

Nº 35  
Tercer trimestre 2023

# Gablex

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



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

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



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 35

Septiembre 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>

---

## **Número 35. Septiembre 2023**

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

**Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC**

**Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO**

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

[revistagabinetejuridico@jccm.es](mailto:revistagabinetejuridico@jccm.es)

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

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





## DIRECCIÓN

### **D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Belén López Donaire**

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

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

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### **D. Roberto Mayor Gómez**

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

### **D. Jaime Pintos Santiago**

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

### **D. Leopoldo J. Gómez Zamora**

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

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



## COMITÉ CIENTÍFICO

### **D. Salvador Jiménez Ibáñez**

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

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

### **D. José Antonio Moreno Molina**

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

### **D. Isaac Martín Delgado**

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

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

## CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

### **D. José Ramón Chaves García**

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

### **D<sup>a</sup> Concepción Campos Acuña**

Directivo Público Profesional.  
Secretaria de Gobierno Local.



**D. Jordi Gimeno Beviá**

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

**D. Jorge Fondevila Antolín**

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

**D. David Larios Risco**

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

**D. José Joaquín Jiménez Vacas**

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

**D. Javier Mendoza Jiménez**

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



## SUMARIO

### EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 13

### **ARTÍCULOS DOCTRINALES**

#### **SECCIÓN NACIONAL**

LA RESOLUCION DEL CONTRATO EN LA CONTROVERSI  
DE LA OBRA PUBLICA

D. José Enrique Candela Talavero ..... 17

TRANSPARENCIA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

D. Julio Díaz-Maroto Maqueda.....62

DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE FE PÚBLICA

D. José Joaquín Jiménez Vacas.....117

LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR EN  
LAS ENTIDADES LOCALES. LA UTILIZACIÓN INDEBIDA  
DE LA REVISIÓN DE OFICIO COMO MECANISMO DE  
REACCIÓN

D. Javier Martínez Hellín.....170

COMPLIANCE AMBIENTAL Y LA PROPUESTA DE  
DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO



**SOBRE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN  
MATERIA DE SOSTENIBILIDAD**

D. Alfonso Arellano Perezagua.....260

**LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA ESPAÑOLA: LAS LEYES  
FUNDAMENTALES DE LA MONARQUÍA COMO LÍMITE Y  
DELIMITACIÓN DEL PODER**

D. Alvaro Vecina Aznar .....332

**RESEÑA DE JURISPRUDENCIA**

**LA TRIPLE MORALEJA: NO IMPORTA QUE EL ÓRGANO  
QUE HA DE VALORAR LAS OFERTAS SEA INCOMPETENTE  
Y CARENTE DE CUALIFICACIÓN APROPIADA SI LO QUE  
PROCEDE ES UN RECURSO ADMINISTRATIVO  
ORDINARIO**

D. Jaime Pintos Santiago

D<sup>a</sup>. María Dolores Fernández Uceda.....436

**DELITOS DE ODIO: CRITERIOS DE APLICACIÓN**

D. David Miras Estévez .....454

**BASES DE PUBLICACIÓN.....462**







## EDITORIAL

En el número 35 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional seis artículos doctrinales que se suman a dos reseñas de jurisprudencia, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D. José Enrique Candela Talavero con el artículo que lleva por título “La resolución del contrato en la controversia de la obra pública”.

Analiza minuciosamente cuándo un incumplimiento provoca la resolución del contrato público según quien resulte ser la parte incumplidora: la Administración o el contratista.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Julio Díaz-Maroto Maqueda que aborda con brillantez una breve caracterización general del principio de transparencia en el ámbito de la contratación pública, desde la perspectiva de los fines propios de los dos bloques normativos que interactúan en este ámbito: el propio de la legislación general en materia de transparencia y buen gobierno y el correspondiente a la legislación específica en materia de contratación del sector público. t



A continuación, D. José Joaquín Jiménez Vacas bajo el título "De la función administrativa de Fe pública" define con maestría la función administrativa de Fe pública como aquella que, conforme a Derecho, compete al Estado, de forma exclusiva, o por entidades públicas e incluso personas físicas por su concesión; y que tiene su objeto en la acreditación de la verdad, real o formal, de hechos, conductas, estados de las cosas o relaciones, por razones de seguridad jurídica e interés general; con soporte en el documento público certificado, en que se asegura, afirma o se da por cierta alguna cosa.

D. Javier Martínez Hellín con el título "La contratación administrativa irregular en las entidades locales" analiza la más reciente línea doctrinal que especialmente desde determinados órganos consultivos viene insistiendo en acudir al procedimiento para la revisión de los actos nulos, postura sobre la que formula un juicio crítico.

A continuación, D. Alfonso Arellano Perezagua aborda un tema de máximo interés como es el "Compliance ambiental y la propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad" que hará las delicias de los lectores.

La sección nacional se cierra con el artículo de D. Álvaro Vecina Aznar con el título "La constitución histórica española: las leyes fundamentales de la monarquía como límite y delimitación del poder".



Dentro de la sección de reseña de jurisprudencia, D. Jaime Pintos Santiago y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Dolores Fernández Uceda, tratan con claridad y brillantez “La triple moraleja: no importa que el órgano que ha de valorar las ofertas sea incompetente y carente de cualificación apropiada si lo que procede es un recurso administrativo ordinario”.

Por último, D. David Miras Estévez realiza un análisis de los criterios de aplicación actuales en materia de delitos de odio y discriminación, con especial incidencia en el derecho penal antidiscriminatorio.

El Consejo de Redacción

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

**SECCIÓN NACIONAL**

**ARTÍCULOS DOCTRINALES**



## **LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EN LA CONTROVERSIA DE LA OBRA PÚBLICA**

**D. José Enrique Candela Talavero**

Doctor en Derecho

Funcionario de la Administración Local con Habilitación Nacional

**Resumen:** Es principio básico de la contratación ampliamente reconocido que los términos de un contrato no pueden quedar a la libre discrecionalidad de una de las partes, así como que el cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato son garantía de protección del interés público que guía la actuación administrativa. Durante la ejecución se puede presentar causas que provoquen su resolución. Son estas causas y sus consecuencias en la obra pública, las analizadas en este trabajo para que el buen hacer de la prestación logre satisfacer el interés público.

Precisamente para satisfacerse intereses generales por la Administración, vinculada al principio de legalidad y sujeta al servicio objetivo de los intereses generales, se le ofrece esta prerrogativa de resolución de los contratos públicos. Se analizará cuándo un incumplimiento provoca la resolución del contrato según



quien resulte ser la parte incumplidora: la Administración o el contratista.

**Palabras claves:** Prerrogativa, resolución, contrato, obra, indemnización.

**Abstract:** It is a basic principle of widely recognized contracting that the terms of a contract cannot be left to the free discretion of one of the parties as well. Compliance with the contract performance requirements are a guarantee of protection of the public interest that guides administrative action. During execution, causes may arise that lead to its resolution. These causes and their consequences in public works are the ones analyzed in this work so that the good performance of the provision can satisfy the public interest.

Precisely to satisfy general interests by the Administration, linked to the principle of legality and subject to the objective service of general interests, this prerogative of resolution of public contracts is offered. It will be analyzed when a breach causes the termination of the contract according to who turns out to be the breaching party: the Administration or the contractor

**Keywords:** Prerogative, resolution, contract, work, compensation

## Sumario

I. Introducción

II. Interés público y principios generales en la obra pública



- III. La prerrogativa de la resolución
- IV. Aplicación de causas de resolución de la obra pública
  - 1. Incumplimiento del contratista
  - 2. Incumplimiento de la Administración
  - 3. Plazo de ejecución y resolución
- V. Notas del procedimiento de resolución
- VI. La consecuencia de la responsabilidad en la resolución
  - 1. Régimen sustantivo de responsabilidad
  - 2. Aplicación de causas de resolución en la obra pública.
  - 3. La renuncia del contratista.
- VII. Conclusiones

## **I. Introducción**

El interés público como atalaya desde la que el contrato público debe satisfacer los intereses generales en un marco obligatorio definidos por los principios generales de la contratación<sup>1</sup> se resume en una

---

<sup>1</sup> MORENO MOLINA, J.A., (2018), " *La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la*



actuación de la Administración según el principio de la buena administración.

Principios avalados por la doctrina y la jurisprudencia reiterada del TJUE remarcando de forma constante que “la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos, que son la esencia de la regulación normativa de éstos, se extiende no sólo a los limitados contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública –en base al cual se fundamenta la cuestionable categoría acuñada por la LCSP de 2007 de contratos sujetos a regulación armonizada (artículos 19 y ss. de la LCSP 2017)-, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación”<sup>2</sup>.

Derecho fundamental de la buena administración reconocido en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de que derivan una serie de corolarios<sup>3</sup> que han de estar presentes en el ámbito de la contratación pública, principios de juridicidad, servicio objetivo a los ciudadanos, racionalidad, igualdad, eficacia... Estos principios están en la contratación pública y en las actuaciones de los

---

*legislación de la Unión Europea*”, Revista General de Derecho Administrativo, nº19, pp. 31.

<sup>2</sup> MORENO MOLINA, J.A., (2019), “*Los principios generales de la LCSP 2017*”, Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, nº Extraordinario, Marzo, pp.24.

<sup>3</sup> RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ .J., y HERCE MAZA, J.I., (2019), “*La buena Administración en la contratación pública: Mención especial a la fase de ejecución del contrato*”, Gabilex, nº Extraordinario, Marzo, pp.29.



órganos de contratación, “quienes deberán actuar conforme al principio de juridicidad, lo que implica que actuarán sometidos al Ordenamiento jurídico”.

Buena administración con aplicación directa en el sector de la contratación pública conformado y delimitado por los principios generales como sector de intervención de la Administración que está cambiando pues hoy es “una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales”<sup>4</sup>.

## **II. Interés público y principios generales en la obra pública**

El principio de la buena Administración es principio general de Derecho de la UE, que tiene el respaldo de amplia jurisprudencia comunitaria. Es principio para ser invocado por los Estados, como ha reconocido la jurisprudencia (STJ de 8 de mayo de 2014, asunto C-604/12 y STJ, Gran Sala, de 20 de diciembre de 2017, asunto 521/15). Esta jurisprudencia ha concretado

---

<sup>4</sup> GIMENO FELIÚ, J.M., (2017), “ *La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades*”, Documentación Administrativa (DA. Nueva Época), nº 4, Enero-Diciembre, pp.11.



también (en la Sentencia del Tribunal General de 26 de febrero de 2013, asuntos T-65/10, T-133/10, T-138/10, España/ Comisión Europea) que “los redactores de la Carta no concibieron el derecho a la buena administración como un derecho autónomo, sino más bien como derechos específicos; que el derecho a la buena administración no constituye, por sí misma, que tenga por objeto conceder derechos a los particulares (Sentencia del Tribunal General de 6 de diciembre de 2001, Area Cova y otros/Consejo y Comisión, T- 166/99, con cita de otras), excepto cuando constituye la expresión de derechos específicos”<sup>5</sup>.

El interés público está presente en la obra pública pues la Administración pública, que se debe a estos fines, no dispone de sus bienes y derechos en su propio interés, sino que “actúa y defiende intereses públicos por cuenta de la comunidad” y por esta razón que se le inviste de prerrogativas como la resolución de los contratos públicos lo que le permite perseguir los fines públicos que le son propios (STC 141/1993). En este sentido que la presencia de los principios esenciales de la contratación administrativa, como la preponderancia del fin de interés público y respeto al equilibrio contractual, obligan a que el ejercicio de sus potestades administrativas se adhieran a la consecución de un interés público (Dictamen nº 86/2005, de 15 de junio del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha) y por tanto la inviabilidad de resoluciones de contratos cuando no

---

<sup>5</sup> MEILÁN GIL, J.L., (2018), “Unidad del contrato público e interés general: itinerario de una investigación”, Revista General de Derecho Administrativo, Ed. Iustel, nº48, Mayo.



existe justificación objetiva suficiente (Dictamen nº 3.895/1996 del Consejo de Estado).

Se debe llamar la atención no obstante, de la excepcionalidad en la resolución por incumplimiento, pues la figura del contrato tiene su razón de ser y su finalidad, en aplicarse para su cumplimiento y con éste, quedar satisfecho el interés general, es decir los *“fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar”* (artículo 1.2 de la LCSP) razón que obliga a que *“las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales”* (artículo 28.1 de la LCSP). Por eso, que cuando el artículo 212 de la LCSP regula el procedimiento para la aplicación de las causas de resolución, acordándose por el órgano de contratación, de su apartado 7º, al estipular que *“el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquel solo en los casos previstos en esta Ley”* se deduce que los supuestos de resolución contractual son excepcionales.

No existe por tanto resolución del contrato por culpa de la Administración ante impago de certificaciones de obra, pues esta circunstancia no habilita se paren las obras por el contratista, debido a que este impago no es suficiente, sino que para la resolución, se necesitará la declaración formal de suspensión de pagos y no la simple admisión a trámite de la misma (Dictámenes nº 55.606 y nº 1.230 de 26 de septiembre de 1991 del Consejo de Estado y SSTs del 11 de octubre de 1982, 19 de junio de 1984 y 20 de diciembre de 1989).



Interés público presente en todo contrato de la Administración que explica que ante la decisión formal de la Administración suspensiva de la ejecución de las obras que "el buen orden en el actuar Administrativo exige y la evitación de incidencias conflictivas demanda que, cuando concurren circunstancias razonablemente obstativas de una regular ejecución de las obras, se produzca efectivamente el acuerdo administrativo ordenando su suspensión [...]"(Memoria de 1990 del Consejo de Estado).

### **III. La prerrogativa de la resolución**

Debido a que la Administración Pública, como persona jurídico pública que es, está vinculada al principio de legalidad y sujeta al servicio objetivo de los intereses generales, el cumplimiento del contrato público en forma y tiempo, así como la satisfacción del interés público con vinculación al contenido contractual, debe cumplirse "*a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas*" (artículo 189 de la LCSP).

Se dispone en el artículo 190 de la LCSP, que la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de ésta dentro de "*los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley*". Este contenido normativo explica que la Administración pública no es un reducto soberano, no tiene potestades inmanentes, por tanto su legitimidad no deriva de sí misma, sino de las potestades que externamente se le atribuyen por la ley,



es decir del ordenamiento jurídico que atenaza los actos de la Administración a través de una serie de instrumentos de garantía procedimental ,otorga a las Administraciones unos poderes derivados de permanente aplicación para la consecución de objetivos tanto genéricos, constitucionalmente atribuidos como específicos, legalmente asignados ,que posibilitan ,más todavía le obligan, a la realización de sus actuaciones<sup>6</sup>. Queda de esta forma determinando el ejercicio de la facultad de resolución conforme al principio de la buena administración, de manera que se ejercerá como potestad advertido el cumplimiento de unos requisitos y en un procedimiento, en el seno de la ejecución del contrato de manera responsable y ética cuando las resoluciones sean proporcionales, razonables y estén motivadas de tal manera que se busque el mayor equilibrio posible entre las partes<sup>7</sup>.

Es muy destacable la abundante doctrina que pone el foco de atención sobre las prerrogativas y su justificación en la titularidad y aplicación, en un marco de juridicidad y control a la actuación contractual, de satisfacción del interés público y posible arbitrariedad de la Administración en caso de abuso de las mismas.

Desde quienes denominan a estas prerrogativas "poderes exorbitantes" a la luz de la diferenciación del contrato público y del contrato privado por cuanto "la justificación analítica de esa substantividad del contrato

---

<sup>6</sup> BERMEJO VERA, J., (2009), " *Derecho Administrativo. Parte especial*", 7ª edición, Ed. Thomson -Civitas, Cizur Menor (Navarra) ,pp.73.

<sup>7</sup> RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ.J., y HERCE MAZA, J.I., " *La buena Administración...*", ob. cit. pp.36.



administrativo por referencia al contrato civil va a hacerse mediante la localización en el primero de las llamadas «cláusulas exorbitantes del Derecho común», cláusulas que no cabrían en los moldes de los contratos civiles y que imponen por ello una figura institucional distinta<sup>8</sup>, siendo “poderes no son derivados del contrato en sí, sino que son consecuencia del presupuesto procesal de la decisión previa y de la posición de demandado que la Administración asume en el proceso. El Tribunal contencioso no puede conocer de una acción de nulidad, de rescisión o de cualquier divergencia de interpretación sin que la Administración haya previamente decidido sobre ello. Pero esto no autoriza a sostener que la Administración pueda anular, rescindir o interpretar en forma divergente a la establecida en las normas sobre nulidad, rescisión o interpretación. No son, pues, poderes sustantivos, sino meros y simples reflejos procedimentales, derivados de una posición de fuerza y superioridad procesal<sup>9</sup>, a los que con criterio señalan que “la igualdad en el contrato no tiene que impedir la realización del interés general que la Administración debe servir. Dicho de otra manera, el interés general que justifica el contrato no debe desnaturalizar la relación contractual, con su conjunto de derechos y obligaciones. Por eso, me he manifestado en contra de la permanencia de las prerrogativas de la Administración en los contratos públicos. Lo que en la construcción del contrato

---

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (1963), “*La figura del contrato administrativo*”, Revista de Administración Pública, nº 41, Madrid, pp.108.

<sup>9</sup> PARADA VAZQUEZ, R., (1965), “*La nueva Ley de Contratos del Estado*”, Revista de Administración Pública, nº 47, Madrid, pp. 412.



administrativo, tanto en la teoría como en el Derecho positivo, se realiza con el ejercicio de potestades extracontractuales, en la que definiendo se llevaría a cabo dentro del contrato en virtud de los derechos y obligaciones en él establecidas. Esa es la fundamental diferencia. El interés general se limita al contrato. La concreción de ese interés general se realizará en la preparación y adjudicación, o formalización, del contrato. En ello radica la peculiaridad de los contratos públicos, que ha quedado desatendida en la tradicional construcción doctrinal, al poner en el punto de mira las exorbitancias en la ejecución del contrato y su justificación. La importancia de esa, llamada a veces de una manera equívoca, etapa precontractual viene a ser determinante de la singularidad de los contratos públicos; no hay por qué separarla”<sup>10</sup>.

Y es que de manear muy evidente y apabullante hace años se puso de manifiesto por nuestra mejor doctrina que “la organización de la función de garantía del Derecho público se ha hecho una trampa en favor del Estado, principal sujeto a destinatario de sus normas. Precisamente es esa trampa en la organización de la garantía del Derecho público en donde radican las presuntas diferencias entre las normas del Derecho público y privado que no está en el contenido de las normas en sí, sino en una diferente forma o manera de garantizarlas. El Estado crea el Derecho y lo garantiza,

---

<sup>10</sup> MEILÁN GIL, J.L., (2018), “*Unidad del contrato público e interés general: itinerario de una investigación*”, Revista General de Derecho Administrativo, Ed. Iustel, nº48, mayo, y ARIÑO ORTIZ, G., (2007), “*El enigma del contrato administrativo*”, Revista de Administración Pública, nº 172, Madrid, pp. 79 y ss.



pero al organizar el sistema de garantía de las normas jurídicas en qua siempre es parte, el Derecho público, lo ha hecho conforme a una sutil técnica, en virtud de la cual se quebranta Ja regla de equilibrio y de igualdad que es connatural a un propio sistema de garantía. Las peculiaridades que diferencian la organización de la garantía del Derecho privado de la organización de la garantía en el Derecho público y que explican las pretendidas exorbitancias o peculiaridades del Derecho administrativo”<sup>11</sup>.

Queda así delimitado en la doctrina citada por el Dictamen nº 186/2020 de 23 de julio de 2020 del Consejo Consultivo de Asturias, del Tribunal Supremo (STS 29 de septiembre de 2004 ) para el que “el examen de la casuística revela que la recepción tácita exige que la obra no adolezca de deficiencias”, que recuerda que su admisión “se impone como consecuencia de negativas o dilaciones injustificadas en su expresa admisión, pese a la inexistencia de defectos o vicios en la ejecución de las mismas, o siempre y cuando se hubiesen subsanado debidamente los existentes dentro del plazo estipulado”, lo que, justamente, no ocurre en el supuesto sometido a nuestra consideración, pues como razona el Alto Tribunal “no cabe (...) sostener que el simple transcurso de los plazos fijados (...), sin que el pronunciamiento expreso de recepción definitiva se produzca, pueda implicar el tácito cumplimiento del trámite de recepción definitiva con carácter liberatorio en todos aquellos casos en los que, pese a haberse recibido

---

<sup>11</sup> PARADA VAZQUEZ, R., (1967), “*Derecho Administrativo, Derecho Privado y Derecho Garantizador*”, Revista de Administración Pública, nº , 52, Madrid, pp.91.



provisionalmente la obra, se hubiesen constatado defectos cuya subsanación haya venido exigiéndose de modo continuado por la Administración”, añadiendo que “el simple transcurso del plazo de un año (...) no puede ser exonerante de la obligación de subsanar los defectos o vicios acusados, en tanto dicha obligación no resulte cumplida satisfactoriamente”.

En definitiva, con base en su anterior STS de 21 de septiembre de 1999 que reconociera la procedencia de una resolución contractual pues el contratista “debía responder de las deficiencias que surgieron tras la recepción provisional de la obra, al tener su origen en su incorrecta ejecución (...), ya que consta acreditado del conjunto de pruebas practicadas (...) que el hormigón empleado en la obra no correspondía a la resistencia debidamente exigible, y esa defectuosidad imputable al contratista determinó la actuación por parte de la Administración (...), que procede confirmar”.

#### **IV. Aplicación de causas de resolución de la obra pública**

Reconoce el artículo 209 de la LCSP como extinción de los contratos *“por su cumplimiento o por resolución, acordada de acuerdo con lo regulado en esta Subsección 5.ª”*.

En los supuestos del cumplimiento, dos preceptos llaman nuestra atención para su posible resolución. El artículo 210 de la LCSP *“1. El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando este haya realizado,*



*de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación. 2. En todo caso, su constatación exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características. A la Intervención de la Administración correspondiente le será comunicado, cuando ello sea preceptivo, la fecha y lugar del acto, para su eventual asistencia en ejercicio de sus funciones de comprobación de la inversión”.*

Y aquel que enumera las causas de resolución (art 211 de la LCSP), entre otras: “

*d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. En todo caso el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas.*

*e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 198 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.*

*f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato”.*

Todo esto sin perjuicio de distintas posturas sobre el listado de causas cerradas por incumplimiento de la Administración, como parece desprenderse de la STS 6 de octubre de 1984 y del Dictamen del Consejo de



Estado nº201/1992, de 12 de marzo , contra la postura de la STS 30 de enero de 1996.

Para el contrato de obra en particular, hay que considerar tres elementos : el replanteo, la ejecución y las causas de resolución.

El art. 237 de la LCSP prevé sobre la comprobación del replanteo que *“la ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo. A tales efectos, dentro del plazo que se consigne en el contrato que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su formalización salvo casos excepcionales justificados, el servicio de la Administración encargada de las obras procederá, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación, extendiéndose acta del resultado que será firmada por ambas partes interesadas, remitiéndose un ejemplar de la misma al órgano que celebró el contrato”*.

Por su parte sobre le ejecución, el artículo 238.1 de la LCSP reconoce que *“las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de este diere al contratista la Dirección facultativa de las obras”*.

Y relacionado con ambos, el artículo 245 de la LCSP enumera entre las causa de resolución del contrato de obras, además de las generales de la Ley, las siguientes:

*“a) La demora injustificada en la comprobación del replanteo.*



*b) La suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses.*

*c) La suspensión de las obras por plazo superior a ocho meses por parte de la Administración.*

*d) El desistimiento”.*

Además, se concreta en el apartado 2 de la enumeración de las causas de resolución del artículo 211 de la LCSP, la previsión de concurrencia causas de resolución. Pues de producirse “*con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo*”. Para su correcta interpretación se refirió a ellos el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (Dictamen nº 373/2012, de 20 de junio) y la actual Comisión Jurídica Asesora de esta Comunidad (Dictámenes nº 365/2017, de 14 de septiembre, nº290/17, nº297/17, nº 310/17, nº 254/2019, de 13 de junio, nº 53/2021 de 2 de febrero o nº93/20, de 5 de marzo) para la que “de existir un incumplimiento por parte de la Administración, no estaríamos ante un supuesto de concurrencia de causas de resolución –que daría lugar a su resolución por la primera causa de resolución que se hubiese producido, como se mantuvo en nuestros dictámenes, sino que se trataría de un supuesto de concurrencia de incumplimientos de la Administración y del contratista o de los llamados incumplimientos recíprocos, distintos de los casos de concurrencias de varias causas de resolución imputables al contratista”.



**1. Incumplimiento del contratista.** Sobre el cumplimiento del contrato ante posibles controversias que generan la satisfacción de la obra pública, caso de ser un cumplimiento de los plazos de pago, es criterio mantenido por los Informes nº 58/10, de 23 de mayo de 2011 y nº 10/11, de 7 de junio de 2012 de la JCCA, que ha de prevalecer y ser aplicado el establecido en la Ley o alternativamente el fijado en el contrato antes de su adjudicación, para no quedar quebrado el principio de seguridad jurídica, si pudiera dejarse en el arbitrio de una de las partes la alterar el contrato, al estar ante prerrogativas que los artículos 190 y ss. LCSP reconoce al órgano de contratación.

Partamos de la forma de acreditarse la existencia de la causa de resolución debida al incumplimiento, en la consideración de las SSTS (Sala 3ª) de 1 de octubre de 1999 (rec. nº 2979/1994) y de 14 de diciembre de 2001 (rec. nº 8177/1997) que "a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser: que afecte a una prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación". Así que, para presentarse causa válida de resolución, el incumplimiento bastante lo será si afecta a la prestación principal del contrato y se exteriorice mediante una inobservancia total o esencial de dicha prestación (STS del de octubre de 1999).

Siendo así, que ante un incumplimiento del contratista, toda vez que la Administración se somete a los principios generales de la contratación (art. 1 de la LCSP), satisfaciendo los intereses generales y sin que esto le impide disponer de cierta discrecionalidad, se le



plantea la situación de optar por acordar la resolución o forzar su cumplimiento imponiendo penalidades. Supone pues ejercitar una discrecionalidad, teniendo presente el interés público "conectado a la ejecución de los trabajos y cuál es la medida más adecuada para satisfacerlo, pues, como hemos indicado (entre otros, , la Administración podría llegar a tolerar que el contrato se ejecutara más allá del plazo convenido si esta opción fuese más beneficiosa para la consecución de aquel interés, por más que dicha tolerancia no enerve el incumplimiento" (Dictámenes nº 43/2014 y nº 200/2020, 3 de septiembre de 2020 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias).

A título de ejemplo se pueden señalar como causa de incumplimiento de la obligación principal del contrato que dé lugar a su resolución en un contrato de servicio de vigilancia, socorrismo y salvamento, la falta de titulación exigida o los títulos exigidos que no estén en vigor; el incumplimiento de su presencia en determinadas franjas horarias; el incumplimiento de horas y cantidad de personal contratadas incumpliendo el pliego de cláusulas administrativas particulares , la legislación laboral y las ofertas propuestas en el contrato la demora de la ejecución de las obras, superior a un tercio del término de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas (Dictámenes nº 556/2021 de 22 de septiembre de 2021 y nº 517/2021 de 8 de septiembre de 2021 del Consejo Jurídica Consultivo de la Comunidad Valenciana) .

Voluntad deliberada de incumplimiento y daño a la prestación principal que avala una postura, la de la STS de 16 de octubre de 1964, por un carácter restrictivo



para ejercitar la resolución del administrado frente a la Administración, por ser la finalidad del contrato público, un servicio a la comunidad que tiene la base de la prestación en que el contrato consiste. Es decir por una defensa del principio de conservación de la relación contractual (Dictamen de 1 de marzo de 2006 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha).

## **2. Incumplimiento de la Administración.**

Distintas son las consecuencias de producirse incumplimiento no del contratista, sino de la Administración. Situación que provocará la resolución del contrato en unos casos que señala la Ley, pero no es una regla general, como prevé el artículo 212.7 de la LCSP (STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 mayo de 2007).

Podamos marcar una notable diferencia en la dimensión privada, para la que según establece el artículo 1124.1 del Código Civil en el ámbito del contrato privado quien no cumpla sus obligaciones no puede compeler eficazmente a la otra parte para exigirle el cumplimiento de lo pactado, difiere de la dimensión de la relación jurídica en la contratación pública pues aunque cumpla correctamente sus obligaciones y no obstante el incumplimiento de la Administración de las suyas, por regla general, salvo incumplimientos graves, no podrá promover la resolución del contrato.

Diferencia entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración que fue admitida



por la doctrina<sup>12</sup> desde el momento que mediante el contrato público se logra una realización de la justicia y eficiente prestación de los servicios públicos, y destacándose esta misma doctrina la nota propia en los contratos públicos que “en los ordenamientos jurídicos maduros la contratación pública está presidida, en efecto, por un derecho objetivo de carácter vinculante, que la Administración no puede desconocer. La voluntad de la Administración, frente a la radical libertad (autonomía de la voluntad) que preside la contratación civil, es una voluntad vinculada, de contenido «típico». El principio de legalidad juega en la gestación del contrato el mismo papel que en cualquier otro acto: las normas de contratación son para el órgano contratante normas de ius cogens, a diferencia de las normas del Código Civil, que son para las partes derecho dispositivo. Eso es así hasta que se produce el encuentro de voluntades entre Administración y contratista y se perfecciona el contrato, cosa que ocurre en el momento de la adjudicación”.

Reconociéndose la existencia de causas imputable a la Administración que determinen la extinción de la concesión de un servicio público,<sup>13</sup> y así la Administración

---

<sup>12</sup> ARIÑO ORTÍZ, G., (2007), *“El enigma del contrato administrativo”*, Revista de Administración Pública, nº 172, Madrid, Enero-Abril ,pp.87 y 100 y CARRASCO PERERA, A., (1989), “ Comentario al artículo 1101 Código Civil” en *“Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, XV, vol. 1”*, ALBADALEJO , M. (coord.), Ed. Edersa, Madrid.

<sup>13</sup> SOSA WAGNER, F., (2008), *“ La Gestión de los Servicios Públicos Locales”*,7ª edición, Ed. Thomson-Civitas ,Cizur Menor (Navarra), pps.300-301.



habilite un derecho del concesionario a la resolución del contrato de no permitir el comienzo del ejercicio de una concesión “por improvisación, negligencia o por mantener una actitud abiertamente obstruccionista” (STS 22 de mayo de 1976).

Este procedimiento para la resolución y el ejercicio de las prerrogativas y las formalidades que se exigen, tienen una importancia que todo jurista debe respetar y considerar. Así se remarcó por el Tribunal Supremo afirmando en su STS de 14 de marzo de 2016 (rec. nº1380/2015) que “el procedimiento administrativo encauza y ordena el ejercicio de las potestades administrativas propiciando que la decisión, plasmada en el acto o resolución que pone fin al mismo, se dirija correctamente al interesado que está sujeto a la potestad de que se trate, y se adopte siguiendo los trámites y requisitos establecidos en garantía del administrado cuyos derechos resultan afectados por la decisión”.

Advertida la importancia de las formalidades por lo que supone de garantía a la seguridad jurídica, también por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid en su Dictámenes nº 559/16, de 15 de diciembre, nº528/18, de 4 de diciembre, nº 86/19, de 7 de marzo y nº 425/21 de 14 de septiembre de 2021, recordando que “el cumplimiento de los requisitos formales del procedimiento administrativo no es un mero formalismo sino que asegura y garantiza el respeto de los derechos de los ciudadanos especialmente cuando puedan resultar afectados por la resolución administrativa que se dicte”.



Para la resolución del contrato de la obra de una urbanización y mejora de una calle de un municipio , siendo la competencia para acordarla artículos 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP la atribuyen al órgano de contratación, es interesante como el Consejo Consultivo del Principado de Asturias (Dictamen nº 200/2020, 3 de septiembre de 2020) concretó que estamos en “el ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos previstos en la Ley”.

**3. Plazo de ejecución y resolución.** Causa de resolución del contrato de obra pública por no cumplir el contrato en el plazo fijado para la realización del mismo que supone instar la *“la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”* (artículo 211.1 d/ de la LCSP) , lo que nos lleva a poner de relieve la trascendencia como elemento clave que es el plazo .

Así se puede señalar que *“el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva”* (artículo 193.1 de la LCSP); la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la



Administración (artículo 193.3 de la de la LCSP) y el incumplimiento de los plazos contractuales habilita faculta para imponer penalidades al contratista o para resolver el contrato por parte de la Administración (artículo 193.4 de la LCSP). Este precepto muestra que el contrato de obras es contrato de resultado.

Por eso que se clarifique su aplicación por la jurisprudencia en el sentido que “de ahí que tanto la Ley como el Reglamento, al desarrollar la ejecución de este contrato, hagan hincapié en los preceptos mencionados para resaltar la obligación del contratista de cumplir tanto los plazos parciales fijados para la ejecución sucesiva, como el general o final para su total realización. Ítem más, para la constitución en mora del contratista no se requiere interpelación o intimación previa por parte de la Administración; hasta tal punto que una racional presunción de incumplimiento del plazo final, deducido de la conducta del contratista en el desarrollo de la obra permite a la Administración optar por la resolución del contrato” (SSTS de 20 de marzo de 1989, 14 de julio de 1986 y 12 de marzo de 1992, citadas por el Dictámenes nº 69/2021 de 18 de marzo de 2021 y nº 269/2021 de 1 de julio de 2021 del Consejo Consultivo de Castilla y León).

Trascendencia del plazo que llevara al Tribunal Supremo a calificar los contratos administrativos como “negocios jurídicos a plazo fijo”, debido al interés público que revisten los plazos (Dictamen nº 532/09 o nº 14/13 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, y Dictámenes nº310/17, de 27 de julio, nº294/19, de 11 de julio y nº 281/21 de 15 de junio de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid). También



en este mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen nº912/1997, de 27 de febrero, para el que "(...) el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica "ipso iure" la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una condición esencial". Esto es así pues la ejecución en plazo del contrato público es obligación capital del contratista (STS de 20 de marzo de 1972) al vincularse a la satisfacción del interés público inherente al contrato (Dictamen nº 304/2011, de 28 de diciembre del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha) y de la que resulta afectada la sustancia misma del negocio (Dictamen del Consejo de Estado nº 1191/1993, de 25 de noviembre de 1993).

En los supuestos de demora del contratista en la ejecución del contrato como causa de resolución, se suele admitir una clasificación de los mismos, como remarcó el Dictamen nº 200/2020, 3 de septiembre de 2020 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias en incumplimiento del plazo total, el incumplimiento de los plazos parciales cuando este supuesto se haya contemplado en los pliegos y la imposibilidad de cumplimiento del plazo total razonablemente inferida del incumplimiento de los plazos parciales. En todo caso es preciso para la resolución que este incumplimiento del contratista, tenga caracteres de grave o relevante y afectar a contenidos esenciales de la relación (Dictamen nº 10/2004, de 29 de marzo del Consejo de Navarra), pues cuando esta obligación incumplida sea aspecto esencial de la relación jurídica podrá desembocar en su resolución. Incumplimiento grave que estará presente en



casos de “una voluntad deliberadamente rebelde”, es decir, consciente y voluntaria (STS 17 de julio de 1995) incluso ante incumplimiento de una obligación con entidad suficiente para decretar la rescisión del contrato por exigencias del interés público tras sucesivos requerimientos previos (SSTS de 3 de octubre de 1994 y 17 de mayo de 1995). Al que sumar que una renuncia expresa del contratista, será causa de resolución del contrato, sin tener que esperar a la demora en la ejecución para acordar la resolución (Informe nº 27/1999, de 30 de junio de 1999 de la JCCA).

Eso sí para aplicar esta causa de resolución se deberá acreditar estar ante “una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista” (STS de 14 de diciembre de 2001). Su razón de ser podemos encontrarla en dos tipos de argumentos. Que todo contrato público no puede quedar a la libre discrecionalidad de una de las partes, puesto que una vez suscrito y perfeccionado su cumplimiento, lo han de ser con estricta sujeción a las cláusulas y a los pliegos que le sirven de base, sin modificación ulterior, salvo excepciones admitidas expresamente en la normativa de aplicación (Informe 6/2009, de 15 de junio, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía).

Y que según antigua doctrina jurisprudencial<sup>14</sup> (SSTS 13 de junio de 1976, de 10 de marzo de 1982, 10

---

<sup>14</sup> GALLEGO CÓRCOLES, I., (2006), *“El incumplimiento del contratista y la resolución del contrato de obras. I y II”*, Contratación Administrativa Práctica, nº 57, Octubre y nº 58, Noviembre, Editorial LA LEY, Madrid.



de marzo de 1999 y 21 de junio de 2004 para la que “no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia” (Dictamen nº 340/2021 de 16 de septiembre de 2021 del Consejo Consultivo de Castilla y León).

**4. Notas del procedimiento de resolución.** Por lo que hace a la oposición del contratista para tramitar el acuerdo de resolución dándole audiencia, en los términos del art. 191 de la LCSP remarcándose necesario el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva de formularse oposición por parte del contratista, de no resultar una oposición expresa se planteaba se admite que “existe no solo cuando este manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de aquella, la oposición se refiere a los presupuestos y efectos de la resolución pretendida por la Administración” (Dictámenes nº 91/2016 y nº268/2019 de 13 de noviembre del Consejo Consultivo de Asturias).

Además, conviene remarcar que este trámite preceptivo del dictamen por sí mismo, no suspende el plazo máximo para resolver y notificar la resolución de un procedimiento, sino que es preciso un acuerdo expreso por la Administración cuando lo solicite y se notifique a los interesados antes de la caducidad (SSTS



de 28 de junio de 2004 o de 2 de octubre de 2007, Dictamen nº 187/2021 de 1 de julio de 2021 del Consejo Consultivo de Castilla y León). Dictamen que se convierte en requisito de garantía para la protección del interés público que guía la actuación administrativa de manera que, de faltar, cuando halla oposición del contratista, se puede anular el acuerdo de resolución (SSTS 29 de abril de 1996, 29 de diciembre de 2003 e Informe nº 11/2000, de 11 de abril de 2000 de la JCCA).

La audiencia al contratista que exige la tramitación del procedimiento para acordarse la resolución, exigido en el artículo 191.1 de la LCSP, estando vinculado al derecho general a la tutela del artículo 24 CE. Estamos ante un trámite obligatorio para la Administración y carga para el contratista pues de no presentar alegaciones, posteriormente no podrán alegar indefensión por falta de audiencia<sup>15</sup>. Siendo además distintas las situaciones jurídicas de la audiencia al contratista o al asegurador. El primero porque es parte principal del contrato que se pretende resolver y para el asegurador su efectividad es un riesgo a cubrir en el contrato de seguro que formalizara con aquel (STS de 9 de abril de 1999).

Audiencia como trámite que se entienda cumplida (STS 26 de enero de 2011 y de Dictámenes nº239/09, de 6 de mayo y nº 396/14, de 17 de septiembre del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid) aunque no se entregue un informe cuando el interesado hubiera

---

<sup>15</sup> GONZALEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2003), " *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*", 3ª edición, Ed. Thomson-Civitas, Madrid.



podido personarse en las dependencias administrativas, para acceder al expediente, si no lo hizo y también se le denegara dicho acceso. Supuesto en el que no es posible alegar indefensión por no haber ejercitado un derecho que le reconoce el ordenamiento jurídico” (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículos 12 o 17, y Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículos 13.d/ y 53).

En estos supuesto no se entenderá vulnerado el artículo 24 CE, toda vez que “lo que la Administración ha denegado es la solicitud genérica de remisión de copia de todos los documentos del procedimiento, habiéndosele expedido aquellas que ha solicitado de manera concreta, sin que haya justificado una imposibilidad para desplazarse al Ayuntamiento y tomar conocimiento de la totalidad de los procedimientos para luego después concretar los documentos cuyas copias le interesaban” (Dictamen nº 281/21 de 15 de junio de 2021 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid).

Desde el punto de vista del cumplimiento del contrato para acordar su posible resolución la jurisprudencia admite la aplicación de principios de Derecho privado contenidos en el Código Civil, y se esta manera que la facultad de resolución esté implícita a favor de la parte cumplidora y contra del que incumpla. Lo que no obsta que para que proceda la acción resolutoria, quien acredite haber cumplido sus obligaciones (SSTS de 27 de septiembre y 25 de noviembre de 1985).



En el Dictamen nº 18/2016 de 27 de junio de 2016, el Consejo Consultivo de la Rioja , la pretendida resolución del contrato de concesión de una parcela para construir en ella unas edificaciones, por incumplimiento del contratista, resultó procedente acordar la resolución y, con ella, la extinción de la concesión, pues quedó acreditado el incumplimiento puesto que “la satisfacción de los fines que motivaron el otorgamiento de la concesión exigía, con carácter previo, la realización misma de esas construcciones”, obligación que pesaba sobre la concesionaria y que a pesar de que el contrato fue adjudicado y las obras sin ejecutarse. No obstante argumentos que pudiera presentar el concesionario como la crisis inmobiliaria, o razones de suficiente financiación ,pretendiendo ser un incumplimiento ajeno a culpa o hecho propio de la Administración concedente, hay que tener presente que “la ejecución del contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista”, pudiendo conseguir una ganancia mayor o menor o incluso perder, cuando sus cálculos estén mal hechos o no respondan a las circunstancias sobrevenidas a la ejecución del contrato (STS de 30 de abril de 1999, rec. Apelación 7196/92). Previsión necesaria para quedar descartados porque no son sino argumentos pertenecientes “a su esfera jurídica y resultan irrelevantes a efectos de calificar el cumplimiento como imputable al concesionario, como efectivamente es toda vez que cuando el licitador presente su oferta lo hace aceptando el pliego y por tanto las obligaciones constructivas que éste le impusiera”.

Fue así admitido como incumplimiento del contratista calificado de culpable en la resolución de un contrato de la obra instado por un Ayuntamiento (se



trataba de la "Ejecución de la Casa Club y Centro de Interpretación del Golf Severiano Ballesteros") cuando incluso "antes de la primera recepción negativa, o tras ella en los dos plazos que sucesivamente se le dieron, pudo ejecutar la subsanación de las deficiencias de la obra y no lo hizo". Su consecuencia será aplicar el artículo 213.3 de la LCSP sobre la indemnización a la Administración municipal de los daños y perjuicios ocasionados a ésta por tal incumplimiento, a cuyo efecto ha de retenerse la garantía definitiva. En fin , puntualizó además el Consejo de Estado que "acordada la resolución, se han de recibir y liquidar aquellas unidades de obra realizadas de acuerdo con el proyecto interpretado técnicamente por la dirección facultativa y que sean de recibo, para preparar así la liquidación del contrato" (artículo 172 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre) (Dictamen nº 1226/2013 del del 23 de enero de 2014, del Consejo de Estado).

## **VI. La consecuencia de la responsabilidad en la resolución**

### **1. Régimen sustantivo de responsabilidad.**

Una responsabilidad que a partir de la previsión constitucional del artículo 106 CE, y su previsión los efectos de la resolución del artículo 213.2 y 3 de la LCSP:" 2. *El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella, con carácter general, el pago*



*de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista. 3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”* ante la permanente discusión doctrinal sobre la extensión de la misma en el caso del contrato de obra público, permite concretar que es preciso reconocer que en el tema de la responsabilidad, que la norma constitucional atiende directamente al derecho de los particulares a obtener una indemnización por toda lesión que sea consecuencia del funcionamiento de un servicio público, y no distingue si tal servicio público es ejecutado por un particular o por la propia Administración a la hora de fijar la cobertura del daño. Parece extremado deducir, en consecuencia, que una decisión organizadora de la Administración, como es gestionar indirectamente el servicio o ejecutar por contrata la obra pública, pueda determinar una minoración en un derecho constitucionalmente garantizado.

Esta es la razón por la que cierta doctrina propugna que debe mantenerse, cuando menos, que el régimen sustantivo de responsabilidad ante terceros por daños en la ejecución de los contratos administrativos y, sobre todo, en la gestión de los servicios públicos sea idéntico tanto si son imputables a la Administración como si lo son al contratista<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> HORGUÉ BAENA, C., (1998), “*La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos*”, Revista de Administración Pública, nº 147, Septiembre-Diciembre, pp. 364 y SUAY



Sistema de responsabilidad en el contrato público y su ejecución, que desde las SSTs de 22 de abril de 2008, 17 de mayo de 2021 y 27 de octubre de 2014 y los Dictámenes nº 206/2010, de 21 de diciembre y de 23 de octubre de 2014 (expediente 868/2014) obliga a que “los pliegos, en efecto, suelen precisar que la Administración convocante de la licitación facilitará a los licitadores la información y documentación que obre en su poder y sea de utilidad para elaborar el proyecto, así como el acceso a los terrenos para efectuar las catas y sondeos que aquellos consideren necesarios o la respuesta a las consultas que a estos mismos efectos le puedan ser formuladas. Si esto es así —y lo es siempre en el caso de obras de alguna importancia—, el buen o mal cumplimiento de estos deberes pueden redundar en la imputación de la responsabilidad a la Administración por los riesgos imprevistos que puedan surgir en el curso de las obras o en la exoneración, total o parcial, del contratista”<sup>17</sup>.

Al respecto dispone el art. 195 de la LCSP sobre la resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución de los contratos: “1. *En el supuesto a que se refiere el artículo 193, si la Administración optase por la resolución esta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquel que tenga atribuida esta*

---

RINCÓN, J., (1996), “La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación”, en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, pp. 415.

<sup>17</sup> RAMÓN-FERNÁNDEZ, T.R., (2016), “Los riesgos imprevistos en el contrato de obras”, *Revista de Administración Pública*, nº 201, Madrid, Septiembre-Diciembre, pp.214.



*competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de este, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.*

*2. Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución, el órgano de contratación se lo concederá dándosele un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor. El responsable del contrato emitirá un informe donde se determine si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista".* El contratista por esto tiene obligaciones ineludibles al relacionarse con la Administración en un contrato de obra pública. A saber, a realizar la prestación que constituye el objeto del contrato en tiempo y en la forma convenida (Dictámenes nº 303/2009 y nº 72/2019 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias).

En todo caso es criterio jurisprudencial (STS de 21 de diciembre de 2007) que para acordar la resolución de un contrato (...) o la imposición de penalidades "por incumplimiento de un plazo contractual exige (que) se acredite la demora culpable", y "la conclusión acerca de la culpa se obtiene contraponiendo el comportamiento del contratista con un patrón de diligencia común al estándar ordinario de las obligaciones impuestas en el contrato".

Siendo así que se produjo un incumplimiento de la obligación principal como causa prevista en el artículo 211.f/de la LCSP, al quedar acreditado en el expediente



que la obra no terminó en plazo y constaba que no se ejecutó, pues el contratista manifestó expresamente que no se ejecutaría salvo que se procediese a una modificación que el mismo proponía. A resultas de tal planteamiento y no obstante esta pretensión de modificación, se produjo efectivamente causa de resolución por incumplimiento de la obligación principal del contrato, puesto que "no es que la obra no pueda ejecutarse, es, simplemente, que no se ha ejecutado y el contratista se niega a hacerlo por lo que estima como ruptura del equilibrio económico". Sobre esta alegación es oportuno recordar que, como dispone el artículo 197 de la LCSP "la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239", siendo procedente la resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista (Dictamen del Consejo de Estado nº 614/2019, de 24 de julio de 2019) y sobre la pretensión de modificación, es en realidad una facultad de la Administración y en ningún caso "no es una atribución legal indiscriminada que le permita a su libre criterio la novación del contenido de los pliegos que sirvieron de base a la licitación, sino una facultad reglada que solo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público" (Dictamen nº 8/2017, de 2 de noviembre, del Consejo de Estado).

