplo el de dar cuenta del destino de los fondos recibidos con cargo a dichos Presupuestos o del estado de realización de los proyectos en curso de ejecución. Ahora bien, un control de naturaleza administrativa que condiciona la percepción de los fondos a la presentación de justificantes relativos a su aplicación, “coloca a las Comunidades Autónomas en la situación de meros órganos gestores de créditos presupuestarios estatales, dependientes en cierto modo jerárquicamente de la Administración del Estado, siendo así que, como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, tal situación no resulta compatible con el principio de autonomía y con la esfera competencial que de ella deriva (sentencias 4/1981, de 2 de febrero, y 6/1982, de 22 de febrero)” (STC 63/1986, FJ 9). En la misma línea, la STC 201/1988 consideró incompatible con la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas que se supeditara la determinación de los importes definitivos así como el efectivo ingreso de las cantidades a transferir a la remisión previa de una información normalizada en la que constaran la relación de beneficiarios y el objeto y cuantía de las subvenciones aprobadas en el trimestre precedente: “Tales normas de control de la gestión autonómica de las subvenciones deben, de acuerdo con lo expuesto, considerarse un control exorbitante que invade la autonomía financiera de la Generalidad” (STC 201/1988, FJ 4).

El mecanismo de retención controvertido en este proceso va más allá de esos controles ya considerados exorbitantes en el pasado. Su naturaleza sustitutoria de la competencia autonómica es indiscutible. Así fue ya apreciada en la mencionada STC 41/2016 que abordó la constitucionalidad del mecanismo estatal de compensación triangular (Estado-Comunidades Autónomas-Entidades locales) de créditos previsto en el art. 57 *bis* LBRL. El análisis sobre la naturaleza del mecanismo de retención estatal realizado en dicha sentencia es perfectamente aplicable a este caso: en efecto, también mediante el presente mecanismo de retención triangular (Estado-Comunidades Autónomas-proveedores) “el Estado sustituye a la Comunidad Autónoma

en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por ella frente a otro, poniendo a disposición de éste las cantidades retenidas”, por lo que también constituye “un control administrativo en sentido técnico (sustitución en el ejercicio de una competencia por incumplimiento) que incide de modo muy relevante sobre las relaciones financieras del Estado y la Comunidad Autónoma” (STC 41/2016, FJ 16).

Entonces este Tribunal declaró inconstitucional y nulo el art. 57 *bis* LBRL porque, al incidir directamente sobre las relaciones financieras del Estado y las Comunidades Autónomas, debió revestir forma de ley orgánica. Aunque no se pronunció sobre la vulneración material de la autonomía financiera, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional los controles sustitutivos de la competencia autonómica, en cuanto no previstos por la Constitución para las relaciones ordinarias entre las Comunidades Autónomas y el Estado, deben considerarse constitucionalmente proscritos. Esa ha sido la doctrina constitucional durante décadas [en este sentido, STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 20 d)].

Esa doctrina no sufre alteración por la existencia de obligaciones contraídas en el seno de la Unión Europea, ni por la responsabilidad que pueda derivar para el conjunto del Estado por un incumplimiento de esas obligaciones imputable a una Comunidad Autónoma. En la STC 36/2013, de 14 de febrero, este Tribunal afirmó que “la responsabilidad *ad extra* de la Administración estatal por incumplimientos del Derecho de la Unión Europea no justifica la asunción [por la Administración estatal] de una competencia que no le corresponde” (FJ 9), aunque sí le corresponde al Estado establecer los sistemas de compensación interadministrativa de la responsabilidad financiera que pudiera generarse para el propio Estado en el caso de que dichas irregularidades o carencias se produjeran efectivamente y así se constatará por las instituciones comunitarias.

Incluso en la reciente STC 215/2014, de 18 de diciembre, en la que, contra la opinión de cinco magistrados, se admitió la constitucionalidad de las “medidas de obligado cumplimiento” previstas en los arts. 25.2 y 26.1 LOEPSF, no se traspasó la línea roja de la sustitución estatal en el ejercicio de las competencias autonómicas. Como recapituló la posterior STC 41/2016 (FJ 16), “en nuestro sistema constitucional no hay más controles administrativos de este tipo que los previstos en el art. 155 CE (para afrontar incumplimientos constitucionales extremadamente cualificados) y en la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (ante el incumplimiento de los objetivos de equilibrio y sostenibilidad presupuestaria)”.

Pues bien, el mecanismo de retención enjuiciado en este proceso supone un salto cualitativo respecto a los controles previstos para el incumplimiento de los objetivos de equilibrio y sostenibilidad presupuestaria, pues el Estado sustituye directamente a las Comunidades Autónomas en la gestión de sus presupuestos. El art. 20, apartados 6 y 7, LOEPSF añade modalidades de control distintas de las constitucionalmente previstas o admisibles, incurriendo en inconstitucionalidad por cruzar la línea divisoria entre poder constituyente y poder constituido (utilizando la expresión de la STC 76/1983, FJ 4).

Con la Sentencia de la que discrepo se erosionan una vez más los cimientos de nuestra consolidada jurisprudencia constitucional sobre la configuración del Estado autonómico: en este caso se abandona una línea jurisprudencial que se remonta a la sentencia sobre la LOAPA (STC 76/1983) y que, junto a la STC 13/1992, conformó el diseño básico del Estado autonómico, como puso de manifiesto don Francisco Tomás y Valiente hace más de dos décadas.

Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil dieciséis.