**2. Aplicación de causas de resolución en la obra pública.** Por lo que se refiere a la aplicación de las causas de resolución, si bien la duración de la instrucción y resolución estaba señalada en el plazo máximo de ocho meses (artículo 212.8 de la LCSP) hay



que advertir que fue declarado inconstitucional por la STC nº 68/2021 de 18 de marzo, FD7º C/ (BOE nº97, 23 de abril de 2021), pero no declarado nulo, por lo que debe entenderse que aquellas Administraciones que carezcan de normativa propia al respecto, pueden seguir aplicándolo (Dictamen nº 425/21 de 14 de septiembre de 2021 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y el Dictamen nº 130/2021 de 20 de mayo de 2021 del Consejo Consultivo de Castilla y León).

Así que se tiene presente el contenido del pronunciamiento del Tribunal Constitucional “en cuanto a la extinción de los contratos, el art.212.8 de la LCSP dispone que los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses. El tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica...”. Añade, por tanto, que “procede declarar contrario al orden constitucional de competencias al art. 212.8 de la LCSP. No se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8, y 55/2018, FFJJ 7 b) y c)]”, en la Comunidad Valenciana al no disponer de norma concreta sobre el plazo de tramitación para la resolución de contratos públicos aplicará el plazo supletorio de 3 meses del artículo 21.3 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Dictamen nº



441/2021, de 14 de julio de 2021 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana).

En este sentido que la STSJ de Castilla y León del 1 de diciembre de 2009, FD3º (Rec. 152/2009), resolviera que para los supuesto de producirse en una obra pública superiores prestaciones contractuales que impidieron realizar la obra en el plazo inicialmente previsto, se produce un estado de la obra avalado y probado por los correspondientes informes emitido (Técnico Director de la obra o el informe pericial ) se estar ante una caso de "una importante modificación del proyecto inicial, por lo que realizadas unas prestaciones contractuales diferentes a las inicialmente proyectadas, de muy superior enjundia, obras aceptadas por el Ayuntamiento, no puede pretenderse que el plazo de ejecución de la obra debiera ser el inicialmente previsto".

En el supuesto de la STS 21 de diciembre de 2007 (Rec. 10262/2004), en la pretensión de la extinción del contrato de obras por resolución, para la prueba que acredita el retraso en causa no imputable al contratista, se solventó con que improcedencia de la resolución. Partiendo de la necesidad de probar la existencia de demora culpable, el tribunal consideró en su FD3º que hay que delimitar "la culpa en contraposición al comportamiento del contratista con un patrón de diligencia común al estándar ordinario de las obligaciones impuestas en el contrato. Son, por tanto, esenciales las condiciones que han concurrido en el desarrollo del contrato a fin de valorar si hubo ausencia de previsión de acuerdo con la naturaleza de las obligaciones y las circunstancias concretas de tiempo y lugar. Por ello, la administración que acuerda resolver un



contrato debe probar la existencia de una situación objetiva de incumplimiento por parte del contratista. Por su parte el contratista deberá acreditar la existencia de una causa exoneradora de su responsabilidad”.

Y para casos en que estemos ante el proyecto y construcción de una obra pública, habrá de acordarse la reducción de la cantidad a abonar por el la Administración al contratista descontando el valor de la obra de la partida correspondiente a la cubierta móvil del edificio, de estar ante un incremento de obra relacionados con los defectos en este elemento pues como resolviera la STSJ de Asturias 1/2017 de 9 de enero, no pueden considerarse mejora.

Acuerdo de la resolución de contrato al acreditarse la suspensión de obras imputable a la Administración, que no precisa declaración formal de suspensión de las obras. Así que la STS nº 4756/2017, de 11 de diciembre de 2017 (rec. 2431/2015), manifestara se “reiterada la jurisprudencia para la que la inexistencia de una declaración formal de suspensión de las obras no puede desvirtuar la realidad de la misma ni que sea imputable a la Administración en supuestos como éste, en los que la imprevisión del proyecto lo hace inejecutable y no se procede a elaborar uno reformado que salve los obstáculos comprobados”. Y de producirse como causa de resolución declarado en concurso del contratista y apertura de la fase de liquidación, en el supuesto que esta causa concorra con el incumplimiento culpable del contratista como causa de resolución anterior “y que persiste, cabe apreciar que procede resolver por esta segunda causa. Y aplicada al caso lleva a la estimación del recurso de casación toda vez que la sentencia de



instancia sostiene que, mediando la declaración de concurso y una vez abierta la fase de liquidación, sólo cabe apreciar esa causa de resolución" (STSS nº 4025 y 4013/2020).

Así que en el caso de un posible retraso en la ejecución de viviendas libres o de protección pública y si este hecho pudiera constituir causa de resolución automática del contrato amén de cuáles son los efectos sobre las obras realizadas, el Informe nº 11/10, de 23 de julio de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) aclaró que de no estar expresamente previstas en el pliego tales penalidades, "éstas no resultarían aplicables aun cuando pudiera sostenerse la aplicación de la legislación de contratos del sector público. De lo anterior debe deducirse que las consecuencias derivadas del incumplimiento por parte de los compradores de los inmuebles de las obligaciones de construir impuestas en el contrato de compraventa deben ser las previstas en el Código Civil para el caso del incumplimiento contractual. Ello supone que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, propio del derecho privado, tales consecuencias serán, en primer lugar, las establecidas en el contrato y, sólo en defecto de cláusula específica del mismo, las previstas en el Código Civil. Y de prever el pliego el incumplimiento por parte del comprador de la obligación de construir en plazo establecido quedará facultado el Ayuntamiento vendedor "para resolver la venta, incautar la garantía definitiva prestada por el comprador y exigir a éste el abono de los daños y perjuicios ocasionados".

El apartado 5º del artículo 213 de la LCSP fija una consecuencia inmediata del acuerdo de la resolución y es



la presencia de la garantía. Pues tiene que producirse un pronunciamiento expreso señalando si la garantía constituida se pierde, devuelve o se cancela, con la puntualización que "aunque la interpretación literal del precepto pudiera llevar a pensar que el órgano competente cuenta con la capacidad para decidir discrecionalmente sobre el destino de la garantía, ello no es así. De una parte, porque el propio artículo 213 determina para ciertos supuestos de resolución contractual la solución procedente; de otra, porque su decisión habrá de respetar siempre la regla general que hoy recoge el artículo 111.1 que condiciona la devolución o cancelación de la garantía a que la resolución "se haya producido sin culpa del contratista"<sup>18</sup>.

**3.La renuncia del contratista.** Siendo la causa de la resolución del contrato la renuncia por parte del contratista a su ejecución, y siendo obligación esencial del contrato asistir a la comprobación del replanteo, el Informe nº27/99, 30 de junio de 1999 de la JCCA, se consideró que analizando el escrito de renuncia del adjudicatario a no ejecutar las obras, argumentando la imposibilidad de acometerlas entendió era "debido, por aplicación de los principios generales de la contratación, a la consideración de la renuncia expresa como incumplimiento, no ya de los plazos de ejecución, sino de las obligaciones esenciales del contrato, entre las que

---

<sup>18</sup> BARRERO RODRIGUEZ, C., (2017), "Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017", Documentación Administrativa (DA. Nueva Época), nº 4, Enero-Diciembre, pp.60.



con carácter principal figura la de ejecutar las obras objeto del contrato adjudicado”.

De manera que aplicando esta causa de renuncia expresa, en sí mismo es causa de resolución del contrato, estando ante un contrato debidamente formalizado y sin necesidad de esperar para acordarla a la demora en la ejecución, y pudiendo reclamarse daños y perjuicios que comprenderán los efectivamente causados, entre ellos “la diferencia entre el importe del contrato resuelto y el importe del nuevo contrato a celebrar para la ejecución de las obras”. Ahora bien, se debe apuntar que de estar ante un contrato de obras no formalizado y pretender su resolución y devolución o incautación de garantías definitivas, la JCCA (Informe nº 40/98, de 16 diciembre de 1998), siendo la razón de la no formalización, y aunque el contratista constituyó fuera de plazo, la garantía definitiva, no haber justificado hallarse al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias. Incluso en esta situación los contratos fueron ejecutados con el conforme de la Administración, y debidamente abonados al contratista. Resolviendo la no procedencia de la resolución de contratos adjudicados, a pesar de no ser formalizados, pero ejecutados a satisfacción de la Administración, y esto “sin perjuicio de que en los mismos pueda apreciarse causa de nulidad de pleno derecho, al haber sido adjudicados a persona incurso en situación de prohibición de contratar al no haber justificado hallarse al corriente de sus obligaciones anteriores”.

## **Conclusiones**



Para la plena satisfacción de los intereses públicos en el desarrollo y ejecución de todo contrato público de obra pública, se reconoce a la Administración la facultad para resolver el contrato dentro de los límites y con sujeción a los requisitos que para ejercer dicha prerrogativa. Esta realidad se marca un camino de necesario respeto pues se constituye el fundamento de esta posición de privilegio la defensa de los intereses superiores que aquella esta llamada a cumplir. Queda así priorizado la salvaguarda del interés público sobre los intereses particulares que encarnan los licitadores. En términos del Tribunal Supremo, la primacía del fin del contrato respecto de su objeto y su inextricable conexión con el giro o tráfico de la Administración contratante definen la teleología de las prerrogativas administrativas en la contratación (STS de 22 de febrero de 1982 y Dictamen nº 340/2019, de 8 de mayo del Consejo Consultivo de Andalucía).

Así quedará la correcta ejecución de la prerrogativa de resolución, que determina la satisfacción de los intereses públicos en juego y redundan en la capital fase de ejecución del contrato público como bien señaló VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, al calificar de "imprescindible que los entes del sector público que contratan dediquen más esfuerzo a controlar la fase de ejecución de los contratos. Solo así se garantizará la efectiva ejecución de las prestaciones contratadas en plazo, calidad y coste. Esto redundan tanto: o A) en la satisfacción de las necesidades contractuales B) en el respeto de las reglas de juego iniciales"<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "La fase de ejecución de los contratos públicos y su control", II Congreso anual del



La satisfacción en fin, de los intereses generales y la garantía del respeto a los principios generales de la contratación pública orientan la actuación contractual de la Administración pública de manera que la inicial libertad contractual se encuentra singularmente matizada, al tener que contratar Administración con quién debe no con quien quiere (STS 20 de diciembre de 2007) y velar por la satisfacción del interés público en juego desde la apertura del expediente de contratación a su plena realización y ejecución.

### **Bibliografía**

ARIÑO ORTIZ , G., (2007), "*El enigma del contrato administrativo*", Revista de Administración Pública, nº 172, Madrid, pp. 79 y ss.

BARRERO RODRIGUEZ, C., (2017), "*Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017*", Documentación Administrativa (DA. Nueva Época), nº 4, Enero-Diciembre, pp.60.

BERMEJO VERA, J., (2009), "*Derecho Administrativo .Parte especial*", 7ª edición, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra) ,pp.73.

CARRASCO PERERA, A., (1989)," Comentario al artículo 1101 Código Civil" en "*Comentarios al Código*

---

Observatorio de Contratación Pública, "*Por una contratación pública transparente y sostenible*", 13-14 de Noviembre de 2018, Barcelona.



*Civil y Compilaciones Forales, XV, vol. 1*", ALBADALEJO, M. (coord.), Ed. Edersa, Madrid.

GALLEGO CÓRCOLES, I., (2006), "*El incumplimiento del contratista y la resolución del contrato de obras. I y II*", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 57, Octubre y nº 58, Noviembre, Editorial LA LEY, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (1963), "*La figura del contrato administrativo*", *Revista de Administración Pública*, nº 41, Madrid, pp.108.

GIMENO FELIÚ, J.M., (2017), "*La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades*", *Documentación Administrativa (DA. Nueva Época)*, nº 4, Enero-Diciembre, pp.11.

GONZALEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2003), "*Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*", 3ª edición, Ed. Thomson-Civitas, Madrid.

HORGUÉ BAENA, C., (1998), "*La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos*", *Revista de Administración Pública*, nº 147, Septiembre-Diciembre, pp. 364 .

MEILÁN GIL, J.L., (2018), "*Unidad del contrato público e interés general: itinerario de una investigación*", *Revista General de Derecho Administrativo*, Ed. Iustel, nº48, Mayo.



MORENO MOLINA, J.A., (2018), *"La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea"*, Revista General de Derecho Administrativo, nº19, pp. 31.

MORENO MOLINA, J.A., (2019), *"Los principios generales de la LCSP 2017"*, Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, nº Extraordinario, Marzo, pp.24.

PARADA VAZQUEZ, R., (1965), *"La nueva Ley de Contratos del Estado"*, Revista de Administración Pública, nº 47, Madrid, pp. 412.

PARADA VAZQUEZ, R., (1967), *"Derecho Administrativo, Derecho Privado y Derecho Garantizador"*, Revista de Administración Pública, nº, 52, Madrid, pp.91.

RAMÓN-FERNANDEZ, T.R., (2016), *"Los riesgos imprevistos en el contrato de obras"*, Revista de Administración Pública, nº 201, Madrid, Septiembre-Diciembre, pp.214.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., y HERCE MAZA, J.I., (2019), *"La buena Administración en la contratación pública: Mención especial a la fase de ejecución del contrato"*, Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, nº Extraordinario, Marzo, pp.29.

SOSA WAGNER, F., (2008), *"La Gestión de los Servicios Públicos Locales"*, 7ª edición, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), pps.300-301.



SUAY RINCÓN, J., (1996), "La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación", en *"Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas"*, Ed. Civitas, Madrid, pp. 415.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., (2018), "La fase de ejecución de los contratos públicos y su control", II Congreso anual del Observatorio de Contratación Pública, *"Por una contratación pública transparente y sostenible"*, 13-14 de Noviembre de 2018, Barcelona.



## **TRANSPARENCIA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA**

## **TRANSPARENCY AND PUBLIC CONTRACTING**

### **D. Julio Díaz-Maroto Maqueda**

Funcionario del Cuerpo Superior de la Administración de  
la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

**Resumen:** El objetivo del presente trabajo es abordar una breve caracterización general del principio de transparencia en el ámbito de la contratación pública, desde la perspectiva de los fines propios de los dos bloques normativos que interactúan en este ámbito: el propio de la legislación general en materia de transparencia y buen gobierno y el correspondiente a la legislación específica en materia de contratación del sector público. Perspectiva teleológica que nos servirá de fundamento para aventurar algunas conclusiones tanto sobre la materialización de las obligaciones de



transparencia que impone la legislación vigente, como sobre las carencias que pueden advertirse al respecto en las fases que jalonan el procedimiento de contratación.

**Palabras clave:** transparencia, publicidad, acceso, eficiencia, integridad.

**Abstract:** The objective of this paper is to address a brief general characterization of the principle of transparency in the field of public procurement, from the perspective of the specific purposes of the two normative blocks that interact in this area: that of the general legislation on transparency and good governance, and that of the specific legislation on public procurement. This teleological perspective will serve as the basis for drawing some conclusions both on the materialization of the transparency obligations imposed by current legislation and on the deficiencies that may be observed in the phases that mark the procurement procedure.

**Key words:** Transparency, publicity, access, efficiency, integrity.

**SUMARIO:** I. DELIMITACIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II. CARATERIZACIÓN TELEOLÓGICA DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. III. TRANSPARENCIA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA LEGISLACIÓN GENERAL SOBRE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. IV. LA TRANSPARENCIA EN LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. IV.1. ENCUADRAMIENTO GENERAL DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA LEY DE CONTRATOS DEL



SECTOR PÚBLICO. IV.2. LA VERSIÓN DE LA PUBLICIDAD ACTIVA Y PASIVA EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: EL PERFIL DEL CONTRATANTE Y EL REGISTRO DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. IV.3. PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA EN LAS FASES DE PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO. IV.4. MANIFESTACIONES/CARENCIAS DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LAS FASES DE EJECUCIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

A modo de contrapunto...

*“Transparencia y verdad no son idénticas. Esta última es una negatividad en cuanto se pone e impone declarando falso todo lo otro. Más información o una acumulación de información por sí sola no es ninguna verdad. Le falta la dirección, a saber, el sentido.”*

*“La confianza solo es posible en un estado medio entre saber y no saber (...) Si lo sé todo de antemano, sobra la confianza. La transparencia es un estado en el que se elimina todo no saber. Donde domina la transparencia, no se da ningún espacio para la confianza. En lugar de <<la transparencia produce confianza>> debería decirse: <<la transparencia deshace la confianza>> (...) La sociedad de la transparencia es una sociedad de la desconfianza y de la sospecha (...). La potente exigencia de transparencia indica precisamente que el fundamento moral de la sociedad se ha hecho frágil, que los valores*



*morales, como la honradez y la lealtad, pierden cada vez más su significación."*

BYUNG-CHUL HAN. *La sociedad de la transparencia*

## **I. DELIMITACIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

El principio de transparencia presenta en nuestro ordenamiento jurídico administrativo un marcado carácter transversal. Vemos operar el mismo en una diversidad de ámbitos, en los que, sin dejar de proyectar algunos de sus rasgos esenciales, adquiere al tiempo perfiles singulares, tonos particulares, fruto de los fines y objetivos específicos que alientan la regulación propia de cada sector normativo.

En el ámbito concreto de la legislación en materia de contratación pública y, singularmente, en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), el principio de transparencia apunta al objetivo nuclear de facilitar y promover la concurrencia efectiva en los procedimientos de contratación, asegurando la igualdad de trato y la no discriminación entre los eventuales candidatos o licitadores (adoptando, en este punto, un rol instrumental al servicio del principio de eficiencia), así como a la finalidad de facilitar el



control de los procedimientos de contratación y la consistencia de sus resultados con el principio de buena gestión administrativa (representando, desde esta vertiente, un papel auxiliar del principio de integridad).

Unos fines en los que resulta bien fácil adivinar la capital influencia que despliega el derecho comunitario y, de su mano, el objetivo primordial que subyace al conjunto del derecho vigente de la contratación pública: el de hacer efectivo el mercado interior en el seno de la Unión Europea y sus libertades esenciales de circulación de personas, bienes, servicios y capitales. Propósito a cuyo servicio se orienta, de una forma u otra, el conjunto de la normativa vigente en materia de contratación del sector público y que podríamos calificar, por ello, de verdadera alma mater o principio fundacional de nuestro *actual* derecho de la contratación pública, cuya decisiva influencia ha sido incluso capaz de preterir, nada más y nada menos, que axiomas, tan sólidamente asentados en nuestro Derecho, como el de la prevalencia del interés general.

Dicho lo cual, como apuntamos, la transparencia constituye una demanda que desborda, con mucho, el ámbito de la contratación del sector público y se proyecta hoy como un principio rector de toda la actividad administrativa (más aún, de la generalidad de la acción pública, cabría decir), que solo cede ante determinados bienes o derechos susceptibles de especialísima protección. Este es el rasgo propio que adquiere el principio que nos ocupa dentro del bloque normativo de la transparencia y buen gobierno, cuya norma de cabecera, en nuestro Derecho, viene a ser la Ley



19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en lo sucesivo, LT).

En este último bloque normativo, la transparencia se convierte, por sí misma, en protagonista decisiva, en el elemento central y sustantivo, no en un mero apéndice al servicio de otros objetivos sectoriales. Afirmación, ésta, que, sin embargo, no resulta incompatible con la trascendental necesidad de identificar, en el consabido grupo normativo, un objetivo último, de profunda significación: la implantación de un nuevo modelo de gobernanza participativa y el fortalecimiento, en suma, del paradigma democrático, a cuya promoción se encamina todo el sistema de rendición de cuentas que dicho bloque normativo articula a través, entre otras fórmulas, de las obligaciones de publicidad activa y de la regulación del derecho de acceso. Focalizar esta finalidad esencial a la hora de evaluar la aplicación práctica de la legislación en materia de transparencia y buen gobierno, es fundamental para ponderar en qué medida dicha aplicación se encuentra efectivamente orientada a su objetivo esencial o, por el contrario, se aparta del mismo, aún sin una vulneración formal de la letra de Ley. Pues no es ocioso recordar que la transparencia desnuda, sin un sentido y huérfana de todo propósito concreto, no hace otra cosa que situarnos ante un océano de datos, irrelevantes por inconexos, y pleno de desinformación. Ejemplo paradigmático de la, tantas veces frecuente, disolución de los fines de la norma en la letra de la Ley.

La distancia que media entre la transparencia desnuda, sin dirección, y la transparencia efectiva, orientada a los fines que la justifican, es la distancia que media entre la



presentación de unos datos masificados, desestructurados, aislados y huérfanos de explicación inteligible, y su presentación ordenada, estructurada, interrelacionada y comprensible. En suma, la distancia que media entre apariencia y transparencia. En palabras de MARTÍN DELGADO, "...el exceso de transparencia contribuye a la opacidad tanto o más que la falta de la misma. Sin información no podemos saber; pero con información masiva, desestructurada, inconexa, sin posibilidad de análisis, no podremos entender. Y tan oscuro es lo primero como lo segundo, porque ambos extremos nos alejan, hacia polos opuestos, del conocimiento, que es el verdadero y único objetivo de la transparencia"<sup>1</sup>.

Sentado lo anterior, el objetivo del presente trabajo no es otro que describir, siquiera someramente, la virtualidad del principio de transparencia en el ámbito de la contratación del sector público, desde la doble perspectiva que representan los mencionados grupos normativos: el correspondiente a la legislación sectorial en materia de contratación del sector público (capitaneado por la LCSP) y el propio de la legislación general en materia de transparencia y buen gobierno (liderado por la LT y flanqueado por las normas autonómicas aprobadas siguiendo su estela). Y ello, bajo la premisa básica de que habrán de ser los fines propios de cada uno de tales bloques normativos (diferentes, que

---

<sup>1</sup> MARTÍN DELGADO, I., *Transparencia y contratación pública: las difíciles relaciones entre dos bloques normativos conectados*, Obra colectiva, *Administración electrónica, transparencia y contratación pública a nivel autonómico*, Ed. Iustel, 2021, pág. 26.



no divergentes) la referencia obligada para elucidar en qué medida su aplicación efectiva por las administraciones públicas responde, o no, al propósito último que subyace en cada uno de ellos. De la efectiva complementariedad de ambos grupos normativos, dependerá la obtención de un mapa coherente y armonioso de la transparencia en la contratación pública, capaz de dar respuesta tanto a las exigencias propias de la eficiencia y la integridad en la actividad de aprovisionamiento de bienes y servicios por el sector público, como a las demandas de legitimación y fortalecimiento del modelo democrático de gobierno (siempre en riesgo de degeneración en demagogia, tal y como os advirtió el mismísimo Aristóteles, en ausencia de una ciudadanía bien formada e informada).

Sobre tales premisas, abordaremos una caracterización general del principio de transparencia, a partir de su conexión con otros principios propios de la contratación pública. Desarrollaremos, someramente, a continuación, su tratamiento en el ámbito propio de la legislación sobre transparencia y buen gobierno (tomando como referencia básica la LT), incluyendo alguna valoración sobre la forma en que las administraciones públicas vienen dando respuesta a sus obligaciones de publicidad activa en materia de contratación. Abordaremos, seguidamente, el despliegue del principio de transparencia en cada una de las fases que jalonan el procedimiento de contratación (a partir de lo dispuesto en la LCSP) y finalizaremos aventurando algunas conclusiones sobre la coherencia y complementariedad de la regulación de la transparencia en ambos grupos normativos, siempre bajo la perspectiva de los fines propios de cada uno de ellos y siendo conscientes, en



todo caso, de que, más allá de la metodología aplicada para la aproximación a cada uno de los grupos normativos concernidos, la transparencia, como principio-deber informador del conjunto de la actividad de las administraciones públicas precisa de un enfoque integrador, omnicomprensivo y coherente.

## **II. CARACTERIZACIÓN TELEOLÓGICA DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

La presencia del concepto de transparencia en la vida pública (política, social, económica, académica...) ha venido creciendo exponencialmente a lo largo de los últimos años, al socaire de la necesidad de arbitrar respuestas eficaces frente al fenómeno de la corrupción y restañar los daños que esta última ha venido provocando sobre la legitimación de las instituciones públicas dentro de los sistemas democráticos de gobierno. Se ha querido ver, en la transparencia, por encima de todo, un mecanismo profiláctico frente a los abusos de poder. Hasta el punto de que el binomio transparencia/prevenición de la corrupción se ha hecho del todo inseparable, un lugar común de aceptación generalizada.

No obstante, sin negar, de principio, tan evidente relación, es necesario introducir algunas matizaciones al respecto.

La primera de tales matizaciones estriba en subrayar que para que la transparencia cumpla, de forma efectiva, su papel profiláctico de la corrupción y el abuso de poder,



debe orientarse a dicha función de manera *estratégica, determinada y proactiva*. No vale, para ello, cualquier tipo de transparencia, ni cualquier forma de administrarla. Más aún, la transparencia puramente formal, desprovista de una voluntad efectiva de rendir cuentas, ayuna de un verdadero propósito preventivo de las desviaciones del ejercicio del poder, no solo no contribuye a evitar tales desviaciones, sino que se convierte, de facto, en la mejor de sus coartadas. La única transparencia capaz de satisfacer dicho objetivo es la orientada a la transformación de los datos en información y de la información en conocimiento<sup>2</sup>. Transparencia, información, conocimiento y, finalmente, participación ciudadana, son los peldaños ascendentes, de la escalera que conduce a la legitimación de las instituciones y los poderes públicos democráticos.

La segunda puntualización tiene que ver con el hecho de que la transparencia es mucho más que prevención de la corrupción. En palabras de HAN, “quien refiere la transparencia tan solo a la corrupción y a la libertad de información desconoce su envergadura”<sup>3</sup>. Porque, con independencia de cuantas derivadas inmediatas puedan anudarse a la misma, la transparencia es, por encima de

---

<sup>2</sup> “Hay que generar conocimiento, que es el auténtico valor de la transparencia informativa. La información que se ponga a disposición de los ciudadanos ha de ser clara y comprensible”, como “instrumento esencial para el desarrollo del derecho al conocimiento, que constituye un principio básico de la democracia”. BLANES CLIMENT, M.A, *La transparencia informativa de las Administraciones Publicas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2014, págs. 44-45.

<sup>3</sup> HAN, B.-CH., *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona, 2013, pág. 12.



todo, una condición *sine qua non* para asegurar un modelo democrático de gobierno, frente al riesgo, siempre latente, de su degeneración en forma de demagogia<sup>4</sup>. La fortaleza del paradigma democrático de gobierno demanda una ciudadanía formada e informada, capaz de resistir, por ello, los embates de la demagogia. Este es, sin duda, el último y más importante de los fines de la transparencia.

Tan elevado propósito no obsta, sin embargo, para que el principio de transparencia sirva, al mismo tiempo, a otros objetivos, generales o sectoriales, de elevada transcendencia, merced a su conexión con otros principios de más significada sustantividad. En particular, en lo que hace a la contratación del sector público, a través de su naturaleza instrumental respecto a los principios de eficiencia e integridad, y, por medio de ambos, del macro-principio de buena gestión administrativa.

---

<sup>4</sup> "Cuando el gobierno de uno solo tiene por objeto el interés general, se le llama comúnmente monarquía. Con la misma condición, al gobierno de la minoría, con tal de que no esté limitada a un solo individuo, se la llama aristocracia, y se la denomina así, ya porque el poder está en manos de hombres de bien, ya porque el poder no tiene otro fin que el mayor bien del Estado. Por último, cuando la mayoría gobierna en bien del interés general, el gobierno recibe como denominación democracia. (...) Las desviaciones de estos gobiernos son: la tiranía, que lo es de la monarquía; la oligarquía, que lo es de la aristocracia; y la demagogia que lo es de la democracia". ARISTÓTELES, *Política, Libro III, Cap. V*. Biblioteca filosófica Medina y Navarro, Edición revisada, 2017.



La transparencia presenta, pues, una caracterización predominantemente instrumental o auxiliar de otros principios de más sustantivo contenido. Su significado viene determinado, en consecuencia, por su relación ancilar con estos otros principios. "La transparencia no puede ser un fin en sí misma, una meta -como parece deducirse de la sobrevaloración o banalización actual (...) de la normativa estatal-. El poder público ha de organizarse y actuar de forma transparente, para que (...) la ciudadanía pueda comprobar fehacientemente que el ejercicio fiduciario de este poder, la gestión del dinero público y la toma de decisiones, obedecen de verdad, a estos principios de buena administración, integridad y responsabilidad democrática"<sup>5</sup>.

La relación medial de la transparencia con el principio de eficiencia en el ámbito de contratación pública cursa, fundamentalmente, a través de la salvaguarda de la publicidad de las licitaciones, la igualdad de trato y no discriminación de los candidatos y licitadores, la garantía de la concurrencia y, como derivación de todo ello, del acceso efectivo a la oferta más ventajosa desde la perspectiva del interés general, mediante la optimización de la relación calidad-precio, en el marco de la visión estratégica de la compra pública que hoy impone nuestra LCSP.

De la mano del principio de eficiencia, la transparencia conecta con el macro-principio de buena administración, que parte de la consideración abierta y responsable del

---

<sup>5</sup> MELLADO RUIZ, L., *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 27.



ejercicio del poder público. La transparencia actúa como un presupuesto de la objetividad y la eficacia, apuntalando el principio rector de buena administración, que se proyecta sobre nuestro ordenamiento jurídico, nuevamente, desde el derecho europeo (Vid. Artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

En este sentido, es relevante subrayar el carácter bifronte de la proyección de la transparencia en el ámbito de la contratación pública. A partir del cual, se ha podido distinguir "entre una *transparencia inmanente*, que es la que obedece a la salvaguarda de la lógica contractual del mercado interior, [y] una *transparencia trascendente*, articulada sobre una lógica o finalidad distinta: la de exteriorizar la información contractual como medio para fomentar el ejercicio por parte de la ciudadanía de su derecho fundamental a la participación y al control sobre los asuntos públicos"<sup>6</sup>. Una ambivalencia que nos traslada desde las determinaciones del bloque normativo sobre contratación del sector público hasta las previsiones del grupo normativo sobre transparencia y buen gobierno, evidenciando tanto la diversidad de sus fines como su complementariedad.

Pero, además, la desembocadura del principio de transparencia en el de buena administración no se produce únicamente, sin embargo, merced a su conexión con el principio de eficiencia, sino que aquélla tiene lugar, asimismo, en virtud de su relación, igualmente instrumental, con el principio de integridad. La

---

<sup>6</sup> Ibidem, págs. 42-43.



transparencia se convierte aquí en un activo del control de legalidad y de la prevención de la corrupción y los conflictos de interés. En palabras de CERRILLO I MARTINEZ, "la transparencia es, pues, imprescindible para instaurar modelos efectivos de buena administración, en tanto que, desde la perspectiva de la integridad, la transparencia facilita el seguimiento de la actividad de los altos cargos y empleados públicos, y dificulta que surjan los conflictos de interés y la corrupción que florecen bien en la opacidad y el secreto"<sup>7</sup>. Una exigencia que se proyecta e incluye también a las relaciones entabladas por los poderes adjudicadores a través de los procedimientos de licitación.

Recapitulando, diremos que el principio de transparencia proyecta su carácter instrumental sobre los principios de eficiencia e integridad y, a su través, sobre el macroprincipio de buena administración. Todos ellos, conforman un entramado en el que confluyen e interactúan diversos fines, llamados a orientar la interpretación y aplicación del derecho de la contratación pública. Por encima de los cuales, podemos adivinar siempre la presencia de un propósito último encaminado a fortalecer la legitimación de las instituciones y a robustecer el paradigma democrático de gobierno. No en vano, se ha dicho que "el principio de transparencia es hoy corolario inmediato del Estado democrático y correlato necesario del Estado de Derecho: lo primero por cuanto supone una mejor y mayor participación ciudadana en la toma de decisiones de los poderes

---

<sup>7</sup> CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, Pamplona, 2014. Pág. 97.



públicos y lo segundo en tanto permite la puesta en práctica de todo control y rendición de cuentas de su actividad”<sup>8</sup>.

### **III. TRANSPARENCIA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA LEGISLACIÓN GENERAL SOBRE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO**

Como se ha venido apuntando, el conjunto normativo vigente en torno al principio de transparencia en la contratación pública se articula en torno a dos grupos de disposiciones: el correspondiente a la legislación general sobre transparencia y buen gobierno (encabezado por la LT y desarrollado y complementado por las leyes autonómicas aprobadas siguiendo su estela, en las que, con carácter general, se han venido a profundizar y ampliar las obligaciones que en materia de publicidad activa impone la legislación estatal básica) y el propio de la legislación sectorial sobre contratación del sector público (cuya referencia esencial es, obviamente, la LCSP).

Centraremos ahora nuestra atención en el primero de dichos bloques normativos. Si bien, dadas las limitaciones del presente trabajo, focalizaremos nuestro interés, fundamentalmente, en la LT, sin perjuicio de adicionar alguna consideración sobre la proyección general en la legislación autonómica y sobre la forma en que, con carácter general, se ha pretendido dar

---

<sup>8</sup> GALLARDO CASTILLO, M<sup>a</sup>.J., *Transparencia, poder público y Derecho Administrativo*, en SÁNCHEZ BLANCO, A. (coord.). *El nuevo Derecho Administrativo. Libro homenaje al Prof. Enrique Rivero*. Ratio Legis. Salamanca. 2011, pág. 166.



cumplimiento a las obligaciones que, en materia de publicidad activa, se imponen a través del referido grupo normativo en relación con la contratación del sector público.

Como es sabido, la LT articula las obligaciones de transparencia de las administraciones públicas a través de dos cauces complementarios: la publicidad activa y el derecho de acceso (o publicidad pasiva). Respecto al primero de ellos, es fundamental tener en cuenta que las obligaciones que impone tienen carácter de mínimos, tal y como se desprende de lo dispuesto, a modo de principio general, en su artículo 5.2, a cuyo tenor "las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad". A partir de dicho principio, resulta obligado deducir, en lo que ahora nos interesa, que, en cuanto hace a la publicidad activa referida a la contratación pública, resultará de prevalente aplicación aquella disposición, general o sectorial, que conlleve mayores obligaciones de publicidad (orillando, de esta forma, la aplicación sistemática del principio general de prevalencia de la norma especial sobre la norma general).

Más polémica resulta, por el contrario, la relación de la LT con la legislación especial que incluya normas específicas reguladoras del derecho de acceso, por mor de lo dispuesto en su criticada DA1<sup>a</sup>, relativa a las "regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública", de cuya aplicación literal podrían derivarse indeseables disfunciones, tales como la



prevalencia de normas sectoriales (de cualquier rango) que incluyesen una regulación del derecho de acceso menos favorable al mismo que el establecido, con carácter general, en la propia LT. Así, conforme a su apartado 2, “se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información”. Regulación de la que, en cuanto ahora interesa, podría hacer tentador deducir que, en materia de contratación pública y en cuanto hace al derecho de acceso, la aplicación de la referida cláusula de supletoriedad conllevaría la prevalencia de lo dispuesto al respecto en la LCSP, relegando las previsiones de la LT a la condición de derecho supletorio<sup>9</sup>.

La LT parte del reconocimiento de la preexistencia, a su entrada en vigor, de normas sectoriales (entre ellas, normas relativas a la contratación pública) que ya contenían obligaciones concretas de publicidad activa; para poner de manifiesto, inmediatamente después, que

---

<sup>9</sup> No faltan autores que, sin embargo, abogan por hacer prevalecer un principio de integración material entre ambos bloques normativos, frente a la prevalencia formal de uno sobre otro. Así MELLADO RUIZ, L., op. cit., pág 77: “A mi juicio, tanto en relación con estos dos grandes grupos normativos, como con carácter general, lo más razonable no sería implantar mecanismos de prevalencia ordinal formal sino de integración material de las previsiones en materia de transparencia pública (...) No hay, pues, ni supletoriedad ni reglas de prevalencia o especialidad normativa, sino integración o adición de exigencias desde la priorización del principio de transparencia efectiva sobre el de articulación formal positiva”.



“esta regulación resulta insuficiente en la actualidad y no satisface las exigencias sociales y políticas del momento” (véase el apartado II de su Exposición de Motivos). Apuntando, pues, a una profundización generalizada de las exigencias de publicidad activa, frente a lo establecido, al respecto, en las disposiciones sectoriales entonces en vigor.

La LT incluye a los adjudicatorios de contratos públicos entre los obligados a suministrar a las administraciones públicas toda la información necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones en materia de transparencia (Art. 4), si bien precisando que tal obligación será exigible “...en los términos previstos en el respectivo contrato”. Inciso, este último, que demanda de los órganos de contratación la diligencia necesaria para incluir tales previsiones en los respectivos pliegos de cláusulas administrativas y que fue objeto de justificada crítica por el Consejo de Estado en su dictamen de 19 de julio de 2012.

Respecto a las obligaciones concretas en materia de publicidad activa, la LT focaliza su atención, fundamentalmente, en la fase de preparación y adjudicación de los contratos, abordando de manera mucho más superficial la información relativa a la fase de ejecución, de la que solo se demanda información puntual atinente a las posibles modificaciones del contrato o los eventuales desistimientos o renunciaciones. Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.1, a) de la Ley, las administraciones públicas y demás sujetos obligados, deberán hacer pública la siguiente información en materia de contratación del sector público: “Todos los contratos, con indicación de su



objeto, duración, importe de la licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, así como las modificaciones del contrato. Igualmente, serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente". El mismo precepto legal requiere la publicación de "datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público", así como de "información estadística sobre el porcentaje de participación en contratos adjudicados, tanto en relación con su número como en relación con su valor, de la categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (pymes) (...) para cada uno de los procedimientos y tipologías previstas en la legislación de contratos del sector público...". Adicionalmente, de forma un tanto asistemática, la letra b) del mismo precepto legal, demanda la publicación de "...las subcontrataciones que se realicen, con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma".

Supuesto lo anterior, podríamos valorar, con carácter general, las previsiones de publicidad activa de la LT en materia de contratación pública como moderadamente exigentes en lo tocante a las fases de preparación y adjudicación de los contratos (echándose en falta la mención de algunos extremos de particular importancia, tales como la justificación de la necesidad de la contratación, la identidad de todos los licitadores -



aspecto de particular interés en relación con las posibles prácticas colusorias- o la de los responsables de los órganos de contratación e integrantes de las mesas de contratación, entre otros), y manifiestamente insuficientes en lo que hace a su fase de ejecución.

No obstante, a partir de los mínimos de publicidad activa previstos en la LT, las leyes aprobadas por las Comunidades Autónomas, en materia de transparencia y buen gobierno (la práctica totalidad de las mismas disponen de leyes propias al respecto), han venido a ampliar significativamente el catálogo de extremos sujetos a la misma. Así, sin ánimo exhaustivo y no obstante las diferencias existentes entre las diversas leyes autonómicas, con carácter general, estas últimas han adicionado, entre los extremos de obligada publicidad, información relativa a la composición de las mesas de contratación y el contenido de las actas de sus sesiones, informes sobre valoración de las ofertas, cesiones, resoluciones, revisiones de precios, duración de los contratos (inicio y finalización de la ejecución y posibles prórrogas), imposición de penalidades, o información sobre encargos a medios propios (objeto, presupuesto, duración y obligaciones económicas); y, con carácter más excepcional, información sobre extremos tales como la identificación de los licitadores (solo cuatro Comunidades Autónomas) o la presentación de cuadros comparativos de las ofertas económicas, propuestas técnicas y posibles mejoras presentadas por aquéllos (en tres Comunidades Autónomas). Lo que sí evidencia el análisis de la regulación de las leyes autonómicas sobre transparencia y buen gobierno es una clara asimetría en lo tocante a la amplitud de los extremos de obligada publicación en materia de



contratación y cierta dispersión y falta de uniformidad en su aplicación práctica. Extremos que han sido puestos de manifiesto en el Informe de Supervisión de la Contratación Pública de la OIReScon, ejercicio 2022, al poner de relieve que “la primera y significativa conclusión es que ni uno solo de los 60 datos identificados que se requieren en las normativas de transparencia estatal o autonómica es común a estas, ni siquiera la denominación del objeto del contrato o la métrica de su presupuesto o valor estimado”, concluyendo que este estudio “revela la diversidad existente en la exigencia de transparencia en materia de contratación pública, de tal modo que, dependiendo de donde se haya celebrado el contrato [se] podrá acceder a unos u otros datos”<sup>10</sup>.

Las exigencias de publicidad activa derivadas de las disposiciones que conforman este bloque normativo han sido, no obstante, en cierto sentido rebasadas (o, cuando menos, homogeneizadas) por las previsiones que en materia de publicidad de la contratación ha venido a imponer la LCSP al regular la información que, como mínimo, debe ser objeto de publicación en los correspondientes perfiles del contratante, ex artículo 63 de dicho texto legal, al menos, en lo que respecta a las fases de preparación y adjudicación de los contratos; haciendo de generalizada publicación en el mismo, entre

---

<sup>10</sup> Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública, Módulo V, Supervisión del principio de publicidad y transparencia en la contratación pública, Octubre 2022, Pág. 72. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo5.pdf>



otras cuestiones, la memoria justificativa del contrato, los pliegos técnicos y de cláusulas administrativas, la identidad de los participantes en el procedimiento, el contenido de las actas de las mesas de contratación e identificación de sus componentes así como la de los eventuales comités de expertos (al menos, con indicación de su cargo), e información sobre encargos a medios propios (cuando su importe exceda de 5.000 euros).

En lo que hace a la respuesta concreta de las administraciones públicas a las exigencias de publicidad activa que la legislación general en materia de transparencia y buen gobierno les demanda, esta ha consistido, con carácter general, en la implementación de buscadores de contratos y/o enlaces a los perfiles del contratante, alojados en la plataforma de contratación del sector público (PCSP) en sus respectivos portales de transparencia. Circunstancia que hace obligado cuestionarse la alineación de tal respuesta a los fines que subyacen a la normativa que nos ocupa.

A este respecto, a nuestro juicio, la pretensión de dar cumplimiento a las demandas de publicidad activa en materia de contratación pública, mediante un mero enlace a la PCSP y, a su través, a los correspondientes perfiles del contratante, complementado, en ocasiones, con un buscador de contratos y, en ciertos casos, con alguna información estadística, constituye un ejemplo, bien significativo, de la falta de atención a los fines últimos que justifican la transparencia de los poderes públicos. La PCSP ha sido y se encuentra esencialmente diseñada para canalizar el desarrollo de los procedimientos de contratación y, en consecuencia, al



servicio de los operadores económicos que intervienen en tales procedimientos y de los órganos especializados de las administraciones públicas que los gestionan. Razón por la cual, no parece el medio más adecuado para atender, por sí solo, la demanda de datos/información/conocimiento sobre esta materia del conjunto de la ciudadanía. Y ello, por más que los datos requeridos de publicidad por la normativa vigente obren en la misma.

Ponderar la efectiva materialización de las obligaciones de publicidad activa desde la perspectiva de sus destinatarios (en este caso, el común de los ciudadanos y no únicamente especialistas en contratación pública), es determinante para evaluar la medida en que dicha materialización atiende a los fines que la justifican. Y siendo así, parece obligado concluir en la necesidad de mejora de los procedimientos y medios por los que, con carácter general y salvadas las excepciones que corresponda, se pretende dar respuesta a los requerimientos de publicidad activa en materia de contratación en la generalidad de nuestras administraciones públicas.

No vale, a nuestro juicio, frente a ello, la eventual apelación a lo dispuesto en el meritado artículo 63 de la LCSP, relativo al perfil del contratante, para sostener que el solo acceso al mismo satisface, por sí solo, todas las exigencias del principio material de transparencia en materia de contratación. Puesto que, si bien dicho precepto viene a definir el perfil del contratante "...como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar



la transparencia y el acceso público a los mismos”, el mismo artículo se encarga de matizar, inmediatamente después, que “...la difusión del perfil del contratante no obstará la utilización de otros medios de publicidad adicionales en los casos en que así se establezca”.

La puesta a disposición de los ciudadanos de herramientas tecnológicas que permitan la interconexión y el *tratamiento masivo y flexible de los datos* (no solo el acceso a los documentos relacionados con cada expediente de contratación), y, como criterio general, el uso de procedimientos y herramientas de acceso a la información, diseñadas funcionalmente para su utilización por la ciudadanía en general y no solo por especialistas en contratación pública o en tecnologías de la información, son fórmulas que podrían contribuir a mejorar la alineación de los medios a través de los cuales se materializa la publicidad activa en materia de contratación pública con los fines esenciales subyacentes a la misma: la optimización de las posibilidades de acceder al conocimiento ciudadano, no solo sobre los resultados de la gestión de los recursos públicos, sino también sobre la adecuación de dicha gestión a los principios de eficiencia e integridad y, con ello, al principio de buena administración; contribuyendo, de esta forma, a promover el modelo participativo de gobernanza y, a su través, el paradigma democrático de gobierno<sup>11</sup>. Y es que, como se ha sostenido con acierto,

---

<sup>11</sup> Puesto que no cabe hablar, en rigor, de oposición entre democracia *participativa* y democracia *representativa*. En el entendido de que la primera debe ser contemplada como complemento y mejora del, siempre plausible, sistema representativo, a cuya legitimación social sirve y cuyos



“...técnicamente, no es lo mismo *publicidad* que *transparencia*. La primera persigue dar a conocer la actividad que lleva a cabo la Administración pública en un determinado procedimiento de contratación, mientras que la transparencia buscaría permitir a los ciudadanos conocer qué sucede en el seno de las Administraciones públicas en relación con la contratación pública. La publicidad es difusión y acceso; la transparencia, apertura y conocimiento real”<sup>12</sup>.

En esta línea, no podemos sino aplaudir la iniciativa llevada a cabo desde la PCSP para la puesta en marcha la herramienta Open PLACSP, orientada al tratamiento de ficheros de datos abiertos de esta plataforma y su transformación en hojas de cálculo, habilitando la posibilidad de que cualquier persona interesada pueda tratar los datos de contratación publicados de forma agregada, de una manera sencilla y sin necesidad de conocimientos tecnológicos complejos<sup>13</sup>.

La información sujeta a publicidad activa demanda su presentación clara, estructurada e inteligible para los ciudadanos, así como, siempre que sea posible, en formatos electrónicos de acceso universal que hagan posible su reutilización y, finalmente, la participación ciudadana (ya sea de naturaleza proactiva o propositiva, a través de los canales habilitados para la formulación de

---

resultados, desde la óptica del bien común, contribuye a optimizar.

<sup>12</sup> MELLADO RUIZ, L., op. cit., pág. 91.

<sup>13</sup>

[https://contrataciondelestado.es/datosabiertos/DGPE\\_PLACSP\\_OpenPLACSP\\_v.1.3.pdf](https://contrataciondelestado.es/datosabiertos/DGPE_PLACSP_OpenPLACSP_v.1.3.pdf)



propuestas de mejora de los servicios públicos; o de carácter reactivo, haciendo uso de los cauces previstos para la exigencia de las responsabilidades, de toda índole, que puedan derivarse de la gestión pública). Objetivo inequívoco de la vigente LT, tal y como se pone de manifiesto en su artículo 5.4<sup>14</sup>.

#### **IV. LA TRANSPARENCIA EN LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.**

##### **IV.1. Encuadramiento general del principio de transparencia en la Ley de Contratos del Sector Público.**

Como se adelantó al inicio del presente trabajo, desde la perspectiva de la LCSP (que es tanto como decir desde la perspectiva de las Directivas europeas que a su través son objeto de transposición) el principio de transparencia apunta a un doble objetivo: promover la concurrencia efectiva en los procedimientos de contratación, asegurando la igualdad de trato y la no discriminación entre los eventuales candidatos o licitadores (adoptando, en este punto, un rol instrumental al servicio del *principio de eficiencia*), y facilitar el control de los procedimientos de contratación y la consistencia de sus resultados con el principio de buena gestión administrativa (representando, desde esta perspectiva, un papel auxiliar del *principio de integridad*). Señalábamos

---

<sup>14</sup> Art. 5.4 LT: "La información sujeta a las obligaciones de transparencia será publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables..."



también, allí, la capital influencia del objetivo de promover y hacer efectivo el mercado interior en el seno de la Unión Europea. Propósito que opera como una especie de “corriente de fondo” en el derecho de la contratación pública. No siempre evidente pero invariablemente influyente.

La entronización del principio de integridad en la legislación vigente en materia de contratación del sector público, asociada al principio de transparencia, ha sido comúnmente puesta de manifiesto por la doctrina, de la mano del objetivo de prevención de la corrupción.<sup>15</sup>. Ambos principios, transparencia e integridad (junto al también mencionado principio de eficiencia) lucen en el pórtico mismo de la LCSP (Vid. Art. 1 de LCSP).

La preocupación por la corrupción, el fraude y los conflictos de interés, en materia de contratación, ha

---

<sup>15</sup> V.gr. GIMENO FELIÚ, J.M., *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Edit. Thomson Reuters, Aranzadi, 2019, págs. 43-44: “En materia de contratos públicos existen (y han existido) prácticas contrarias al principio de integridad, y su carácter estructural (de distinta intensidad y efectos, es cierto). Prácticas que se encuentran muy vinculadas a la ausencia de transparencia”; pág. 77: “Uno de los retos -quizá el principal- de esta nueva Ley es el de afrontar de forma decidida la problemática de la corrupción y avanzar en un modelo que pivote sobre el principio de integridad”. TEJEDOR BIELSA, J. *La contratación pública en España ¿sobrerregulación o estrategia?* Thomson Reuters, Civitas, 2018, pág. 128: “La integridad se ha erigido en un principio horizontal que impregna el conjunto de la regulación de la contratación pública Transparencia publicidad o motivación han de ser leídos en el marco del principio de integridad”.



encontrado eco en las instituciones europeas y, como consecuencia, en el derecho comunitario. El Parlamento Europeo ha afirmado que “el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción, y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de los bienes y servicios y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea”, instando a los Estados miembros, a dar máxima prioridad a la lucha contra la corrupción a través de la transposición de las directivas sobre contratos públicos, a fin de evitar los “efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior”<sup>16</sup>.

En esta línea, la LCSP, siguiendo casi en su literalidad lo dispuesto en el artículo 35 de la Directiva 2014/23/UE, sobre concesiones (curiosamente, no existe una regulación paralela en la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública) introduce, en su artículo 64, una regulación específica relativa a la lucha contra la corrupción y la prevención de los conflictos de intereses, a través de la cual se impone a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y corregir de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación, con el fin de evitar la

---

<sup>16</sup> Apto. 27 de la Resolución del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 2010, sobre protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude.



distorsión de la competencia y garantizar la *transparencia en el procedimiento* y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. Incorporando una definición del conflicto de interés, deudora de la fijada por el artículo 61 del Reglamento Financiero de la UE<sup>17</sup>.

Se busca potenciar una vertiente proactiva y preventiva, y no solo reactiva, de defensa frente a la corrupción, en el que la transparencia juega necesariamente un papel determinante, dada la contrastada relación inversa entre transparencia y corrupción. "Una gestión transparente de los contratos públicos como política horizontal permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada"<sup>18</sup>. Y así, como pone de relieve el considerando 126 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, "la trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de

---

<sup>17</sup> "El concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que, además, participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación." Art. 64.2 LCSP.

<sup>18</sup> GIMENO FELIÚ, J.M., *La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad*, en VV.AA. Observatorio de los contratos públicos. Las nuevas directivas de contratación pública. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona.2015.



contratación es fundamental para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude”.

Es importante, no perder de vista, que la transparencia integral de los procedimientos de contratación, permite concitar, a un tiempo, publicidad, participación y control; así como que los riesgos de corrupción pueden producirse a lo largo de cualquiera de las fases que jalonan los procesos de compra pública, demandando, en consecuencia, la proyección de la transparencia a todas ellas (preparación, adjudicación y ejecución). Extremo avalado por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que se consagra el principio de transparencia como elemento basal de la contratación pública, de necesario aseguramiento en todas las fases de la contratación (véase, la STJUE, de 16 de julio de 2014, T-48/12, Euroscript-Polska Sp. contra Parlamento Europeo<sup>19</sup>).

---

<sup>19</sup> “A este respecto, es preciso recordar que, según la jurisprudencia en materia de contratación pública, el órgano de contratación debe respetar, en todas las fases del procedimiento de licitación, tanto el principio de igualdad de trato de los licitadores como el de transparencia (sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 54, y sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85). El principio de transparencia implica la obligación del órgano de contratación de hacer pública toda la información precisa referente al desarrollo de todo el procedimiento. Los objetivos de publicidad que dicho órgano de contratación debe respetar en el marco de la obligación de transparencia son, por un lado, garantizar que todos los licitadores dispongan de



Cierto es que no obstante la indeclinable vinculación instrumental del principio de transparencia con los de eficiencia e integridad, es lo cierto que su proyección a lo largo del ciclo de la contratación acentúa su operatividad al servicio de uno y otro, en función de las características propias de cada una de las fases que lo integran. Así, si bien en las fases de preparación y adjudicación de los contratos, la transparencia tendría un papel esencialmente garantizador de la igualdad de trato y la no discriminación de candidatos o licitadores, de la efectiva concurrencia y, por conexión, del principio de eficiencia; dicho papel se reorientaría de forma más determinante, en la fase de ejecución, hacia el servicio de la rendición de cuentas, del control y, por consecuencia, al aseguramiento del principio de integridad. Hablamos, pues, de una *transparencia integral* de los procedimientos de contratación.

Una exigencia de transparencia integral que se proyecta, aún con matices (en función de la naturaleza propia de la entidad contratante), a los procedimientos de contratación cursados tanto por los poderes adjudicadores (se encuentren, o no, en la categoría/círculo de las administraciones públicas), como por las entidades del sector público que carezcan de dicha condición (en cuyas instrucciones reguladoras de los procedimientos de contratación ha de quedar

---

las mismas oportunidades y, por otro lado, proteger las legítimas expectativas de los licitadores seleccionados (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de 28 de enero de 2009, Centro Studi Manieri/Consejo, T-125/06, Rec. p. II-69, apartados 86 a 89)". STJUE de 16 de julio de 2014, FD59.



garantizada “la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación”, ex artículo 321.1 de la LCSP). Debiendo hacerse notar, en este punto, la asimetría del ámbito subjetivo de la LCSP con respecto al propio de la LT, a la luz de lo dispuesto, de una parte, en el artículo 3 de la LCSP y, de la otra, en los artículos 2 y 3 de la LT. Asimetría, cuyas eventuales disfuncionalidades, debieran resolverse, como normal general, en favor del principio transversal de transparencia que informa la acción, no solo de las administraciones públicas sino del conjunto de los poderes públicos. En palabras de MELLADO RUIZ, “en tanto que el principio de transparencia es hoy elemento basilar del grupo normativo de la contratación pública, y auténtico fundamento de su esencia normativa cabe considerar que la LT sólo puede tener efectos más favorables a la transparencia en relación con la normativa de contratos del sector público, lo que, en el aspecto concreto del ámbito subjetivo de aplicación, obligará a cohonestar ambos subsistemas a fin de determinar la solución aplicativa de mayor intensidad desde la perspectiva del deber de transparencia a todos los sujetos incluidos dentro del sector público, sea cual sea su régimen jurídico, e incluso de sujetos privados ajenos al mismo pero responsables de la satisfacción de servicios públicos o de la realización de potestades administrativas”<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> MELLADO RUIZ, L., *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, op. cit, pág 175.



## **IV.2 La versión de la publicidad activa y pasiva en la LCSP: el perfil del contratante y el Registro de Contratos del Sector Público.**

La LCSP recoge su propia versión de la publicidad activa, en materia de contratación, en su artículo 63, relativo al perfil del contratante.

Como norma general, el acceso al perfil del contratante será libre y toda la información contenida en el mismo se debe publicar en formatos abiertos y reutilizables<sup>21</sup>, permaneciendo accesible durante un periodo de tiempo no inferior a cinco años, sin perjuicio del acceso a expedientes anteriores vía solicitud de información.

La información mínima de obligada publicación en el perfil del contratante se relaciona en los apartados 3, 4, 5 y 6 del artículo 63 de la LCSP y se corresponde,

---

<sup>21</sup> Advierte la OIReScon, en su Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública, ejercicio 2022, que "realmente sigue sin existir un desarrollo normativo que especifique cuál sería la información que, al menos, PLACSP y el resto de plataformas autonómicas tengan que ofrecer en datos abiertos, ya que la mención de la norma de << toda la información >> es de difícil cumplimiento en términos absolutos y técnicos (sobre todo si se tiene en cuenta la naturaleza de mucha de la información a la que se refiere el apartado 3 del artículo 63 de la LCSP)". Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública, Módulo V, Supervisión del principio de publicidad y transparencia en la contratación pública, Octubre 2022, Pág. 7. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo5.pdf>



fundamentalmente, con las fases de preparación y adjudicación de los contratos.

Como se indicó *ut supra*, el artículo 63 de la LCSP ha venido a detallar, homogeneizar y, algunos casos, superar, las obligaciones concretas de publicidad activa demandadas por el bloque normativo general sobre transparencia y buen gobierno. Como lo demuestra el mero contraste de las previsiones que al respecto establecen la LT y las leyes autonómicas que la desarrollan y complementan con el contenido del consabido artículo. Circunstancia que, sin embargo, no conlleva, por sí misma, la existencia de conflicto normativo alguno, en tanto el mismo queda inmediatamente diluido por aplicación del principio general recogido en el artículo 5.2 de la LT, en virtud del cual resultarán de prevalente aplicación las disposiciones “que prevean un régimen más amplio de publicidad”. Lo que no obsta a la existencia de ámbitos y aspectos de compleja armonización entre ambos bloques normativos<sup>22</sup>.

El perfil del contratante se convierte, desde la perspectiva de la LCSP, en el medio para asegurar la transparencia y el acceso público a la información sobre la actividad contractual, aspirando a concentrar, en un único punto, el conjunto de la documentación e

---

<sup>22</sup> En relación con la problemática y eventuales efectos distorsionadores y puntos de fricción derivados de la coexistencia de ambos grupos normativos, véase MARTÍN DELGADO, I., *Transparencia y contratación pública: las difíciles relaciones entre dos bloques normativos conectados*, Op. cit.



información relativas a la misma, merced a su incorporación directa, integración o interconexión con la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP). Un medio que, al menos en su actual configuración, tal y como apuntamos al referirnos a la transparencia desde la perspectiva propia de la ciudadanía en general, consideramos condición necesaria pero no suficiente para satisfacer los objetivos de una transparencia verdaderamente *estratégica, determinada y proactiva*, orientada a empoderar a la ciudadanía, promoviendo su participación, fortaleciendo, con ello, el paradigma democrático de gobierno y preservando al mismo de su degeneración natural.

Sin dejar de valorar positivamente el ostensible progreso de la información contractual hoy disponible, no solo para los operadores económicos de los procesos de contratación sino para la ciudadanía en general, así como las ventajas de disponer de un espacio unificado de difusión de la información contractual<sup>23</sup>, se echa en falta un enfoque funcional de los sistemas de información

---

<sup>23</sup> El Informe Anual de Supervisión de la Contratación de la OIREscon, ejercicio 2022, enfatiza, no obstante, que “uno de los grandes hándicaps para analizar la información de las distintas plataformas es la falta de criterio uniforme y homogeneización de la información, afectando este hecho directamente a la calidad del dato e impidiendo, entre otras cosas, la explotación masiva de los datos de la contratación pública”. Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública, Módulo V, Supervisión del principio de publicidad y transparencia en la contratación pública, Octubre 2022, Pág. 9. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo5.pdf>



menos especializado y más orientado al ciudadano común. A este respecto, resultan significativas las observaciones que, de forma recurrente, vienen llevándose a cabo por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en sus memorias anuales, a cerca de la publicación de la información del grupo de contratación a través de los perfiles del contratante alojados o integrados en la PCSP, en torno a la cual se identifican problemas tales como que "se trata de fuentes de información de difícil acceso para la ciudadanía por las dificultades de manejo que presentan", o que "al estar diseñadas para otros usos, incluyen información no relacionada con las obligaciones de publicidad activa, y, por el contrario, no incluyen otros contenidos que son obligatorios en aplicación de la LTAIBG"<sup>24</sup>. En la misma dirección, MARTIN DELGADO apunta que la sindicación de los contenidos del correspondiente Portal de Transparencia con los de la PCSP, tiene una consecuencia evidente: "desde el momento en que (...) los destinatarios y la finalidad de la LTBG y de la LCSP son distintos, hacer coincidir la forma en que se ofrece la información contractual habiendo elegido precisamente aquélla que ha sido pensada y configurada para los licitadores -que podríamos calificar de agentes cualificados-, supone una dificultad añadida al acceso a la información por parte de los ciudadanos ordinarios que podría resultar contraria a las exigencias del artículo 5 LTBG"<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Memoria Anual de Actividades, 2021, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, pág. 68. [https://www.consejodetransparencia.es/ct/Home/Actividad/memorias\\_planes/memoria2021.html](https://www.consejodetransparencia.es/ct/Home/Actividad/memorias_planes/memoria2021.html)

<sup>25</sup> MARTÍN DELGADO, I, op. cit., pág. 66.



Además, el estado actual de las tecnologías de la información permitiría la puesta a disposición de los ciudadanos de herramientas tecnológicas de tratamiento de datos capaces de enriquecer, en mucho, el valor de la información disponible. No faltan ejemplos de las posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen para profundizar en los mecanismos de control de la contratación pública, de los que, lamentablemente, solo tenemos conocimiento, puntualmente, merced a la labor aislada de particulares interesados en estas cuestiones<sup>26</sup>. Ejemplos de cómo los propios ciudadanos contribuyen activamente a la generación de transparencia a partir de la explotación de los datos publicados y que, no obstante la importancia de su promoción y divulgación, suponen una llamada a las administraciones públicas para la mejora de la presentación de los datos, los sistemas y las herramientas tecnológicas a disposición de los ciudadanos, en orden a facilitar el conocimiento real de la información publicada. Téngase, en cuenta, a este respecto, que, con independencia de los medios tecnológicos que cada una de las administraciones públicas pueda poner a disposición de los ciudadanos, además de para alojar los perfiles del contratante, la PCSP se encuentra expresamente habilitada para “prestar otros servicios complementarios asociados al tratamiento de datos”, ex artículo 347.1 de la LCSP.

---

<sup>26</sup> GÓMEZ-OBREGÓN, J., *Ponencia sobre transparencia y prevención del fraude en la contratación pública*, XV Encuentros Técnicos OCEX, Zaragoza, 2023 <https://www.youtube.com/watch?v=hHVUIRrYxDc>



Si, como se ha dicho, “no licitar electrónicamente afecta negativamente a la transparencia de la acción administrativa”<sup>27</sup>, haciendo notar la íntima conexión entre transparencia y acceso a los medios y recursos digitales, justo es inferir que la dotación de dichos recursos, no solo en orden a la tramitación de los concretos procedimientos de contratación<sup>28</sup>, sino también al servicio de la información abierta al conjunto de los ciudadanos (poniendo a su disposición herramientas avanzadas de tratamiento de datos), contribuiría exponencialmente a la satisfacción de sus objetivos.

En esta línea argumental, autores como MELLADO RUIZ han echado en falta una de las características que debe reunir la información ofrecida para hablar de una *contratación abierta*. Se trata de su *comprensión efectiva*. “Aspecto importante dado (...) el volumen de información y documentación que manejan las Administraciones públicas en materia de contratación y

---

<sup>27</sup> MARTÍN DELGADO, I., op. cit, pág. 31.

<sup>28</sup> A pesar de la decidida apuesta de la LCSP por la contratación electrónica y de la evolución favorable de dicho indicador a lo largo de los últimos años, la licitación electrónica, en términos agregados, en 2020 -último ejercicio sobre el que se han publicado datos-, fue solo del 15,97 % en la PCSP (si bien dicho dato debe ponderarse a la luz de la peculiaridad que supuso el impacto de la pandemia COVID19 y la no sujeción de la contratación de emergencia a licitación electrónica. *Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública, Módulo X, Contratación electrónica*, Diciembre de 2022. OIReScon. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo10.pdf>



su relativa complejidad para el ciudadano medio”<sup>29</sup>. En la misma línea, advierte MARTÍN DELGADO que “...no podemos olvidar que, junto con el derecho a saber, ha de potenciarse igualmente el derecho a entender. Pero no a entender lo que pueden estar insinuando los datos, sino a entender la verdad que encierran los mismos”<sup>30</sup>.

Si el perfil del contratante es la fórmula a través de la que, desde la LCSP, se da respuesta tanto a las demandas de publicidad y transparencia propias de los candidatos y licitadores interesados en los procedimientos de contratación, como a las exigencias de publicidad activa que se derivan en favor de la ciudadanía en general, el Registro de Contratos del Sector Público parece ser la única vía explícita prevista en la LCSP para dar respuesta a los requerimientos de publicidad pasiva en materia de contratación, ex artículo 346.5 de la LCSP, a cuyo tenor “de conformidad con lo establecido en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y con las limitaciones que imponen las normas sobre protección de datos de carácter personal, facilitará el acceso público a los datos que no tengan el carácter de confidenciales y que no hayan sido previamente publicados de modo telemático y a través de internet”. Regulación que, puesta en relación con lo dispuesto en la desafortunada DA1<sup>a</sup>, apartado 2, de la LT, podría desembocar en una irrazonable restricción de las posibilidades de acceso a la información sobre contratación pública, si de tan parca previsión, atinente

---

<sup>29</sup> MELLADO RUIZ, L., op. cit. pág. 202.

<sup>30</sup> MARTÍN DELGADO, I., op. cit., pág. 26.



al derecho de acceso público a la información relativa a la contratación, pretendiese deducirse la existencia de un “régimen jurídico específico de acceso a la información”, capaz de desplazar la aplicación de la regulación, mucho más favorable al mismo (no obstante sus limitaciones expresas) prevista en la LT. Consecuencia interpretativa que en modo alguno compartimos, por considerarla, entre otras cosas, contraria a las reglas de interpretación *secundum constitutionem*, en relación con los derechos reconocidos, entre otros, en los artículos 20, 23 y 105 de la Constitución.

Las previsiones de la LCSP sobre el derecho de acceso se agotan con la referencia al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, como órgano encargado de informar, con carácter previo, sobre la decisión de los órganos de contratación “de no publicar determinados datos relativos a la celebración del contrato”, a fin de que dicho informe se pronuncie sobre “si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con su no publicación” (Art. 154.7 de la LCSP).

#### **4.3. Publicidad y transparencia en las fases de preparación y adjudicación del contrato.**

Si obviamos la posibilidad de las entidades del sector público de dar a conocer públicamente su plan de contratación de forma anticipada, mediante el anuncio de información previa previsto en el artículo 134 de la LCSP, el primero de los hitos del procedimiento de contratación que conecta con el principio de transparencia es, sin duda, la obligación de motivar la



necesidad del contrato ex artículo 28 del mismo texto legal. Desde la óptica de la transparencia, en su dimensión de instrumento de control de la actividad contractual del sector público, resulta fundamental la toma de conocimiento de las razones que justifican el recurso a la compra pública, en tanto que la LCSP conmina a las administraciones públicas a no celebrar otros contratos que aquéllos que están llamados a subvenir sus necesidades reales, tal y como demandan el principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto público (todos ellos recogidos en el artículo 1 de la propia LCSP). En este punto, el artículo 63 de la LCSP obliga a hacer público en el perfil del contratante la memoria justificativa del contrato y el informe de insuficiencia de medios, junto con la *justificación* del procedimiento utilizado para su adjudicación, cuando éste no sea el procedimiento abierto.

El artículo 115 de la LCSP, relativo a la posible realización de *consultas preliminares del mercado*, previene que “antes de iniciarse la consulta, el órgano de contratación publicará en el perfil de contratante ubicado en la Plataforma de contratación del Sector Público o servicio de información equivalente a nivel autonómico, el objeto de la misma, cuando se iniciará esta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, a efectos de que puedan tener acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados. Asimismo, en el perfil del contratante se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados”.



Por su parte, el artículo 138 de la LCSP impone la obligación de los órganos de contratación de dar acceso, por medios electrónicos, a los pliegos cláusulas administrativas, prescripciones técnicas y demás documentación complementaria, a través del perfil del contratante. Acceso que ha de ser *libre, directo, completo y gratuito* y que deberá poder hacerse desde la fecha de publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados. El acceso a los pliegos y demás documentación al margen de los medios electrónicos se perfila en dicho precepto como una posibilidad claramente excepcional que, como tal, deberá ser debidamente justificada. La publicidad de los pliegos sirve directamente al propósito de promover la concurrencia, garantizando la igualdad de trato y no discriminación de los candidatos y licitadores y facilitando el ejercicio de un control preventivo de su clausulado a fin de garantizar la conexión de idoneidad de sus especificaciones con el objeto del contrato, orillando aquéllas que puedan suponer una restricción injustificada de la concurrencia.

La publicidad es, naturalmente, el elemento axial del procedimiento de adjudicación. La LCSP requiere, en este punto, no solo de la publicación de los anuncios de los contratos que van a ser objeto de licitación (publicidad a priori), ex artículo 135 de la LCSP, sino también de la publicación de las adjudicaciones (publicidad a posteriori), conforme a lo dispuesto en su artículo 151, ambos en conexión con lo establecido en el artículo 63.3, c) de la propia LCSP. Si, de una parte, la publicidad previa de los procedimientos de contratación resulta capital para garantizar la igualdad de trato y no



discriminación en el acceso a las licitaciones, la publicidad posterior constituye una condición *sine qua non* del control, tanto específico como difuso, de la actividad contractual.

Como se encarga de enfatizar el artículo 132.2 de la LCSP la contratación no puede ser concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios. La publicidad de los contratos, en tanto prefiguradora de las ofertas de los licitadores, ha de ser *completa e igual* para todos ellos. La generación de espacios de incertidumbre, ambigüedad o, en suma, falta de claridad, induce, por el contrario, a la falta de concurrencia o la inadecuación de las ofertas.

En lo que hace al eventual acceso a la documentación de los procedimientos de contratación en curso por terceros carentes de la condición de interesados, resulta determinante la previsión de la DA1ª apartado 1 de la LT, a cuyo tenor "la normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo". Que viene a remitir, en consecuencia, a las previsiones de la LCSP al respecto, entre las que destacan lo dispuesto en el artículo 138, bajo el rótulo de "información a interesados" y, especialmente, en su artículo 133, alusivo a las



obligaciones de *confidencialidad*, a cuyo tenor “sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y a las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta”, que incluye, entre otros, “los secretos técnicos o comerciales” y “cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia”. En el bien entendido de que dicho carácter confidencial no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta, ni de los informes y documentación que genere, directa o indirectamente el órgano de contratación; ni podrá impedir la divulgación *pública* de partes no confidenciales de los contratos celebrados.

Por último, el artículo 154.1 de LCSP determina que “la formalización de los contratos deberá publicarse, junto con el correspondiente contrato (...) en el perfil del contratante del órgano de contratación”.

Sentado lo anterior, dentro del sólido entramado diseñado por la LCSP para garantizar la publicidad de las licitaciones y de sus resultados, es posible echar en falta, no obstante, una mayor potenciación de la transparencia anterior al inicio de los procedimientos de contratación, que no parece suficientemente atendida con la sola posibilidad de recurrir a los anuncios de información previa, previstos en el artículo 134 de la LCSP, cuya previsión legal está más orientada a *preavisar* a los potenciales licitadores sobre las futuras licitaciones que



a abrir la programación contractual de los órganos de contratación al escrutinio de la ciudadanía en general. Una carencia necesitada, a nuestro juicio, de tratamiento, no ya tanto desde la óptica de la legislación especial en materia de contratación pública como desde la perspectiva propia la normativa general sobre transparencia y buen gobierno, en la que como objetivo de *lege ferenda* no estaría demás incluir exigencias concretas de publicidad activa relacionadas con la programación de la contratación pública, capaces de servir de base a la participación y al control de *adecuación y oportunidad* de la ciudadanía en relación con la planificación de la compra pública. Así parece demandarlo la visión integral y proactiva de la transparencia por la que abogamos, conducente, no solo a garantizar la eficacia y eficiencia en la toma de decisiones (en este caso, relacionadas con la contratación pública), sino, en último término, al robustecimiento de la legitimación las instituciones a medio de la apertura de los procedimientos de decisión.

#### **4.4. Manifestaciones/carencias del principio de transparencia en las fases de ejecución y extinción del contrato.**

Si la transparencia de las fases de preparación y adjudicación del contrato goza, con carácter general y no obstante las matizaciones apuntadas, de un sólido tratamiento tanto en la LT como en la LCSP, la fase de ejecución del contrato sigue siendo la gran olvidada en lo que a transparencia efectiva se refiere. Y ello, a pesar de que la preocupación por la transparencia en torno a esta fase de la contratación y, con ella, sobre su ciclo



completo, ha sido, sin duda, creciente desde la aprobación de las últimas Directivas europeas sobre contratos.

Si, a priori, puede aceptarse que el margen de actuación de las partes resulta mucho más limitado en fase de ejecución que en las de preparación y adjudicación, dados los límites que para aquél conllevan las propias cláusulas y condiciones contractuales, son innegables las posibilidades de modulación de la ejecución e incluso de alteración de las condiciones inicialmente pactadas (modificaciones contractuales, prórrogas, subcontrataciones, cesiones, revisiones de precios, incumplimientos o cumplimientos defectuosos, imposición, o no, de penalidades, ejecución de garantías, liquidaciones, resoluciones anticipadas del contrato...), cuya materialización puede desembocar en la frustración del interés general asociado a la contratación; conllevando una suerte de renegociación o alteración sustancial de las condiciones que sirvieron de base a la preparación y adjudicación del contrato. Lo que obliga a proyectar las exigencias de publicidad y transparencia sobre esta fase crucial de la compra pública, en la que, en último término, se dirime la efectiva alineación de la misma con los fines que la justifican y el respecto a los principios eficiencia e integridad.

Como la preparación y adjudicación del contrato, su ejecución se encuentra sujeta al control de legalidad, eficacia, eficiencia y economía propio de los órganos especializados en el control jurídico y económico financiero. Dicha actividad de control tiene una importante trazabilidad documental, que se concreta en informes jurídicos, certificaciones de ejecución,



conformidades de facturación, memorias de liquidación, informes de fiscalización... Sin embargo, aunque todos estos trámites y documentación forman parte del expediente de contratación, los mismos carecen, con carácter general, de visibilidad y reflejo público en las plataformas de contratación del sector público y los portales de transparencia de las administraciones públicas.

Tales insuficiencias, en materia de transparencia, de la fase de ejecución del contrato, ha sido denunciada, con singular énfasis, por la OIREsCon en el propio Informe Anual de Supervisión de la Contratación: "A pesar del innegable valor y evolución de PLACSP como fuente de datos de contratación, hay una fase que prácticamente no tiene reflejo: la ejecución del contrato. E igualmente pasa en el resto de plataformas de contratación de ámbito autonómico"<sup>31</sup>. Y, sin embargo, como el mismo informe pone significativamente de relieve, de "los resultados obtenidos del análisis de la información remitida por las Oficinas y Agencias de Prevención y Lucha contra la Corrupción (...) se pone de manifiesto que el 12,99 % de las denuncias en materia de contratación que éstas han recibido se refieren a la ejecución del contrato"<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública, Módulo V, Supervisión del principio de publicidad y transparencia en la contratación pública, Octubre 2022, Pág. 56. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREsCon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo5.pdf>

<sup>32</sup> Ibidem, Pág. 57.



Cobra todo su sentido, en consecuencia, incrementar las obligaciones de publicidad en materia de ejecución y resolución de los contratos, así como su efectiva materialización, incluyendo, con carácter general, las prórrogas contractuales y su debida motivación, los acuerdos de liquidación o resolución de los contratos y las memorias o informes que recojan su propuesta, las subcontrataciones, el tratamiento dado a las garantías de los contratos, las actas de recepción y certificaciones de conformidad, penalidades, etc.

Sin embargo, al día de la fecha, las exigencias de publicidad en las fases de ejecución y resolución del contrato siguen limitándose, sustancialmente, a la información sobre la duración de los contratos y sus modificaciones. Y, aun en el caso de estas últimas, su materialización no es siempre la adecuada, en la medida en que la misma exige, ex artículo 63.3, c) de la LCSP, que tal publicación venga acompañada de su motivación; siendo así que, como pone de relieve el ya citado Informe Anual de Supervisión de la Contratación de la OIREscon, ejercicio 2022, este es un aspecto que, "en ocasiones no se publica o bien no existe campo [en la respectiva plataforma de contratación] para indicarlo, dejando a voluntad del órgano de contratación el incorporar, en su caso, documento que la justifique"<sup>33</sup>.

## V. CONCLUSIONES

Para finalizar y a modo de recapitulación de cuanto ha quedado expuesto, podríamos avanzar algunas conclusiones.

---

<sup>33</sup> Ibidem. Pág. 27



Con carácter general, resultan incuestionables los progresos producidos en materia de transparencia a lo largo de los últimos años, tanto en lo que hace a su reflejo normativo como a su materialización por parte de las administraciones públicas, en todos los ámbitos de la actividad pública y, singularmente, en el propio de la contratación del sector público.

No obstante su proyección transversal sobre el conjunto del ordenamiento jurídico administrativo, el principio de transparencia presenta roles claramente diferenciados en el ámbito de la normativa especial sobre contratación del sector público y en la legislación general en materia de transparencia y buen gobierno, desde la diversidad (que no divergencia) de los fines a cuya satisfacción se orientan cada uno de dichos bloques normativos.

Desde la óptica de la LCSP, el principio de transparencia adquiere un papel instrumental al servicio de los principios de eficiencia e integridad (y, a su través, del macro-principio de buena administración), orientados a la garantía del mercado interior en el seno de la UE y de sus libertades básicas de circulación de personas, bienes, servicios y capitales. En tanto que, desde perspectiva propia de la legislación general en materia de transparencia y buen gobierno, el principio se orienta, en último término, a la implantación de un modelo de gobernanza participativa y al fortalecimiento del paradigma democrático de gobierno frente su degeneración *natural* en forma de demagogia.



Supuesta la necesidad de dar al principio de transparencia un enfoque integrador, omnicomprensivo y coherente, se hace necesario una mayor atención a la armonización de ambos bloques normativos (sobre todo desde el punto de vista de su aplicación práctica), a fin de evitar que los objetivos de uno (en este caso los propios de la normativa sobre transparencia y buen gobierno) terminen por ser laminados, merced a su disolución en los objetivos propios del otro.

Así, respecto a la respuesta concreta de las administraciones públicas a las exigencias de publicidad activa que la legislación general en materia de transparencia y buen gobierno les demanda, esta ha consistido, con carácter general, en la implementación de buscadores de contratos y/o enlaces a los perfiles del contratante, alojados en las plataformas de contratación del sector público, en sus respectivos portales de transparencia.

Supuesto lo anterior, a nuestro juicio, la pretensión de dar cumplimiento a las demandas de publicidad activa en materia de contratación pública, mediante un mero enlace a la PCSP y, a su través, a los correspondientes perfiles del contratante, resulta insuficiente para dar respuesta a los fines últimos que subyacen a dicho bloque normativo. Los perfiles del contratante han sido y se encuentra esencialmente diseñados para canalizar el desarrollo de los procedimientos de contratación y, en consecuencia, al servicio de los operadores económicos que intervienen en tales procedimientos y de los órganos especializados de las administraciones públicas que los gestionan. Razón por la cual, no parece el medio más adecuado para atender, por sí solo, la demanda de



datos/información/conocimiento sobre esta materia del conjunto de la ciudadanía. Y ello, por más que los documentos requeridos de publicidad por la normativa vigente obren en la misma.

Ponderar la efectiva materialización de las obligaciones de publicidad activa desde la perspectiva de sus destinatarios (en este caso, el común de los ciudadanos y no únicamente especialistas en contratación pública), es determinante para evaluar la medida en que dicha materialización atiende a los fines que la justifican. Y siendo así, parece obligado concluir en la necesidad de mejorar los procedimientos y medios por los que, con carácter general, se pretende dar respuesta a los requerimientos de publicidad activa en materia de contratación en la generalidad de nuestras administraciones públicas.

En este sentido, sin dejar de valorar positivamente el ostensible progreso de la información contractual hoy disponible en los perfiles del contratante y los portales de transparencia, no solo para los operadores económicos de los procesos de contratación sino para la ciudadanía en general, así como las ventajas de disponer de un espacio unificado de difusión de la información contractual, se echa en falta un enfoque funcional de los sistemas de información menos especializado y más orientado al ciudadano común.

Desde este punto de vista, abogamos, por la puesta a disposición de los ciudadanos de herramientas tecnológicas que permitan la interconexión y el *tratamiento masivo y flexible de los datos* (no solo el



acceso a los documentos relacionados con cada expediente de contratación), y, como criterio general, el uso de procedimientos y herramientas de acceso a la información, diseñadas funcionalmente para su utilización por la ciudadanía en general y no solo por especialistas en contratación pública o en tecnologías de la información.

Por lo que respecta a la publicidad y transparencia en las fases que jalonan el procedimiento de contratación, y en cuanto hace a las de preparación y adjudicación del contrato, se echa en falta una mayor potenciación de la transparencia anterior al inicio de los procedimientos de contratación, que no parece suficientemente atendida con la sola posibilidad de recurrir a los anuncios de información previa, previstos en el artículo 134 de la LCSP, cuya previsión legal está más orientada a *preavisar* a los potenciales licitadores sobre las futuras licitaciones que a abrir la planificación de la compra pública al escrutinio de la ciudadanía en general. Por su parte, sin negar los progresos producidos a partir de la transposición de las actuales Directivas sobre contratación, la fase de ejecución del contrato sigue siendo la gran olvidada en lo que a transparencia efectiva se refiere. Al día de la fecha, las exigencias de publicidad en las fases de ejecución y resolución del contrato siguen limitándose, sustancialmente, a la información sobre la duración de los contratos y sus modificaciones. Urge, pues, potenciar las exigencias de transparencia relacionadas con esta fase de la contratación, en la que, en último término, se dirime la efectiva alineación de la misma con los fines que la justifican y el respecto a los principios eficiencia e integridad.



## VI. BIBLIOGRAFÍA

BLANES CLIMENT, M.A, *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2014.

CERRILLO i MARTÍNEZ, A. *El principio de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

GALLARDO CASTILLO, M<sup>a</sup>.J., *Transparencia, poder público y Derecho Administrativo*, en SANCHEZ BLANCO, A. (coord.). *El nuevo Derecho Administrativo. Libro homenaje al Prof. Enrique Rivero*. Ratio Legis. Salamanca. 2011

GIMENO FELIÚ, J.M., *La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad*, en VV.AA. Observatorio de los contratos públicos. Las nuevas directivas de contratación pública. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2015.

GIMENO FELIÚ, J.M., *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Edit. Thomson Reuters, Aranzadi, 2019.

GÓMEZ-OBREGÓN, J., *Ponencia sobre transparencia y prevención del fraude en la contratación pública*, XV Encuentros Técnicos OCEX, Zaragoza, 2023.

HAN, B.-CH., *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona, 2013.



MARTÍN DELGADO, I., *Transparencia y contratación pública: las difíciles relaciones entre dos bloques normativos conectados*, Obra colectiva, *Administración electrónica, transparencia y contratación pública a nivel autonómico*, Ed. Iustel, 2021.

MELLADO RUIZ, L., *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017





## DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE FE PÚBLICA

### D. José Joaquín Jiménez Vacas

Doctor en Derecho, Investigador colaborador del Centro de Investigación para la Gobernanza Global (CIGG), de la Universidad de Salamanca (USAL) España

*«¿Qué es verdad? Dos clases hay de verdad, la lógica u objetiva, cuyo contrario es el error, y la moral o subjetiva a que se opone la mentira. Y ya en otro ensayo he tratado de demostrar cómo el error es hijo de la mentira.*

*La verdad moral, camino para llegar a la otra, también moral, nos enseña a cultivar la ciencia, que es ante todo y sobre todo una escuela de sinceridad y de humildad. La ciencia nos enseña, en efecto, a someter nuestra razón a la verdad y a conocer y a juzgar las cosas como ellas son; es decir, como ellas quieren ser, y no como nosotros queremos que ellas sean.»*

(Miguel De Unamuno) <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Del sentimiento trágico de la vida en los hombres y en los pueblos y Tratado del amor de Dios. Edición de Nelson Orringer. Tecnos. Madrid (2005), *vid.* p. 355



*A mi esposa,  
sin la que nada para mí sería factible. Doy Fe.*

SUMARIO: I.- TRADICIÓN. II.- VERDAD. III.- FE. IV.- HISTORIA. V.- SOBERANÍA. VI.- DERECHO. VII.- FUNDAMENTO. VIII.- ELEMENTOS. IX.-CASUÍSTICA. X.- CONCLUSIÓN. XI.-CONSULTAS BIBLIOGRÁFICAS.

## **Resumen**

Cabe definir la función administrativa de Fe pública como aquella que, conforme a Derecho, compete al Estado, de forma exclusiva, o por entidades públicas e incluso personas físicas por su concesión; y que tiene su objeto en la acreditación de la verdad, real o formal, de hechos, conductas, estados de las cosas o relaciones, por razones de seguridad jurídica e interés general; con soporte en el documento público certificado, en que se asegura, afirma o se da por cierta alguna cosa.

## **Abstract <sup>2</sup>**

*It is appropriate to define the administrative function of Public attestation as the one that -according to the Law- falls under the competence of the State, exclusively or through public entities or even individuals due to granting; but also has as the purpose to accredit the truth -real or formal- of facts, behaviours, state of affairs or relationships, for reasons of legal certainty and common interest; all that supported by a certified public*

---

<sup>2</sup> Adaptation by Carmen Larrea



*document, in which something is assured, affirmed or certainly stated.*

### **Claves / keywords**

Autenticar - Certificación - Certificado - Fe pública -  
Función pública.

*Authenticate - Certification - Certificate - Public  
attestation - Civil service.*

## **I.- Tradición**

La clasificación general de funciones de las Administraciones Públicas que, tradicionalmente, ha gozado de un mayor peso y acogida entre la general doctrina jurídica española fue la enunciada por L. JORDANA DE POZAS (1.949) cuando distinguió, en su clásico «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo», como actividades o medios de la Administración, la de servicio público, la de policía (hoy también denominada de ordenación o *de limitación*) y la de fomento, tratada en el siglo XVII entre las diversas especies de la anterior, como policía de prosperidad.<sup>3</sup>

A tales fines, tratadistas del fenómeno jurídico-administrativo en nuestro país han considerado que, con un claro carácter «medial», al citado elenco relacionado

---

<sup>3</sup> JIMÉNEZ VACAS, J.J. Planes estratégicos de subvenciones: especial referencia a la Comunidad de Madrid (2012), Diario La Ley.



de actividad, una de las funciones básicas de la Administración es precisamente la de aseguramiento de la «verdad» de hechos, situaciones, estados de las cosas, relaciones y/o conductas.<sup>4</sup>

## II.- Verdad

Efectivamente, dicho poder de asegurar la «verdad jurídica» de hechos, circunstancias, relaciones y/o situaciones, es poder del Estado, como Soberano. Y, como función, es –sin embargo– función típica «administrativa.» Atribuible, por consecuencia, como competencia clásica, a las Administraciones. Y, aunque la administración electrónica y toda suerte de actos certificantes automatizados traerán nuevas ventajas, subsisten, por toda esencia, los pilares expuestos por T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en su obra «La potestad certificante en la jurisprudencia»,<sup>5</sup> en que, apoyándose en el Diccionario de la Real Academia Española (RAE.) precisaba, de aquella, que tiene por objeto «aquellos supuestos en que exista una constancia fehaciente y demostrable en su concreta realidad del hecho de que se trate».

El mundo de las «certificaciones», en efecto, y del otorgamiento de la fe pública, reviste relevancia porque la potestad «certificante» es el poder de declarar algo como «verdadero», y que se presuma como tal, con

---

<sup>4</sup> MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J. E. La función certificante del Estado, con especial referencia a las intervenciones administrativas sobre los "Derechos de autor" (1977) pp. 16 – 17

<sup>5</sup> REDA., núm. 8 (1976)



validez –robustecida-, según la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).<sup>6</sup> Citando a J. R. CHAVES GARCÍA, todos los temarios de oposiciones se ocupan del acto administrativo y de las potestades «generales» de las Administraciones, pero normalmente descuidan ocuparse de aquella «discreta» potestad certificante, pese a que es una potestad universal (en cada Administración), con fuerza probatoria más que cualificada. No pocos pleitos, señala así el citado autor, se deciden gracias a dicha labor de «constancia o de fe pública.»<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> CHAVES GARCÍA, J.R. La potestad certificante sin los siete velos (delaJusticia.com) EL RINCÓN JURÍDICO DE JOSÉ R. CHAVES. 30/10/2018: <https://delajusticia.com/2018/10/30/la-potestad-certificante-sin-los-siete-velos/>

<sup>7</sup> Siguiendo a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (1999), en El interés público de la seguridad jurídica virtual y su garantía a través del ejercicio de la función administrativa certificante y de otorgamiento de fe pública, Revista Actualidad Administrativa, Tomo I, pp. 219 – 234, en nuestro ordenamiento jurídico las estructuras orgánicas que tradicionalmente vienen garantizando el principio de «seguridad jurídica», en sus diversas esferas de amparo cautelar, documentadora y publicadora, son la Magistratura y el Ministerio Fiscal –amparo cautelar-, el Notariado –en la esfera documentadora- y los Registros técnicos, ya sean de personas, de bienes o de actos –en la esfera publicadora-. En este punto, cita la autora, es muy importante la consideración de que la relación orgánica que ha de existir entre el que con su autoridad convierte a un documento en público y la Administración, ha de ser, sin duda, la de ser un Notario o empleado público: «son documentos públicos los autorizados



por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley» (art. 1.216 del Código Civil). Con carácter independiente de aquella función que consiste en otorgar fe pública de los propios actos emanados de un determinado órgano o poder, la función de otorgar fe pública sobre los negocios privados ha sido tradicionalmente considerada una función administrativa que la Administración Pública ha atribuido en general a los funcionarios o empleados públicos y, en particular, a determinados funcionarios: los Notarios y Registradores. En este sentido *vid.* BARDALLO, J. R. (1996), La fe pública notarial, Rev. AEUT. Núm. 65, p. 77, que apunta que existe una fe pública administrativa atribuida a funcionarios públicos que sirven en el ámbito de sus competencias; una fe pública legislativa –que se atribuye a los Secretarios de las Cámaras Legislativas, Asambleas, Comisiones Delegadas, ...etc., que tiene por objeto los actos o hechos derivados de la actividad propia de dichos órganos-, y una fe pública judicial –que se atribuye a los Secretarios de justicia, hoy Letrados de la Administración de Justicia, y que tiene por objeto los actos, hechos o datos de los procedimientos llevados a cabo en sus Sedes judiciales-. Sin embargo, todas estas posibles acepciones integran, de algún modo, la fe pública administrativa por cuanto se trata de funciones que, aunque orgánicamente emanen del Poder Judicial o del Poder Legislativo, emanan, en principio, de funcionarios o empleados públicos, y son, también, funcionalmente administrativas. Desde luego, continúa FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (1999), en la op. cit., p. 224 y sig., las certificaciones emanadas de los poderes públicos tienen, en el procedimiento, un valor que no tienen las certificaciones privadas, no solo por el hecho de que acreditan circunstancias respecto de las que, normalmente, con anterioridad, se ha dado fe pública, sino además también porque generan una presunción que dispensa de toda prueba a los favorecidos por ella.



A efectos de prueba en el proceso, es bien cierto que la LEC considera «documentos públicos»<sup>8</sup> los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para «dar fe», en lo que refiere al ejercicio de sus funciones (ex artículo 317, 5º), atribuyéndoseles el máximo valor probatorio, mientras que restantes documentos administrativos a los que las leyes aplicables otorguen carácter de públicos, tendrán la fuerza probatoria que establezcan dichas leyes (vid. art. 319, apdo. 1º y 2º). Aquella confiere, al documento público, un valor probatorio superior. Un valor, así, de aseguramiento de la verdad.<sup>9</sup>

### III.- Fe

Fe, del latín *fides*, o creencia en algo sin necesidad de que esté confirmado por la experiencia o por la razón propia. Documento público que acredita o en que se certifican determinadas cosas y que, a continuación del nombre y cargo del funcionario que certifica, se dice: *Doy fe de...*<sup>10</sup> «Pública», del latín *publicus* (no privado

---

<sup>8</sup> CACHARRO LÓPEZ, M., Fe pública y asesoramiento legal preceptivo en la contratación de las Entidades Locales. Revista Electrónica CEMCI. Núm. 1 (2008) p. 7

<sup>9</sup> JIMÉNEZ VACAS, J.J. (2022), El acto de certificación, análisis de la función certificante del secretario de los órganos colegiados de las Administraciones públicas, Editorial COLEX. p. 119

<sup>10</sup> DOLADO ESTEBAN, J. J. (2011). Notaría militar. Escuela militar de intervención. Curso de perfeccionamiento en Notaría militar. Ministerio de Defensa. Madrid.



o reservado, *oficial*).<sup>11</sup> «*Nihil prius fi de*» (nada antes que la fe).

«Fe pública» vendría a ser, en un sentido literal de sus dos extremos, «creencia notoria o manifiesta.» Para la construcción, en tal sentido, del concepto de «fe pública», cabría tener en cuenta las siguientes consideraciones, a saber:<sup>12</sup>

a) La buena fe y la fe pública no deben ser confundidas. La buena fe, es una creencia; la «fe pública», es la calidad y/o autoridad de una atestación.

b) El contenido de la «fe pública» no es, necesariamente, un contenido de verdad. En diversas circunstancias el Derecho limita la eficacia de esa atestación o aun la llega a anular (cabe prueba en contrario).

Tampoco «fe pública» es sinónimo de plena fe. La ley otorga eficacia de «plena fe» a los actos oficiales regularmente expedidos, pero esa plena fe no es «fe pública.» La «plena fe» es, así, una medida de eficacia y no una «calidad del documento.»<sup>13</sup>

Todas estas circunstancias, tomadas en su conjunto, permitirán definir «fe pública» como la

---

<sup>11</sup> MOLINER, M<sup>a</sup>, Diccionario del uso del español.

<sup>12</sup> COUTURE, E. J. (1947) El Concepto de Fe Pública.

<sup>13</sup> DOLADO ESTEBAN, J. J. (2011), op. cit.



institución de Derecho Público que atribuye a determinadas personas, con la exclusión de las demás, la cualidad de la veracidad en aquello que afirman y/o atestiguan («fe pública subjetiva»), o que da primacía de verosimilitud a lo que declara una norma («fe pública objetiva»), frente a lo que afirman y/o atestiguan los particulares.<sup>14</sup>

Define E. GIMÉNEZ ARNAU, en Derecho Notarial (1976), la «fe pública» como: «la presunción de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos». Comenta –como continuación– que la expresión fe pública tiene un doble significado: uno, en sentido de atestiguar solemnemente. Por el contrario, «dar fe» en sentido gramatical significa otorgar crédito a lo que otra persona dice o manifiesta.

Doctrinalmente, en Derecho Notarial, se conocen dos tipos de fe pública, a saber: la originaria y la derivativa.

La originaria, cuando el hecho o el acto del que se da «fe», es percibido por los sentidos del fedatario. Por ejemplo, cuando asienta una certificación de hechos o da fe del otorgamiento de un testamento. La fe pública derivada consiste en dar fe de la manifestación de personas sobre hechos o escritos, propios o de terceros.

---

<sup>14</sup> GUTIÉRREZ DEL SOLAR, E. (1982) La fe Pública Extra-notarial. Revista de Derecho Privado.



En este segundo caso, el fedatario no ha percibido sensorialmente el acontecimiento de hecho o el otorgamiento del acto.

Conforme el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la «fe pública» resulta definida como «la autoridad legítima atribuida a Notarios, escribanos, Agentes de cambio y bolsa, Cónsules y secretarios de Juzgados, Tribunales y otros institutos oficiales, para que los documentos que autorizan en debida forma sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido por verdadero, mientras no se haga prueba en contrario».

La fe pública, por su propia definición, cabría añadir, no es sinónimo exclusivo de «fe notarial», ya que, según la clase de hecho, se distinguen la administrativa, la judicial, la registral y la extrajudicial o notarial.

Esta última, la «fe notarial», se caracteriza por sus dos elementos básicos: el área de actuación, limitada a actos privados exclusivamente extrajudiciales; y la autenticidad que el legislador confiere al documento notarial, una vez sellado y firmado. Esto quiere decir que, mediante autorización, el Notario, como funcionario público, imprime personalidad y existencia al acto formalmente considerado, entrando el documento a gozar de «*fides pública*.»

Ahora bien, y siguiendo de nuevo a J. DOLADO ESTEBAN en la op. cit. (2011), no todos los actos extrajudiciales son de la competencia notarial, ya que existen personas que, sin ser notarios, ejercen la fe pública extrajudicial, entre las que se encuentran: «los



Corredores de comercio, los Agentes de cambio y bolsa (actualmente integrados en el notariado), los secretarios de Ayuntamiento y las autoridades militares.»<sup>15</sup>

El artículo 1º de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1.862, señala que el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.<sup>16</sup> El artículo

---

<sup>15</sup> ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> J. (1987) La fe pública en España. Registros y Notarías. Sus fondos. Organización y descripción. Boletín de la ANABAD, Archivo Histórico Nacional. Tomo 37, n.º 1 - 2, pp. 7 - 68

<sup>16</sup> Aunque las líneas maestras de la institución del notariado se esbozan en el Medievo, la regulación jurídica de su régimen actual se configura, en efecto, a lo largo de los siglos XIX y XX, haciendo que la naturaleza jurídica de la función notarial quede delimitada por las tres notas siguientes y que a continuación se relacionan: a.- La «fe pública notarial» y la especial eficacia jurídica que despliega el instrumento público, derivan directamente de una facultad atribuida al Estado, que delega su ejercicio en el Notario. b.- El ejercicio de la fe pública notarial se lleva a cabo por los notarios con autonomía e independencia (jerárquica y económica), en su doble condición de profesionales del Derecho y de funcionarios públicos sometidos a un especial estatuto jurídico. c.- La función notarial tiene una naturaleza extrajudicial, circunstancia, la citada, que provoca que el Notario no pueda intervenir cuando se produce una contienda judicial entre las partes. La figura del «escribano» persiste hasta el siglo XIX, cuando se promulga la Ley del Notariado de 1862, normativa considerada punto de partida del Notariado moderno (*Vid.* al efecto, a ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> J., 1987, en la op. Cit. La fe pública en España).



1.216 del Código Civil, a su vez, establece que son documentos públicos los autorizados por Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley.

El Código Civil divide, así, en dos grupos, los documentos públicos: a) los autorizados por Notario, y b), los autorizados por empleados públicos competentes; siguiendo, de esta manera, la terminología de la época en que fue promulgado (empleado público, resulta aquel funcionario público a sueldo del Estado, Provincia, etc.).<sup>17</sup>

La «fe pública» podrá clasificarse, por lo tanto, en dos grupos, según las facultades y atribuciones que le son concedidas al funcionario que la ejerce.

- En un primer grupo, se incluiría la «fe pública» que corresponde a todo empleado o funcionario público, por el solo hecho de serlo. El Estado concede a éstos una suerte de «fe pública general» en cuantas declaraciones hicieren, siempre que los actos o manifestaciones que certifiquen se refieran al régimen exclusivo de la dependencia respectiva, o que los testimonios y copias que autoricen lo sean de originales custodiados en oficinas a cargo del funcionario fedatario y por razón de su oficio. Las certificaciones y declaraciones tienen la denominación común de documentos públicos, porque se hallan

---

<sup>17</sup> *Vid.* DOLADO ESTEBAN, J. J. (2011), *op. cit.*



protegidos por la «fe pública», a diferencia de los documentos privados, que carecen de ella.

- En un segundo grupo, se incluiría, por su parte, la «fe pública» especial, que de manera expresa y concreta concede la ley a determinados funcionarios, llamados por tal causa «fedatarios públicos.»

La referida «fe pública especial», a cargo del fedatario público, puede ser ejercida, también, por otros funcionarios distintos de los Notarios. Así, se puede hablar de la «fe pública» judicial, a cargo de los Letrados de la Administración de Justicia; mercantil, que ejercen los Agentes de Cambio y Bolsa; la eclesiástica, atribuida a los Párrocos y autoridades canónicas; la Consular, desempeñada por los Cónsules y Vicecónsules; la administrativa, atribuida a los secretarios de Ayuntamiento (Habilitados Nacionales); o la «fe pública» militar que corresponde a los Interventores Militares.

Como notas diferenciadoras procederá, en efecto, destacar las siguientes, siguiendo en su metodología a J. J. DOLADO ESTEBAN, en la op. cit. (2011):

a.- Los funcionarios del primer grupo solo dan fe de hechos nacidos en el régimen exclusivo del Centro o dependencia donde ejercen sus funciones, y que conocen por razón de su destino. Los del segundo grupo, no solo acreditan la verdad de un hecho, sino de todo acto, contrato o declaración de voluntad manifestada ante su presencia, dentro del ámbito territorial que tienen asignado.



b.- Los funcionarios del primer grupo, puede decirse, forman parte del acto que certifican (Juntas técnicas, consultivas, etc.), o tienen bajo su custodia la «cosa» de cuya verdad acreditan (libros, actas, expedientes, documentos, archivos, etc.). Los del segundo, autorizan la verdad del acto sin formar parte del mismo, o la realidad de la cosa sin tenerla en su poder.

c.- Los funcionarios del primer grupo, aseguran, declaran o «certifican», como actores; mientras que los del segundo autorizan, testimonian o «dan fe», como una suerte de testigos excepcionales.

d.- Los funcionarios del primer grupo, acreditan algo que es parte de su función gestora, administrativa o registral; mientras que los del segundo grupo quedan totalmente al margen de lo que atestiguan, usando las fórmulas: «ante mí» y «doy fe.» Por ello, la fórmula «doy fe» solamente puede ser usada por los funcionarios públicos que tienen a su cargo el ejercicio de la «fe pública», en cualquiera de sus formas. El resto, cuando ha de acreditar la verdad de un acto o la realidad de una cosa, utiliza el término «certifico.»

#### **IV.- Historia**

La «fe pública» nació en la lejana Edad Media como una necesidad de los mercaderes medievales de dar seguridad a sus transacciones mercantiles y promover, con ello, un próspero desarrollo comercial basado en la confianza. Surgió así el concepto de la fe pública notarial y, consecuencia, proliferaron por toda Europa las «Escuelas de Notarios», cuyos aspirantes



debían ser expertos en el arte de la escribanía, es decir, en contratos, últimas voluntades y legalización de otros instrumentos públicos.<sup>18</sup>

Puesto que la escritura requería, inicialmente, de conocimientos «técnicos», ello dio lugar al nacimiento de unos profesionales: los escribas o escribanos, que recogían los negocios y actos de trascendencia jurídica, con una función esencialmente documentadora.

El último paso en desarrollo de esta función supuso una atribución legal de «eficacia» específica a estos documentos.<sup>19</sup> La certidumbre, por efecto, que el documento escrito aportaba a la seguridad jurídica dio lugar a que el Estado, una vez reconocida y asumida la titularidad de la «fe pública» dentro de sus competencias, habilitara a determinados profesionales para la redacción de documentos escritos con el fin de atribuir una especial eficacia a los mismos y para garantizar la conservación de aquellos, en original o mediante copia.

Así se va construyendo el concepto jurídico de «documento público» que permitirá dotar al documento

---

<sup>18</sup> LAGARÓN COMBA, M. (2002), La "fe pública". La presunción de veracidad como instrumento al servicio de la función fiscalizadora. Revista Auditoría Pública, núm. 27, (septiembre de 2002)

<sup>19</sup> DOLADO ESTEBAN, J. J. (2011), op. cit.



escrito, de la especial eficacia que lo convierte en «documento público.»

El elemento que definirá al escribano será la función «autenticadora» con lo que el documento que redacta adquiere el carácter de «documento público.»

El siglo que marcará el tránsito de simple *scriptor*, o mero experto en la redacción de documentos a ruego de otros, a escribano depositario de la «fe pública», será el siglo XIII.

El resurgimiento del comercio en el Mediterráneo y, después, en el resto de Europa durante la Baja Edad Media revitaliza su figura y su papel dentro del tráfico jurídico. Con anterioridad y aunque ya existente esta figura, había quedado relegada por la recesión económica durante la época del alto Medievo. Jaime I crea en Aragón los Colegios notariales y en Castilla, aunque aparece el Fuero de Soria otorgado por Alfonso VIII, entre 1.170 y 1.214, el texto jurídico más antiguo en el que se menciona a los escribanos es Alfonso X y su labor legislativa, con en el Fuero Real (1.255), el Espéculo y las Siete Partidas, donde se constata el punto de inflexión de la regulación sobre esta materia.

Mediante la Pragmática de Alcalá (1.503), Isabel I da carta de naturaleza a la figura del escribano público, crea el protocolo notarial, precisa la noción de escrituras matrices y regula la expedición de copias.

En el Fuero Real, que dedica el título VIII del libro I a tal figura, se establecen los oficios de escribanos públicos en las ciudades o villas mayores con una clara justificación: «*porque los pleitos que son determinados*



*por los alcaldes, o las vendidas o las compras... o las deudas... que non vengan en dubda, e porque no nazca contienda...». ...cómo los escribanos públicos deben tener en sí las notas de lo que ante ellos pasa (archivo de notas, precedente del protocolo), cómo el escribano es obligado de dar carta y en qué manera la debe signar; y dar a la parte, cómo el escribano que sucede en lugar de otro puede *facer*, e sacar de la nota del otro, lo que pasó por el otro (sucesión en la custodia de los archivos de notas), cómo ningún escribano debe poner en la carta sino lo que ante él pasó, cómo el escribano es tenido de dar la carta al que la debe haber (derecho a copia), y cómo el escribano debe conocer a los que ante él otorgaron alguna cosa (precedente de la actual «fe de conocimiento»).*

El Espéculo (Espejo del Derecho o Libro del Fuero), redactado pocos años después, en 1.260, tiene una ordenación completa de la institución notarial y de la Cancillería Real, con insistente referencia al instrumento público.

El Libro de las leyes, es la reelaboración del Libro anterior, realizada entre los años de 1.270 y 1.280, que en tiempos de Fernando IV, se completará denominándose las «Siete Partidas.» Aquél, contiene una ordenación notarial exhaustiva, como un Tratado del *Ars Notariae* en el título «De los scrivanos e quantas maneras son dellos» y «De los scriptores.»

Las Partidas no obtuvieron vigencia legal, como primordial fuente supletoria, hasta 1.348, en el Ordenamiento de Alcalá de Alfonso XI. El texto, contiene



frecuentes alusiones al escribano y a su función, ofreciendo en el título XIX de la Partida III, una regulación de las formalidades documentales hasta el régimen retributivo y de responsabilidad de los escribanos, distinguiendo entre escribanos de la Corte del Rey (leyes VII y VIII, título IX, Partida segunda), o bien simplemente «Escribanos» (con las funciones que hoy tienen los secretarios judiciales y los Notarios) (título XIX, Partida tercera). El sistema documental de las Partidas subsiste hasta la ley del notariado y la publicación del Código civil, sistema sólo modificado – parcialmente- mediante la Pragmática de Alcalá antes referenciada.

El reinado de los Reyes Católicos marcará otro hito desde el punto de vista legislativo, tanto desde un punto de vista recopilador como innovador. Las Ordenanzas Reales de Castilla, en efecto, de Alonso Díaz Montalvo, recogen Ordenamientos de Cortes, Provisiones y Ordenanzas reales desde la época de Alfonso XI, siendo la Pragmática de 1.503, una obra que aprobará las Ordenanzas de los Escribanos Públicos, que regularán el oficio durante la Edad Moderna, suponiendo el nacimiento del protocolo notarial tal y como es en la actualidad. A partir del momento, toda la legislación que afecte a los escribanos, Las Partidas, La Pragmática o «La Instrucción para escribanos numerarios y reales», del año 1.750, regulará todos los requisitos que eran precisos para llegar a ejercer el oficio, recopilando esta última el conjunto de disposiciones hasta ese momento dispersas.

Junto a los «notarios episcopales», o clérigos que intervenían en asuntos eclesiásticos, existían, según las Partidas (Partida III, título 19, ley 1ª), dos clases de



escribanos: los que actuaban en la Casa del Rey, redactando los documentos de la Cancillería regia y los «escribanos públicos», de nombramiento real.<sup>20</sup>

Siguiendo a A. RAQUEJO ALONSO (1992)<sup>21</sup> se constatan muchas clases de escribanos, tanto en el orden civil, como en el militar. Distingue, al igual que M.<sup>a</sup> J. ÁLVAREZ COCA, en el primero, a los escribanos públicos propiamente dichos (notarios), pertenecientes a la Cancillería regia; los «escribanos del Rey» adscritos a dicha Cancillería bajo la dirección del Chanciller, que tenían por función la redacción de privilegios, cartas, ...etc., emanadas de la referida Cancillería; los «Escribanos de los Consejos», de las Audiencias, Municipios, Casas de Contratación, Consulados, cuya misión, señala el autor ante citado, era la redacción de acuerdos, sentencias y resoluciones dictadas por dichos organismos y las actas conteniendo sus deliberaciones, dando fe de su autenticidad y extendiendo las copias, testimonios y certificados que pedían las partes interesadas. ÁLVAREZ COCA, M.<sup>a</sup> J. (1987)<sup>22</sup> distingue, finalmente, otras clases de escribanos civiles, según adscripción a un organismo (Escrivano de cámara, del Crimen, de Provincia, etc.). Los escribanos públicos, según las Partidas, eran los que redactaban, en las ciudades, villas y lugares, las cartas

---

<sup>20</sup> DOLADO ESTEBAN, J. J. (2011). Notaría militar... ob. Cit.

<sup>21</sup> Historia de la Administración y Fiscalización Económica de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa.

<sup>22</sup> La fe pública en España.



de venta, compra y los pleitos y posturas «que los hombres ponían entre sí», denominándose también escribanos «de número», por cuanto fueron creciendo de una forma desmesurada, especialmente en momentos de crisis, en que los reyes no dudaban en otorgar estos oficios como mercedes para atraer nuevos partidarios.

Hacia finales del siglo XIV y principios del XV, aquellas ciudades que no tenían este privilegio fueron obteniendo de los reyes concesiones para limitar el número de escribanos, de ahí el nombre de «escribanos de número».

Los escribanos del Rey (o del Reyno) eran, al igual que los anteriores, de nombramiento real, con la salvedad respecto de aquellos, de que no estaban adscritos a una ciudad pudiendo ejercer su función en cualquier punto del reino, con la única exclusión del lugar en que hubiere un escribano de número, en cuyo caso su labor se reducía a actos muy determinados: <sup>23</sup> «*los escribanos reales, en las ciudades, villas y lugares donde hubiere escribano o escribanos públicos del número, no pueden actuar, ni ante ellos otorgarse escrituras, contratos, obligaciones ni testamentos, pena de privación de oficio y veinte mil maravedís, y los instrumentos otorgados ante ellos no hagan fe*».

Los «escribanos de Concejo», ejercían su cometido de manera temporal, independiente de las escribanías de número. En un documento del año 1.745,

---

<sup>23</sup> Vid. DOLADO ESTEBAN, J. J. (2011). Notaría militar... op. cit.



el ayuntamiento de Zamora explica el funcionamiento de este oficio: <sup>24</sup>

*«Y en quanto a las dos escribanías de Ayuntamiento, estas pertenecen a la ciudad a quien por el señor don Carlos Segundo, Rey que fue de España y la Señora Reyna Doña Mariana de Austria, su madre, como su tutora y curadora destos reynos (que están en gloria), se despachó real zédula, su fecha en Aranjuez en primero de Maio del año mil seiscientos y setenta y quatro, por la que se le dio facultad para poder nombrar personas que siendo escribanos probados usen y ejerzan los dos oficios de Ayuntamiento, removerlos o quitarlos, con causa o sin ellas, todas las veces que quisiere, y poder nombrar otras en su lugar para que aquellas las usen y ejerzan. En la esfera militar y en el Ejército de tierra destaca el Escribano de Ración, encargado de abonar los sueldos de la gente de armas, tomando razón en sus Libros tanto de las pagas que se abonaban, como lo que devengaban cada mes los Capitanes y Oficiales. Esta figura está ya regulada por la ordenanza de 15 de noviembre de 1.369, dada por Pedro IV de Aragón, y por la Instrucción, para el ejército de Italia, dada por Carlos I, el 15 de noviembre de 1536,*

---

<sup>24</sup> Archivo Histórico. Provincial de Zamora. Sección municipal, 19, núm. 122.



*en la que se establecía que el referido Escribano debía tomar razón de dicha gente y del sueldo de cada hombre, fuera soldado u oficial y que, por libranza del Capitán General, de la que ha de tomar razón el Contador de sueldos, sean enviadas las cantidades necesarias para esas atenciones y pagadas en presencia del Veedor»*

La importancia del oficio la resalta el Monarca Felipe II, en la Instrucción dada en Bruselas el 19 de abril de 1.559, señalando:

«El oficio de escribano de Ración, es de tanta calidad que por su orden y libranzas se distribuyen y pagan todos los gastos del Reino y porque de su buena o mala administración depende, en gran parte, el beneficio de nuestra hacienda...»

El «escribano de Ración», era un oficio que existió también en la Marina, regulado por las Instrucciones del Duque de Medina Sidonia de 20 y 29 de abril de 1.590, respectivamente.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Vid. DOLADO ESTEBAN, J. J. (2011). Notaría militar... en la op. cit., en que señala que además del escribano de Ración, en la Marina cabe reseñar la existencia de otros escribanos como el «de Mesa», que no embarcaba, y que era encargado del alistamiento del personal de las embarcaciones que iban a zarpar. Otros llamados «de Mar», que aparecieron en el siglo XVIII, y los denominados de «Navío, bajeles o galeras», cuyo cometido era, en un inicio, el cuidado de la economía, conservación y buena administración de los pertrechos, municiones y bastimentos que se suministran a los reales bajeles. Los «escribanos de Galera», con su Capitán y



---

Comités, después de haber partido a la mar, debían, cada mes, hacer revista de todos los alistados de su galera respectiva, y de haber en la Armada escribano Real, la revista de mes a mes se ejecutará por el mismo (*vid.* la Ordenanza de fecha 10 de mayo de 1.359). El cometido del escribano que iba a la Armada con el Almirante o Capitán General era el de efectuar requerimientos, protestas, escrituras, inventarios y otros instrumentos y pagos ordenados por los primeros. Las visitas de estos a las naves habían de hacerse en presencia del escribano, trayéndolas firmadas de sus nombres, para entregarlas en la Casa de la Contratación. En 1.717, se confirma la obligación de los capitanes de embarcar en cada nave un Escribano para «dar fe» de lo que, en sus respectivas naves, sucediera (así, encuentros, batallas, defunciones, pérdidas, naufragios) y autorizaban las cuentas de cada individuo particular y las generales del buque. En el reparto de presas, se le asignaba, además de su parte correspondiente, los documentos públicos y privados que encontrare en las naves apresadas. En las Ordenanzas de 16 de junio de 1.717, se relacionan las funciones de los escribanos: «Llevar tres libros para anotar el inventario del bajel, los nombres de todos los que componen la dotación del mismo y todos los bastimentos, dietas y medicinas que se suministraren durante el viaje; daban cuenta al Intendente de los géneros de bastimento estropeados y presenciaban su arrojado al mar, si así lo ordenaran, extendiendo certificación de ello, para la data del Maestre que los tuviera a su cargo; confrontaban cada tres meses la revista con su libro y asistían a las mismas para dar razón a los ministros de cuanto desearan saber; presenciaban el desarme de los bajeles en sus invernadas; tomando razón de los pertrechos, armas y municiones y demás géneros que desembarcaren en tierra para su ingreso en los almacenes.» Los escribanos de bajeles, además de llevar los tres libros ante citados, para anotar todo cuanto a bordo se ejecutare, tomaban cuenta y razón de lo



La segunda figura jurídica relevante que acomete la función de fedatario público (en la milicia), era la del «Contador», siendo igualmente, durante siglos, elemento sustancial de la Administración económica castrense, y antecedente, a su vez, de la del «Comisario.» Si bien es cierto que esta figura del

---

perteneciente al bajel. A partir del año de 1.743, los «escribanos de navío» dejaron de desempeñar funciones administrativas, económicas y de control de buques, quedando su función limitada a la de fedatario no embarcado de todos los asuntos de la Marina ocurridos bajo su jurisdicción, de acuerdo con las Instrucciones de Fernando VI de 1.751. En lo referente a los escribanos de Naves Mercantiles, este oficio se nombra ya en el Libro del Consulado del Mar (1260 - 1270), siendo la Ordenanza de fecha 07 de septiembre de 1.258, la que especificaba las condiciones exigidas para ejercerlo. Pedro IV de Aragón, dictó, a su vez, algunos Capítulos en referencia a esta figura en 1.340, siendo la Colección de leyes Náuticas- mercantiles para los puertos y costas de la Corona de Castilla-León, del año 1266, extraídas del Código de las Siete Partidas, donde se especifican, aún más, las condiciones que regulaban esta función, siendo su primordial cometido el ser fedatarios de cuantos hechos ocurrieran en la navegación, que tenían obligación de anotar en su cuaderno, al que se le daba gran fuerza probatoria, sobre todas las cosas escritas en él, «que debe ser creído como carta que fuese hecha de mano de Escribano público» llegando, en 1.435, a ser obligatoria su presencia en los bajeles de 1.500 quintales arriba, bajo sanción de no poder ser navegadas ni patronadas. En el año 1550, se regulan nuevamente los requisitos exigidos para el ejercicio de esta escribanía, siendo, entre otros, uno de sus cometidos más relevantes, el de «dar fe» de los testamentos otorgados por los enfermos y moribundos.



«Contador» deriva de la del «Mayordomo», con el que siempre se hallaba muy vinculado, teniendo reservadas funciones distintas a las del escribano, lo cierto es que en la esfera militar se trataba de una figura íntimamente ligada y precursora de la del Comisario, en que se desdoblán, de una parte, funciones administrativas, y de fedatario, con connotaciones, similitudes y analogías con la «fe pública» en el ámbito y proyección de las Fuerzas armadas. Es una figura jurídica, la del «Contador», silenciada en las Partidas, cuya presencia queda constatada, sin embargo, en los tiempos de Pedro I (1.350 -1.369), teniendo por sus principales funciones las de «asentar en sus libros los albalaes, privilegios, mercedes, cartas y cédulas reales, y expedir libramientos a los funcionarios civiles, así como a la tropa y marinería, por las cantidades que debieran percibir, pues eran ellos los que ordenaban los pagos». El caso, en fin, más común, era el del Contador de Hacienda, encargado, como empleado de Hacienda, de fiscalizar las operaciones de los que recogen las contribuciones y tributos a fin de que ejecuten con las formalidades señaladas y evitando que se inviertan en otros fines diferentes.

## **V.- Soberanía**

Hoy, bajo principio de seguridad jurídica garantizado en la Constitución Española (ex artículo 9.3), la «fe pública» es un elemento concebido como la delegación que el Estado soberano otorga, también, a determinados funcionarios y empleados públicos para «dar testimonio» o atestiguar, por escrito, de ciertos



actos.<sup>26</sup> De tal modo se pretende dar confianza a quienes la requieran, pues es la propia sociedad quien pone en manos del otorgado, *ex lege*, con esta facultad, su fiabilidad colectiva. No obstante, «fe pública» también significará asegurar algo que se ha visto sin necesidad de que sea probado. Por tal razón, es conveniente diferenciar aquella que está referida al ámbito «notarial», de la que es de uso común en otras actividades. Cabe hablar, entonces, y siguiendo de nuevo a LAGARÓN COMBA, M. (2002), en la op. cit., de fe pública en un sentido general y, a partir de ella, tanto de la notarial como de la administrativa. De ésta última, emanarán, a su vez, otras como la judicial, la registral o la legislativa. Todas ellas resultarán de una constante utilización en nuestro Estado de Derecho por gran número de profesionales, ya que formará parte esencial del desempeño de su función.

## VI.- Derecho

En un sentido jurídico, la «fe pública» es la autoridad legítima atribuida a determinadas personas para que los documentos (públicos) que autoricen en debida forma, resulten considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido por verdadero, mientras no se haga prueba en contrario. Consiste, así, en atestiguar solemnemente respecto de algo acontecido, lo que confiere a este acto una función que GIMÉNEZ-ARNAU, E. (1976) califica como «activa», mientras que,

---

<sup>26</sup> LAGARÓN COMBA, M. (2002), La "fe pública". La presunción de veracidad como instrumento al servicio de la función fiscalizadora. Revista Auditoría Pública, núm. 27, (septiembre de 2002)



en sentido gramatical, significa otorgar «crédito» a lo que otra persona manifiesta; luego en este caso supone una función «pasiva.»

No se trata, por consecuencia, de creer en lo que no se ve, sino de una necesidad de rango o carácter jurídico que obliga a estimar como auténticos e indiscutibles los hechos o actos sometidos al amparo de la ley. Ello puede realizarse de forma «originaria» o de forma «derivada», es decir, cuando el otorgado da fe de lo que él percibe o bien, sencillamente, lo hace respecto de hechos o documentos dados a conocer o aportados por terceras personas. Ya sea de una forma originaria o derivada, la fe pública notarial tiene como finalidad evitar cuestiones litigiosas, de modo que no surjan dudas, o dificultades, en la interpretación de cualquier negocio jurídico. De este modo, las cuestiones sobre la incertidumbre del hecho quedan eliminadas al dotarse al documento, otorgado por el fedatario público, de suficiente fuerza probatoria que permita rechazar, sin riesgo, cualquier duda sobre su autenticidad. Para dar cumplimiento a sus funciones, el Notario ha de dar forma legal, por tanto, a la voluntad de las partes, redactando y confiriendo autenticidad a los documentos necesarios para dicho fin, así como custodiar los originales y expedir las copias que «den fe» del contenido de aquellos.

La fe pública administrativa, por su parte, es una función que se atribuye a determinados funcionarios que sirven a las Administraciones Públicas en el ámbito de sus respectivas competencias. Tiene, así, por objeto, dar notoriedad y «valor» de hechos auténticos a los actos realizados por tales Administraciones.



Esta función, se ejerce a través de «documentos públicos» expedidos por funcionarios que llevan a cabo tareas de gestión administrativa. Dentro de ésta, y debido a su distinta naturaleza, cabe destacar las siguientes modalidades: fe pública judicial que, siguiendo de nuevo a M. LAGARÓN COMBA (2002), refiere a la que corresponde a los Secretarios Judiciales, Cuerpo Letrado de la Administración de Justicia que, con carácter de autoridad pública da fe de las actuaciones procesales que se realicen en un Tribunal o ante éste, así como de la expedición de copias certificadas y testimonios de las actuaciones no secretas ni reservadas a las partes interesadas.<sup>27</sup>

De este modo, dan fe por sí o mediante registro de la recepción de escritos y documentos recibidos, al tiempo que dejan constancia de la realización de actos procesales. Es más, el secretario Judicial es el único funcionario competente para «dar fe», con plenitud de efectos, de las actuaciones judiciales en juzgados y Tribunales.

La fe pública registral, quizá resulte la «fe pública» por antonomasia. De acuerdo con el Derecho civil, refiere a la presunción de legalidad de que gozan los hechos inscritos en el Registro de la Propiedad. Por su parte, atiende a uno de los principios que rigen la institución del Registro Mercantil y por la que la declaración de inexactitud o nulidad de los asientos de dicho Registro no podrá perjudicar a los derechos de quienes, de buena fe, adquieran a título oneroso un bien

---

<sup>27</sup> LAGARÓN COMBA, M. (2002), op. cit.



de alguien que aparezca registrado con capacidad para transmitirlo y que tal bien haya sido adquirido conforme Derecho.

Fe pública legislativa, es la que se atribuye a los secretarios de las Cámaras Legislativas, Parlamentos o Asambleas Generales, Comisiones, etc., y que tiene por objeto aquellos actos o hechos derivados de la actividad propia de dichos órganos.

Otro caso reseñable de la fe pública administrativa, es el que refiere a los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia de tráfico y cuyas denuncias «harán fe», a salvo de prueba en contrario, respecto de los hechos denunciados, sin perjuicio del deber de aquellos de aportar todos los elementos probatorios que sean posibles sobre tales hechos; muestra palpable del otorgamiento que el Estado –soberano- hace a determinados funcionarios públicos, algunos de ellos revestidos con rango de «autoridad pública», para «hacer fe», o testimonio, de ciertos actos comprobados. Las actas, por su parte, levantadas en el ejercicio de la alta inspección, pueden incluirse entre las denominadas «actas de presencia», que el antiguo y derogado Reglamento Notarial definía diciendo que, mediante ellas, se acredita la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización.<sup>28</sup> Estos documentos

---

<sup>28</sup> MANTECA VALDELANDE, V. (2008) Aspectos documentales de las actas y certificados en la Administración Pública. Concepto. Actualidad Administrativa, n.º 1, Sección Práctica Profesional, Quincena del 1 al 15 de enero de 2008, p. 87, tomo 1, Editorial LA LEY 1726/2007.



públicos constituyen antecedente imprescindible para que la alta inspección se entienda como correctamente realizada, aunque el contenido del acta no necesariamente tiene garantizada su autenticidad y el órgano que debe adoptar la resolución o decisión definitiva no se halla vinculado estrictamente por dicho contenido, dado que, frente al citado ejercicio de la potestad de inspección, los inspeccionados también disponen de un cuadro de garantías que sirven de compensación a esta potestad.

El contenido de estas actas sirve, frecuentemente, para que el órgano competente para resolver pueda adoptar medidas cautelares sin perjuicio de que la Resolución final sea en un sentido o en otro.

De tal manera podría decirse que los inspectores, o agentes de la Administración Pública competente, cuando comprueben actos que pudieran ser constitutivos de infracción, extenderán acta con expresión de los hechos y circunstancias relativas a la presunta infracción. De dicho acta deberá entregarse copia al presunto infractor en el momento de su extensión, si ello fuera posible y, en todo caso, al notificarse la incoación de procedimiento, a efectos de posible descargo, en su caso.

Con carácter general, siguiendo a V. MANTECA VALDELANDE (2008), cabrá definir estas actas como documentos en los que se recogen determinados hechos, acuerdos o manifestaciones con el fin de obtener, por ese procedimiento (administrativo), la prueba de los mismos.



El Derecho Civil, quepa oportuno recordarlo, denomina «hacer fe» a que un documento es, por sí mismo, suficiente para garantizar la verdad de lo que dice o contiene.

La función de otorgar fe pública administrativa, lo ha sido en una doble condición, por lo tanto: la orgánica –al ser otorgada por funcionarios o empleados públicos– y la funcional, al tratarse de una potestad que supone constatar como «verdad» determinados hechos, con el fin de obtener, por ese procedimiento, la prueba pública de los mismos.

En definitiva, la fe pública es la función pública que constata la legalidad y validez de determinados hechos y circunstancias *erga omnes* y, actualmente, son funcionarios públicos los que están otorgando fe pública y certificando con un determinado valor probatorio –el del «documento público»-<sup>29</sup> determinadas

---

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (1999), en *El interés público de la seguridad jurídica virtual...* pp. 222 y sig., tratando de la función de otorgar fe pública como una función tradicionalmente administrativa, sin embargo, matiza, que de todos es sabido, sin embargo (y por parte de un importante sector de la doctrina administrativista se ha advertido extensamente sobre ello \*), que en la práctica habitual de nuestra Administración muchas de estas funciones son llevadas a cabo –indistintamente– por funcionarios o por empleados públicos vinculados laboralmente a la Administración y no por el cauce estatutario. Sin embargo, en la articulación administrativa de la garantía del principio de seguridad jurídica a través del otorgamiento de fe pública, tradicionalmente nuestra Administración ha sido purista,



circunstancias –ex artículos 1.216 y 1.227 del Código Civil-.<sup>30</sup> Los particulares no funcionarios no pueden, así, por el contrario, en ningún caso, otorgar, como es lógico, «fe pública»: los privados únicamente pueden certificar, privadamente, determinadas circunstancias en ámbito de sus operaciones, con el más reducido valor probatorio del documento privado.

## VII.- Fundamento

En el tráfico social, no basta muchas veces la existencia de un hecho, relación o conducta para tenerlos como ciertos, sino que, en numerosas

---

atribuyendo esta función, prácticamente con exclusividad, a funcionarios. La autoridad, o potestad que, en efecto, otorga carácter público a la función de «fe pública», consiste en dar valor probatorio –presunción de verdad- y valor formal al documento público.

\*PARÁDA VÁZQUEZ, R., en Derecho Administrativo, Tomo II: Organización y empleo público (Madrid, 1998) considera que como la delimitación de los puestos de trabajo que corresponden a funcionarios o a personal laboral no es materia de rango básico, habrá que estar en la CC.AA. a lo que digan las diversas leyes, que pueden no resultar coincidentes, ni entre sí, ni con los criterios de la Administración General del Estado, ni con la LRBRL. Asimismo, DEL SAZ, S. en la op. Contrato laboral y función pública, Madrid, 1995.

<sup>30</sup> Conforme el artículo 1227 del Código Civil, la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio.



ocasiones, es necesario, en razón a la seguridad jurídica y el interés general, que el Estado, como se ha introducido, en efecto, intervenga, conforme a las leyes y a la competencia que éstas le otorguen, «asegurando» y/o «acreditando» la certeza de aquellos.

Dentro de un sentido eminentemente práctico, doy por deducida una necesaria, a mi entender, concisa base teórica sobre la casuística de este extremo: esta función de «aseguramiento», por fuerza, sólo puede radicar en el Estado soberano y en quienes éste otorgue, conforme a las leyes, en todo caso dicha facultad. De otra manera, y de tratarse, por el contrario, de una facultad distribuida indiscriminadamente, la seguridad jurídica y el interés general precitados, cabe recalcar de inicio, no quedarían a salvo.

M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1994),<sup>31</sup> así en efecto, y al exponer las relaciones entre la fe pública y la seguridad jurídica, define aquella como: «la institución de Derecho público que atribuye a determinadas personas, con exclusión de las demás, la cualidad de la veracidad en todo aquello que afirman o atestiguan (fe pública subjetiva) o que da primacía de

---

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (1994), La fe pública como valor constitucional. En Consejo General del Notariado, La fe pública, Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994. Madrid, pp. 17-30, *vid.*, especialmente, p. 17, donde emula lo dicho por GUTIÉRREZ DEL SOLAR, E. (1982) en la op. cit. La fe Pública Extra-notarial. Revista de Derecho Privado.



verosimilitud a lo que declara una norma (fe pública objetiva), frente a lo que afirman o atestiguan particulares.» M.<sup>a</sup> P. ROJAS MARTÍNEZ DEL MORAL (2003),<sup>32</sup> por otra parte, en su estudio sobre el ejercicio privado de la fe pública notarial la presenta como la «presunción de veracidad o autenticidad con relación a los hechos y actos en los que interviene una persona a quien la ley reconoce con la facultad de dar testimonio público de los mismos, siempre y cuando su intervención se realice con las solemnidades formales requeridas por la Ley.» PAZ TABOADA, M. (2006),<sup>33</sup> en fin, define fe pública como aquella institución de Derecho público por la que se crea una presunción de certeza y autenticidad sobre los hechos y actos reflejados en documentos expedidos por una persona a la que la ley atribuye dicha facultad.

El ejercicio de la fe pública produce, así, un efecto fundamental: que los hechos y actos sobre los que se extiende la declaración del fedatario puedan ser tenidos por ciertos e indubitados sin más, sólo por ser resultado del ejercicio de la fe pública, cuya finalidad es:

---

<sup>32</sup> *Vid.* ROJAS MARTÍNEZ DEL MORAL, M<sup>a</sup> P. (2003) Ejercicio privado de la fe pública notarial. Examen jurídico administrativo. Marcial Pons, Barcelona, p. 92

<sup>33</sup> PAZ TABOADA, M. (2006), La función de fe pública en las Corporaciones locales, su finalidad y alcance. Sus manifestaciones, en especial, actas, certificados y copias auténticas. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados núm. 3, pp. 402 – 417 (15 de febrero de 2006) *vid.*, especialmente, p. 402



«documentar a las relaciones jurídicas de certeza y estabilidad, de autenticidad e indiscutibilidad.»<sup>34</sup>

La esencia de esta función exige que lo que se declara sea cierto; en palabras de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (1994), en la op. cit., *vid.* p.18, «el valor jurídico de certeza que implica la fe pública presupone la correspondencia de la realidad y de lo reflejado, pero, al mismo tiempo, impone esa correspondencia, como certeza tutelada por el Derecho.» Es decir, que la norma garantiza que lo que se afirma, en ejercicio de la «fe pública», es cierto, y exige del fedatario público esa certeza.

No resulta fácil ofrecer plena seguridad a un tercero, en efecto, sobre algo que, en principio, le es desconocido.<sup>35</sup> Por ello, un adecuado ejercicio de la fe pública exige atenerse a unos requisitos formales y de fondo: en primer lugar, siguiendo a PAZ TABOADA, M. (2006), debe delimitarse aquello que va a ser objeto de declaración, algo que puede demandar no poca tarea de análisis; y después, plasmar la declaración en un documento y, según lo que se diga y cómo se afirme, la interpretación que se dé a la declaración puede ser variada. Claridad y precisión son, por consecuencia, y como dice el citado autor, notas que deben estar presentes en todo momento.

---

<sup>34</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (1994) op. cit., p. 18

<sup>35</sup> PAZ TABOADA, M. (2006) op. cit., La función de fe pública en las Corporaciones locales...



Enumera M. PAZ TABOADA las notas básicas que dan perfil reconocible a la fe pública: 1) se trata de una función pública y, como tal, está regulada por el Derecho público; 2) por su naturaleza y finalidad está íntimamente ligada con la «seguridad jurídica», dado que es una de las instituciones creadas por el Derecho para poder darle cuerpo; 3) crea una presunción de veracidad y certeza sobre los hechos a los que se extiende; y 4) implica una actividad por parte del fedatario que concluye en una declaración de conocimiento sobre determinados hechos, que aquél plasma en unos documentos públicos.<sup>36</sup>

La «fe pública» existe porque así lo exige la seguridad jurídica, que es un valor garantizado ex artículo 9.3 de la Constitución de 1978, en definitiva. La necesidad, por consecuencia, de construir una base sólida sobre la que desarrollar relaciones jurídicas y sociales, hace imprescindible que se articulen técnicas jurídicas que ofrezcan una base de certeza sobre determinados hechos o negocios. Sin ese núcleo de seguridad, la vida jurídica se vería sumida poco menos que en una suerte de caos.<sup>37</sup> La fe pública viene a dar seguridad al crear una presunción de certeza avalada por el Derecho que anuda a ella unas consecuencias jurídicas, lo que permite que las relaciones se

---

<sup>36</sup> PAREJO ALFONSO, L. (1994) Fe pública y Administración pública. En Consejo General del Notariado, La fe pública, Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994. Madrid, pp. 155 - 189

<sup>37</sup> PAZ TABOADA, M. (2006) op. cit.



desarrollen con fluidez. De esta manera, lo que se afirma con «fe pública» puede ser tenido por cierto e incuestionable. Y ésta es la base fundamental sobre la que se asienta la seguridad jurídica que la fe pública pretende garantizar.

El ejercicio de la «fe pública» quedará sujeto, por tanto, a principios que deberán ser tenidos en cuenta al actuar, a saber; y siguiendo de nuevo a M. PAZ TABOADA (2006):

- Independencia. La función de «fe pública», en efecto, se ejerce con total independencia por parte del fedatario que, en este concreto punto, no queda sujeto a instrucciones. Es, por lo tanto, plenamente «soberano» en su actuación, y responsable por ella en la misma medida.
- Autoría. El fedatario público es el autor del documento público y, como tal, responde de su contenido, de fidelidad de las manifestaciones que contiene, ya sean éstas propias o ajenas. De ahí que se pueda decir que los documentos son «autorizados» por el fedatario, pues autorizar deriva de *auctorem facere*, hacerse autor, y de la misma raíz procede, también, el término «otorgar.»<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1994), Fe pública y documento público. En Consejo General del Notariado, La fe pública, Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el



- Responsabilidad. De la «autoría» se desprende inevitablemente la responsabilidad del autor por el resultado de su proceder.<sup>39</sup> El fedatario queda sujeto a responsabilidad en el ejercicio de la fe pública, por lo que un uso inadecuado de aquella puede dar lugar a la exigencia de responsabilidades de diverso tipo, que tienen su remate en la de carácter penal.
- Objetividad o imparcialidad en el ejercicio de la función. La «fe pública» se limita a reflejar hechos o actos que son conocidos por el fedatario, sin que se puedan introducir juicios de valor u opiniones.
- Legalidad. El fedatario ejerce un «control» de legalidad sobre los actos que autoriza, lo que le exige realizar un previo examen de los requisitos del acto en que interviene, así como advertir sobre aquellas cuestiones que considere relevantes desde el punto de vista legal y que afecten a dicho acto.

La «fe pública», por su parte, muestra ciertas particularidades cuando se refiere al funcionamiento de

---

Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994. Madrid, pp. 191 – 218, *vid.*, en especial, p. 213

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (1994) La fe pública como valor constitucional. En Consejo General del Notariado, La fe pública, Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994. Madrid, pp. 17 – 30, *vid.*, en especial, p. 27



las Administraciones Públicas. Resumiendo en este punto la opinión de L. PAREJO ALFONSO (en la op. cit., 1994) que parte de una distinción entre actividad unilateral y bi- o multi-lateral de la Administración, y separa un ámbito propio de la fe pública en la actividad administrativa dirigido a dejar constancia fehaciente de hechos o actos, quepa hacer breve reseña de lo siguiente:

En cuanto a la actividad unilateral de la Administración, considera que, en este caso, la fe pública, como regla general, queda incorporada en el ejercicio de potestades y competencias de los órganos administrativos como uno de los elementos de la forma de los actos administrativos en que aquellos se traducen. La actividad administrativa formalizada, es resultado del ejercicio de un poder público sujeto al principio de legalidad que impone la observancia de la forma y, con ella, de la solemnidad ligada a la fe pública.<sup>40</sup>

Por lo que refiere a la actividad bi- o multi-lateral, PAREJO ALFONSO, L. (op. cit. p. 172), entiende que en este caso puede concurrir la fe pública ínsita en la actividad administrativa, con la fe pública notarial. Es el caso de la formalización en escritura pública de los contratos administrativos.

Para terminar, recuerda que, al margen de las exigencias formales de los actos administrativos, la fe

---

<sup>40</sup> PAREJO ALFONSO, L. (1994) Fe pública y Administración pública ..., *vid.* p. 171



pública opera para «hacer prueba, y proporcionar constancia y seguridad jurídica sobre hechos o actos.» Aquí se pretende hacer surgir una específica declaración de conocimiento para fijar hechos o actos ya producidos (PAREJO ALFONSO, L., op. cit. p. 182). En este caso la fe pública se concreta en actas, certificados y en la expedición de «copias auténticas.»

Para M. PAZ TABOADA (2006) son cosas distintas la compulsas y la copia auténtica, y en eso coincide con el criterio de A. PÉREZ LUQUE (2005).

Ambas, así, son el resultado de una operación material, el cotejo de documentos, la acción de comparar dos, un original y su copia para comprobar que ésta última se corresponde con aquél. Pero el resultado es distinto en uno y otro caso.

En efecto, en la copia auténtica interviene la fe pública por lo que esa copia es un documento público, una copia notarial, que equivale al original y puede presentarse con efectos probatorios plenos.

La compulsas, en cambio, es el resultado de una operación de cotejo que realiza un funcionario encargado de recibir documentos: no interviene aquí la fe pública, por lo que el documento no alcanzará el estado de documento público fehaciente que tiene el expedido por el fedatario.

La copia auténtica será un documento público expedido por un fedatario que tiene un valor probatorio



pleno sobre los hechos y/o actos que documente, equivalente, por lo tanto, al documento original.<sup>41</sup>

Las copias auténticas se expedirán a la vista de los documentos originales, por lo que donde falten éstos no se puede ejercer esa función.<sup>42</sup> La expedición de la copia auténtica puede hacerse por varias modalidades siguiendo, de nuevo, a PAZ TABOADA (2006): la más sencilla, extendiendo una diligencia en el documento, en su anverso o en su reverso, haciendo constar que: «es copia auténtica del original» que consta en las dependencias administrativas correspondientes, y fue exhibido al fedatario. Es aconsejable que esta diligencia haga mención, en la medida de lo posible, tal señala el autor citado, a petición de quien se expide el documento. La más compleja, mediante una transcripción literal del contenido del documento original, lo que será necesario solo cuando éste no admita una fotocopia debido a su estado de conservación, o cuando ésta no sea legible. La transcripción deberá ir precedida de la descripción del documento que haga el fedatario (sello de registro de entrada que exista, por ejemplo). Una intermedia, en la que la copia auténtica se expide acompañada de un

---

<sup>41</sup> JUAN CASERO, L. J. de. (1995) Unas breves notas sobre las denominadas compulsas. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, n.º 20, pp. 2.781 - 2.785; y VERA FERNÁNDEZ-SANZ, A. (1996), Notas más breves aún sobre las compulsas y otras acreditaciones de documentos. El Consultor..., n.º 4, pp. 512 - 514

<sup>42</sup> PAZ TABOADA, M. (2006) op. cit., La función de fe pública en las Corporaciones locales...



certificado en el que el fedatario público además de dejar constancia de la existencia de ese documento incorpora determinadas advertencias para dotarle del contexto que permita una adecuada interpretación al destinatario: por ejemplo, continúa el citado autor, que forma parte de un documento que lleva un determinado título y que está sin diligenciar. Consideraciones todas ellas que no pueden incluirse en la copia expedida.

La copia auténtica resultará, pues, un documento público revestido de un especial valor probatorio, pues el artículo 319 de la LEC dispone que los documentos enumerados en el artículo 317: «harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan».

Esta última finalidad, es la que motiva que la función de «fe pública» se singularice –para determinados casos- y para el ámbito de las Administraciones, atribuyéndola expresamente a un órgano administrativo.

Así sucede, en efecto, con la Secretaría de los órganos colegiados <sup>43</sup> y, de forma especial, con la fe pública administrativa en las Entidades Locales, atribuida a los secretarios de la Administración Local. <sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> JIMÉNEZ VACAS, J.J. (2022), El acto de certificación, análisis de la función certificante del secretario de los órganos colegiados de las Administraciones públicas, Editorial COLEX. p. 137

<sup>44</sup> PAZ TABOADA, M. (2006), op. Cit.



Es, este último caso, el que cuenta con mayor raigambre y más larga tradición, el que quizá presenta el supuesto más claro de «fe pública administrativa» y el que cuenta, asimismo, con mayor bagaje normativo.

En palabras de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1994), <sup>45</sup> la «fe pública» otorga al «documento público» expedido con ella «un valor probatorio absoluto, que no admite en contrario más prueba que la de la falsedad».

La intervención de fedatario público hace que el documento así expedido tenga valor de «documento público» en los términos a que refiere el artículo 317 de la LEC, que enumera, entre ellos, y a los efectos probatorios, los documentos expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que refiere al ejercicio de sus funciones.

### **VIII.- Elementos**

El concepto «certificar» que así nuestro idioma ofrece, hace referencia, en efecto, a instrumentos o documentos acreditativos de la «verdad» de un hecho, asegurándolo, en regla, o en debida forma, teniendo una aceptación derivativa como «documento» en que se asegura, afirma o da por cierta alguna cosa (el denominado «certificado.»)

---

<sup>45</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1994) Fe pública y documento público, p. 191 – 218, *vid.*, en concreto, p. 215



La certificación (el «certificado»), es un acto jurídico de conocimiento. El sujeto activo de ella, el fedatario, conoce algo y de ello da fe y esa fe produce el valor de verdad rotunda, no absoluta, pues, si se demuestra falsedad, puede ser anulada la «verdad» certificada.<sup>46</sup>

Al ser un acto de conocimiento, por supuesto con valoración jurídica, no puede haber valoraciones subjetivas o personales en una «certificación», sino aportación de datos objetivos que conoce el fedatario. Esto es muy importante, ya que la aportación de opiniones no es propia de la certificación, sino del informe, que es un acto de juicio, de ciencia,<sup>47</sup> en el que el informante finaliza «opinando» y diciendo lo que a su juicio debe ser o hacerse.

Un «certificado» es, por lo tanto, un documento en el que su autor refleja unos hechos que conoce. En esto, asimismo, se diferencia de las actas, pues éstas recogen hechos que el autor conoce porque los presencia, pero que no constan documentados; es más, el acta tiene por objeto precisamente documentarlos.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> *Vid.* al respecto, PÉREZ LUQUE, A. (2005) De algunas cuestiones de las notificaciones y certificaciones de los secretarios de Administración Local. El Consultor núm. 6 (30 marzo 2005, colaboraciones) pp. 949 y sig. apdo. ¿qué es una certificación?

<sup>47</sup> *Vid.* STS. de 08 de abril de 1983

<sup>48</sup> PAZ TABOADA, M. (2006), *op. cit.*



Los certificados, por el contrario, reflejarán hechos que el autor conoce porque están documentados, no por haberlos presenciado. Así, como manifestaciones de la «fe pública» que son, los certificados, por lo tanto, son documentos públicos que dejarán constancia fehaciente y veraz de los hechos a los que refieren.

Siguiendo a PAZ TABOADA (2006), los certificados tienen las siguientes notas características, y como se podrá observar, dimanantes de las de la «fe pública»:

1ª Objetividad. Como toda expresión de la «fe pública», los certificados deben ceñirse a una estricta objetividad.

Un certificado se limita, en efecto, a dejar constancia de unos hechos que son conocidos por quien lo expide. Son ajenos por ello, al certificado, los juicios de valor, las opiniones y cualquier otro elemento subjetivo que pueda existir. Se puede decir que un certificado es algo así como una fotografía: se «certifica» lo que hay, al igual que la realidad queda reflejada en la película fotográfica. El certificado fija unos hechos que constan en documentos sin poder introducir en él ningún juicio de valor. La necesidad de garantizar la objetividad puede exigir del fedatario aporte el contexto necesario para que el destinatario del certificado otorgue a la declaración que éste contiene el significado y/o el valor que le corresponden, sin dar lugar a ambigüedad, enemiga declarada de la seguridad jurídica. Es una labor difícil, en muchas ocasiones, que requiere del autor del documento público una especial sensibilidad y cuidado a la hora de expedirlo.



2ª Base documental previa. Sólo se puede certificar lo que conste en documentos que preexistan a la solicitud. Sin aquella base documental no se pueden expedir certificados, con la excepción de los «certificados negativos», referidos a la falta de constancia de algún extremo –y siempre especialmente delicados, señala PAZ TABOADA-.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Esta denominación refiere, en palabras de PAZ TABOADA, M. (2006), a aquellos certificados que acreditan la inexistencia del hecho a que refieren. Mediante este certificado, el fedatario declara que no consta documentado un determinado hecho. Su alcance es muy claro: se puede tener por acreditada la inexistencia del hecho a que se refiere. Tampoco se oculta, indica el autor, la responsabilidad que atribuye al fedatario público esta declaración. Entiende, el precitado autor, que para poder expedir –con cierta garantía- estos certificados, el fedatario debe dejar bien claro en el documento que expide cuáles son los límites en los que se mueve su función, es decir, qué documento o documentos se examinaron para expedirlo. Este punto debe tenerse presente, pues la fe pública opera sobre la base documental examinada, de manera que lo que no se encuentre comprendido en ella no queda amparado por la declaración que contiene. Por tanto, una mala gestión incide directamente en esta tarea. Es claro que no es lo mismo certificar que, a la vista de un expediente que esté adecuadamente confeccionado, es decir, con sus hojas foliadas, no consta un determinado acto, pues en ese caso no hay dudas sobre la integridad del expediente, que expedir ese certificado sobre un expediente desordenado y sin foliar, pues nada impide que, después de expedido el certificado “aparezca” un documento que lo deje en evidencia. Por ello, añade M. PAZ TABOADA, cuando haya que expedir los certificados negativos en estas circunstancias, sin una base documental fiable, es aconsejable hacer constar en el certificado las oportunas reservas para delimitar su alcance y



3ª Presunción de certeza. Al estar expedidos en uso de la fe pública, los certificados permiten tener por ciertos, y veraces, todos los hechos que en ellos se reflejan sin la necesidad de mayores esfuerzos. De ahí su trascendencia, y la responsabilidad a que se enfrenta quien los expide en caso de que no sean ciertos aquellos hechos pues incurrirá en falsedad.

Así, cuando un cargo político o funcionario sin ejercicio legal de la fe pública emite un documento, que dice «hago constar», esto no es certificación. A lo sumo será un mero «informe», sin el valor de certeza que una certificación supone.

## **IX.- Casuística**

Resulta necesario recordar, por tanto, y no olvidar, siguiendo a PÉREZ LUQUE, A. (2005), que la fe pública es únicamente documental y de hechos sucedidos en presencia del fedatario, que no debe certificar lo que desconoce.

---

para que el destinatario del certificado pueda darle el valor (relativo, en este caso) que tiene. Tampoco se debe descartar la opción de negar la expedición del certificado cuando el fedatario no disponga de una mínima base fiable sobre la que ejercer la función de fe pública en los términos en que se solicita.



Por eso, M. MONTORO PUERTO señala, desde antiguo (1.969), que «se debe negar carácter discrecional a los actos de certificación.»<sup>50</sup>

GARRIDO FALLA, F., siguiendo a ZANOBINI en este extremo, pasa a definir acto administrativo como «cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la Administración en ejercicio de una potestad administrativa.»<sup>51</sup> Pero el fedatario público, cuando ejercita su actividad, sólo tiene dos posibilidades: la fe documental y la de hechos:

- La «fe documental» es la que se basa en documentos preexistentes, que están en su poder o que puede analizarlos, para llegar a la materialización final de la certificación (el «certificado.») Certifica lo que dicen «los papeles» y, lo que no dicen, no puede –no debe- ser certificado.
- La «fe de hechos», o fáctica, es lo que se produce en su presencia y, por lo tanto, puede darse fe de ello. Él fedatario está presente en un acontecimiento y, como testigo y sujeto cualificado del mismo, puede dar fe de lo que ha pasado. Así sucederá con la asistencia del secretario actuante en las sesiones de un órgano

---

<sup>50</sup> Actos de certificación. Revista de Estudios de la Vida Local. Núm.162 (1969) p. 228

<sup>51</sup> Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General. Décima edición. Editorial Tecnos (1989), p. 380



colegiado.<sup>52</sup> Da fe de lo que se propone, se delibera –opiniones sintetizadas- y se acuerda. Levantar acta, cualquiera que sea, es una consecuencia de la «fe de hechos.» De igual forma y manera puede certificar de un hecho producido en su presencia. La fe pública no trata de la legalidad (propia del informe), sino de la «veracidad» de lo que hay en los documentos o de lo que ha sucedido en sesión actuada.

## **X.- Conclusión**

Puede estructurarse, por fin, la función administrativa de «fe pública», como aquella desarrollada por el Estado, de forma exclusiva, o por entidades públicas e incluso personas físicas, por su concesión; y que tiene su objeto en la «acreditación» de la verdad, real o formal, de hechos, estados de las cosas, conductas y/o relaciones, por razones de seguridad jurídica e interés general.<sup>53</sup> Por cuanto a sus elementos y, más en concreto, al sujeto de la función administrativa de «fe pública»; sólo al Estado como poder soberano corresponde el ejercicio de esta función de

---

<sup>52</sup> JIMÉNEZ VACAS, J.J. (2022), El acto de certificación, análisis de la función certificante del secretario de los órganos colegiados de las Administraciones públicas, Editorial COLEX. p. 140

<sup>53</sup> MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J. E., en La función certificante del Estado, con especial referencia a las intervenciones administrativas sobre los "Derechos de autor" (1977) pp. 21 - 22



«acreditación» de la verdad, por dichas razones, precisamente, de «seguridad jurídica e interés general» (ex artículo 103.1 de la Constitución Española).

El Estado, a través de un funcionario público, es, entonces, quién hace esta cobertura de «aseguramiento», conforme a la ley y el Derecho.

La Administración Pública ejerce, objetivamente, así, dicha facultad de servicio público, a través de actos administrativos de una naturaleza no comercial o no discrecional, de «certificación» –o de «Fe pública»–, que irán precedidos, a su vez, de otros actos, también, no comerciales, en los que se va a constituir la base objetivable sobre la que poder, por efecto, «dar Fe». Esto es, hay actos previos de admisión, de comprobación de circunstancias objetivas o, simplemente, de constancia de situaciones, supuestos sobre los cuales podrá darse la «fe pública» y, con ello, asegurarse objetivamente su «verdad». <sup>54</sup>

La función de «fe pública» se ejecutará, por lo tanto, en dos fases diferenciadas, teniendo como base el concepto del que se parte, en sentido de constituir el objeto de esta función de aseguramiento: una primera fase de constancia y una segunda de «fe pública».

El Estado asegura, en definitiva, y otorga «certeza», pero lo hace –lo debe hacer, siempre y sólo– basándose en algo objetivo u «objetivable». Y la protección por el ordenamiento jurídico de las certificaciones públicas, resultará decisiva, ya que la veracidad del certificado expedido se presume con

---

<sup>54</sup> MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J. E. (1977), op. cit., p. 37



efecto propio y absoluto, por su eficacia sustantiva, pues queda cubierta por la fe pública y por su eficacia probatoria *iuris tantum*.

La protege el propio concepto jurídico de la fides pública: su validez y legitimación se presumen mientras no se demuestre lo contrario con otras pruebas.<sup>55</sup>

## **XI.- Consultas bibliográficas**

ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> J. (1987) La fe pública en España. Registros y Notarías. Sus fondos. Organización y descripción. Boletín de la ANABAD, Archivo Histórico Nacional. Tomo 37, núm. 1 – 2, pp. 7 – 68

BARDALLO, J. R. (1996) La fe pública notarial, Revista AEUT., Núm. 65

CACHARRO LÓPEZ, M. (2008) Fe pública y asesoramiento legal preceptivo en la contratación de las Entidades Locales. Revista Electrónica CEMCI, núm. 1.

---

<sup>55</sup> JIMÉNEZ VACAS, J.J. (2022), El acto de certificación, análisis de la función certificante del secretario de los órganos colegiados de las Administraciones públicas, Editorial COLEX. p. 249, (conclusión 6<sup>a</sup>).



CHAVES GARCÍA, J. R. La potestad certificante sin los siete velos (delaJusticia.com) Blog. El rincón jurídico de José Ramón Chaves. Entrada, fecha: 30/10/2018 (2018)

COUTURE, E. J. (1947), El Concepto de Fe Pública.

DEL SAZ, S. (1995), Contrato laboral y función pública, Madrid.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. M. (1994), Fe pública y documento público. En Consejo General del Notariado, La fe pública, Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994. Madrid, pp. 191–218

DOLADO ESTEBAN, J. J. (2011), Notaría militar. Escuela militar de intervención. Curso de perfeccionamiento en Notaría militar. Ministerio de Defensa. Madrid.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (1999) El interés público de la seguridad jurídica virtual y su garantía a través del ejercicio de la función administrativa certificante y de otorgamiento de fe pública. Revista Actualidad Administrativa - Tomo I. pp. 219 – 234

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1976) La potestad certificante de la Administración. REDA Núm. 8.

GARRIDO FALLA, F. (1989), Tratado de Derecho Administrativo I, 11ª edición. Madrid.

GIMÉNEZ ARNAU, E. (1976), Derecho Notarial, Editorial Universidad de Navarra.



GUTIÉRREZ DEL SOLAR, E. (1982), La fe Pública extranotarial. Revista de Derecho Privado.

JIMÉNEZ VACAS, J.J. (2012) Planes estratégicos de subvenciones: especial referencia a la Comunidad de Madrid. Diario La Ley Núm. 7961. Ed. Wolters Kluwer. Madrid.

(2022) El acto de certificación, análisis de la función certificante del secretario de los órganos colegiados de las Administraciones públicas, Ed. COLEX, primera edición.

JUAN CASERO, L. J. de. (1995), Unas breves notas sobre las denominadas compulsas. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 20, pp. 2.781 – 2.785

LAGARÓN COMBA, M. (2002) La “fe pública”. La presunción de veracidad como instrumento al servicio de la función fiscalizadora. Revista Auditoría Pública, núm. 27, ASOCEX (septiembre, 2002)

MANTECA VALDELANDE, V. (2008) Aspectos documentales de las actas y certificados en la Administración Pública. Concepto. Actualidad Administrativa núm. 1, Sección Práctica Profesional, Quincena del 1 al 15 de enero de 2008.

MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J. E. (1977) La función certificante del Estado con especial referencia a las intervenciones



administrativas sobre los «Derechos de autor.», Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid.

MONTORO PUERTO, M. (1969) Actos de certificación. Revista de Estudios de la Vida Local. REVL., Núm. 162.

PAREJO ALFONSO, L. (1994) Fe pública y Administración pública. En Consejo General del Notariado, La fe pública, Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994. Madrid, pp. 155 – 189

PAZ TABOADA, M. (2006), La función de fe pública en las Corporaciones Locales, su finalidad y alcance. Sus manifestaciones, en especial, actas, certificados y copias auténticas. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados núm. 3, pp. 402 – 417 (15 de febrero de 2006)

PÉREZ LUQUE, A. (2005), De algunas cuestiones de las notificaciones y certificaciones de los secretarios de Administración Local. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados núm. 6 (30 marzo 2005, colaboraciones)

RAQUEJO ALONSO, A. (1992) Historia de la administración y fiscalización económica de las fuerzas armadas. Ministerio de Defensa, Madrid.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (1994) La fe pública como valor constitucional. En Consejo General del Notariado, La fe pública, Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994. Madrid, pp. 17 – 30



ROJAS MARTÍNEZ DEL MORAL, M.<sup>a</sup> P. (2003), Ejercicio privado de la fe pública notarial. Examen jurídico administrativo. Marcial Pons, Barcelona.

UNAMUNO, M., de. Del sentimiento trágico de la vida en los hombres y en los pueblos y Tratado del amor de Dios. Edición de Nelson Orringer (2005). Tecnos. Madrid.

VERA FERNÁNDEZ-SANZ, A. (1996) Notas más breves aún sobre las compulsas y otras acreditaciones de documentos. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 4, pp. 512 – 5



## **LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR EN LAS ENTIDADES LOCALES. LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DE LA REVISIÓN DE OFICIO COMO MECANISMO DE REACCIÓN<sup>1</sup>**

**D. Javier Martínez Hellín**

Abogado

**Resumen:** Constituye el objeto de la presente ponencia el estudio de la contratación administrativa irregular, ejemplificada habitualmente en los contratos verbales, las prórrogas tácitas o las modificaciones acordadas al margen del procedimiento legal establecido, desde el punto de vista de las vías que ofrece el ordenamiento jurídico para reaccionar frente a la misma y su relación con el derecho del contratista a obtener una compensación por las prestaciones realizadas y cuya facturación se reclama posteriormente a la Administración.

Centraremos el objeto de análisis en la más reciente línea

---

<sup>1</sup> Trabajo de investigación finalizado en abril del año 2022.



doctrinal que especialmente desde determinados órganos consultivos viene insistiendo en acudir al procedimiento para la revisión de los actos nulos, postura sobre la que formularemos un juicio crítico. Frente a ello defenderemos y precisaremos aquellos supuestos en los que resultará más adecuado acudir al procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos y a la doctrina vinculada al principio del enriquecimiento sin causa como fuente, autónoma y suficiente, que justifica el pago de la compensación debida al contratista.

**Abstract:** The purpose of this paper is to study irregular administrative contracting, usually exemplified in verbal contracts, tacit extensions or modifications agreed outside the established legal procedure, from the point of view of the ways offered by the legal system to react to it and its relationship with the contractor's right to obtain compensation for the services provided and whose invoicing is subsequently claimed from the Administration.

We will focus our analysis on the most recent line of doctrine which, especially from certain advisory authorities, has insisted on using the procedure for the review of null and void acts, a position on which we will formulate a critical judgement. Against this, we will defend and specify those cases in which it would be more appropriate to resort to the extrajudicial recognition of credits procedure and the doctrine linked to the principle of unjust enrichment without cause as an autonomous and sufficient source that justifies the payment of the compensation due to the contractor.



**Palabras clave:** Ilegalidad, invalidez, nulidad de pleno derecho, contratación pública, contratación verbal, revisión de oficio, enriquecimiento injusto.

**Key words:** Illegality, invalidity, legal nullity, public procurement, verbal contracts, ex officio review, unjust enrichment.

**SUMARIO:** 1).- Planteamiento general de la cuestión. 2).- Revisión de oficio de los actos previos y nulidad del contrato. La acción restitutoria derivada de la nulidad. Evolución de la cuestión en el ámbito doctrinal y jurisprudencial. 3).- Posición crítica con respecto al recurso al procedimiento para la revisión de oficio de los actos nulos como mecanismo para hacer frente al pago de facturas derivadas de la contratación irregular. 3.1.- Naturaleza de las potestades revisoras: manifestaciones de la autotutela administrativa que tienen como finalidad que prevalezca la justicia sobre la seguridad jurídica. 3.2.- Carácter excepcional y restrictivo de la revisión de oficio. Subsanción de los vicios de nulidad. 3.3.- Preferencia de la invocación del principio del enriquecimiento injusto a través de la actio in rem verso frente a la acción de nulidad y restitución del artículo 42 LCSP. 3.4.- Innecesariedad de provocar una confusión entre la acción restitutoria por nulidad y la actio in rem verso. 4).- Oposición a la necesidad de acudir a la revisión de oficio por ser contraria al principio *nemo auditur turpitudinem propriam allegans* como concreción del principio de buena fe y confianza legítima así como a la equidad como límite a las facultades



revisoras. 5).- Inadecuación de la revisión de oficio para declarar la invalidez de la contratación verbal. Inexistencia del contrato. El carácter formal de la contratación administrativa. 6).- El principio del enriquecimiento sin causa como fuente de directa de las obligaciones de restitución en los supuestos de contratación administrativa irregular, la actio in rem verso y su ejercicio a través del reconocimiento extrajudicial de crédito. 6.1) .- Desarrollo de la doctrina del enriquecimiento sin causa como fuente directa de la obligación de restituir el daño y abonar las prestaciones recibidas. 6.1.1) .- Algunas notas sobre la diferencia entre el principio del enriquecimiento injusto con figuras afines: RAP y negotiorum gestio. 6.1.2) .- ¿Podría afirmarse que el principio del enriquecimiento injusto es una mera fuente de obligaciones subsidiaria frente a otras de carácter preferente en la contratación administrativa irregular? ¿Podemos hablar de un abuso en la invocación del principio del enriquecimiento injusto? 7).- Presupuestos necesarios para el ejercicio de la "actio in rem verso". 7.1.- Efectos derivados de la actio in rem verso- la restitución in natura de las prestaciones recibidas- obligación de indemnizar por el importe reclamado por el contratista a través de la factura, o bien exclusivamente el valor de la atribución patrimonial desplazada sin causa. 8).- Conclusiones. 9).- Bibliografía.



## **1).- PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA CUESTIÓN.**

Las vías tradicionales que han venido siendo utilizadas para llevar a cabo la restitución al contratista de los daños y perjuicios derivados de la contratación irregular, y singularmente la contratación verbal, son diversas, y en ocasiones nuestra doctrina y jurisprudencia las ha hecho confluir<sup>2</sup> para justificar la obligación de la Administración de responder frente a las reclamaciones de abono de las prestaciones recibidas; si bien podrían citarse tres instituciones que han servido a tal fin: la responsabilidad patrimonial, la revisión de oficio de los actos nulos y el principio del enriquecimiento sin causa (examinado desde el procedimiento para el reconocimiento extrajudicial de créditos).

Tal y como hemos avanzado nos centraremos en las vías de la revisión de oficio y el principio de enriquecimiento sin causa, dejando al margen el estudio pormenorizado del instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por exceder del ámbito del presente estudio, aunque sí nos referiremos a ella para evidenciar sus diferencias con el principio del

---

2 Aguado i Cudolá, V. "Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos". En "El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. (Obra Colecitva)". AEPDA. INAP. 2017.



enriquecimiento injusto, y precisar sus ámbitos de aplicación.

Nos limitaremos a reseñar que el Consejo de Estado (Dictamen 88/2014) se ha opuesto a la utilización de esta vía para justificar el pago de facturas derivadas de prestaciones que fueron contratadas verbalmente por considerar que ante la ausencia de un contrato no cabe acudir a la responsabilidad patrimonial contractual por incumplimiento de la Administración; y no obstante se señala que a pesar de no poder imputar legalmente una responsabilidad a la Administración, si se ha beneficiado de las obras ejecutadas, vendrá obligada a indemnizar al contratista en virtud del principio del enriquecimiento sin causa.

Frecuentemente se entrelazan la responsabilidad patrimonial de la Administración y el principio de enriquecimiento sin causa, y ello a pesar de estar reconocida, como defenderemos más adelante, la plena autonomía del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones (STS de 28 de diciembre de 2006), debido a la necesidad de utilizar el régimen jurídico y el procedimiento previsto para declarar la responsabilidad patrimonial como vehículo formal en el que insertar la aplicación del enriquecimiento sin causa, en especial por la ventaja que ofrece la necesidad de interpelar el



dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente.<sup>3</sup>.

No obstante, lo anterior, podemos adelantar que el principio del enriquecimiento sin causa goza de sustantividad propia como fuente de obligaciones frente a la Administración en los casos de contratación administrativa irregular, y singularmente en la contratación verbal, no siendo necesario provocar su confusión con el instituto de la responsabilidad patrimonial; siendo además que ambas instituciones están afectadas por notables diferencias<sup>4</sup>.

---

3 El principio del enriquecimiento sin causa se conceptúa como título de imputación frente a la Administración para la exigencia de la responsabilidad patrimonial. García de Enterría, E, y Fernández Rodríguez, T.R: "*Curso de Derecho Administrativo*", Tomo I. Civitas. 2017.

4 Coscuella Montaner, L: "*Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo*". RAP nº 84. 1977. Págs 107-122. Destaca el autor que las consecuencias del enriquecimiento sin causa y la responsabilidad patrimonial presentan diferencias sustanciales en al menos dos puntos: en la responsabilidad la reparación debe alcanzar el daño total producido, mientras que por enriquecimiento injusto la restitución solo alcanza la cuantía real del enriquecimiento producido; por otra parte el daño derivado de la responsabilidad puede ocasionarse por acción u omisión, mientras que el enriquecimiento sin causa tiene por base el desplazamiento positivo de un patrimonio que enriquece a otro. A estas consideraciones habría que sumar los distintos plazos para la prescripción de las acciones, 1 año en el caso de la responsabilidad patrimonial y cuatro años para



## **2).-REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS PREVIOS Y NULIDAD DEL CONTRATO. LA ACCIÓN RESTITUTORIA DERIVADA DE LA NULIDAD. EVOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL**

Frente a la práctica generalizada en las Administraciones Públicas de utilizar el procedimiento para el reconocimiento extrajudicial de créditos como mecanismo para hacer frente al pago de las obligaciones derivadas de actos en materia contractual inválidos<sup>5</sup>, recientemente se ha reaccionado por la doctrina (especialmente en diversos órganos consultivos) advirtiendo de la necesidad de acudir previamente al procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos (art. 106 LPAC), en la consideración de que en la contratación verbal no estamos sino ante un acto dictado

---

la *actio in rem verso* en el enriquecimiento injusto (Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria).

5 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la LCSP serán inválidos los contratos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos 39 y siguientes, entre las que se incluyen, además de las específicas previstas en la propia LCSP, las causas comunes del artículo 47.1 LPAC.



bien por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, bien dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, y por tanto en presencia de causas de nulidad de pleno derecho (art. 47.1 LPAC y 39.1 LCSP) y por remisión de la propia LCSP (art. 41.1) procederá acudir al procedimiento de revisión previsto en el artículo 106 LPAC.

En la Instrucción 2/2012, de 12 de marzo, de la Interventora General y de la Directora de la Abogacía de las Islas Baleares sobre la tramitación a seguir en los supuestos de reconocimiento extrajudicial de créditos derivados de la contratación irregular (el subrayado de las citas a las resoluciones y sentencias, a partir de la presente, es siempre nuestro):

*"(...) La tramitación que se sigue hasta ahora consiste generalmente en que el centro gestor incoa un expediente de reconocimiento extrajudicial de crédito con una memoria explicativa de las circunstancias que concurren en cada supuesto (...). Ahora bien, si se trata de un contrato adjudicado de forma verbal, contraviniendo la prohibición legalmente establecida en el artículo 28 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), o sin seguir el procedimiento legalmente establecido para proceder a la contratación, se incurre en causa de nulidad de pleno derecho, y si la Administración advierte la presencia de una causa de nulidad lo que corresponde es la tramitación del procedimiento de revisión de oficio contemplado en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26*



de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante LRJAP-PAC)

La existencia de una causa de nulidad hace que la vía adecuada sea la tramitación del procedimiento de revisión de oficio (...).

En el mismo sentido se pronuncia el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 611/2014, de 24 de septiembre, según el cual:

"En cuanto al fondo del asunto, se propone la nulidad de los servicios prestados desde el 10 de septiembre al 17 de noviembre de 2013. Pues bien, la prestación de tales servicios no tuvo cobertura contractual formalizada, por lo que nos encontramos ante una contratación verbal, prohibida por la normativa de contratación (art. 28.1 del TRLCSP, siendo así evidente que concurre la causa de nulidad prevista en la letra e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, al que se remite el citado artículo 32, letra a) del TRLCSP, consistente en que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello, pues no existe trámite alguno relativo a tal contratación.

La revisión de oficio se ha configurado por tanto para determinados órganos consultivos como la vía específica y adecuada para compensar al contratista de buena fe. Así el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en su Dictamen nº 33/2016, de 11 de febrero, señalaba:

"Como ya indicamos en nuestro anterior dictamen sobre este mismo asunto (Dictamen núm 8/2016), tras la entrada en vigor del artículo 35 LCSP, la previa



*declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que actúa de buena fe; norma legal que, según expone el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, puso fin a la controversia jurisprudencial y doctrinal sobre el posible origen, contractual o extracontractual, de las obligaciones que habría de asumir la Administración en estos casos para evitar el resultado antijurídico de la apropiación de unos servicios sin compensar al contratista”.*

Ahora bien, una primera reflexión surge de la lectura de los precitados informes y dictámenes, y es que de la fundamentación que en ellos se contiene parece concluirse que la Administración Pública, ante la presencia de actos viciados de nulidad, ha de proceder a expulsarlos del ordenamiento jurídico en todo caso.

Y esta conclusión es, a nuestro parecer, incorrecta, puesto que en este tipo de razonamientos frecuentemente se soslaya la atención a la circunstancia de que **el ordenamiento jurídico ha querido que frente a la necesidad de depurar los vicios de nulidad un acto administrativo se opongan una serie de principios que limitan estas facultades revisoras y que son los contenidos en el artículo 110 LPAC: “las facultades de revisión (...) no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, el tiempo transcurrido u otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.**

En suma, pretendemos señalar que el principio de legalidad que sostiene la necesidad de acudir a la revisión de oficio para expulsar del ordenamiento jurídico



un acto nulo no tiene carácter absoluto, y en el juicio de ponderación que debe llevar a cabo la Administración para resolver la controversia puede que el interés público tutelado desde el vicio de nulidad deba decaer en favor de los derechos de los particulares, en este caso representados por el derecho al abono de las prestaciones efectivamente realizadas, bajo la preminencia del principio de equidad y confianza legítima.

### **3).- POSICIÓN CRÍTICA CON RESPECTO AL RECURSO AL PROCEDIMIENTO PARA LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS NULOS COMO MECANISMO PARA HACER FRENTE AL PAGO DE FACTURAS DERIVADAS DE LA CONTRATACIÓN IRREGULAR**

Fijados los posicionamientos doctrinales anteriormente citados, abordaremos los principales argumentos que entendemos justifican que no debe llevarse a cabo un uso reiterado y sistemático de la revisión de oficio por parte de los órganos de contratación para hacer frente al abono de las prestaciones efectivamente recibidas y que derivan de la actividad irregular de contratación.

#### **3.1.- Naturaleza de las potestades revisoras: manifestaciones de la autotutela administrativa que tienen como finalidad que prevalezca la justicia sobre la seguridad jurídica.**

La potestad de revisión de oficio constituye una manifestación extrema del principio de autotutela



administrativa que permite a la Administración ir contra sus propios actos cuando son nulos de pleno derecho.

Estas potestades de revisión permiten enervar la eficacia de principios como el "*venire contra factum proprium non valet*" y de la irrevocabilidad de los actos favorables a los interesados.

Su finalidad es la prevalencia de la justicia sobre la seguridad jurídica permitiendo depurar los actos con los vicios de legalidad más graves.

*Se persigue ampliar las posibilidades impugnatorias, **evitando** que una situación afectada por la invalidez más grave, quede perpetuada en el tiempo y **produzca efectos jurídicos** pese a adolecer de un vicio de tan relevante transcendencia (STS de 18 de mayo de 2010).*

Por tanto, es un elemento fundamental para el ejercicio de las facultades revisoras el que mediante las mismas se pretenda evitar que el acto afectado por la causa de nulidad pueda producir los efectos que le son propios.

Ahora bien, las modalidades revisoras no podrán utilizarse cuando "su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes" (art 110 LPAC).

*"La revisión de los actos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada*



*situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se plantea en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos intereses no tienen valor absoluto” (STS 17 de enero de 2006)”.*

La revisión de oficio no constituye un automatismo que deba activarse en todos los casos en los que estamos ante vicios de nulidad de pleno derecho. Exige un juicio valorativo y de ponderación de los intereses (legalidad y seguridad jurídica) en la forma en que se encuentren afectados en cada caso.

Si atendemos específicamente al ámbito de la contratación pública, los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos pueden ser objeto de la revisión de oficio, así como los que se produzcan durante el proceso de ejecución o desarrollo de la relación contractual, por así disponerlo la LCSP que en su artículo 41.1 establece lo siguiente: *“La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.”*

En virtud de esta remisión al régimen general para la revisión de los actos nulos debemos considerar los límites impuestos por el artículo 110 LPAC *“las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el*



*tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes."*

En la exégesis de este precepto debemos señalar que el principio de **seguridad jurídica** se erige en el fundamento de los límites de las facultades revisoras.

La seguridad jurídica, además, se vincula con los derechos de los particulares para justificar una limitación a la revisión. La STS de 23 de octubre de 2003: "*La seguridad jurídica exige que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración que no fueron impugnados en tiempo y forma (...)*".

**Por tanto, la determinación de si procede o no acudir a la revisión de oficio exigirá valorar con carácter previo, y caso a caso, las circunstancias que pueden determinar la improcedencia de acudir a la revisión de oficio.**

Las causas que según el artículo 110 LPAC limitan el ejercicio de la potestad de revisión de oficio (buena fe, equidad, derechos de los particulares) deben ser objeto de ponderación y adecuación en relación con las circunstancias concretas del caso en el que se valore su apreciación. En la estructura del razonamiento a seguir, y de conformidad con el tenor literal del artículo 116 LPAC, los límites a la revisión resultan de una combinación de causas y resultados



Estas causas constituyen una última vía, de apreciación restrictiva, para que el ejercicio de las facultades revisoras no provoque una lesión a la buena fe, la equidad o los derechos de los particulares.

Se exige un razonamiento expreso caso a caso sobre las razones excepcionales vinculadas a la buena fe, la equidad o el derecho de los particulares que se verían afectados por la nulidad del acto declarada (STS 21 de diciembre de 2016).

En la STS 14 de junio de 2016 se establecía lo siguiente:

*"El artículo 106 de la Ley 30/1992, contempla dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, por un lado la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de acciones, tiempo transcurrido u otras circunstancias) y por otro que dichas circunstancias hagan que la revisión sea contraria a la buena fe, la equidad, los derechos de los particulares o las leyes".*

Puesto que las causas no se enumeran con carácter taxativo, podemos incorporar al elenco de causas que impiden el ejercicio de la potestad de revisión de oficio la presencia del principio que veda el enriquecimiento injusto de la Administración (y que desarrollaremos más adelante) siempre y cuando de la apreciación de la causa se siga una lesión a la buena fe, la equidad, los derechos de los particulares o las leyes.



Dicho de otra manera, la mera presencia de una de las causas enumeradas, incluyendo en nuestra exposición el enriquecimiento injusto, no determina por sí misma la imposibilidad de acudir a la revisión de oficio, es necesario demostrar la lesión a alguno de los principios antes enumerados.

Así, por ejemplo, en los supuestos de contratación irregular en los que existe mala fe en el contratista (que amplía unilateralmente las prestaciones objeto del contrato a sabiendas de la necesidad de tramitar un expediente de modificación previo) la mera presencia de la causa (enriquecimiento injusto) no es suficiente para enervar la potestad de revisión de oficio ya que a la causa no le seguirá la lesión efectiva a los principios de equidad, buena fe, derecho de los particulares o a las leyes.

Esta solución también ha sido acogida en ocasiones en la doctrina de los órganos consultivos, esto es, la consideración de que la presencia del principio del enriquecimiento injusto puede ser integrada como una de las casusas que limitan el ejercicio de las potestades revisoras, y en consonancia no se procede a declarar la nulidad del contrato y sí a reconocer el derecho a la percepción de los importes facturados.

Así lo establece el **Consejo Consultivo de Canarias en su Dictamen 139/2016, de 27 de abril:**

*A todo ello se debe añadir lo reiteradamente manifestado en los dictámenes antes mencionados en relación con la aplicación de la doctrina del*



*enriquecimiento injusto al presente asunto, que resulta de aplicación, al operar como límite a la declaración de nulidad, según el art. 106 LRJAP*

*(...) permanecen en vigor los derechos y obligaciones derivados de la relación contractual establecida de facto, por lo que procede la liquidación del contrato (...) deberá procederse al abono a la contratista el importe de las facturas emitidas y no pagadas con los correspondientes intereses moratorios a fin de evitar un enriquecimiento injusto de la Administración sanitaria.*

A la misma conclusión llega el Consejo de Estado en su Dictamen 843/2017, aunque con una valoración del quantum indemnizatorio distinta, pues en este caso únicamente reconoce el derecho a la percepción del valor de lo transmitido y no al importe total de la factura, considerando que mediaba mala fe por conocimiento del contratista de la irregularidad cometida:

*Por consiguiente, existió un contrato menor, que expiró al término del año de su celebración, pero continuó más allá de ese momento la prestación del mismo servicio a favor de la Ciudad de Melilla.*

*En esta situación, entiende el Consejo de Estado que, como indicara, entre otros, el dictamen nº 1.019/95, "a nada conduce -antes bien, sería una formulación artificiosa- declarar la nulidad de una inexistente adjudicación contractual, pues aunque pudiera hacerse tal construcción, subsistiría la obligación de la Administración de satisfacer el precio del suministro".*



*El Consejo de Estado debe remarcar la irregularidad que comporta la ejecución de trabajos por TECISA 74 sin contar con el debido soporte contractual válido -pues el extinguido no lo proporcionaba- y, por tanto, contraviniendo el procedimiento legalmente establecido.*

*No obstante, lo anterior, estima el Consejo de Estado, cuyo parecer coincide con el expresado por los órganos preinformantes, que existe por parte de la Administración la obligación de abonar a la entidad interesada los trabajos efectuados.*

*En cualquier caso, la empresa no fue ajena a la irregularidad detectada, pues sabía que el contrato menor en su día celebrado estaba expirado y no podía servir de cobertura a los servicios prestados.*

*De modo que, conforme al artículo 35.1 de la norma aplicable al presente caso, Ley de Contratos del Sector Público -texto refundido de 2011-, no debe abonarse a TECISA 74 el precio de la prestación facturado entre los meses de diciembre de 2015 a junio de 2016 sino su coste, que se calculará detrayendo del precio el beneficio industrial que aquella esperaba obtener, determinado en expediente contradictorio.*

### **3.2.- Carácter excepcional y restrictivo de la revisión de oficio. Subsanación de los vicios de nulidad**

El procedimiento para la revisión de oficio de los actos nulos es, además, un procedimiento de carácter restrictivo que ha de articularse de forma excepcional,



de la misma forma que excepcionales son las causas que dan lugar a la nulidad de pleno derecho (art. 47 LPAC)<sup>6</sup>.

Por ello, frente al uso abusivo del procedimiento de revisión de oficio para resolver los frecuentes problemas de vicios en la contratación administrativa, y en particular de la contratación verbal, se ha reaccionado por parte algunos órganos consultivos que han censurado que este procedimiento termine configurándose como el procedimiento habitual para dar cobertura a problemas de legalidad ordinaria que podrían quedar solventados a través del reconocimiento extrajudicial de créditos en aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa.

Así lo afirma el **Consejo Consultivo de Baleares en su Dictamen 149/2014, de 22 de diciembre:**

*"el Consejo Consultivo considera que la Administración no puede continuar con el uso generalizado del procedimiento de revisión de oficio —como parece*

---

6 Sobre el carácter excepcional de la revisión de oficio: *"En el Derecho Administrativo, por el contrario, las exigencias del actuar de la Administración, orientado, por principio, hacia la consecución de un resultado conforme al interés público, impone, como sabemos, la regla opuesta, esto es, la presunción de validez de las actuaciones administrativas, a partir de la cual el legislador, mediante un proceso depurador semejante, pero de signo contrario, acota una serie de supuestos de gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura del interés público y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional."* García de Enterría, E, y Fernández Rodríguez, T.R: *"Curso de Derecho Administrativo"*, Tomo I. Civitas. 2017, pág 664.



*deducirse de las ya numerosas consultas formuladas a este órgano asesor en relación a expedientes de gasto – para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración. Es decir, el órgano consultante ha convertido en ordinario y ha normalizado un supuesto que debiera ser excepcional, de manera que el Consejo Consultivo no puede admitir que se revisen actos nulos de pleno derecho con carácter general. La utilización de la revisión de oficio para dar cobertura formal a la contratación nula constituye una vía claramente inidónea, toda vez que se utiliza un procedimiento extraordinario y restrictivo para una cuestión de legalidad ordinaria que puede hallar solución con el mero reconocimiento de deuda, a través del procedimiento del enriquecimiento injusto.”*

Se trata por tanto de evitar acudir al procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos intentando buscar otras soluciones para resolver la anormalidad de la situación planteada, de manera que no queden cuestionados los principios de buena fe o equidad en cuanto que límites a la facultad de revisión de oficio.<sup>7</sup>

Por otra parte, si aplicamos estrictamente los efectos propios de la nulidad de pleno derecho a los supuestos de contratación verbal, deberíamos concluir que lo que procede es eliminar cuantos efectos se hubiesen producido (nulidad a radice), de manera que se vuelva a

---

<sup>7</sup> En este sentido, vid. el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya 206/13, de 6 de junio.



la situación anterior como si el contrato no se hubiese nunca producido.

Pero lo cierto es que, frente a este planteamiento de destrucción de efectos maximalista, la jurisprudencia contencioso-administrativa viene aplicando sistemáticamente el principio del enriquecimiento sin causa para mitigar o corregir los efectos propios de la nulidad de pleno derecho de forma que se tiende a otorgar una cierta validez al acto nulo, se le permite que produzca determinados efectos, en orden a compensar al contratista por la pérdida patrimonial sufrida.

En estos casos se dice que no pudiendo acudir a la restitución de las prestaciones efectivamente entregadas, ha de procederse a restaurar el daño causado al interesado mediante el reconocimiento de una indemnización si se dan los presupuestos exigidos para la exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración (ex art. 106.4 LPCA) fundamentando el título de imputación a aplicar en el principio del enriquecimiento sin causa.

Se trata en nuestra opinión de una innecesaria confusión de las instituciones ya que como hemos señalado al inicio de nuestra exposición, responsabilidad patrimonial y enriquecimiento sin causa responden a naturalezas diversas.

Es de resaltar que en la contratación verbal, aun cuando en el derecho español es mayoritariamente rechazada la teoría de la inexistencia del acto como categoría propia



de invalidez al no encontrarse expresamente positivizada, la presunción de que se ha producido un auténtico acto administrativo, siquiera tácito, de adjudicación, sólo tiene como objeto asignar como categoría de invalidez la nulidad de pleno derecho, para encontrar un fundamento que permita expulsar dicha contratación del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, no es preciso acudir a esta forzosa construcción del acto administrativo nulo, cuando además se hace para modular los efectos de la nulidad radical permitiendo que determinados efectos se mantengan, lo cual debería ser incompatible con la técnica de la revisión de oficio de los actos nulos, debiendo reconocer que lo que realmente se produce no es sino una convalidación parcial del mismo.

En el caso de la contratación verbal de prestaciones que por razón de su importe puedan calificarse como contratos menores, la disminución de exigencias documentales establecidas por la LCSP con respecto al resto de expedientes de contratación, y el hecho de que en la contratación menor pueda la Administración adjudicar el contrato directamente al contratista que motivadamente elija (ex art. 118 LCSP), justifican que no sea necesario acudir a la revisión de oficio por cuanto subsanados lo vicios de los que el acto adoleciese<sup>8</sup>

---

8 García Luengo, J: *"Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo. Un estudio sobre el artículo 48.2 de la Ley 39/2015"*. Iustel. 2016. Señala el autor que la omisión del procedimiento legalmente establecido, en cuanto que causa de nulidad, ha de ser interpretada de forma muy restrictiva, quedando limitada a aquellos casos en los que la infracción se evidencie de forma muy manifiesta y grosera,



(pensemos la ausencia de alguna de las exigencias documentales del artículo 118 LCSP), la Administración siempre podría volver a adjudicar el contrato al mismo empresario, y por tanto el principio de conservación de los actos anulables (ex. art 51 LPAC) permitiría la convalidación del acto de adjudicación a través del procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos.

En los casos en los que no nos encontremos bajo el umbral del contrato menor, en un supuesto de contratación verbal, defenderemos la autonomía del principio del enriquecimiento sin causa como fuente directa y autónoma de la obligación por parte de la Administración de reparar el daño patrimonial causado al contratista.

En estos casos si bien no puede hablarse "*stricto sensu*" de una convalidación del acto nulo (por estar reservada en el artículo 52 LPAC a los actos anulables), incluso se ha defendido que a través del reconocimiento extrajudicial de créditos se produce una suerte de "*subsanción*" del acto calificado como nulo<sup>9</sup>. A este respecto se ha sostenido por un sector de nuestra doctrina, singularmente BELADIEZ ROJO, que viene

---

de forma que nadie pueda confiar en la validez del acto; en los restantes casos la infracción solo será causa de anulabilidad y por tanto sujeta a convalidación.

9 Carretero Espinosa de los Monteros, C: "*El procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos. Nulidad de las actuaciones administrativas y responsabilidad*". Revista Andaluza de Administración Pública, núm 93, Sevilla, septiembre-diciembre (2015), págs 107-132.



considerando que excluir, con carácter general, la posibilidad de corregir los defectos que afectan a los actos nulos de pleno derecho no resulta acertado por cuanto que se puedan subsanar los vicios de un acto inválido dependerá, no de la calificación jurídica que se otorgue al vicio en el que ha incurrido, sino de si el vicio es subsanable o no. Por ello, si aun siendo nulo, el defecto determinante de la nulidad puede ser corregido, la subsanación del vicio determinará la convalidación del acto.<sup>10</sup>

Por tanto, no es preciso que, antes de aplicar el enriquecimiento injusto, se deba declarar formalmente la nulidad del contrato, y menos aún para imponer que la Administración haya debido antes revisar de oficio el contrato o impugnarlo en recurso de lesividad. Así lo vemos en la STS de 20 de diciembre de 1995 al señalar que: "(...) el Ayuntamiento debe pagar al margen de la solución final que pudiera darse a la acción revisora de oficio que el Ayuntamiento ha incoado tras advertir vicios formales (...) pues sea cual sea la decisión final del proceso revisor, las actividades efectivamente encargadas y de hecho realizadas (...) deben serle remuneradas".

*Bajo la vigencia del principio quod nullum est nullum effectum producit, los actos nulos de pleno derecho, cuando se declare su invalidez, deben llevar aparejada la declaración de su ineficacia, no solo en la producción de los efectos futuros, que ya no podrán producirse, sino*

---

10 Beladiez Rojo, M: "La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación". RAP núm 133. enero/abril. 1994.



*en la eliminación de los efectos que se hubiesen producido desde que se dicta el acto administrativo, nulidad "a radice".*

Y en este mismo sentido se pronuncia el Consejo Consultivo de Galicia, en su Informe de 13 de mayo de 2019, cuando señala que la previa anulación de un contrato irregular: "se antoja, además, carente de utilidad, en cuanto que lo que de ella se derivaría no sería otra cosa que o bien posibilitar la apreciación de la existencia de un enriquecimiento injusto, lo que sería posible apreciar, de igual modo, siguiendo el procedimiento del reconocimiento extrajudicial de créditos, o bien, posibilitar la indemnización a la parte no culpable de los daños y perjuicios que hubiera sufrido, en el supuesto previsto en el art. 42.1 de la LCSP".

### **3.3.- Preferencia de la invocación del principio del enriquecimiento injusto a través de la *actio in rem verso* frente a la acción de nulidad y restitución del artículo 42 LCSP.**

Cuando nos encontramos ante contratos administrativos inválidos en los que ya se han ejecutado total o parcialmente las prestaciones por uno de los cocontratantes, la regla general establecida en nuestro ordenamiento jurídico es que han de desaparecer todas las consecuencias del contrato, inclusive con efectos retroactivos.

Es a ello a lo que en principio responde la obligación de restitución de las prestaciones efectuadas que



establecen los artículos 1.303 y siguientes del CC para cualquier tipo de invalidez y que en el derecho administrativo que regula la actividad contractual encontramos en el vigente artículo 42.1 LCSP cuanto establece lo siguiente:

*"La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido."*

Se parte por tanto de un marco normativo sobre la destrucción de los efectos del contrato similar a la del Derecho Civil por lo que cabría preguntarse (REBOLLO PUIG<sup>11</sup>) si con este punto de partida es necesario acudir a la actio in rem verso por enriquecimiento injusto de forma directa y si el recurso a la misma no habría quedado sino como un recurso de carácter meramente subsidiario.

Y no obstante lo anterior el examen de la jurisprudencia contencioso-administrativa demuestra como ante la nulidad de contratos ejecutados se acude frecuentemente a la obligación de restitución de enriquecimiento injusto.

---

11 Rebollo Puig, M. *"El enriquecimiento injusto en la Administración"*. Marcial Pons. 1995



Podríamos, quizás, entender que en estos casos el enriquecimiento injusto como principio general del derecho interviene para completar la interpretación de la obligación de restitución consagrada en el artículo 1.303 CC o en el artículo 42.1 LCSP, lo cual sería admisible en los casos que están expresamente comprendidos en dichos artículos, esto es, que se haya producido un intercambio recíproco de prestaciones, y que siendo anulado la causa que las provoca, el contrato, debe procederse a su restitución.

Y sin embargo sobre esta interpretación REBOLLO PUIG<sup>12</sup> ha señalado los siguientes matices:

1.- La restitución a la que alude el artículo 42.1 LCSP está dirigida a lograr una destrucción completa y retroactiva de los efectos del contrato, volver a la situación anterior a su celebración, y aunque lo pueda lograr mediante la eliminación de los efectos patrimoniales derivados del mismo, su finalidad no es restablecer el equilibrio patrimonial, que es algo distinto, y que incluso no tiene por qué haberse producido.

Pensemos en la contratación irregular, contratos verbales, en los que la Administración, tras la recepción de los bienes y servicios procede al abono de la factura, y no es sino con posterioridad que se advierte de la nulidad del contrato celebrado: el contrato nulo

---

12 Rebollo Puig, M. "El enriquecimiento (...)", op. cit.



íntegramente ejecutado no habrá alterado el equilibrio patrimonial entre las partes.

2.- Que la relación entre la acción de restitución por nulidad contractual y la acción por enriquecimiento injusto deben ser contempladas desde otra perspectiva: esto es como dos instituciones que operan en un sentido distinto.

En la restitución derivada de la nulidad del contrato el germen de su aplicación no es otro que la destrucción de todos los efectos producidos, así como interrumpir la producción de los efectos futuros. El objeto esencial al que se dirige la declaración de invalidez no es exclusivamente expulsar el acto nulo del ordenamiento jurídico sino garantizar su ineficacia, y ello provocará en ocasiones que con la destrucción de los efectos se manifieste la producción de enriquecimientos injustos.

Por el contrario la actio in rem verso va a conducir a una situación de efectos análogos a los que se producen con la convalidación del acto anulable o la aplicación de los límites a las facultades de revisión previstos en el artículo 106 LPAC, esto es, a mantener la situación como si el contrato hubiese sido válido, y de hecho en la jurisprudencia contencioso-administrativa será frecuente encontrar sentencias en las que se condena a la Administración, tras estimar la actio in rem verso, a satisfacer las mismas prestaciones que el contratista hubiera percibido en caso de validez del contrato o en su incumplimiento a través de la acción de cumplimiento del contrato.



3.- El fin de la destrucción de todos los efectos del contrato que persigue la revisión de oficio por causa de nulidad puede terminar, si es aplicado de forma general, con la consolidación de situaciones injustas, y contrarias al principio de equidad o justicia material, en especial en aquellos casos de ejecución por sólo una parte, en los de prestaciones que no se pueden devolver "*in natura*" y cuya contraprestación era dineraria, en aquellos cuya ejecución sucesiva en que una parte se ha beneficiado ya durante tiempo del contrato, o incluso en todos aquellos en los que el disfrute prolongado y provisional de la cosa que ha de devolverse ha enriquecido a su poseedor.

Es por ello que, en muchos casos tras una aplicación rígida de la regla de restitución por nulidad, el derecho del contratista no habrá quedado íntegramente satisfecho, y al producirse un enriquecimiento injusto éste ha de ser solventado por otros medios.

En la jurisprudencia contencioso-administrativa esta problemática se ha solventado frecuentemente mediante una praxis judicial por la que se sustituye la acción para la restitución de las cosas derivada del contrato nulo por la *actio in rem verso*; y así la destrucción de los efectos del contrato se ha logrado reparando los enriquecimientos injustos que se han producido. Y por ello es habitual que el resultado final de la litis no sea otro que el mismo que hubiese producido la validez del contrato, y por tanto solo desde un punto de vista formal o teórico se afirma la destrucción de los efectos del contrato.



Esta confusión o intercambio de instituciones sigue siendo constatable aun en las resoluciones de nuestros órganos consultivos, veámoslo ejemplificado en el Dictamen 114/2021 Consell Juridic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

En un supuesto de modificaciones verbales en un contrato de obra que se somete a dictamen del órgano consultivo ya desde el primer momento podemos observar la confusión e intercambio de instituciones que se produce por cuanto literalmente se refleja que *“la autoridad consultante ha elegido la vía de la revisión de oficio como instrumento para proceder al pago de las obras realizadas como consecuencia de los modificados verbales n.º 1 y n.º 2 del contrato de obras de mejora del mercado municipal”*.

Es decir, el objeto de la pretensión de la Administración no es expulsar el acto del ordenamiento jurídico, sino servirse de la cobertura procedimental de la revisión de oficio (art. 42 LCSP y 106 y siguientes de la LPAC) para dar respuesta a la pretensión resarcitoria del contratista que en realidad está ejerciendo una actio in rem verso, y en última instancia sustentar la pretensión en el principio del enriquecimiento injusto.

A pesar de que en el cuerpo del dictamen se nos indica que la revisión de oficio ha de suponer la liquidación del contrato y el pago de las prestaciones, en los términos establecidos en el artículo 42.1 de la LCSP, más adelante se identifica la indemnización por daños atribuible a la parte responsable con el principio del enriquecimiento injusto como auténtica fuente de la obligación de



restitución y además considerando no solo la procedencia de reclamar el importe de enriquecimiento neto de la Administración sino de total del importe reclamado junto con el beneficio industrial, esto es, en la práctica es una auténtica convalidación de los efectos del contrato que no obstante en párrafos anteriores se ha pretendido declarar como nulo y que en puridad no puede producir dichos efectos ni quedar sanados por la vía de la revisión.

Quizás hubiese sido más coherente llegar a esta misma conclusión, pero bajo la aplicación de los límites del artículo 110 LPAC, alegando la presencia del principio de enriquecimiento injusto como causa y la lesión a la buena fe del contratista y a la equidad para evitar declarar la nulidad y acordar el mantenimiento de los efectos.

Sin embargo se confunden las instituciones y a los efectos de determinar los efectos de la nulidad se dictamina que es procedente que la Administración proceda a abonar el *“denominado beneficio industrial, como de cualquier otra partida que se reclame, se reconduce a la indemnización por daños (segunda consecuencia prevista en el artículo 42.1 LCSP), sin perjuicio de que la existencia de culpa o connivencia de tales contratistas en la consumación de la contratación irregular pueden erigirse en obstáculos para su estimación y abono. Como también ha mantenido este Órgano consultivo, el principio de prohibición del enriquecimiento injusto, en su condición de principio general del derecho, justificaría, igualmente, y a juicio de este Consell, salvo en los supuestos de culpa, dolo, o conducta maliciosa de la contratista, entre otros, el*



*deber de la Administración de abonar las prestaciones efectivamente realizadas incluyendo el beneficio industrial.*

Es de resaltar que el criterio de la presencia de la buena fe del contratista, salvo prueba en contrario de la connivencia con la Administración, es el que sustenta la estimación del resarcimiento que incluya el beneficio industrial, y expresamente se señala que la Administración "en modo alguno puede ser la más beneficiada de una actuación irregular, al no tener que pagar un "beneficio" que, de haber actuado correctamente, tendría que abonar". Y esta afirmación, en realidad, nos conduce a entender que lo que aquí se pretende tutelar es la equidad, la justicia material en el intercambio de prestaciones, y siendo esto así nada hace a dicha protección el acudir a la revisión de oficio del acto, es más, la equidad es causa positivizada en el artículo 110 LCSP para evitar precisamente el ejercicio de las potestades de revisión de los actos nulos

### **3.4.- Innecesaridad de provocar una confusión entre la acción restitutoria por nulidad y la actio in rem verso.**

Esta confusión entre los efectos de nulidad de pleno derecho y los derivados de restitución a la que sigue la actio in rem verso es innecesaria, tanto desde un punto de vista teórico como práctico.

Acudir a la revisión de oficio del acto nulo para provocar una anulación que reproduzca los efectos que serían los propios del acto que se pretende anular (en los contratos



el intercambio de prestaciones) es del todo punto rechazable y opuesto a la esencia o finalidad de la propia institución de la revisión de oficio, que como mecanismo excepcional únicamente debe ser accionado cuando esté en juego la presencia de graves efectos contrarios al ordenamiento jurídico que deben ser interrumpidos a futuro y eliminados del pasado, y nunca para servir de ropaje jurídico a la convalidación de los efectos del acto anulado, lo cual va a acontecer casi necesariamente en todos aquellos casos de contratos de tracto único en los que el contratista ha satisfecho las prestaciones ordenadas por la Administración a su plena satisfacción.

A sensu contrario podría argüirse que bastaría con los efectos liquidatarios previstos en el artículo 42.1 LCSP para restituir el enriquecimiento injusto de la Administración mediante la restitución del valor de lo entregado junto con los daños y perjuicios que se habrán causado en el más que frecuente supuesto de que fuese la Administración quien ostentase la culpa del vicio de nulidad, y en presencia de la buena fe del contratista.

Y sin embargo esto no es así en la mayor parte de las sentencias contencioso-administrativas que se tendrá la oportunidad de examinar y en las que en el fondo se parte de la idea contraria: que, por la simple aplicación de las consecuencias derivadas de la nulidad del contrato, incluso con la liquidación, no resolverán los problemas de justicia material que reclama el enriquecimiento injusto de la Administración. En la STS de 29 de diciembre de 1980 se justifica en los siguientes términos:



(...) la simple invalidación abocaría a consecuencias de injusticia, lesivas además para la parte a quince no era imputable la causa de la nulidad; por, eso en ¿ales supuestas se ha venido fundando la obligación municipal de abonar el precio de la obra al contratista en el enriquecimiento injusta o el cuasi, contrate de gestión de negocios de la Administración y el ejercicio de una "actio in rem verso (...)"

En opinión del profesor REBOLLO PUIG<sup>13</sup> la razón por la que los órganos contencioso-administrativos, ante las prestaciones realizadas en virtud de un contrato nulo o anulable, acuden sistemáticamente a la teoría del enriquecimiento injusto de la Administración no es porque consideren equivalentes la actio in rem verso y la de restitución de la validez del contrato, sino, al contrario porque encontrándolas diferentes se **preocupan preferentemente, al igual que las partes, de los efectos patrimoniales reales y no tanto del dogma quod nullum est nullum effectum producit, y porque se atiende de forma más exclusiva a la justicia de la solución que evita el enriquecimiento sin causa, que a proclamar la destrucción de los efectos del contrato declarado inválido, que pasa por tanto a un segundo plano.**

Veámoslo en diversos ejemplos que nos ofrece la jurisprudencia:

En la STS, sec. 7ª, S 22-05-2000, rec. 1186/1994

---

13 Rebollo Puig, M. "El enriquecimiento (...)", *op. cit*



*TERCERO.- (...) Tomando en consideración lo expuesto en la sentencia impugnada y lo que en el recurso se argumenta, el motivo debe ser desestimado, ya que la circunstancia de que en los antecedentes jurisprudenciales se aluda a un contrato verbal o escrito y a la intervención de la autoridad aparentemente legitimada no impide ni desvirtúa que en el supuesto de autos se deduzca de los hechos probados la existencia de un cuasi contrato de gestión de negocios ajenos entre la Corporación demandada y la sociedad reclamante que constituye fuente de la obligación de pago que la sentencia impugnada reconoce. La existencia de obra efectivamente construida se ve sustituida en el caso ahora examinado por la realidad de unos gastos de montaje y desmontaje de instalaciones y de unos costes por aparcamiento de vehículos retirados por la grúa municipal, ya que no hay obra alguna encargada por el Ayuntamiento de Ceuta, sino deber de responder por unos gastos realizados con ocasión de la instalación de los recintos feriales en unos terrenos cedidos en explotación por la Junta del Puerto a "S., S.A." para servicio de aparcamiento, sustitución de un elemento accidental que no impide la aplicación de la doctrina del cuasi contrato de gestión de negocios ajenos y de la teoría del enriquecimiento injusto (...)".*

En la STS, sec. 7ª, S 30-09-1999, rec. 3836/1994, se admite la nulidad del contrato pero se resuelven las prestaciones de reclamación no en virtud de la acción de restitución vinculada a la declaración de nulidad sino en virtud del principio del enriquecimiento injusto:



*(...) Este sólido argumento del representante procesal de la Administración del Estado tiene en su contra que el debate se desarrolla a estas alturas dentro del estricto cauce del recurso de casación y en este sentido conviene señalar que la sentencia acepta -acorde en esto con la Administración demandante- que sí son nulos de pleno derecho los contratos que están en el origen del proceso, de modo que en ningún momento establece que en ellos tenga su origen la legalidad de las deudas reconocidas, sino que ésta la basa directamente en el hecho por nadie negado de que las obras a las que se refieren los reconocimientos han sido efectivamente realizadas, por lo que si no fueran satisfechas por el Ayuntamiento se produciría un enriquecimiento injusto . Esta fundamentación sustancial de la sentencia no ha sido debidamente combatida, lo que nos obliga a desestimar los motivos.*

**4).- OPOSICIÓN A LA NECESIDAD DE ACUDIR A LA REVISIÓN DE OFICIO POR SER CONTRARIA AL PRINCIPIO *NEMO AUDITUR TURPITUDINEM PROPIAM ALLEGANS* COMO CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE Y CONFIANZA LEGÍTIMA ASÍ COMO A LA EQUIDAD COMO LÍMITE A LAS FACULTADES REVISORAS.**

La traslación al ámbito administrativo del principio *nemo auditur turpitudinem propiam allegans* desde su configuración original estrictamente civil (arts. 1305 y 1306 Código Civil), ha dado lugar a numerosos ejemplos de nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa que lo ha conceptualizado como un principio



en virtud del cual no puede la Administración alegar las ilegalidades cometidas por ella para obtener un comportamiento que le beneficia (en puridad tampoco puede hacerlo el administrado cuando su conducta sea la que genera la invalidez del acto administrativo). Así por ejemplo la STS de 23 de diciembre de 1986 proclama que "(...) *los defectos de forma no pueden ser alegados por la Corporación causante de los mismos*".

Bien es cierto que la aplicación de este principio entendido como obstáculo al régimen de revisión de oficio ha sido objeto de fundamentadas críticas<sup>14</sup> por exceder del ámbito en el que se encuentra positivizado al menos parcialmente en nuestro derecho (art.115.3 LPAC, sobre la interposición de los recursos administrativos: *los vicios y defectos que hagan anulable a un acto no podrán ser alegados por quien los hubiesen causado*) y sin embargo no es preciso restarle toda su eficacia informadora para resolver los problemas de la

---

14 Rebollo Puig, M: "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans en la jurisprudencia contencioso-administrativa*". Documentación Administrativa núm 263-264 (mayo-diciembre 2002). Señala a tal efecto el autor que: "*En la inmensa mayoría de los casos los vicios de los actos administrativos son exclusivamente debidos a la propia Administración y que si la Administración puede revisar de oficio sus actos nulos e impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa sus actos anulables es porque puede alegar los motivos de invalidez que ella misma originó (...), este nemo auditur inventado por la jurisprudencia contencioso-administrativa, no solo no tiene fundamento sino que es contrario al Derecho positivo (...)*"



contratación verbal puesto que el principio del "*nemo auditur*" puede presentarse como una concreción de los principios de buena fe y confianza legítima<sup>15</sup> consagrados hoy como principios informadores de la actuación de las Administraciones Públicas (art. 3.1 LRJSP), y que junto a la proclamada equidad como límite a las facultades de revisión de los actos nulos y anulables (art. 110 LPAC), se encuentran en la base del juicio de ponderación que la jurisprudencia contencioso-administrativa utiliza para dotar de eficacia parcial a la contratación inválida, orillando la declaración formal de nulidad, y fundamentando la acción del contratista en el enriquecimiento injusto.

Veamos como este razonamiento subyace en la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 30 de marzo de 1984 (y confirmada en casación por la STS de 22 de marzo de 1988), cuando impide que el Ayuntamiento demandado pueda alegar un vicio formal para rechazar el abono de la revisión de precios señalando que "*(...)el hecho de que la Autoridad u órgano que celebró el contrato no dictase resolución al efecto, en modo alguno puede perjudicar a quien, como la recurrente, es ajena a tal omisión o incumplimiento de obligaciones legales, como específicamente nos enseña el art. 115.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo cuando recoge el principio jurídico de que: «Nemo auditur propter turpitudinem allegans»;* por lo cual

---

15 Sainz Moreno, F: "*La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados*". RAP, 89. 1979.



*desestimado queda este primer alegato de la Administración”.*

**5).- INADECUACIÓN DE LA REVISIÓN DE OFICIO PARA DECLARAR LA INVALIDEZ DE LA CONTRATACIÓN VERBAL. INEXISTENCIA DEL CONTRATO. EL CARÁCTER FORMAL DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.**

Frente al carácter marcadamente antiformal o espiritualista que se proclama de la contratación en el ámbito civil, nuestro Derecho Administrativo ha declarado de forma reiterada el carácter formal de la contratación administrativa<sup>16</sup>. Este carácter formal se articula a través de dos manifestaciones. La primera de ellas es la necesidad de observar y desarrollar un procedimiento administrativo que disciplina las decisiones de la Administración en cuanto al inicio, desarrollo y culminación de la adjudicación de un contrato; y la segunda es la necesaria materialización documental de dicho contrato; requisito este que viene impuesto en el vigente artículo 37 LCSP, al exigir que los contratos que celebren las Administraciones Públicas se formalicen de acuerdo con lo previsto en el artículo 153 (con la salvedad del expediente previsto para el contrato menor en el artículo 118 LCSP).

La formalización de los contratos administrativos es, además, desde la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de

---

16 Vicente González, J.L.: *“Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local”*. RAP núm. 168. 2005.



Contratos del Sector Público, elemento constitutivo y requisito imprescindible para considerar que un contrato ha sido válidamente celebrado y que consitituye fuente de obligaciones, puesto que mediante su formalización se produce la perfección del contrato.<sup>17</sup>

Y como corolario necesario a la declaración del carácter formal de la contratación pública nos encontramos con la prohibición de contratar verbalmente, salvo los supuestos de urgencia, contenida en el artículo 37.1 LCSP.

En cuanto al procedimiento previsto para la revisión de los actos nulos, el artículo 106 LPAC exige que la misma se proyecte sobre actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1 LPAC.

Los actos que ponen fin a la vía administrativa son los definidos en el artículo 114 LPAC, previsión que el ámbito local debe ponerse en relación con el artículo 52.2 LRBRL en virtud del cual ponen fin a la vía administrativa las resoluciones del Pleno, del Alcalde y la Junta de Gobierno Local así como las de aquellas autoridades y

---

<sup>17</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 LCSP las excepciones a la regla general de la perfección del contrato mediante la formalización están referidas a los contratos menores, los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada que se perfeccionarán de conformidad con la legislación por la que se rijan y los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, que mantienen la perfección con su adjudicación.



órganos inferiores en los casos que resuelvan por delegación del Alcalde, del Presidente o de otro órgano cuyas resoluciones pongan fin a la vía administrativa; y en último lugar las de cualquier otra autoridad u órgano cuando así lo establezca una disposición legal.

Por tanto, para acudir al procedimiento de revisión de oficio de actos en la Administración Local se hace preciso vincular de forma indubitada el acto al órgano administrativo que lo ha dictado, lo cual únicamente puede producirse en aquellos casos en los que el acto administrativo se exterioriza a través de la forma escrita, que es de ordinario la regla general en cuanto a la forma de los actos administrativos impuesta por el artículo 36 LPAC, debiendo realizarse, además, a través de medios electrónicos.

Es cierto que la propia LPAC, como antes hiciera la LRJPAC-92, permite bajo determinados requisitos la expresión verbal de determinados actos administrativos, si bien en el caso de actos administrativos que tengan la consideración de resoluciones, con actos finalizadores del procedimiento, se exige que el titular del órgano que ostente la competencia autorice de forma escrita la relación de los actos que hubiera dictado verbalmente.

Al relacionar estas consideraciones con todos aquellos supuestos en los que nos encontramos con prestaciones realizadas a la Administración mediante meros encargos verbales requeridas por agentes de la Administración que carecen de competencia material (funcionarios, directores facultativos de obra, concejales-delegados sin



atribuciones para dictar actos que vinculen a terceros), difícilmente puede admitirse que proceda revisar un acto administrativo o un contrato, que serán inexistentes.<sup>18</sup>

Tampoco parece que pueda argumentarse en este punto que en la contratación verbal existe un acto administrativo tácito<sup>19</sup> en cuanto que comportamiento o conducta que revela concluyentemente una posición intelectual previa de la Administración, por cuanto aún en la consideración de que ha existido un auténtico acto administrativo, no es posible imputar su producción a un órgano determinado cuando quien ha manifestado la voluntad de la Administración no es el titular del órgano de contratación, y por tanto la calificación del acto que se pretenda revisar como finalizador de la vía administrativa no es sino una mera presunción, incompatible con el carácter tasado que dichos actos tienen en el ámbito de la contratación pública local.

Un caso extremo lo encontramos en la STS 11 de julio de 1997: Se admite la doctrina del enriquecimiento sin causa aun cuando las órdenes verbales que habían generado la confianza legítima en el contratista habían

---

<sup>18</sup> Martínez Hellín, J: "*Contratación verbal y enriquecimiento sin causa: posición crítica con respecto a la necesidad de acudir a la revisión de oficio.*" Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, ISSN 0210-2161, Nº. 8, 2019, págs. 113-126

<sup>19</sup> García de Enterría, E, y Fernández Rodríguez, T.R: "*Curso de Derecho Administrativo*", Tomo I. Civitas. 2017, pág 593.



sido realizadas por un sujeto privado- la Unión Deportiva las Palmas- y ante el consentimiento y ausencia de oposición del Ayuntamiento se obliga a la Administración a soportar la obligación de reparar el perjuicio patrimonial causado al contratista.

Pretender en un supuesto como el reseñado que se deba acudir a la revisión de oficio de un contrato perfeccionado con la voluntad de un sujeto privado carente de la condición de agente de la Administración, supone extender la naturaleza de acto administrativo a manifestaciones que en su forma carecen de cualquier elemento que las pueda configurar como tales, y por tanto resulta innecesario acudir a la revisión de oficio para subsanar aquello que puede ser reparado desde las obligaciones nacidas del principio del enriquecimiento sin causa y la *actio in rem verso*.

A esta misma conclusión llega el Consejo de Estado en su **Dictamen nº 842/2017 al considerar que acudir al procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos, ante la reclamación del pago de facturas que carecen de soporte contractual previo, para proceder a continuación al reconocimiento de los daños irrogados al contratista, carece de sentido por considerar de difícil encaje conceptual la figura de la revisión de oficio cuando el acto administrativo que pretende declararse nulo (la adjudicación) es inexistente:**

*"(...) en efecto, existió dicho contrato menor y que, extinguido el mismo, y mientras se tramitaba la*



*celebración de un contrato no menor con el mismo objeto y mayor duración, no se interrumpió la prestación del servicio (...)*

*En esta situación, entiende el Consejo de Estado que, como indicara, entre otros, el dictamen nº 1.019/95, "a nada conduce -antes bien, sería una formulación artificiosa- declarar la nulidad de una inexistente adjudicación contractual, pues aunque pudiera hacerse tal construcción, subsistiría la obligación de la Administración de satisfacer el precio del suministro".*

*(...)*

*No obstante lo anterior, estima el Consejo de Estado, cuyo parecer coincide con el expresado por los órganos preinformantes, que existe por parte de la Administración la obligación de abonar a la entidad interesada los trabajos efectuados (...)"*

**6).- EL PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO FUENTE DE DIRECTA DE LAS OBLIGACIONES DE RESTITUCIÓN EN LOS SUPUESTOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR, LA ACTIO IN REM VERSO Y SU EJERCICIO A TRAVÉS DEL RECONOCIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE CRÉDITO.**

Podemos definir el reconocimiento extrajudicial de créditos se define como un procedimiento legalmente establecido que permite dar cabida en el presupuesto del ejercicio, al reconocimiento de obligaciones exigibles



frente a la administración derivadas de servicios no prestados en el ejercicio del presupuesto que se tramita, sin tener que recurrir a la vía judicial para la resolución de los conflictos planteados por los proveedores de dichos servicios<sup>20</sup>.

No se trata por tanto de un título de imputación de obligaciones frente a la Administración sino más bien de un procedimiento, muy escasamente regulado en sus trámites (art. 60 RD 500/1990), a utilizar en casos puntuales, al suponer una ruptura de los principios de anualidad presupuestaria y limitación cuantitativa de los créditos, principios recogidos en el art. 163 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales - TRLRHL y 2 del RD 500/1990.

El citado artículo 60 RD 500/1990 se limita a establecer con respecto al reconocimiento extrajudicial de créditos que corresponderá al Pleno *"el reconocimiento extrajudicial de créditos siempre que no exista dotación presupuestaria (...)"*.

Nada más añade el TRLRHL ni el RD 500/1990 sobre el reconocimiento extrajudicial de créditos, por lo que más allá de establecer la regla atributiva de la competencia para la adopción del acuerdo de reconocimiento, debemos acudir a la doctrina y la jurisprudencia para examinar los supuestos y requisitos sustantivos que

---

20 Bort Albarracín, I: *"El reconocimiento extrajudicial de créditos en el ámbito local"*. Revista de Derecho Local El Derecho, nº 12, pg. 2. Octubre 2013.



deben concurrir para poder acudir a este procedimiento excepcional de reconocimiento de obligaciones.<sup>21</sup>

Si consideramos que el reconocimiento extrajudicial de créditos es el cauce formal y presupuestario previsto por el ordenamiento jurídico para la realización de pagos que traen causa de actos administrativos inválidos, el principio del enriquecimiento sin causa es el fundamento jurídico sustantivo que ha venido fundamentando la imputación de este tipo de obligaciones a la Administración.

Es importante a estos efectos que seamos capaces de distinguir en la perspectiva o vertiente externa del gasto público<sup>22</sup> entre la validez del título jurídico que da lugar

---

21 Bien es cierto que, en estos casos, previo al inicio del expediente de reconocimiento extrajudicial se habrá formulado reparo basado, bien en la insuficiencia/inadecuación del crédito (art. 216.2.a) TRLRHL) o bien en la omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales (art. 216.2.c) TRLRHL). En estos casos, la tramitación de las facturas supondrá el previo levantamiento de los reparos por inexistencia de crédito/omisión de trámites esenciales, siendo el Pleno el órgano competente para ello.

22 Carretero Espinosa de los Monteros, C: "*El procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos (...)*", op. cit. Se señala que todo gasto público tiene dos vertientes, la interna que es la consecuencia de la decisión administrativa de usar los fondos públicos para satisfacer una necesidad pública, previo el oportuno procedimiento administrativo; y la externa, por la que el gasto público genera vínculos jurídicos con terceros, que son el cauce a través del cual el Estado



a las obligaciones, y la exigibilidad de las mismas frente a la Administración.

Esto es, cabe pensar en un título jurídico válido como fuente de obligaciones frente a la Administración, pero que se encuentra confrontado en su efectiva imputación al Presupuesto por las normas que regulan la exigibilidad de las obligaciones frente a la Hacienda Pública.

Véase a este efecto el artículo 20 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, cuando señala que *"las obligaciones de la Hacienda Pública estatal nacen de la ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según derecho, las generen"*, precisando en su artículo 21 que *"sólo son exigibles cuando resulten de la ejecución de los presupuestos, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, de sentencia judicial firme o de operaciones no presupuestarias legalmente autorizadas."* Una precisión de este tipo hubiese sido recomendable para la Hacienda Local en el artículo 173.1 TRLRHL.

La referencia a los actos o hechos que, según derecho, los generen, permite comprender por la alusión genérica al "Derecho", a todas aquellas obligaciones nacidas en virtud de un principio general, como lo sería el caso del principio que proscribía el enriquecimiento injusto.

---

obtiene los bienes y servicios que precisa para la satisfacción de las necesidades públicas.



El artículo 20 LGP distingue perfectamente entre la fuente del nacimiento de las obligaciones, que se produce completamente al margen y con independencia de las previsiones presupuestarias, y las condiciones para su exigibilidad del pago frente a la Hacienda Pública, a lo que se refiere expresamente el artículo 21 LGP.

En síntesis, el enriquecimiento sin causa de la Administración hace nacer obligaciones a cargo de la Administración por derivar (ex art. 20 LGP) de los hechos que "según el Derecho" las generan.

Tal y como señala REBOLLO PUIG<sup>23</sup> estos hechos, que son hechos jurídicos bajo la forma de principio general del derecho, son de por sí suficientes, aunque necesiten de ciertas operaciones para su pago, operaciones que también son obligadas para la Administración, y que en el caso de la Administración Local se identifica con un cauce específico contenido en el artículo 60 del RD 500/1990 para el reconocimiento extrajudicial de créditos.

Este mismo razonamiento se contiene en el Dictámenes del Consejo de Estado de 21 de febrero de 1985:

*"(...) la obligación de indemnización b...una obligación válida bajo el artículo 42 LGP. Otra cosa b que sea inmediatamente exigible conforme al artículo 43 siguiente. Y no lo b por falta de consignación presupuestaria, la referida Ley contiene los mecanismos*

---

<sup>23</sup> Rebollo Puig, M. "El enriquecimiento (...)", op. cit.



*necesarios para dotarla de contenido real...Consecuentemente no existe obstáculo-desde el punto de vista de la legislación financiera del Estado- a la concesión de la indemnización”.*

A favor de esta interpretación, podemos citar la STC 63/1986, de 21 de marzo, que señala:

*“(...) los créditos consignados en el estado de gastos de los Presupuestos Generales no son fuente alguna de obligaciones; solo constituyen autorizaciones legislativas para que dentro de unos determinados límites la Administración del Estado pueda disponer de los fondos públicos necesarios para hacer frente a sus obligaciones. La fuente de éstas debe buscarse fuera de dichas consignaciones presupuestarias, ya sea en la Ley, ya en los negocios jurídicos o en los actos o hechos que, según Derecho, las generen (...)”.*

En consecuencia, la apreciación de un vicio de nulidad en la actuación administrativa no supone juicio alguno sobre la existencia o inexistencia de una obligación o deuda con la Administración frente a un tercero, pues ésta puede haber nacido de cualquiera de las fuentes de las obligaciones que señala el ordenamiento jurídico.<sup>24</sup>

A partir de estos razonamientos, el procedimiento para el reconocimiento extrajudicial de créditos se configura

---

<sup>24</sup> De conformidad con el artículo 1089 del Código Civil: *“Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. ”*



como un mecanismo que permitiría a las Administraciones Públicas, excepcionando el principio de temporalidad de créditos, hacer frente a gastos correspondientes a ejercicios anteriores o al vigente que no han podido tramitarse de forma ordinaria debido a la presencia de vicios de invalidez (ausencia de crédito, omisión del procedimiento legalmente establecido).

El fundamento material de este procedimiento o la fuente que origina la exigencia de la obligación de la Administración de proceder al pago no es otro que la doctrina relativa a la prohibición del enriquecimiento injusto o enriquecimiento sin causa.<sup>25</sup>

El propio Tribunal de Cuentas en el Informe de fiscalización sobre los gastos ejecutados por las entidades locales sin crédito presupuestario de 23 de diciembre de 2013 viene a reconocer que la prohibición que veda el enriquecimiento sin causa constituye una fuente de obligaciones frente a la Administración que justifica la imputación al presupuesto vigente de obligaciones contraídas sin crédito presupuestario:

*"La necesidad de establecer un procedimiento especial para la imputación de las obligaciones contraídas sin crédito presupuestario se motiva por la obligación que tiene la Administración de imputar todos los gastos a presupuesto y abonarlos, en aplicación de la teoría general de las obligaciones del derecho civil (art. 1089)*

---

25 Carretero Espinosa de los Monteros, C: "El procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos (...)", op. cit.



*y de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que impide el enriquecimiento injusto”.*

En virtud de los razonamientos anteriores numerosas sentencias en el orden contencioso-administrativo van a avalar la utilización del REC-procedimiento- y el principio del enriquecimiento injusto -fuente de la obligación- para responder de las prestaciones derivadas de contratos nulos:

Podemos citar la STSJ CAT 4380/2020 que ratifica la validez del acuerdo plenario de reconocimiento extrajudicial de créditos que abría el paso al pago para evitar el enriquecimiento injusto:

*En el presente supuesto, a la vista de la naturaleza de los débitos que motivaron el acuerdo plenario municipal, resulta evidente la sinrazón y la desproporción que supone, remitir el pago a los proveedores al previo procedimiento de la revisión de oficio, ex art. 102 de la Ley 30/92 -y con posterioridad, art. 106 de la Ley 39/15-, y ello cuando por demás no consta de qué situaciones contractuales pueda tratarse exactamente, siendo de cualquier modo ínfimas las cuantías concernidas (en el caso de la deuda contraída con el ACA, que supone más del 50 % de la total deuda, la demanda no suscitó ninguna cuestión al respecto, de modo que ese débito no ha sido objeto de debate).*



**6.1).- Desarrollo de la doctrina del enriquecimiento sin causa como fuente directa de la obligación de restituir el daño y abonar las prestaciones recibidas.**

*"E aun dixeron-los sabios antiguos- que ninguno no deue enriquecerse torticeramente en daño de otro"*

**(Partida 7, 34, 17)**

La institución del enriquecimiento<sup>26</sup> sin causa no llega en origen a nuestro Código Civil, al contrario que los Códigos de influencia germánica y no francesa, si bien mediante la reforma introducida en 1974 se reconoció en el artículo 10.9, párrafo 3º, que en el enriquecimiento sin causa se aplicaría la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial a favor del enriquecido; lo que ha servido para que se haya podido considerar que mediante dicha reforma se positiviza el principio como fuente directa de obligaciones.<sup>27</sup>

---

26 En cuanto a los orígenes de la teoría del enriquecimiento sin causa los mismos se remontan al Derecho Romano a través de un texto del Digesto atribuido a Pomponio, apareciendo la regla en nuestro derecho histórico a través de las Partidas (7ª, lib XVII, tít. 34): *"Ninguno non debe enriquesezer tortizeramente con daño de otro.*

27 Albaladejo García, M: *"Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Volumen primero. La obligación y el contrato en general."* Ed. Bosch. 1983, pág. 273.



Conviene, antes de desarrollar el principio del enriquecimiento injusto como mecanismo de reacción frente a la contratación administrativa irregular, precisar cómo opera la eficacia jurídica de los principios generales del derecho en nuestro ordenamiento jurídico, (siguiendo en este punto a BELADIEZ ROJO<sup>28</sup>).

Los principios generales del derecho se caracterizan por ser un tipo de prescripción jurídica particular: no son una proposición jurídica que contenga el concreto supuesto de hecho que activa su aplicación ni tampoco una concreta sanción jurídica derivada de su incumplimiento.

El mandato jurídico que de los principios generales se deriva es muy general, y se identifica con el deber de respetar el valor jurídico que el principio contiene, en nuestro caso en el enriquecimiento injusto se dirige a proteger la lesión de la buena fe del contratista e incluso la equidad en las operaciones comerciales.

De esta manera los efectos normativos se reducen a imponer a todos los sujetos de la comunidad jurídica, ya sean sujetos privados o de naturaleza pública, el deber de actuar respetando el valor jurídico contenido en el mismo. Su mandato jurídico se traduce en la imposición de un genérico deber de carácter negativo que prohíbe actuar en contra del valor por él consagrado.

---

<sup>28</sup> Beladiez Rojo, M: "*Los principios jurídicos*". Cuadernos Civitas. 2010.



Por ello, a diferencia de las demás fuentes del Derecho, los principios generales de derecho no nos van a ofrecer un título jurídico que permita crear derechos subjetivos activos, sino que de los mismos se derivan los llamados derechos subjetivos reaccionales o impugnatorios, dirigidos a corregir la actuación ya consumada por la que se haya procedido en contra del principio jurídico cuestionado.

Sin perjuicio de lo anterior lo cierto es que el principio general del enriquecimiento sin causa ha sido aplicado frecuentemente en nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, no solo como un instrumento por el que se trasplantan las soluciones de ámbito civil al administrativo, sino que en su aplicación se le han otorgado caracteres que lo han convertido en un principio propio y específico del derecho administrativo.

### **6.1.1).- El desarrollo de nuestra exposición exige profundizar en las diferencias con figuras afines: RAP y negotiorum gestio**

Como criterios que permiten distinguir el enriquecimiento injusto de la responsabilidad por daños, responsabilidad extracontractual o aquiliana y en definitiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración<sup>29</sup>, podemos citar los siguientes:

---

29Albacar López, J.L y Santos Briz, J.: "Código Civil, doctrina y jurisprudencia, VI". 2ª de. Madrid. 1991, p. 806.



1.- La pretensión por daños se orienta siempre al agente provocador, mientras que la pretensión de enriquecimiento se encamina al enriquecido sin causa.

2.- La pretensión por daños necesita fijar una relación causa efecto entre el agente provocador y el daño, en el enriquecimiento injusto se fija una relación entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido.

3.- En la primera el resarcimiento se extiende al daño total, en el enriquecimiento injusto tiene su objeto y medida en la cuantía exclusiva del enriquecimiento.

Lo fundamental es que la acción de responsabilidad ampara la pretensión de reparación de daños y perjuicios, sin que sea necesaria la obtención de un beneficio por parte responsable, y de existir, ello no tendría relevancia en orden a determinar la exigencia de responsabilidad.

En el enriquecimiento injusto, en cambio, no se persigue necesariamente dejar indemne al actor, sino atribuirle o asignarle el valor de una ganancia patrimonial que otro ha recibido a su costa sin mediar causa que la justifique.

En la responsabilidad patrimonial se traslada de un patrimonio que inicialmente ha sufrido un daño a otro las consecuencias económicas de dicho daño; en el enriquecimiento injusto se traslada de un patrimonio a otro el valor de la ventaja o beneficio recibido.

No toda situación de incremento patrimonial sin causa y resarcible a través de la actio in rem verso supone



necesariamente una lesión en la esfera jurídica patrimonial del sujeto empobrecido.

Pensemos en la utilización por parte de la Administración, sin título alguno, de un terreno yermo propiedad de un particular para el desarrollo de una actividad pública por la que se ingresan tasas o precios público, y que tras su uso se devuelve al uso por su propietario.

Se habrá producido un enriquecimiento injusto por parte de la Administración, pero puesto que el terreno, que carecía de uso o rendimiento alguno, se devuelve sin menoscabo a propietario, este no podrá justificar un daño efectivo e indemnizable a través del instituto de la RAP.

**En los casos en los que los daños causados a un particular se traduzcan en un enriquecimiento patrimonial de la Administración se podrían distinguir las siguientes situaciones<sup>30</sup>:**

1).- Que el daño (daño emergente y lucro cesante) causado al particular sea superior al enriquecimiento sin causa de la Administración. En este caso la acción de responsabilidad permitirá un restablecimiento más completo e integral que si exclusivamente se ejercita la actio in rem verso.

2).- Si el daño sufrido por el particular es menor que el enriquecimiento de la Administración, y puesto que

---

30 Rebollo Puig, M. "El enriquecimiento (...)", op. cit.



mediante la actio in rem verso solo se podría reclamar el efectivo empobrecimiento del actor, resultará irrelevante (a efectos indemnizatorios) si ejercita la acción para la reclamación de la RAP o la actio in rem verso, y lo mismo ocurrirá si el daño es igual al enriquecimiento de la Administración.

Esta diferenciación puede ser útil a los efectos de determinar en qué supuestos de contratación administrativa irregular es necesario acudir a la revisión de oficio, o por el contrario procede acudir directamente a la actio in rem verso.

Puesto que el artículo 42.1 LCSP establece como efecto de la declaración de nulidad, en su caso, la obligación de la parte culpable (en este caso y puesto que se trata de actos preparatorios de exclusivo dictado de oficio por la Administración siempre tendría esta consideración) de indemnizar a la parte contraria los daños y perjuicios que haya sufrido, y que dicha indemnización se realizará, por vía de la revisión del artículo 41.1 LCSP al Capítulo I del Título V LPAC, atendiendo a las circunstancias previstas para el reconocimiento de la RAP (art. 106.4 LPAC) en la LRJSP, procedería acudir preferentemente a la revisión de oficio del contrato en aquellos supuestos en los que reclamándose por el interesado daños que se adicione al empobrecimiento sufrido, tras la declaración de invalidez del acto revisado el juego de los principios que disciplinan la RAP permita que la Administración resarza al contratista de forma íntegra (daño emergente y lucro cesante).



En cuanto a la equiparación de la acción por enriquecimiento injusto a la *negotiorum gestio*, encuadradas ambas figuras en la categoría de los cuasi-contratos, la doctrina civilista más actual la rechaza. Díez PICAZO sintetiza las diferencias entre las dos figuras: La gestión de negocios supone en el gestor la *intención* de actuar en interés de otro, que es el *dominus negotii*, mientras que en el enriquecimiento injusto los aspectos subjetivos (intenciones, voluntad) no se tienen en cuenta, sólo importa la correlativa relación de patrimonios, enriqueciéndose uno y empobreciéndose el otro.

De esta manera los efectos de la gestión de negocios son siempre más amplios, pues el gestor puede reclamar el reembolso de todos los gastos que le ha originado la gestión, mientras que el objeto de la acción de enriquecimiento es la medida objetiva del enriquecimiento».

**6.1.2).- ¿Podría afirmarse que el principio del enriquecimiento injusto es una mera fuente de obligaciones subsidiaria frente a otras de carácter preferente en la contracción administrativa irregular? ¿Podemos hablar de un abuso en la invocación del principio del enriquecimiento injusto?**

Sobre la alegación de la intervención subsidiaria del principio del enriquecimiento injusto frente a la acción para declarar la nulidad y la acción restitutoria expresamente previstas en materia contractual en el



artículo 42 LCPS, diremos que sin lugar a dudas en nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa el restablecimiento de los daños causados por una actividad irregular de la Administración es prioritario a la declaración de nulidad de la actividad de la propia Administración que la hubiere causado.

Prima la acción de restitución frente a la acción para declarar la ilegalidad de la actividad administrativa irregular. Ello ha sido claro cuando se ha afirmado la autonomía de la RAP frente a la declaración de nulidad del acto administrativo causante del daño: Así la STS 17 de julio de 2000 (rec.736/1997 ) que, tras reiterar que: *"no parece necesario abundar en razones explicativas de la antijuridicidad del daño causado por el desembolso de determinadas cantidades en concepto de gravamen complementario sobre la tasa de juego, pues tal abono se produjo exclusivamente en virtud de lo dispuesto por el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio , declarado inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre , de manera que quienes lo efectuaron no tenían el deber de soportarlo", señala que "si no hubieran impugnado jurisdiccionalmente las liquidaciones de dicho gravamen complementario, los interesados tienen a su alcance la vía de pedir, en cualquier momento, la revisión de tal acto nulo de pleno derecho, como prevé el mencionado artículo 102 de la Ley de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común , y, simultánea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revisión, están legitimados para exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador, pero también pueden utilizar directamente esta acción, ya que no cabe*



*imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, a fin de dejarlos sin efecto, y sólo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, cuando son las propias Administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y el ciudadano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y a las leyes”.*

Éste es el problema planteado en la STS de 30 de septiembre de 1999 en la cual un Ayuntamiento, ante la ejecución de unas obras que habían sido adjudicadas por órgano incompetente, en este caso el alcalde, sin procedimiento alguno y sin consignación presupuestaria, y ante la imposibilidad de subsanar dicha deficiencia, opta, para atender a su pago, por tramitar un expediente de reconocimiento de deuda.

Ni el Tribunal de instancia ni el Supremo admitieron la vía de la revisión de oficio, señalando este último la precitada sentencia que *“sí son nulos de pleno derecho los contratos que están en el origen del proceso, de modo que en ningún momento establece que en ellos tenga su origen la legalidad de las deudas reconocidas, sino que ésta la basa directamente en el hecho por nadie negado de que las obras a las que se refieren los reconocimientos han sido efectivamente realizadas, por lo que si no fueran satisfechas por el ayuntamiento se produciría un enriquecimiento injusto”.*



En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Andalucía, de 22 de febrero de 2018, cuando señala que el fundamento de la obligación de restablecer el equilibrio patrimonial no deriva de un acto administrativo cuya nulidad haya de declararse previamente, sino del consentimiento de la Administración sobre su ejecución y la ausencia de oposición en vía administrativa que dotaba a la relación jurídica convenida -aunque fuese tácitamente- de apariencia de legalidad generando, en consecuencia, confianza legítima en la otra parte contratante, quien, al ejecutar dichas obras sin oposición de la Administración, tenía la esperanza fundada de recibir la correspondiente contraprestación.

En esta misma sentencia ya se cita a la STS, de 9 de octubre de 1987, donde de forma clara se afirma que a pesar de que la Administración haya obviado la totalidad de las formalidades precisas para llevar a cabo la contratación, no se puede negar que resulta de la propia conducta de la Administración que se genere en el contratista la legítima confianza de que se existe un nexo obligacional con la Administración y eso *"no puede acarrear su ineficacia absoluta y carencia total de efectos, siendo de destacar que en la sentencia de 8 de febrero de 1983 se aplica esta misma doctrina a un caso en el que faltaba la preceptiva cobertura presupuestaria"*

A la doctrina del enriquecimiento injusto también se refiere la STS de 23 de marzo de 2015, que ha resumido la jurisprudencia sobre la materia cuando señala:



*“el enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de otra. Con ello se originan unos efectos sin causa-enriquecimiento y empobrecimiento- al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara”.*

Los efectos de la nulidad-destrucción de los efectos propios del contrato nulo- ceden ante la aplicación del enriquecimiento injusto como fundamento del reconocimiento al abono de las facturas derivadas de la prestación realizada.

La jurisprudencia prescinde del efecto de la declaración de la nulidad del contrato, la destrucción de los efectos producidos y resuelve frecuentemente condenando a la Administración al pago de la factura reclamada por el contratista, de forma que en la práctica se mantienen completamente los efectos del contrato a pesar de su nulidad, es decir, la reciprocidad de obligaciones como si el contrato fuese válido, lo que produce en realidad una auténtica convalidación del contrato nulo, fundamentando la resolución en el principio del enriquecimiento injusto.

Un contrato nulo no puede generar ni derechos ni obligaciones derivados del mismo, ya que la destrucción de todos los efectos-futuros y pasados, ex tunc,



constituye la consecuencia que se deriva necesariamente de la declaración de nulidad. Por lo tanto, la condena al pago de las prestaciones realizadas debe tener fundamento en una institución distinta al propio contrato, que no existe, o las normas generales de la contratación, que no pueden aplicarse ya no que existe actividad contractual. Tal y como señalase la STS de 15 de diciembre de 1982, hay que situar la cuestión en términos extracontractuales, y en ellos el enriquecimiento injusto despliega sus efectos.

### **7).- PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA EL EJERCICIO DE LA "ACTIO IN REM VERSO".**

Los presupuestos para la aplicación del enriquecimiento injusto han sido fijados inicialmente por la jurisprudencia civil. Ya en la sentencia de la Sala Primera de 23 de marzo de 1966 se señalan los siguientes:

- Un enriquecimiento por parte del demandado, representado por la obtención de una ventaja patrimonial, que puede producirse por un aumento del patrimonio (*lucrum emergens*) o por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*).
- Un empobrecimiento por parte del actor, representado a su vez por un daño, que puede constituir *damnum emergens* (daño positivo) y *lucrum cessans* (lucro frustrado), del que haya sido consecuencia el enriquecimiento del



demandado.

- Falta de causa: para que la pretensión de enriquecimiento injusto prospere es preciso, como ha recordado la jurisprudencia, que se trate «de un enriquecimiento sin razón o que haya una falta de derecho o de justicia para que el enriquecimiento se produzca».

Es preciso, pues, que el empobrecimiento del actor y correlativo enriquecimiento de la Administración pública no derive de una obligación o carga legal que pese sobre el demandante (24), ni del cumplimiento de prestaciones amparadas por una relación jurídica concreta, contractual o no. En estos supuestos, las operaciones que subyacen en la teoría del enriquecimiento se regulan por la propia Ley o' por el negocio concreto de que se trate, y no cabe entender aplicable la acción por enriquecimiento injusto.

- No obstante, el Consejo de Estado francés ha llegado a aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto para reembolsar los gastos de prestaciones suplementarias no previstas en el contrato inicial, aunque se exige un cierto consentimiento por parte de la Administración (25).
- Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa: exigiendo también la jurisprudencia, para aplicar las normas de equidad y de Derecho que informan la prohibición de enriquecerse a costa de otro, como requisitos esenciales, la adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado, que



puede producirse tanto por un aumento del patrimonio (*lucrum emergens*) como por una no disminución del mismo (*damnum cessans*).

Sobre la exigencia de específicos requerimientos cuando el enriquecido es una Administración Pública se han añadido, de forma generalmente admitida en el Derecho comparado los siguientes:

1.- Sobre el enriquecimiento estrictamente patrimonial ha de existir una utilidad real para la Administración desde el punto de vista de los intereses generales que tiene confiados.

En efecto subordinación de la actuación de la Administración a la consecución de los intereses generales en los términos previstos en el artículo 103 CE implica que no cualquier ventaja patrimonial supone un beneficio efectivo en el cumplimiento de sus fines institucionales. La adquisición de un bien suntuario, por ejemplo, puede enriquecer a una persona jurídico-pública y sin embargo carecer de utilidad alguna para el cumplimiento de un fin público.

2.- El segundo de los requisitos que se encuentra presente para la correcta estimación de la actio in rem verso frente a la Administración es el relativo a que deba existir algún tipo de aceptación previa por parte de la Administración en relación con la actividad desplegada por el empresario y cuyo resarcimiento se reclama.



La Administración no puede enriquecerse en su ignorancia y ha de tener la oportunidad de oponerse a la actuación del tercero que la ha enriquecido. El Consejo de Estado francés ha reconocido como admisible tanto el asentimiento explícito, tácito o simplemente presunto de la Administración cuando conoce la actividad del empobrecido o controla la ejecución.

Por lo tanto, es razonable entender que en la aplicación del actio in rem verso frente a la Administración exige que haya mediado una suerte de reconocimiento o asentimiento por parte de la Administración, aun cuando éste provenga de contratos que se han revelado nulos, y por el contrario se niegue el derecho al resarcimiento cuando se trata de prestaciones espontáneas del actor, salvo que se las reconozca como indispensables. Entender lo contrario significaría admitir que quedase a merced de cualquier particular emprendedor y de su entendimiento de lo conveniente a los intereses generales en cada momento y circunstancia.

### **Preferencia de la actio in rem verso para hacer revertir el enriquecimiento injusto frente a los límites a la revisión del artículo 110 LPAC**

La aplicación de los límites a la potestad de revisión previstos en el artículo 110 LPAC, haciendo valer con preferencia los principios de buena fe y equidad sobre el principio de legalidad, no solo permiten resolver la situación generada por los hechos consumados que se traducen en la prestación del contratista a favor de la Administración sino que provocan necesariamente el



mantenimiento a futuro y en su integridad la relación contractual.

Ello pudiera resultar intrascendente en los contratos de obra y todos aquellos de tracto único, pero en los contratos de servicios y suministros, y especialmente en los contratos concesionales, de tracto sucesivo, son superiores los inconvenientes derivados de mantener la vigencia de contratos en los que el empresario ha sido seleccionado de forma arbitraria o irregular.

Mantiene REBOLLO PUIG<sup>31</sup> que en estos supuestos no hay motivos para llevar tan lejos la protección al contratista, teniendo en cuenta que los vicios pueden radicar en el mismo contenido del contrato o incidir indirectamente en él, sin que exista garantía de su adecuada respuesta al interés público al que deberían subordinarse, y con frecuencia, en especial en la contratación verbal, no habrá quedado correctamente determinado ni su objeto, ni su extensión, plazo de duración o condiciones de ejecución, y sobre todo, el precio que se reclama como contraprestación.

Por ello señala el citado autor que la *actio in rem verso* si sirve a la exclusiva condena a la restitución del enriquecimiento obtenido por la Administración supera el problema si más efectos adversos, atiende a los hechos consumados sin consolidar para el futuro una situación irregular ni servir de mecanismo para sustituir la

---

31 Rebollo Puig, M. "*El enriquecimiento (...)*", op. cit..



contratación administrativa regular y conforme a la legalidad por una práctica viciosa.

Se satisfacen de esta manera la equidad con un mínimo perjuicio para los servicios públicos, en incluso permite que no se interrumpa su desarrollo normal. Para ello, no obstante, habrá de mantenerse una concepción estricta en la aplicación de la actio in rem verso en el sentido de ser únicamente apta para reclamar el importe del enriquecimiento que ha beneficiado a la Administración y empobrecido al actor, excluyendo una indemnización que se equipare a los efectos del contrato válido. A esto último ha contribuido una profusa jurisprudencia que ha identificado el enriquecimiento injusto con la consolidación de los efectos contractuales o la que acuerda declarar la invalidez del contrato ante el ejercicio de la acción de nulidad, pero que acaba identificando la acción de restitución e indemnización de daños con el importe del precio reclamado por el contratista.

**7.1.- Efectos derivados de la actio in rem verso- la restitución in natura de las prestaciones recibidas- obligación de indemnizar por el importe reclamado por el contratista a través de la factura, o bien**



**exclusivamente el valor de la atribución patrimonial desplazada sin causa.**

En la mayor parte de las sentencias en las que se estima la actio in rem verso se refieren a prestaciones de hacer en las que por su propia naturaleza no es posible la restitución in natura de las prestaciones recibidas.

No obstante, incluso en supuestos en los que la restitución in natura ha sido posible, se descarta el ejercicio de la acción de restitución prevista en la Ley de Contratos, artículo 42.1 de la vigente LCSP.

En la STS de 11 de febrero de 1991-suministro de una grúa al arsenal marítimo de Canarias- a pesar de declarar la nulidad del contrato por omisión del procedimiento establecido, se prescinde de la restitución del suministro recibido y se condena a la restitución del valor al contratista, que era lo solicitado en la demanda. La restitución del enriquecimiento de la Administración mediante la actio in rem verso se prefiere la acción de restitución prevista específicamente en la legislación de contratos y vinculada a la previa declaración de nulidad del contrato por dos razones que se nos antojan evidentes: satisfacen directamente las pretensiones del demandante en orden a la restitución de la lesión producida, y garantiza la continuidad en la prestación del servicio público al que el bien suministrado se vincula.

Díez-Picazo introduce el concepto de "*consolidación de los efectos contractuales*" como algo distinto a la



convalidación del contrato nulo, que sigue afectado por el mismo régimen de invalidez.

Se expresa de la siguiente manera: *"Esta excepcional consolidación o preservación de los efectos socialmente producidos deriva de la necesaria protección que conviene dispensar a los determinados intereses, o de la inalterabilidad de la prestación restitutoria"*. Ello trasladado a nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa implicaría en el primer caso que se identifiquen tales intereses con la protección de la buena fe y la confianza legítima del contratista, y en el segundo caso se conecta con la culpabilidad de la Administración como el agente exclusivamente responsable del vicio que determina la nulidad absoluta del contrato.

Existen continuas referencias en las sentencias sobre el enriquecimiento injusto a la buena fe del contratista o a la defraudación de la confianza legítima depositada en la apariencia de legalidad del proceder de la Administración.

Y de esta manera se dice que quien con la Administración *contrató de buena fe cumpliendo rigurosamente el acuerdo concertado y realizado las prestaciones a que se obligó (...) debe necesariamente ser correspondido con las contraprestaciones de su abono"* (STS de 10 de noviembre de 1975); y en el mismo sentido la STS de 12 de junio de 1984.

A partir de esta premisa encontramos numerosas sentencias que reconocen el derecho a la percepción total del importe de la factura reclamada:



En la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº. 4 de Murcia, Sentencia 61/2020 de 20 Feb. 2020, Rec. 77/2019, se señala lo siguiente:

*"En consecuencia, si la Administración, en este caso el Órgano Judicial penal, precisó del depósito judicial de un vehículo, es obligado el abono de los gastos devengados. A este respecto, la doctrina jurisprudencial aprecia en tales supuestos un injusto enriquecimiento de la Administración contratante. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo aboga por la procedencia del pago por la Administración en los casos de enriquecimiento sin causa derivado de la ausencia o nulidad del contrato administrativo (que no sería el caso), en todas las ocasiones en las que ha tratado la cuestión, procede, en virtud de lo expuesto, la estimación de la demanda, condenando a la Administración demandada al abono de la suma reclamada (...)"*

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia 1063/2020 de 3 Jun. 2020, Rec. 389/2018, dispone:

*"La restitución derivada de la nulidad de la ampliación del contrato de emergencias, es el precio de la obra ejecutada que ha de ser abonada sin exclusión del beneficio industrial ya que no solo no concurren las circunstancias para encajar el presente supuesto en los Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía que sirvieron para dictar la Instrucción al*



*personal de la Junta de Andalucía, referidas a la actitud de la UTE y su conocimiento sobre la ilegalidad de la contratación, sino porque es la Administración la que está sometida al principio de legalidad y está obligada a licitar los procedimientos de contratación que en cada caso procedan, por lo que esa inactuación de la administración no puede ocasionar perjuicio al contratista que se ha limitado a cumplir a satisfacción de la administración la obra encomendada. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo con ocasión de obras fuera de contrato con conocimiento del contratista y administración (sts 11 de mayo y 2 de julio de 2004)".*

Igualmente podemos encontrar distintas resoluciones y dictámenes en contra de reconocer el beneficio industrial en la prestación de restitución que se fundamente en el enriquecimiento injusto.

En esencia, en todos ellos, se proclama que la restitución solo puede comprender el valor de la prestación realizada, excluyendo en beneficio industrial, en tanto que la causa de nulidad por su trascendencia convierte en copartícipe de los vicios de nulidad al contratista.

Entre ello podemos citar los Informes el Consejo Consultivo de Andalucía 4/2015, 108/2015, de 18 de febrero, 546/2015, rechazando también los Tribunales el pago en estos casos de posibles intereses de demora, también la STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2017, rec. 696/2016 (AN Sentencia nº 3357/2016). Y Instrucción 2/2012, de 12 de marzo, de la Interventora General y de la Directora de la Abogacía de las Illes Balears sobre la tramitación a seguir en los supuestos de



reconocimiento extrajudicial de créditos derivados de la contratación irregular (BOIB de 14 de abril).

Resulta muy relevante en este punto la doctrina que ha venido estableciéndose por parte del Consejo Consultivo de Baleares quien, a partir de su Dictamen 57/2014 empieza a advertir del uso excesivo de la revisión de oficio, y si bien se informa favorablemente el pago al contratista, se advierte de la necesidad de poner fin al uso sistemático de la revisión de oficio recomendando como vía la del enriquecimiento injusto. En el Dictamen 77/2016 encontramos un voto particular a esta doctrina en la que se plantea la necesidad de restringir el abono al contratista al importe del coste efectivo asumido por este, excluyendo el beneficio industrial.

En nuestra opinión utilizar como criterio de discriminación para la determinación del quantum indemnizatorio la presencia de buena o mala fe en el contratista provoca, en exceso, situaciones de inseguridad jurídica y amplios márgenes de discrecionalidad.

Esto sucede si descartamos planteamientos apriorísticos en los que por defecto, y como sucede en alguna de las sentencias que hemos citado, se parte o bien de que por ser la Administración la autora del acto nulo el contratista siempre se va a situar en una posición de indefensión y buena fe, o bien de que un contratista, en condiciones normales de diligencia, debe ser consciente de que está ejecutando un encargo al margen de las disposiciones legales vigentes y habituales, y en



consecuencia es copartícipe de la ilegalidad cometida, y actuando, a sabiendas, de mala fe, debe soportar que únicamente se le indemnice por el importe del coste soportado.

Quizás en este caso sería más conveniente que la solución prescindiese de la evaluación sobre la presencia de la buena o mala fe del contratista y se objetivizase atendiendo a la naturaleza de la fuente de la obligación de la que deriva la acción ejercitada.

Si el fundamento de la reclamación es el enriquecimiento injusto, y el particular ejercita la *actio in rem verso*, debemos atenernos a la configuración original que nuestra jurisprudencia ha dado al principio del enriquecimiento injusto y considerar que mediante la misma únicamente podrá reclamar el contratista el valor del efectivo enriquecimiento de la Administración y correlativo empobrecimiento del actor, esto es, en la mayoría de los casos exclusivamente el daño emergente identificado con los costes efectivos de la prestación.

Se trataría en este caso de corregir los excesos que la jurisdicción-contencioso administrativa ha generado como consecuencia de la adaptación al ámbito contencioso-administrativo de la jurisprudencia civil sobre el enriquecimiento injusto, cuando se han pretendido dar cabida preferentemente a soluciones que conjugasen en mejor medida con la idea de equidad o restablecimiento de la justicia material.

Bien podría argumentarse que tal solución, que beneficia económicamente a la Administración que vulnera la



legalidad contractual, cronificaría el problema de la contratación administración irregular o que incluso la estimularía, y sin embargo esta desventaja inicial pronto quedaría compensada por el rechazo que cualquier contratista que se hubiese visto obligado a percibir exclusivamente el importe por el daño emergente manifestaría a futuro a realizar prestaciones que careciesen de la debida apariencia de regularidad administrativa, impidiendo de esta manera que la Administración acudiese a este tipo de encargos al margen del ordenamiento jurídico.

Por el contrario, y en los casos en los que la contratación administrativa irregular hubiese causado daños y perjuicios al contratista al margen del empobrecimiento experimentado, en los que el concepto de lucro cesante incorporaría el beneficio industrial, podrían ser resarcidos mediante la acción de restitución ejercida con motivo de la nulidad de pleno derecho en los términos del artículo 42.1 LCSP.

## **8.- CONCLUSIONES**

A lo largo de la presente exposición hemos pretendido formular un juicio crítico a la doctrina que exige acudir en todo caso al procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos como trámite previo al reconocimiento del derecho al abono de las prestaciones que han sido realizadas en virtud de una contratación irregular de las mismas.

En síntesis este razonamiento está fundamentado en la consideración del principio del enriquecimiento sin causa



como una fuente de obligaciones directa (superada ya su consideración como acción subsidiaria tal y como reconoce la STS de 12 de diciembre de 2012), para la restitución de la ventaja ingresada en virtud de una obligación patrimonial que pese a su anomalía se consolida, sin que se requiera la declaración formal de dicha anomalía ni la expulsión previa del ordenamiento jurídico de los actos viciados.

El principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y los principios de buena fe y confianza legítima constituyen elementos útiles para que el aplicador del derecho pueda modular los efectos maximalistas de la nulidad de pleno derecho, evitando la declaración de invalidez de un acto cuando existan otros intereses superiores que también son merecedores de tutela jurídica por parte del Legislador, en concreto, evitar el enriquecimiento sin causa.

Es necesario evitar por tanto la confusión en la aplicación de las distintas instituciones en juego (responsabilidad patrimonial, revisión de oficio y enriquecimiento sin causa) reconociendo que el enriquecimiento sin causa, en cuanto que principio general del derecho, actúa como auténtica norma jurídica de directa aplicación en todos aquellos supuestos donde sea necesario proteger el valor que este principio consagra.<sup>32</sup>

---

32 Beladiez Rojo, M: "*Los principios (...)*". Op. cit.



Tal y como señala REBOLLO PUIG<sup>33</sup>, pretender sostener que el cumplimiento de una obligación deriva tanto del contrato, aunque inválido, como del enriquecimiento sin causa supone de ordinario una contradicción insuperable y origen de confusiones de todo orden.

Por resultar un notable esfuerzo para aclarar el juego de las distintas instituciones jurídicas que puedan resultar implicadas en la resolución de los supuestos de contratación administrativa irregular, resulta imprescindible que citemos el Dictamen del Consejo de Estado, de 27 de mayo de 2021, expediente 606/2020.

A través del mismo el Consejo de Estado parte de la constatación de que se han venido requiriendo en los últimos años dictámenes en relación con procedimientos en los que se trataba de resarcir a una empresa que ha prestado determinados servicios a la Administración sin una estricta cobertura contractual.

Sobre la resolución mediante la declaración de nulidad de una adjudicación contractual formalmente inexistente señala el Consejo de Estado *“que puede resultar de compleja articulación en los casos en que no hay rastro alguno de esos supuestos actos o decisiones por las que se encarga al contratista continuar con la prestación y que solo en los casos en que exista algún tipo de acto expreso y mínimamente formalizado que haya servido*

---

33 Rebollo Puig, M: *“Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho administrativo”*. Cuadernos de Derecho Local. Fundación Democracia y Gobierno Local. 2006.



*de fundamento a la empresa para llevar a cabo el servicio fuera de contrato podría eventualmente acudir a la vía de la revisión de oficio, al poder identificarse fácilmente un acto administrativo irregular para que su nulidad sirva de base al pago”.*

De esta manera el Consejo de Estado viene a confirmar la improcedencia de acudir a la revisión de oficio cuando no existe acto administrativo alguno, mínimamente formalizado, que pueda ser identificado como tal.

En estos casos, recuerda el propio Dictamen, el Consejo de Estado ha venido considerando la opción de la responsabilidad extracontractual por enriquecimiento injusto como *“una suerte de última ratio, una vía residual llamada únicamente a cubrir aquellos supuestos que no tengan otra vía específica prevista en el ordenamiento jurídico”.*

Ahora bien, en los supuestos en los que la reclamación deriva de una relación contractual que previamente unía a la Administración y el contratista, ya extinguida, o de un contrato que estaba en una avanzada fase de preparación -aunque sin llegarse a su adjudicación y formalización- entiende el Consejo de Estado que *“las prestaciones que deben compensarse están claramente vinculadas o relacionadas con ese previo contrato o con el que estaba culminándose y que resultaría mucho menos forzado que el pago de los servicios o trabajos adicionales realizados por el contratista “a vista, ciencia y paciencia” de su antigua Administración contratante, se ponga en referencia con el previo contrato que ligó a*



*las partes, desembocando en una responsabilidad de naturaleza contractual.”*

Se opta por tanto por acudir a la responsabilidad contractual para resolver, al menos, el supuesto de prestaciones recibidas como continuación de un contrato ya extinguido, lo cual, además, condiciona, a juicio del Consejo de Estado, el cálculo del importe que por dicho concepto debe satisfacerse al antiguo contratista.

De esta manera, en la medida en que ese pago toma en consideración una relación contractual precedente, el precitado Dictamen considera que la retribución de las prestaciones debería atender, como regla general, al precio establecido en el extinto contrato de forma que la compensación de los servicios prestados sin título contractual habilitante se haga con carácter de restitución más que de resarcimiento.

Dicha pauta general de atender al precio fijado en el previo contrato quedaría exceptuada o modulada en dos casos concretos: cuando exista un acuerdo expreso y mínimamente formalizado entre la Administración y el contratista, será ese acuerdo y no el contrato ya finalizado el que debería tomarse en consideración para determinar el importe de la compensación a satisfacer, y cuando el importe de la compensación puede reducirse en atención a la conducta de la empresa contratista, en la medida en que esta pueda influir en la apreciación del nexo causal.



Todo lo que hemos razonado no deja de ser una manifestación de la necesidad-urgente- de una reforma legislativa que defina correctamente el problema y arbitre la solución.

Algunas soluciones ya han sido aportadas por en legislación autonómica como la incorporada por la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19, que ha resuelto mediante una previsión normativa en su artículo 39 el procedimiento para llevar a cabo reconocimiento extrajudicial de créditos.

También propuestas como la formulada por UMEREZ ARGAIA<sup>34</sup> para la regulación de un procedimiento para la restauración de la legalidad contractual infringida, análogo al que ya es conocido en materia urbanística y que aunase la regulación tanto procedimental como sustantiva-fuente de la obligación- para la reparación de la actividad irregular en materia de contratación.

Esta necesidad de reforma legislativa forma parte también de las recomendaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas en su informe de 2018 sobre los expedientes de reconocimiento extrajudicial de crédito.

Así las cosas, existe hoy un sentir común en nuestra comunidad jurídica sobre la profunda inseguridad e incertidumbre social y grave afectación a la eficacia,

---

34 Umerez Argaia, E: "*La restauración de la legalidad infringida por la contratación irregular*". Anuario Aragonés de Gobierno Local. 2019, págs. 437-497.



eficiencia y legalidad en el uso de fondos públicos que provoca la imprecisión e insuficiencias de nuestro marco jurídico para atajar y contener la contratación administrativa irregular.

Esta inseguridad es, en parte, consecuencia de una interpretación equivocada sobre el alcance y finalidad de la revisión de oficio, y por extensión de las causas de invalidez que provocan la nulidad de pleno derecho, como mecanismo excepcional para la depuración y eliminación de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico.

Tal y como ha sido señalado recientemente por SANTAMARÍA PASTOR<sup>35</sup>, cuando pretendemos declarar la invalidez del acto, y con independencia de que el vicio alegado lo sea de anulabilidad o nulidad, la destrucción de los efectos se produce, obviamente a futuro, “efectos que no deberán producirse por pesar sobre ellos el mandato prohibitivo impuesto por la Administración”, pero igualmente incidirá sobre los efectos ya producidos en el pasado. Y como acertadamente se señala, estos efectos ya no pueden ser repuestos en el plano “fáctico”, porque es física y ontológicamente imposible volver atrás en el tiempo, sino que se tratará de “obligar a crear (en el futuro) efectos nuevos y de sentido contrario a los que tuvieron lugar en el tiempo pretérito (efecto reparatorio)”.

Póngase esto en relación con el mecanismo previsto en el artículo 42.1 LCSP que contempla como efectos

---

<sup>35</sup> Santamaría Pastor, J.A.: “Proposiciones sobre la teoría y la regulación de la invalidez de los actos administrativos”. *Revista de Administración Pública*, 2020, 213, 111-140.



propios de la declaración de nulidad la devolución de las cosas que recíprocamente se hayan entregado, y cuando ello no fuera posible, su valor.

Y en relación con dicha regla fácilmente se verá que el supuesto que opera con mayor generalidad en los supuestos de revisión de contratos nulos por haber sido omitido el procedimiento legalmente establecido, difícilmente va a permitir la aplicación de dicho esquema de consecuencias.

Si se trata de contratos de tracto único, y en los que las obligaciones correspondientes al contratista se han cumplido (pensemos en la entrega de bienes muebles), y queda pendiente el pago de su valor por la Administración, encontraremos las siguientes situaciones:

Que no existe, en realidad, reciprocidad que revocar, pues únicamente una de las partes, el contratista, ha realizado prestaciones a favor de la Administración; la cual, al retener el pago de precio reclamado mediante factura, impide que el contratista tenga prestaciones recibidas que pudiera restituir.

Que en ocasiones la Administración simplemente no puede restituir los bienes entregados en virtud del contrato nulo porque existen razones de utilidad pública (los bienes o servicios resuelven la satisfacción de un interés público prevalente) que harían más dañoso la restitución in natura que el mantenimiento de los efectos del contrato nulo, siendo que, además, no es posible la restitución recíproca del valor de los bienes porque el contratista no ha percibido retribución alguna.



Es decir, la Administración debería devolver el valor de bien que retiene o ha consumido al contratista y este a su vez el valor de prestación recibida (el pago del precio), pero como éste no se habrá percibido aún, resultará que únicamente se ha producido un incremento patrimonial en la esfera jurídica de la Administración, y una disminución en la del contratista, y de nuevo estamos ante el esquema que vertebraba el enriquecimiento injusto de la Administración como fundamento que mejor resuelve la controversia suscitada en este operar irregular de la Administración Pública contratante.

A la vista de lo anterior, podemos distinguir y proponer el siguiente esquema de eventuales situaciones y su respuesta jurídica:

1.- Prestaciones recibidas sin vínculo contractual previo, y que pueden considerarse de tracto único y efectos consumados, deberán resolverse por la vía de la convalidación (si pueden subsumirse bajo los requisitos de objeto y cuantía para el contrato menor previstos en el artículo 118 LCSP), o bien, con fundamento en el principio que veda el enriquecimiento injusto, a través del reconocimiento extrajudicial de créditos (art. 60 RD 500/1990).

En estos supuestos carece de fundamento acudir a la revisión de oficio si la misma únicamente se activa como artificio procedimental para permitir el abono al contratista del precio reclamado mediante la presentación de la factura.

De esta manera, recibida la prestación por la Administración y el precio por el contratista, no puede



sostenerse que se hayan procedido a eliminar, ex tunc, los efectos del contrato nulo, más al contrario, simplemente se han consolidado, puesto que la causa última del contrato que es el intercambio de prestaciones onerosas de forma sinalagmática o recíproca se habrá producido, al menos desde la óptica de los artículos 1254 y 1274 del Código Civil.<sup>36</sup>

*A fortiori*, y tratándose de prestaciones subsumibles bajo el expediente del contrato menor (art. 118 LCSP), el recurso al procedimiento para la revisión del acto nulo podría resultar incompatible con el principio de proporcionalidad, que junto a otros (art. 3.1 LRJSP) debe guiar la actuación de las Administraciones Públicas, en su manifestación a través del principio de economía procesal, si una vez eliminado el acto y proclamada la invalidez de sus efectos, dichos efectos pudieran ser reproducidos válidamente y con el mismo contenido subsanando (aquí de nuevo auténtica convalidación) los defectos procedimentales mediante la formalización del acto de adjudicación a favor del mismo adjudicatario.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Navarro Mendizábal, I.A. "Derecho de Obligaciones y Contratos". Thomson Reuters. 2019, pág 107.

<sup>37</sup> Menéndez Sebastián, E. "Los límites a la potestad de revisión". Thomson Reuters. Aranzadi. 2019, pág 190. Sobre este aspecto se cita un interesante Dictamen, núm. 56/2010, de 17 de marzo, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, que señala lo siguiente: "En relación con los límites a la facultad de revisión, tenemos ante nosotros una resolución administrativa que se pretende anular, para, previsiblemente, volver a otorgarla de idéntica forma previa nueva solicitud, pues se cumplen los requisitos para su otorgamiento, lo que resulta contrario al principio de eficacia administrativa



2.- En el supuesto de prestaciones de tracto sucesivo, podemos partir del razonamiento contenido en el Dictamen del Consejo de Estado 606/2020 antes citado, en lo relativo a la consideración de que existe, presumiendo una suerte de tácita reconducción por referencia al artículo 29.4 LCSP, un vínculo contractual que subsiste a la extinción del contrato previo.

En estos casos, y discrepando de la solución última que propone el Consejo de Estado que reconduce la cuestión exclusivamente al ámbito de la responsabilidad contractual, sí que resultaría preciso acudir al procedimiento para la revisión del acto nulo porque aquí sí que será imperativo que con la declaración de nulidad se ordene la interrupción, a futuro, de la producción de efectos derivados de unas prestaciones que no han sido objeto del debido expediente de contratación, evitando que la situación de ilegalidad se consolide.

## 9).- BIBLIOGRAFÍA

Aguado i Cudolá, V. *"Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos"*. En *"El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. (Obra Colectiva)"*. AEPDA.INAP. 2017.

Albacar López, J.L y Santos Briz, J.: *"Código Civil, doctrina y jurisprudencia, VI"*. 2ª de. Madrid. 1991.

---

recogido en el artículo 103.1 de la Constitución, y artículo 3.1 LRJPAC, lo que contradice el tenor de lo dispuesto en el artículo 106 de la última ley".



*Albaladejo García, M: "Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Volumen primero. La obligación y el contrato en general." Ed. Bosch. 1983, pág. 273.*

*Beladiez Rojo, M: "Los principios jurídicos". Cuadernos Civitas. 2010.*

*Beladiez Rojo, M: "La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación". RAP núm 133. enero/abril. 1994.*

*Bort Albarracín, I: "El reconocimiento extrajudicial de créditos en el ámbito local". Revista de Derecho Local El Derecho, nº 12, pg. 2. Octubre 2013.*

*Carretero Espinosa de los Monteros, C: "El procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos. Nulidad de las actuaciones administrativas y responsabilidad". Revista Andaluza de Administración Pública, núm 93, Sevilla, septiembre-diciembre (2015).*

*Coscuella Montaner, L: "Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo". RAP nº 84. 1977*

*García de Enterría, E, y Fernández Rodríguez, T.R: "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I. Civitas. 2017.*

*García Luengo, J: "Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo. Un estudio sobre el artículo 48.2 de la Ley 39/2015". Iustel. 2016.*

*Martínez Hellín, J: "Contratación verbal y enriquecimiento sin causa: posición crítica con respecto a la necesidad de acudir a la revisión de oficio." Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica*



especializada en administración local y justicia municipal, ISSN 0210-2161, Nº. 8, 2019.

Menéndez Sebastián, E. *"Los límites a la potestad de revisión"*. Thomson Reuters. Aranzadi. 2019

Navarro Mendizábal, I.A. *"Derecho de Obligaciones y Contratos"*. Thomson Reuters. 2019, pág 107.

Rebollo Puig, M. *"El enriquecimiento injusto en la Administración"*. Marcial Pons. 1995

Rebollo Puig, M: *"Nemo auditur propriam turpitudinem allegans en la jurisprudencia contencioso-administrativa"*. Documentación Administrativa núm 263-264 (mayo-diciembre 2002).

Sainz Moreno, F: *"La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados"*. RAP, 89. 1979

Santamaría Pastor, J.A.: *"Proposiciones sobre la teoría y la regulación de la invalidez de los actos administrativos"*. Revista de Administración Pública, 2020, 213, 111-140.

Umerez Argaia, E: *"La restauración de la legalidad infringida por la contratación irregular"*. Anuario Aragonés de Gobierno Local. 2019

Vicente González, J.L.: *"Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local"*. RAP núm. 168. 2005.



## **COMPLIANCE AMBIENTAL Y LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD**

**D. Alfonso Arellano Perezagua**

Abogado

**Resumen:** Los programas de cumplimiento normativo (compliance) habitualmente se dirigen a dar respuesta preventiva y reactiva ante ilícitos en el seno de una persona jurídica. Existen programas de cumplimiento normativo en materia medioambiental, pero es necesario integrar en esos programas conductas proactivas para asegurar la sostenibilidad en el desarrollo de las actividades de las personas jurídicas. El marco normativo comunitario está llevando a cabo una tarea importante: integrar el concepto de sostenibilidad ambiental dentro de los procesos productivos y cadenas de valor de las diferentes empresas que desarrollan su actividad en la Unión Europea. Entre las múltiples normas que se están desarrollando y aprobando, destaca la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre



diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. El presente artículo examina el contenido de la propuesta de Directiva, su funcionalidad efectiva, virtudes y flaquezas para la identificación, previsión y corrección de efectos adversos para el medio ambiente.

**Abstract:** Compliance programs are usually aimed at providing a preventive and reactive response to illegal acts within a legal person. There are compliance programs in environmental matters, but it's necessary to integrate proactive behaviors into these programs to ensure sustainability in the development of the activities of legal entities. The european regulatory framework is carrying out an important task: integrating the concept of environmental sustainability within production processes and value chains of the different companies that carry out their activity in the European Union. Among the multiple acts that are being developed and approved, the Proposal for a Directive of the European Parliament and of The Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 stands out. This article examines the content of the Directive proposal, its effective functionality, strengths and weaknesses for the identify, prevention and correction of adverse impacts on the environment.

**Palabras clave:** Gobernanza empresarial sostenible — Efectos adversos para el medio ambiente — Debida



diligencia — Compliance ambiental — Derecho medioambiental

**Key words:** Sustainable corporate governance — Adverse impacts on environment — Due diligence — Environmental compliance — Environmental law

## **SUMARIO:**

ABREVIATURAS — I.- INTRODUCCIÓN — II.- ESTADO ACTUAL DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL — III.- LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA O DUE DILIGENCE DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD: OBJETIVOS Y CONTEXTO NORMATIVO: 1.- Objetivos de la propuesta de Directiva sobre D.D. en materia de sostenibilidad; 2.- Dispersión normativa y armonización — IV.- ÁMBITO DE APLICACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PYMES EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE D.D.: 1.- Aproximación al ámbito de aplicación subjetivo de la propuesta de Directiva sobre D.D.; 2.- Vulnerabilidades existentes en la definición del ámbito de aplicación subjetivo; 3.- Exclusión de las pymes del ámbito de aplicación subjetivo; 4.- Breve inciso sobre el ámbito de aplicación objetiva de la norma — V.- OBLIGACIONES PRINCIPALES DE LAS EMPRESAS: IDENTIFICAR, PREVENIR, ELIMINAR Y SUPRIMIR RIESGOS: 1.- La diligencia debida en las políticas corporativas de las empresas; 2.- La obligación de identificar los riesgos reales y potenciales como parte del sistema de diligencia



debida; 3.- Las obligaciones de prevenir los efectos adversos potenciales y eliminar los efectos adversos reales; 4.- Otras obligaciones de las empresas en la propuesta de Directiva sobre D.D. — VI.- OBLIGACIONES DIRECTAS DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS EMPRESAS — VII.- AUTORIDAD DE CONTROL COMPETENTE — VIII.- RECLAMACIONES Y CANALES DE DENUNCIA PARA TERCEROS: 1.- Canales de denuncia puestos a disposición por las empresas obligadas; 2.- Reclamaciones y canales de denuncia de las Autoridades de Control — IX.- CONSECUENCIAS Y RESPONSABILIDADES ANTE INCUMPLIMIENTOS: 1.- Régimen sancionador; 2.- Responsabilidad civil; 3.- Pérdida de ayudas públicas — X.- CONCLUSIONES — BIBLIOGRAFÍA

### ABREVIATURAS

CP	Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)
D.D.	Diligencia debida
ECCJ	European Coalition for Corporate Justice
EEMM	Estados miembros de la Unión Europea
Pymes	Pequeñas y medianas empresas
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos



## I.- INTRODUCCIÓN

A raíz de diferentes convenios y compromisos internacionales, como los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas o el Acuerdo de París, la Unión Europea ha empezado a adoptar normas dirigidas a integrar prácticas vinculadas a la sostenibilidad en el desarrollo económico de la Unión. A título ilustrativo, pueden citarse normas como el Reglamento sobre la taxonomía<sup>1</sup> o la propuesta de Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad<sup>2</sup>.

Entre estos instrumentos dirigidos a integrar la sostenibilidad entre las prácticas empresariales, cabe llamar la atención sobre la nueva propuesta de Directiva

---

<sup>1</sup> Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 [PE/20/2020/INIT]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32020R0852> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

<sup>2</sup> Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por la que se modifican la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) n.º 537/2014, por lo que respecta a la información corporativa en materia de sostenibilidad [COM/2021/189 final]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52021PC0189> [Fecha última consulta: 01-09-2022]



sobre D.D. del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 [COM/2022/71 final]<sup>3</sup>. Esta interesante propuesta normativa introduce las obligaciones de detectar, prevenir y corregir efectos adversos para el medio ambiente, y que esos riesgos se integren en el proceso de adopción de decisiones de las empresas.

Aqueste estudio se dirige a comprobar la eficacia, virtudes y defectos que, *a priori*<sup>4</sup>, presenta la propuesta normativa sobre *due diligence* en materia de sostenibilidad. El análisis se realiza considerando si la norma podrá servir o no como base estructural de eventuales y futuribles planes de cumplimiento normativo (*compliance*) ambiental, en el sentido de no solamente prevenir delitos medioambientales, sino de hacer cumplir objetivos que conllevan un comportamiento proactivo de las empresas, como reducir tendencias que favorezcan el cambio climático o implementar medidas de gobernanza empresarial sostenible.

Para lograr estos objetivos, en primer lugar, se introduce un análisis del estado de los programas de *compliance* ambiental para, posteriormente, avanzar en el examen

---

<sup>3</sup> En adelante, «la propuesta de Directiva sobre D.D.». Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022PC0071> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

<sup>4</sup> *A priori*, porque se trata de una norma pendiente de aprobación, cuya versión final puede distar considerablemente e, incluso, no llegar finalmente a su aprobación y publicación.



de las particularidades de la propuesta de Directiva sobre D.D.

## **II.- ESTADO ACTUAL DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL**

El Código Penal prevé los instrumentos de autorregulación para evitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su artículo 31bis<sup>5</sup>. Esos instrumentos de autorregulación, que no sólo han dado lugar a la prestación de servicios profesionales a las empresas, sino departamentos internos dedicados a ello en grandes corporaciones, son conocidos como programas de cumplimiento normativo o *compliance*<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Con causa en las reformas realizadas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

<sup>6</sup> Aguilera Gordillo en su reciente obra, *Manual de Compliance Penal en España* (Aguilera Gordillo, R. (2022). *Manual de Compliance Penal en España* (2ª ed.). Madrid: Aranzadi) apunta y analiza las distintas naturalezas jurídicas que se han tenido en cuenta sobre los *compliance programs*, al ser una cuestión doctrinalmente discutida, especialmente si traslada la carga de la prueba de la acusación a la defensa, y viceversa (*vid.* Aguilera Gordillo, 2022, págs. 514-516). Una definición de su naturaleza de carácter intermedio o, si se prefiere, «aséptica» la podemos encontrar en la reciente obra de Rafael Aguilera Gordillo, resultando de gran interés traer sus palabras a colación:

« [...] es oportuno efectuar una aproximación hacia un concepto común de *compliance program —penal—*, de carácter técnico, que sea aséptico y englobe la idea de las exigencias recogidas en el Código Penal. De este



El conjunto de elementos para que un programa de cumplimiento normativo resulte funcional se describen en el apartado 5 del artículo 31 bis.

Habitualmente, para facilitar el cumplimiento de estos elementos a efectos del programa de cumplimiento normativo, se acude a normas técnico-estandarizadas<sup>7</sup>.

---

modo, el *compliance program* —penal— puede considerarse como el conjunto de normas, procedimientos y mecanismos de control tendentes a garantizar el firme cumplimiento de la legalidad en el seno de la organización, regulando y supervisando aspectos como los procesos productivos, la gestión diaria empresarial y las conductas de los individuos que componen la organización, pero cuyo objetivo directo e inmediato es prevenir, detectar y reaccionar ante la comisión de delitos o el acaecimiento de riesgos e incumplimientos de posible trascendencia penal. Asimismo, no puede obviarse que es un complejo instrumento autorregulatorio resultado de un fenómeno cuyo germen radica en las nociones de origen anglosajón de *accountability* y *regulated self-regulation*.» (Aguilera Gordillo, 2022, pág. 516).

<sup>7</sup> Para asegurar o facilitar el cumplimiento de los ordinales del mencionado precepto 31bis del CP, Aguilera Gordillo recomienda acudir a los sistemas de gestión de *compliance* derivados de la normalización, esto es, proveniente de entidades dedicadas a la elaboración de normas técnicas como la UNE en España, como asociación dedicada a la normalización técnica, o la Organización Internacional para la Estandarización o ISO. Advierte a ese respecto que «la pretensión de normalización o estandarización en esta materia no es la de suplir los presupuestos y elementos jurídico-penales, sino complementarlos [...]. Ello nos permite afirmar



Sin embargo, hay que preguntarse si existen normas relativas a la gestión medioambiental de las empresas específicas que puedan satisfacer los requisitos de un programa de cumplimiento normativo en los términos del artículo 31bis del CP y que, en definitiva, complemente las normas técnico-estandarizadas ya existentes sobre *compliance* penal para personas jurídicas. Pueden tenerse presente a esos efectos los sistemas y programas de gestión medioambiental.

Los elementos de un programa de gestión medioambiental ofrecen una estructura organizativa, formación al personal, medidas de vigilancia y seguimiento de riesgos, así como de prevención y corrección pasando por auditorías y revisiones periódicas del referido sistema, para descubrir sus virtudes y sus flaquezas en materia de protección del medio ambiente. En este sentido, es común que las empresas acudan a la

---

este tipo de normas ofrecen ciertas garantías a la hora de diseñar, adoptar y ejecutar el sistema de *compliance*». (Aguilera Gordillo, 2022, págs. 518-519). Puede llamarse la atención, en cuanto a estándares normativizados de uso general, la Norma ISO 37301 *Sistema de gestión de compliance* y la Norma UNE 19601 *Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso*.



norma estandarizada ISO<sup>8</sup> 14001 *Sistemas de gestión ambiental*<sup>9</sup>.

Para comprobar si la Norma ISO 14001 resulta útil como programa de *compliance* ambiental, se ha de estar a los criterios del artículo 31bis del CP, apartado 5<sup>10</sup>. Ahora

---

<sup>8</sup> La implementación de una norma estandarizada no es legalmente obligatoria, pero eleva la credibilidad reputacional y operativa de las empresas e, incluso, pueden obligarse a esa implementación en el marco de una relación contractual o convencional. Su implementación conlleva, habitualmente, la expedición de una certificación. En España, las certificaciones basadas en estos estándares son expedidas por entidades previamente acreditadas por ENAC, de conformidad con el Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre.

<sup>9</sup> Además de la Norma ISO 14001, existe otra norma de carácter voluntario para la gestión medioambiental, denominada Reglamento europeo *Eco-Management and Audit Scheme* o «EMAS» (Reglamento (UE) 2017/1505 de la Comisión de 28 de agosto de 2017).

<sup>10</sup> Según Choza Cordero y Lozano Liaño, al hablar del artículo 325 del CP, «si a todo ello unimos el carácter de norma penal en blanco de este delito, encontraremos numerosa normativa administrativa y sectorial que ha de ser objeto de especial observación en cualquier sistema de prevención de riesgos. También son dignos de mención estándares como la Norma ISO 14001 o la implantación de un sistema de gestión ambiental, que, sin duda, ayudan a identificar y prevenir riesgos ambientales» (Choza Cordero, A., & Lozano Liaño, J. (2021). "Compliance ambiental: más allá del cumplimiento normativo como camino hacia una economía sostenible". *Revista Aranzadi Doctrinal*, no. 11. Pág. 3)



bien, como ya ha destacado algún autor<sup>11</sup>, la referida Norma ISO 14001 no está pensada *ad hoc* para la autorregulación frente a posibles conductas penales, aun cuando puede abarcar ilícitos ambientales, como mejorar la gestión ambiental<sup>12</sup>.

Pues bien, salvo que se adoptasen medidas complementarias, la Norma ISO 14001 no cumpliría completamente con los parámetros establecidos en el apartado 5 del artículo 31 bis del CP. En primer lugar, no plantea en su cláusula 6ª, relativa a la planificación, acciones significativas en cuanto a la disposición de un modelo de gestión de recursos financieros para impedir delitos ambientales, siendo una cuestión voluntaria. En segundo lugar, tampoco da cumplimiento al requisito 4º del artículo 31bis.5, puesto que la Norma no exige un sistema de *reporting* ante el organismo encargado que corresponda de ilícitos o riesgos de carácter ambiental. Y, finalmente, la Norma ISO 14001 no establece un sistema disciplinario, como tampoco hace referencias a sanciones internas, haciendo perder así el sentido propio de la función de *compliance*<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Martínez Reyes, J. (2020). "Alcance de la Norma ISO 14001:2015 como Programa de Compliance Ambiental". *Observatorio Medioambiental*, no. 23.

<sup>12</sup> Martínez Reyes, 2020, págs. 70-71.

<sup>13</sup> *Vid.* Martínez Reyes, 2020, págs. 75-79. La autora analiza en su artículo, en profundidad, el encaje del clausulado de la Norma ISO 14001 los parámetros del apartado 5 del artículo 31bis del CP.

A este respecto, interesa una de las conclusiones a las que llega sobre la funcionalidad del sistema de gestión medioambiental como programa de cumplimiento normativo:



En definitiva, los sistemas de gestión medioambiental estandarizados, si bien traen consigo propuestas interesantes para la detección de riesgos ambientales en el seno de la empresa que los implemente, facilitando directrices para su gestión, prevención y estructuración de modelos de organización, adolecen de un problema esencial: su falta de carácter obligatorio tanto sobre su adopción como hasta donde llegarán las empresas en su desarrollo. Además, al hablar de programas de cumplimiento normativo habitualmente sólo se hacen referencias a delitos e ilícitos medioambientales, pero es necesario empezar a integrar en esos programas de *compliance* un factor fundamental como es el de la sostenibilidad en el actuar de la empresa<sup>14</sup>.

---

« La Norma ISO 14001:2015, no tiene un requisito para la gestión formal de riesgos, ni un proceso de gestión documentado para éstos. La persona jurídica se encuentra en la potestad de seleccionar el método que utilizará para determinar sus riesgos y oportunidades, el cual podría consistir simplemente en un proceso cualitativo o en una evaluación cuantitativa completa. Lo que, desde mi punto de vista, podría dar lugar a que la planificación de la empresa sea muy subjetiva, y, por lo tanto, dependiendo de quien implemente el SGA, un programa de cumplimiento ambiental basado en esta norma internacional puede ser más o menos severo.» (Martínez Reyes, 2020, pág. 80).

<sup>14</sup> Especialmente debido a la necesidad de confrontar el problema del cambio climático, se están adoptando numerosos convenios internacionales (v.gr., el Acuerdo de París del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático) o compromisos comunitarios en materia de cambio climático (v.gr., el Pacto Verde Europeo o el Reglamento



Corresponde comprobar al hilo de lo anterior, la funcionalidad de la propuesta de Directiva sobre D.D. en materia de sostenibilidad. Esta propuesta normativa constituye un vehículo para introducir obligatoriamente —superando el carácter voluntario de los programas de *compliance* y los sistemas de gestión medioambiental— el impacto en el medio ambiente que tiene la actividad de determinadas empresas en sus procesos decisorios, así como las medidas a adoptar.

### **III.- LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA O *DUE DILIGENCE* DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD: OBJETIVOS Y CONTEXTO NORMATIVO**

#### **1. 1.- OBJETIVOS DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE D.D. EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD**

La propuesta de Directiva sobre D.D. en materia de sostenibilidad tiene como objetivo establecer una serie de obligaciones para las empresas destinadas a reforzar la gobernanza empresarial sostenible. De esta forma, la propuesta normativa asegura la integración de los efectos adversos sobre el medio ambiente y los derechos humanos en los exámenes de riesgos y procesos de adopción de decisiones corporativas, a través de un sistema de debida diligencia de obligado cumplimiento.

---

2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática) que conllevan diversas obligaciones.



Así, el artículo 1.1 de la propuesta de Directiva define su objeto y establece las normas:

«[...] a) sobre las obligaciones que incumben a las empresas en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias actividades, de las actividades de sus filiales y de las actividades de la cadena de valor de las entidades con las que dichas empresas mantengan una relación comercial establecida, así como

b) sobre la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de esas normas.»

Se trata, por ende, de una estructuración de mecanismos para que las empresas tengan en cuenta las repercusiones de sus procesos sobre el medio ambiente<sup>15</sup>. Como bien señala Adoración Guamán, «[...]

---

<sup>15</sup> La idea de «debida diligencia» en cuanto a los derechos humanos tiene su base fundamental en el Principio 15º de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos del año 2011. Se trata de un proceso continuo que « [...] se centra en los riesgos para la sociedad, a diferencia de la diligencia debida de carácter transaccional, cuyo objeto es evitar la responsabilidad financiera o legal de la empresa» (Bright, C., Íñigo Álvarez, L., & Pietropaoli, I. (2021). "Una mirada hacia los desarrollos normativos y jurisprudenciales en materia de debida diligencia empresarial y cambio climático", en F. J. Zamora Cabot, L. Sales Pallarés, & M. Chiara Marullo, *La lucha en clave judicial frente al cambio climático* (1ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi. Pág. 76).

A este respecto, los autores señalan la relación entre derechos humanos y cambio climático en el contexto de la *due diligence*, al destacar que para cumplir con las obligaciones



el concepto de debida diligencia en la materia que nos ocupa se refiere tanto a un proceso como a un estándar de cuidado»<sup>16</sup>.

Para que la diligencia debida tenga un impacto sobre la actividad de las empresas, no solamente ha de estarse a su actividad, sino que se debe considerar toda su cadena de valor y los socios comerciales que la integran. El concepto de cadena de valor es importante en la propuesta de Directiva y se define en su artículo 3.g) como «las actividades relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de una empresa, incluidos el desarrollo del producto o el servicio y la utilización y la eliminación del producto, así como las actividades conexas, en las fases anterior y posterior, de las relaciones comerciales establecidas de la empresa». En la cadena de valor de una empresa se deben considerar las diferentes relaciones comerciales, en aras

---

con los derechos humanos también se debe atender al cambio climático, siendo exigible que «[...] respeten los derechos humanos, absteniéndose de adoptar medidas que puedan agravar el cambio climático, encontrando modos de producción y consumo hacia una vía ambientalmente más sostenible» (Bright, Íñigo Álvarez, & Pietropaoli, 2021, págs. 78-79).

<sup>16</sup> Guamán, A. (2021). "La Unión Europea y la diligencia debida: contexto, propuestas y razones para el paso del soft al hard law", en F. J. Zamora Cabot, L. Sales Pallarés, & M. Chiara Marullo, *La lucha en clave judicial frente al cambio climático* (1ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi. Pág. 97.



de contratar con sujetos que respetaren el medio ambiente o los derechos humanos<sup>17</sup>.

Asimismo, la propuesta logra convertir en imperativo — previa aprobación y publicación de la versión final de la Directiva— un instrumento habitual de *soft law*.

---

<sup>17</sup> Sin embargo, el concepto de «cadena de valor» de la propuesta de Directiva sobre D.D. lo vincula a relaciones comerciales estables o establecidas. Este matiz puede resultar problemático porque puede dejar vínculos comerciales menos intensos o duraderos en el tiempo fuera de la cadena, a efectos de las obligaciones que luego se abordarán, aunque puedan tener gran relevancia en cuanto a la generación de efectos adversos para el medio ambiente. También deja al arbitrio de la parte interesada la interpretación de esa supuesta relación comercial establecida.

El criterio a seguir por la propuesta normativa tendría que haber sido únicamente la gravedad de los plausibles efectos adversos. Vincularlo a la estabilidad de las relaciones comerciales, puede llegar a provocar cambios constantes de proveedores comerciales, abusando del carácter genérico de la conceptualización perfilada en la propuesta de Directiva.

A mayor abundamiento, en la definición de «relación comercial establecida» (art. 3.f) y considerando 20º) se dejan fuera las relaciones que no representen «una parte insignificante o meramente accesoria de la cadena de valor». Nuevamente, resulta una definición que conlleva alto riesgo. Por muy insignificante que pueda llegar a ser, una actividad de un socio comercial puede tener un elevado efecto adverso ambiental en la cadena de valor. Los estándares internacionales de las Naciones Unidas o la OCDE no realizan en ningún momento un enfoque semejante, centrándose en el posible impacto de una actividad, con independencia de la relación comercial existente entre sujetos.



De estas normas habituales de *soft law* son dos las que se deben tener presente de manera especial. De un lado, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos del año 2011<sup>18</sup>. De otro, las Líneas-Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales<sup>19</sup>, que se acompañan de una Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable del año 2018 y las orientaciones sectoriales de la OCDE<sup>20</sup>.

Según constata la Comisión Europea, estas directrices, normas y principios de *soft law* son generalmente consideradas por los EEMM que ya han empezado a desarrollar normativas sobre *due diligence* en materia de sostenibilidad e, igualmente, la propia Unión Europea las ha sometido a estudio para formular su propuesta<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Disponible en:

[https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf) [Fecha última consulta: 01-09-2022]

<sup>19</sup> Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264202436-es> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

<sup>20</sup> Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/mneguidelines/> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

<sup>21</sup> La Comisión Europea constata en su propuesta normativa que las normas voluntarias internacionales en materia de gobernanza empresarial responsable han ido ganando fuerza a lo largo de los años y son cada vez más las empresas que integran sistemas y políticas de debida diligencia dentro de sus cadenas de valor (pág. 2). Mas ello no significa que la extensión de dichas normas voluntarias se haya generalizado a todas las empresas. Menos si cabe, que tales empresas



Finalmente, cabe destacar que la norma se alinea con la legislación climática de la Unión Europea que pretende una economía neutra y ecológica, como el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática. Establece de hecho como obligación de las empresas de gran tamaño, que se describen en su artículo 2.1.a) y 2.2.a), la adopción de un plan para garantizar que el modelo de negocio y estrategia sea compatible con «la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 °C en consonancia con el Acuerdo de París» (art. 15)<sup>22</sup>.

## 2. 2.- DISPERSIÓN NORMATIVA Y ARMONIZACIÓN

Debido al carácter voluntario en cuanto a su adopción y de *soft law* de instrumentos tales como los Principios Rectores de las Naciones Unidas o las Líneas-Directrices de la OCDE, los diferentes EEMM han empezado a

---

han incorporado medidas en materia de diligencia debida con cierto sentido de uniformidad con sus competidores, en cuanto a las tareas de detección, prevención y corrección de riesgos.

<sup>22</sup> Se trata de una limitación de la obligación de reducción de la contaminación incoherente y contraria al Acuerdo de París. Dicha obligación del artículo 15 de la propuesta de Directiva no debería limitarse exclusivamente a las empresas de gran tamaño del artículo 2, apartados 1.a) y 2.a), especialmente considerando que las otras empresas (apartados 1.b) y 2.b) ) son clasificadas por la propuesta normativa en función de sectores considerados de alto impacto potencial sobre el medio ambiente y los derechos humanos.



adoptar sus propias normas de *due diligence* en materia de sostenibilidad empresarial.

En el momento de redacción del presente estudio, se han aprobado por diferente EEMM normas en materia de debida diligencia. Francia, por ejemplo, aprobó en 2017 la *LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*<sup>23</sup>. Alemania, de su parte, la norma *Sorgfaltspflichtengesetz* o «Ley de Debida Diligencia» en 2021<sup>24</sup>. Incluso Reino Unido, con carácter previo al Brexit, aprobó en 2015 la *Modern Slavery Act 2015*<sup>25</sup>.

Existen proyectos normativos en camino en otros EEMM<sup>26</sup>, pudiendo incluso reseñarse la existencia de un «anteproyecto de ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales»<sup>27</sup> en

---

<sup>23</sup> Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

<sup>24</sup> Disponible en: [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBl&jumpTo=bgbl121s2959.pdf#\\_bgbl\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl121s2959.pdf%27%5D\\_1657790429638](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl121s2959.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s2959.pdf%27%5D_1657790429638) [Fecha última consulta: 01-09-2022]

<sup>25</sup> Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

<sup>26</sup> La Comisión Europea da buena cuenta de ello en la exposición de motivos de la propuesta de Directiva sobre D.D., nota a pie de página 3.

<sup>27</sup> Se ha realizado consulta pública previa del 14 de febrero al 3 de marzo de 2022. Disponible en:



España. Por el momento, se encuentra pendiente de redacción de anteproyecto y del trámite de audiencia e información pública sobre el borrador<sup>28</sup>.

Pues bien, la Comisión constata en la propuesta la dispersión normativa<sup>29</sup>. De hecho, se previeron tres efectos desastrosos para el funcionamiento del mercado interior provocados por las diferentes normas de los EEMM en materia de *due diligence*:

- 1º. Que esas distorsiones se agravasen con el tiempo y, fruto de la evolución y desarrollo normativo, pudiese llegarse a un caso de «carrera a la baja

---

[https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/220208\\_consulta\\_publica\\_definitiva.pdf](https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/220208_consulta_publica_definitiva.pdf) [Fecha última consulta: 01-09-2022]

<sup>28</sup> Es interesante la propuesta técnica de la Plataforma por las Empresas Responsables en España, que apuntan elementos que deberían verse comprendidos en el futuro borrador del anteproyecto de ley española sobre *due diligence*. La propuesta técnica de la Plataforma referida se encuentra disponible en: <https://empresasresponsables.org/manifiesto/> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

<sup>29</sup> Dice la Comisión que «las leyes nuevas y emergentes en materia de diligencia debida varían considerablemente en la Unión, a pesar de la intención de todos los Estados miembros de basarse en las normas internacionales existentes (los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y las normas de conducta empresarial responsable de la OCDE), y, por tanto, dan lugar a requisitos divergentes» (Propuesta de Directiva sobre D.D., pág. 13).



en las próximas legislaciones en materia de diligencia debida»<sup>30</sup>.

- 2º. Que resulta cuestionable que los diferentes EEMM consigan dar cumplimiento y tener en cuenta la totalidad de compromisos y convenios internacionales en materia medioambiental<sup>31</sup>.
- 3º. Que, en caso de que se generen efectos adversos para el medio ambiente y los derechos humanos, una empresa establecida en un Estado miembro podría ser objeto de reclamación por algún fallo en su cadena de valor mientras que otra, con un ordenamiento jurídico distinto, podría verse exenta de toda responsabilidad, siendo necesaria la coherencia ante incumplimientos en D.D.<sup>32</sup>.

Esa fragmentación y divergencia normativa en esta materia puede alumbrar disonancias en el mercado interior, que deben ser paliadas a través de su armonización, en mérito de los artículos 50 y 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Por ello, la Comisión Europea elaboró el proyecto de Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad<sup>33</sup>. Si bien ya existen experiencias dentro

---

<sup>30</sup> Propuesta de Directiva sobre D.D., pág. 15

<sup>31</sup> *Ídem*.

<sup>32</sup> Las empresas, de hecho, en consulta pública previa a la propuesta de la Comisión Europea, manifestaron su temor ante desventajas competitivas, incluso frente a empresas de terceros países que no tuviesen en sus Ordenamientos jurídicos previsiones de diligencia debida en materia de sostenibilidad. *Vid.* Propuesta de Directiva sobre D.D., pág. 22.

<sup>33</sup> Precedió a la propuesta de Directiva, las Conclusiones del Consejo sobre derechos humanos y trabajo digno en las



---

cadena de suministro mundiales, de 1 de diciembre de 2020 (13512/20), en las que se solicitaba que la Comisión preparara un marco jurídico comunitario sobre gobernanza empresarial sostenible, con obligaciones de *due diligence* para las cadenas de valor que funcionan dentro de la Unión Europea. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/media/46999/st13512-en20.pdf> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

A estas Conclusiones, les siguió la petición del Parlamento Europeo para que se elaborase una propuesta legislativa sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad (Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa [2020/2129(INL)]). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021IP0073>. [Fecha última consulta: 01-09-2022]

Además, entre otros elementos que la Comisión Europea consideró para la elaboración de la propuesta, según hace constar en su exposición de motivos, cabe destacar especialmente el informe *Study on due diligence requirements through the supply chain: final report* (Smit, L., Bright, C., McCorquodale, R., Bauer, M., Deringer, H., Baeza-Breinbauer, D., y otros. (2020). *Study on due diligence requirements through the supply chain. Final report*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea). El informe revela, entre otras muchas cuestiones, que los procesos de evaluación actuales de las empresas, basados en las antedichas orientaciones internacionales, únicamente se centran en incluir los riesgos que puedan afectar a las propias empresas, pero no piensan en terceros o en las consecuencias de los efectos adversos derivados de sus actividades empresariales (Smit, y otros, 2020, pág. 221) Disponible en: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830>. [Fecha última consulta: 01-09-2022]



del propio cuerpo normativo comunitario de normas que contienen previsiones sobre diligencia debida<sup>34</sup>, ésta es la primera vez que se articula una propuesta de Directiva de carácter general, transversal y multisectorial, de *due diligence* comunitario.

---

<sup>34</sup> Pueden citarse a este efecto:

- (1) Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo (DO L 130 de 19.5.2017, p. 1).
- (2) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos derivados asociados a la deforestación y la degradación forestal y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 995/2010 [COM(2021) 706 final].
- (3) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las pilas y baterías y sus residuos y por el que se deroga la Directiva 2006/66/CE y se modifica el Reglamento (UE) 2019/1020 [COM(2020) 798 final].



#### **IV.- ÁMBITO DE APLICACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PYMES EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE D.D.**

##### **3. 1.- APROXIMACIÓN AL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE D.D.**

El ámbito de aplicación o *scope* de la propuesta de Directiva sobre D.D. determina el espectro de sujetos afectados que habrán de estructurar obligatoriamente un sistema de diligencia debida respetuoso con los derechos humanos y el medio ambiente. En el artículo 2 de la norma objeto de estudio se determinan los siguientes sujetos obligados:

- (a) *Si se trata de empresas constituidas de acuerdo con la legislación de un EEMM:*
  - 1. Deberán cumplir las condiciones de tener (i) una plantilla media superior a 500 empleados y (ii) un volumen de negocios mundial neto superior a 150 millones de euros, según el último ejercicio financiero.
  - 2. En el caso de que las empresas no se hallen en los umbrales antes referidos, la propuesta de Directiva sobre D.D. les será de aplicación si tienen (i) una plantilla media de 250 empleados, (ii) un volumen de negocios mundial neto superior a 40 millones de euros, según el último ejercicio financiero y (iii) siempre que, como mínimo, un 50 por ciento de ese volumen de negocios se haya generado en uno de los sectores identificados



- como de especial riesgo para los derechos humanos y el medio ambiente por la norma<sup>35</sup>.
- (b) *Si se trata de empresas constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado que no sea miembro de la Unión Europea:*
1. Éstas tendrán que haber generado en el ejercicio precedente al último ejercicio financiero un volumen neto superior a 150 millones de euros sólo en la Unión Europea.
  2. En el caso de que no se diese el supuesto anterior, bastará para la aplicación de la propuesta de Directiva sobre D.D. con que hayan tenido un volumen neto de negocios superior a 40 millones de euros, de acuerdo con el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero, siempre y cuando, como mínimo, un 50 por ciento de ese volumen se haya generado en alguno de los sectores especiales identificados por la norma en el artículo 2.1.b).

El precedente ámbito de aplicación plantea, sin embargo, fugas y fallas importantes. De hecho, algunas deficiencias de la propuesta de Directiva sobre D.D. han sido subrayadas por la European Coalition for Corporate Justice, una importante asociación dedicada a la observación y estudio de la responsabilidad social corporativa, en su informe *European Commission's proposal for a directive on Corporate Sustainability Due*

---

<sup>35</sup> Básicamente, esos sectores con un especial riesgo, de acuerdo con la propuesta de Directiva, son el textil, agroalimentario, pesquero, minero, metalúrgico y de hidrocarburos.



*Diligence. A comprehensive analysis*, publicado el 5 de abril de 2022<sup>36</sup>.

#### 4. 2.- VULNERABILIDADES EXISTENTES EN LA DEFINICIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

1. *El caso de holding empresarial.* Existe la posibilidad, no contemplada por la norma en su *scope*, de que las empresas, teniendo conocimiento de los umbrales que limitan el ámbito de aplicación, se aprovechen del mismo, especialmente en supuestos de empresas constituidas en un tercer Estado, ajeno a la Unión Europea.

Como ejemplo sencillo, basta con pensar en un *holding* empresarial. Una empresa no constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro y con una facturación inferior a 150 millones de euros, pero perteneciente a uno de los sectores que presentan alto riesgo para la propuesta de Directiva, podría evadir la aplicación de la norma a través de una modificación estructural de su matriz. La matriz escindiría parcialmente una de sus actividades, en función de las unidades económicas correspondientes, creando una nueva empresa que prestase solamente esa actividad perteneciente a uno de los sectores especiales y se

---

<sup>36</sup> Disponible en: <https://corporatejustice.org/publications/analysis-of-eu-proposal-for-a-directive-on-due-diligence/> [Fecha última consulta: 01-09-2022]

Se advierte a este respecto que todas las incorporaciones literales que se realizan de este texto son traducciones propias al castellano lo más fieles posibles al tenor literal del informe.



mantuviese por debajo del umbral de facturación del artículo 2.1.b) de la propuesta de Directiva sobre D.D., en el caso de no querer llamarse la atención por la matriz en lo que afecte a esa concreta actividad. No se consideran las estructuras empresariales, matrices y filiales conjuntamente por el *scope*.

Puede plantearse, como segundo caso objeto de estudio, que la matriz conjuntamente deba de atender el contenido de la propuesta de Directiva sobre D.D. por estar dentro de su ámbito de aplicación. Si a la matriz no le interesase, podría dividir y repartir las diferentes actividades que le generan esa facturación en el entorno de la Unión Europea en tantas empresas como actividades tenga. A diferencia del primer supuesto, en el que se quiere evitar crear y aplicar un sistema de debida diligencia sobre una actividad en concreto, aquí se fragmenta el conjunto de actividades de una gran empresa para que no pueda ser investigada ésta en su conjunto<sup>37</sup>.

El resultado de ello es sumamente grave, por cuanto la propuesta de Directiva sobre D.D. deja al albur de la planificación estratégica societaria el poder seguir

---

<sup>37</sup>. La ECCJ ha apuntado el peligro que genera la actual redacción de la propuesta de Directiva sobre D.D. de incentivar reestructuraciones empresariales para evadir su ámbito de aplicación. Más en particular dice así el informe:

«Estos umbrales rígidos también corren el riesgo de crear incentivos perversos para las grandes empresas, que podrían verse tentadas a adaptar sus estructuras comerciales para evitar caer dentro del ámbito de aplicación de la directiva.» (European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 7).



generando efectos adversos para el medio ambiente y los derechos humanos.

*2. Carencias en cuanto a los sectores estratégicos de especial riesgo para el medio ambiente y los derechos humanos.* A mayor abundamiento, dentro de esos sectores considerados de especial impacto por la propuesta normativa en su artículo 2.1, letra b), no se han tenido presentes otros que tienen igual entidad y conllevan alto riesgo para esos bienes jurídicos a proteger mediante la adopción de un sistema de debida diligencia. Véase, por ejemplo, que faltan sectores tan destacables como el de las infraestructuras, el transporte (sea por carretera, ferroviario, marítimo o aéreo) o el de producción y distribución de energía.

Ésta es una carencia de una relevancia muy importante, que permite que las compañías que dañan el medio ambiente en estas industrias y se encuentren por debajo de la facturación límite general de 150 millones de euros netos al año, dispongan de la posibilidad de seguir contribuyendo negativamente para con el cambio climático.

### 5. 3.- EXCLUSIÓN DE LAS PYMES DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

La propuesta de Directiva sobre D.D. excluye de su ámbito de aplicación a las pymes. La propia propuesta de Directiva es explícita de forma continuada en su contenido al señalar que se quiere evitar cargar a las



pymes con los gastos y costes propios que conllevan el cumplimiento de la Directiva<sup>38</sup>.

Empero, la propuesta de Directiva sobre D.D. sí que establece su aplicación de forma colateral para las pymes, apoyada por las grandes corporaciones obligadas a su cumplimiento, cuando las pymes actúan como proveedores o estén dentro de la cadena de valor de una de las empresas a las que sí se le aplicará la propuesta de Directiva.

Las pymes, en la medida de sus posibilidades, tendrán que alinearse con las políticas corporativas de las empresas a las que se les aplica la norma. De hecho, se responsabiliza hasta tal punto a las empresas a las que les resulta de aplicación la propuesta de Directiva que hace pechar sobre ellas dar el efectivo y oportuno soporte a las pymes que no tengan capacidad económica suficiente para cumplir con las políticas corporativas de las empresas en cuyas cadenas de valor participen<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Propuesta de Directiva sobre D.D., págs. 17 y ss. Ello tiene poco sentido si se quiere asegurar que no se causen efectos adversos para el medio ambiente, especialmente considerando que es la propia Comisión Europea la que señala que las pymes representan en torno al 99 por ciento de todas las empresas de la Unión Europea.

<sup>39</sup> De una parte y en términos generales, en cuanto a la prevención de efectos adversos potenciales (art. 7) y la eliminación de los efectos adversos reales (art. 8) para el medio ambiente y los derechos humanos, las empresas obligadas para con la propuesta normativa tienen un deber general de «proporcionar apoyo específico y proporcionado a las pymes con las que la empresa tenga una relación comercial



No parece una medida especialmente proporcionada. La forma de asegurar que las pymes dan cumplimiento a las previsiones orientadas para el respeto del medio ambiente no consiste en cargar los costes de un sistema de diligencia debida sobre las grandes empresas con las que trabajan o colaboran. La manera adecuada es incluirlas en la norma, pero haciendo previsiones especiales, de escala en atención al potencial impacto de sus actividades sobre el medio ambiente y los derechos humanos, o previendo incentivos para facilitar ese cumplimiento.

---

establecida, si el cumplimiento del código de conducta o del plan de acción preventiva pudiera comprometer la viabilidad de las pymes» (arts. 7.2.d) y 8.2.e) de la propuesta de Directiva).

Las empresas a las que les resulte de aplicación la propuesta normativa tienen —entre otras medidas preventivas y de eliminación respecto de los efectos adversos para el medio ambiente y los derechos humanos— que recabar garantías contractuales de sus socios comerciales que participen en la cadena de valor de la empresa. Estas garantías contractuales deben avalar debidamente el cumplimiento por los socios comerciales de los códigos de conducta de la empresa obligada por la norma y sus planes de acción preventiva o correctiva, según sean medidas preventivas o de eliminación de efectos adversos.

Pues bien, los apartados 4 de los artículos 7 y 8 especifican que las garantías contractuales de una pyme o las cláusulas empleadas deben ajustarse, ser razonables y no resultar discriminatorias para la pyme. La empresa obligada asumirá, de acuerdo con el inciso final del precepto, los gastos de terceros independientes por la comprobación del cumplimiento sobre la pyme.



Justamente el impacto positivo que puede llegar a tener la propuesta de Directiva sobre D.D. pasa por que esta norma pueda afectar transversalmente todas las actividades económicas, sin importar el tamaño de quienes la desarrollan. El medio ambiente no hace distinciones en cuanto al tamaño de la empresa: sólo conoce que se le generan perjuicios (que nos afectan a todos, conjuntamente)<sup>40</sup>.

Los criterios relativos a tamaño y volumen de negocios no reflejan el impacto que puede tener una pyme sobre los derechos humanos y el medio ambiente. La propuesta, en este sentido, se basa en meras presunciones de índole económico —concretamente, que las pymes no podrán cumplir con la propuesta de Directiva sobre D.D.— para excluir a las pymes de su ámbito de aplicación.

#### 6. 4.- BREVE INCISO SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVA DE LA NORMA

El ámbito de aplicación objetiva de la norma lo constituyen, como se apunta en el artículo 1.1 de la propuesta de Directiva sobre D.D., así como en el artículo 3 dedicado a las definiciones (letras b) y c) de

---

<sup>40</sup> Así coincide la ECCJ, al decir que «la propuesta ignora muchas operaciones comerciales dañinas, ya que el tamaño del personal y el volumen de negocios anual no son indicadores confiables de los impactos y la influencia de una empresa en su cadena de valor. En cualquier caso, estos deben ser umbrales alternativos (no acumulativos)» (European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 7).



ese precepto) los efectos adversos para el medio ambiente y para los derechos humanos.

*A priori*, podría parecer que tales conceptos son más que suficientes para comprender el alcance del ámbito de aplicación objetiva, pero en realidad son conceptos excesivamente amplios y genéricos y que, por ende, pueden redundar en una severa inseguridad jurídica en una propuesta normativa que pretende la armonización comunitaria sobre los fundamentos de sistemas de diligencia debida para empresas que operan en el territorio de los EEMM.

A mayor abundamiento, la remisión que se produce en las letras b) y c) del artículo 3 de la propuesta de Directiva sobre D.D. a su Anexo, aun cuando contiene una lista posibles violaciones de derechos y convenios, no deja de ser una primera aproximación de la multiplicidad de casos que pueden escaparse de esa primera definición constituida, para más inri, de remisiones a normas y convenios internacionales<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Y no todas ellas, pues faltan normas tan destacables como el Acuerdo de París, de 12 de diciembre de 2015, o la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982.

De hecho, la ECCJ dice en su informe sobre este punto que se está corriendo el riesgo de limitar los impactos ambientales a una lista insuficiente de normas medioambientales y se facilita inclusive la aplicación selectiva de las normas (European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 8).



Hay una falta de exhaustividad en la definición de «efecto adverso para el medio ambiente»<sup>42</sup>, dada la forma escogida de realizar múltiples remisiones a normativa internacional. Ello genera inseguridad jurídica, en tanto que los sujetos que se hayan de encargar de elaborar un programa o un sistema de diligencia debida deben tener presente la normativa directa con la que trabajan habitualmente y realizar un estudio de Derecho internacional comparado que, a su vez, puede complicarse ante los matices en la interpretación de preceptos con causa en la jurisprudencia correspondiente.

#### **V.- OBLIGACIONES PRINCIPALES DE LAS EMPRESAS: IDENTIFICAR, PREVENIR, ELIMINAR Y SUPRIMIR RIESGOS**

El programa de diligencia debida que las empresas a las que resulta de aplicación la Directiva se vertebra esencialmente sobre cuatro obligaciones básicas de los artículos 5 a 8 (implantación de políticas corporativas y códigos de conducta, detección, prevención y eliminación de efectos adversos). Ya no podrá entenderse que los deberes empresariales se hayan

---

<sup>42</sup> Aunque ciertamente más complicado y comprometedor para la Comisión Europea, hubiese resultado más interesante una propuesta en la que se definiesen un conjunto de requisitos cuya concurrencia en conjunto apuntasen o evidenciasen un «efecto adverso para el medio ambiente». Esa técnica normativa tiene la parte negativa de abrir o extender el campo de la interpretación de legisladores y tribunales, pudiendo producir justo el efecto contrario a la pretendida armonización normativa por la Comisión Europea en su propuesta.



cumplido adecuadamente, a menos que se hayan tenido presentes los efectos adversos sobre el medio ambiente a lo largo de sus procesos de debida diligencia<sup>43</sup>.

### 7. 1.- LA DILIGENCIA DEBIDA EN LAS POLÍTICAS CORPORATIVAS DE LAS EMPRESAS

El artículo 5 incide brevemente —pero de manera notable— en que las empresas deben integrar dentro de sus políticas corporativas o *corporate policies* la debida diligencia.

La propuesta obliga a que la política de debida diligencia no solamente se integre en la política de buen gobierno de las empresas, sino que tendrá que describir su enfoque y deberá elaborarse un código de conducta a ese efecto de aplicación tanto a filiales como a empleados de la empresa<sup>44</sup>. Asimismo, deben indicarse los procesos para aplicar la diligencia debida, comprobar su cumplimiento y realizar actualizaciones periódicas — anuales, según dispone en principio el texto de la

---

<sup>43</sup> Vid. Bright, Íñigo Álvarez, & Pietropaoli, 2021, págs. 89-90.

<sup>44</sup> Nótese aquí una contradicción evidente de la propuesta de Directiva sobre D.D.: mientras que en su ámbito de aplicación subjetivo no hay especificaciones en cuanto a las estructuras societarias o grupos de empresas o que se haya de considerar a filiales y matrices en conjunto a efectos de los umbrales del precepto, en el artículo 5 sobre «integración de la diligencia debida en las políticas de las empresas» sí se prevé la extensión de los códigos de debida diligencia de la matriz a las filiales. Evidentemente, el problema se presenta cuando se juega con la estructura societaria y se aísla el problema de regirse por un sistema de *due diligence* al separar la actividad de la matriz a una nueva filial.



propuesta normativa— de esa política de diligencia debida.

## 8. 2.- LA OBLIGACIÓN DE IDENTIFICAR LOS RIESGOS REALES Y POTENCIALES COMO PARTE DEL SISTEMA DE DILIGENCIA DEBIDA

El artículo 6 establece una de las principales obligaciones para el desarrollo de un sistema de diligencia debida y, por ende, uno de los requisitos para cumplir con la propuesta de Directiva sobre D.D.: la «detección de los efectos adversos reales y potenciales», según rubrica el precepto

Para aquellas empresas que desarrollan su actividad en uno de los ámbitos identificados por la propuesta como de especial riesgo para los derechos humanos y el medio ambiente (art. 2.1.b) y art. 2.2.b), únicamente deberán «detectar los efectos adversos graves, reales y potenciales» (art. 6.2). Este distingo resulta incomprensible: si justamente por la propuesta de Directiva se reseñan las actividades en aquellos sectores como especiales, que se haga una suerte de escalabilidad<sup>45</sup> en sentido inverso (exonerando de mayor

---

<sup>45</sup> Esa escalabilidad es, a mayor abundamiento, altamente discrecional. La propuesta de Directiva sobre D.D. no sólo no determina cuando nos encontramos ante un efecto adverso estándar o regular y cuando nos encontramos ante un efecto adverso grave, sino que ni tan siquiera la definición de concepto y características de «efecto adverso para el medio ambiente» y de «efecto adverso para los derechos humanos» se practica correctamente, según se ha apuntado en líneas precedentes. La definición de gravedad del artículo 3. l) resulta excesivamente ambigua.



cuidado en los sectores estratégicos) carece de sentido lógico.

Cabe llamar la atención sobre el apartado 4º del artículo 6. Éste establece que los EEMM velarán por que las empresas que hayan de cumplir con esta obligación de detección de riesgos reales y potenciales, cuenten con «los recursos adecuados, incluidos informes independientes y la información recabada mediante el procedimiento de denuncia contemplado en el artículo 9». Este inciso, ante su eventual transposición e incorporación a los diferentes Ordenamientos jurídicos de los EEMM, podría dar lugar a diferentes supuestos. Podría incorporarse el tenor literal del mismo, produciéndose una remisión a normas ya existentes en el Ordenamiento jurídico en cuestión en materia de transparencia, como también podría darse el caso contrario, esto es, dotar a las empresas que desarrollan un programa de debida diligencia de un acceso amplio a toda clase informes y notas de organismos públicos e, incluso, privados. Sería conveniente concretar los límites en este supuesto de ese derecho de acceso a toda clase de información con base en la identificación de los efectos adversos potenciales y reales.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> También cabe formular la pregunta acerca de cómo controlaría la Administración Pública que el acceso a los recursos necesarios ha sido apropiado, y no se ha tratado de un abuso por parte de la empresa, bien sea para obtener ayudas económicas, bien sea para conocer datos y documentación sensible de la competencia que, en otras circunstancias, no hubiesen estado a su alcance.



En último lugar, el inciso final del artículo 6.4 indica que, «cuando así proceda, las empresas llevarán también a cabo consultas con los grupos potencialmente afectados, [...] a fin de recabar información sobre los efectos adversos reales o potenciales». Se trata de una previsión contradictoria con los estándares de *soft law* internacionales: esa consulta no se debe dejar a momentos relevantes o a un genérico, como dice la previsión «cuando así proceda», sino que deben considerarse a las partes interesadas o afectadas como regla general. Como bien expresa la ECCJ, «sin ellas, las empresas no pueden estar seguras de haber identificado y evaluado adecuadamente los impactos adversos y haber tomado las medidas adecuadas para prevenirlos o mitigarlos»<sup>47</sup>. Lo oportuno sería tener siempre presentes a efectos consultivos a esos afectados en el desarrollo de la *due diligence*, no sólo para los planes preventivos y correctivos<sup>48</sup>.

### 9. 3.- LAS OBLIGACIONES DE PREVENIR LOS EFECTOS ADVERSOS POTENCIALES Y ELIMINAR LOS EFECTOS ADVERSOS REALES

En el presente apartado se procede a analizar conjuntamente la obligación de prevención de los efectos

---

<sup>47</sup> European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 14.

<sup>48</sup> La ECCJ añade en su informe una observación interesante. Las empresas deberían garantizar la comunicación de los resultados de sus consultas a los grupos potencialmente afectados a los que se acudiese, así como que los participantes pudiesen expresarse con libertad, sin temor a represalias por parte de la empresa (European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 14).



adversos potenciales sobre el medio ambiente y los derechos humanos (art. 7 de la propuesta) y la obligación de eliminar los efectos adversos reales (art. 8 de la propuesta)<sup>49</sup>.

En primer lugar, se ha de indicar que en ambos preceptos se realiza una salvedad parecida. En lo relativo a la obligación de prevenir los riesgos potenciales, se dice que los EEMM tendrán que velar por que las empresas adopten las medidas preventivas al efecto. En aquellos casos en los que la prevención no fuere posible o no lo fuere de manera inmediata, las empresas tendrán que mitigar los efectos adversos potenciales que se hubiesen detectado. En cuanto a la eliminación de los efectos adversos reales, se dice por el artículo que los EEMM velarán por que las empresas eliminen tales efectos y, en caso de que fuese imposible, velarán por la minimización de su alcance<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> La razón de ello obedece a una cuestión sistemática: ambos artículos son prácticamente idénticos, a excepción de determinados obligaciones específicas que se puntualizarán, así como por la diferenciación conceptual imprescindible entre prevenir riesgos potenciales y eliminar riesgos reales. Tampoco se hará mención en el presente apartado de lo relativo al apoyo que se ha de dar a las pymes, al haber sido objeto de tratamiento en el apartado IV.C del presente estudio.

<sup>50</sup> En ambos casos de los respectivos artículos 7.1 y 8, apartados 1 y 2, esa previsión relativa a la imposibilidad de prevenir o eliminar los efectos adversos se deja al albur, bien de la discrecionalidad del caso, bien a criterios más restrictivos que puedan fijar los legisladores (y que, en consecuencia,



Las medidas que se exigirán a las empresas a efectos de cumplir con su obligación de prevenir (art. 7.2) y de eliminar los efectos adversos (art. 8.3) coinciden y se pueden sintetizar cómo se propone a continuación:

*1.- Desarrollar un plan de acción preventiva (art. 7.2.a) y correctiva (art. 8.3.b)), de acuerdo con la naturaleza de los efectos adversos potenciales y reales correspondientes, razonable y con plazos de actuación, consultando para ello a las partes afectadas por esos riesgos. Si bien no lo especifica la norma, resulta evidente que, en función del sector, ese plan tendrá que ajustarse a las normativas sectoriales que correspondan, además de valorar los efectos adversos para el medio ambiente y los derechos humanos.*

*2.- Solicitar garantías contractuales a los socios comerciales, en el sentido de que avalen el cumplimiento del código de conducta corporativo en el desarrollo de sus actividades y, en su caso, el plan de acción preventiva o correctiva (o los dos, de tener ambos).*

Esas garantías contractuales o el contrato deberán complementarse con las medidas apropiadas para comprobar su correcto cumplimiento, pudiendo acudir a terceros independientes para auditar el cumplimiento de dichas garantías contractuales<sup>51</sup>.

---

puedan llegar a dar problemas por ruptura en la armonización normativa).

<sup>51</sup> Esas «comprobaciones independientes por terceros» que define la propuesta en su art. 3.h) conllevan que los auditores contratados tengan la «[...] obligación de rendir cuentas sobre la calidad y fiabilidad de la auditoría». La ECCJ subraya acerca



En el supuesto de que las medidas adoptadas para la prevención o eliminación de los efectos adversos potenciales o reales, respectivamente, no fueren suficientes, la empresa deberá dejar de tener relaciones o de ampliar las existentes con sus socios comerciales de su cadena de valor. La norma, en este sentido, establece la particularidad de permitir la suspensión temporal de las relaciones comerciales hasta la aplicación de las medidas pertinentes o la resolución de dichas relaciones si los efectos adversos son categorizados como graves. Pero esta particularidad la hace depender de que «la legislación que regule sus relaciones así lo permita»<sup>52</sup>.

Evidentemente existe la posibilidad de que, si bien esas previsiones no existan —lo cual sería harto extraño, por cuanto se tratan de principios contractuales básicos,

---

de esto que debería redactarse con mayor claridad si, en consecuencia, estos auditores serán legalmente responsables ante terceros perjudicados como resultado de sus auditorías defectuosas (European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 12).

<sup>52</sup> Es decir, de la previsión en último inciso de los artículos 7.5 y 8.6 de la propuesta de Directiva sobre D.D. no se infiere que las empresas vayan a tener directamente la capacidad de suspender contratos con otras empresas que pertenezcan a su cadena de valor por no estar cumplimiento con las medidas en materia de prevención y eliminación de riesgos potenciales y efectos adversos reales, como tampoco se puede decir que la propuesta de Directiva sobre D.D. vaya a permitir resolver esos contratos. De su tenor literal, únicamente cabe concluir que no es más que un reconocimiento de derechos que las empresas tienen en aplicación de las legislaciones sobre las que se irguieron esas relaciones entre socios comerciales.



como se puede observar, v.gr., en nuestro artículo 1.124 del Código Civil— en un determinado Ordenamiento jurídico de uno de los EEMM, pueda incorporarse al mismo mediante la transposición de la directiva.

Finalmente, que se puedan resolver los contratos («poner fin a la relación comercial con respecto a las actividades en cuestión») en función de que los efectos adversos sean categorizados como graves, deja nuevamente un problema sobre la mesa. De un lado, la amplitud de ese «grave» permite a los legisladores nacionales una elevada discrecionalidad a la hora de definirlo, poniendo en riesgo la armonización. De otro, la remisión a una multiplicidad de normas, nacionales e internacionales, con sus correspondientes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, puede tener un impacto pernicioso a efectos de la seguridad jurídica<sup>53</sup>.

*3.- Realizar inversiones sobre los procesos e infraestructuras corporativas* que permitan el cumplimiento de las obligaciones relativas a prevención y eliminación de los efectos adversos para el medio ambiente y derechos humanos.

Asimismo, y a pesar de estar recogida en una letra independiente en ambos casos (art. 7.2.e) para la prevención de efectos adversos potenciales y art. 8.3.f) para la eliminación de efectos adversos reales) se debe

---

<sup>53</sup> Se debe tener presente que los efectos adversos para el medio ambiente y los derechos humanos se precisan, en el Anexo de la propuesta normativa, por remisión a otras normas.



incluir en este mismo punto, la *colaboración con otras entidades (sean públicas o privadas) para aumentar la capacidad de la empresa* en la prevención y supresión de esos riesgos ambientales y para los derechos humanos.

La previsión para ambos artículos reza que si los efectos adversos potenciales o reales que las medidas de los artículos 7.2 y 8.3 no pudiesen prevenirlos, eliminarlos o mitigarlos suficientemente, «[...] la empresa podrá tratar de celebrar un acuerdo con un socio con el que tenga una relación indirecta [...]». Lo interesante acerca de esta cuestión es la introducción de una referencia a una relación indirecta, cuando puede ser un perfecto proveedor externo, un tercero, especializado en la conformación y ayuda en el cumplimiento de esta clase de planes de prevención y eliminación de los efectos adversos potenciales y reales<sup>54</sup>. De modo que no se comprende de donde puede provenir esa «relación indirecta» ni cómo se debería definir a los efectos de la propuesta normativa (pues en ella, nada se dice)<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> En ambos casos, tanto para la prevención como para la eliminación, se establece que, si no se pueden lograr las medidas descritas, las empresas podrán contratar con terceros independientes, «con vistas a lograr el cumplimiento del código de conducta de la empresa o la ejecución de un plan de acción» preventiva o correctiva, según el caso (arts. 7.3 y 8.4).

<sup>55</sup> La única salvedad que, *a priori*, puede plantearse es que esos preceptos están previendo que se trate de un grupo de empresas con varias ramificaciones entre las que conste una sociedad dedicada en el grupo exclusivamente a estas labores de diligencia debida.



4.- *Neutralizar un efecto adverso mediante la compensación financiera*, siendo un mecanismo exclusivamente de eliminación de efectos adversos reales (art.8.3.a)). Si bien la redacción del texto dispone de esa compensación como un ejemplo, estando abierta a otras opciones, deberían haberse previsto otras medidas explícitamente que hubiesen sido igualmente efectivas, como la restitución o rehabilitación de la situación de, por ejemplo, un entorno natural al momento previo al de la producción de un daño<sup>56</sup>.

#### 10.4.- OTRAS OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE D.D.

Si bien en el apartado anterior se han destacado las obligaciones más importantes relativas a la detección de efectos adversos sobre el medio ambiente y los derechos humanos, así como las medidas preventivas y correctivas que la propuesta de Directiva sobre D.D. propone para la confección de un sistema de *due diligence*, la norma contiene otras previsiones de obligado cumplimiento.

1.- *Monitorización*. El artículo 10 de la propuesta de Directiva reseña que las empresas deberán evaluar periódicamente las medidas de detección, prevención y corrección desplegadas. Esa evaluación no sólo se debe realizar sobre la propia actividad, sino sobre toda la

---

<sup>56</sup> Según puntualiza acertadamente la ECCJ en su informe (European Coalition for Corporate Justice, 2022, págs. 12-13).



cadena de valor, con el fin de supervisar la eficacia de las medidas adoptadas<sup>57</sup>.

Resulta apropiado observar la falta de claridad en cuanto a si las evaluaciones se han de pasar cada doce (12) meses o no, pues bien parece así en una primera lectura, pero el penúltimo inciso del artículo contradice si es o no obligatoria esa evaluación anual, por hacerla depender del surgimiento de nuevos riesgos:

«Esas evaluaciones se basarán, según proceda, en indicadores cualitativos y cuantitativos y se llevarán a cabo al menos cada doce meses y siempre que existan motivos fundados para creer que pueden surgir nuevos y significativos riesgos de que se produzcan esos efectos adversos.»

---

<sup>57</sup> La previsión incurre nuevamente en la incongruencia sobre la que se llamó la atención en líneas precedentes: mientras que en el ámbito de aplicación de la norma se tiene en cuenta si nos encontramos ante una matriz o una filial de una empresa, especialmente en cuanto a los umbrales que se establecen y cómo se calculan éstos, en este precepto sobre la monitorización sobre el rendimiento de las medidas sí que se presume que lo hace la empresa matriz, al señalar que «[...] las empresas lleven a cabo evaluaciones periódicas de sus propias operaciones y medidas, de las de sus filiales». Se observa así que no hay un sentido unitario a la hora de normativizar por parte de la Comisión Europea, cuando la coherencia entre el ámbito de aplicación subjetivo y las obligaciones contenidas en la propuesta normativa debería ser absoluta.



En todo caso, las evaluaciones pueden dar lugar a la modificación y actualización de las políticas corporativas de *due diligence*.

2.- *Publicación*. Sintéticamente, se debe hacer una publicación de una declaración anual en materia de sostenibilidad en los sitios web de las empresas (art. 11)<sup>58</sup>. Ahora bien, esta propuesta presenta dos problemas.

En primer lugar, su aplicabilidad. El artículo se dirige a las empresas no obligadas por los artículos 19bis y 29bis de la Directiva 2013/34/UE, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, que va a ser modificado por la propuesta de Directiva sobre la información corporativa en materia de sostenibilidad. El ámbito de aplicación de esta segunda norma es más amplio que el de la propuesta de Directiva sobre D.D., incluyendo pymes.

En segundo lugar, su pobre definición. No detalla qué aspectos tienen que abarcar dicha declaración, lo cual es de suma importancia, porque es una información que puede resultar de interés tanto a terceros afectados por la actividad de una empresa, como para los propios

---

<sup>58</sup> Como bien dice Adoración Guamán:

«Es fundamental, además, distinguir los mecanismos de diligencia debida de los procesos de información (*reporting*) sobre derechos humanos. En los regímenes obligatorios de diligencia debida en materia de derechos humanos se incluye el deber de información, entre otros, pero el cumplimiento de este deber no basta sino que es fundamental adicionar el deber de cuidado» (Guamán, 2021, pág. 97).



socios que hayan contratado con la misma para formar parte de su cadena de valor y verificar así el impacto de su actuar.

Del mismo modo, tampoco se hacen precisiones o requerimientos en cuanto a que esa información pueda ser depositada o verificada por una entidad independiente<sup>59</sup>, con carácter previo a su publicación, con los riesgos propios de publicar información no debidamente auditada previamente y validada por un organismo o entidad habilitada para ello<sup>60</sup>.

*3.- Creación de canales de denuncia.* Con independencia de que esto será objeto de tratamiento en el apartado VIII, cabe señalar sucintamente que el artículo 9 de la propuesta de Directiva sobre D.D. prevé la creación de

---

<sup>59</sup> Nuevamente, a diferencia de la propuesta de Directiva sobre la información corporativa en materia de sostenibilidad.

<sup>60</sup> La ECCJ realiza una apreciación y propuesta interesante en este sentido. A su parecer, las empresas tendrían que enviar para su publicación tales informes o declaraciones a las autoridades de control para que, tras su comprobación, fuesen puestas a disposición en un directorio comunitario abierto (European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 17).

De hecho, como señala Adoración Guamán en referencia al caso de la ley francesa de debida diligencia, la carencia de listas oficiales de las empresas obligadas a publicar sus planes e informar de su seguimiento ante las autoridades públicas correspondientes facilita la elusión de la norma. En Francia, hasta que en 2020 no se tomaron medidas directas desde el Ministerio de Economía, no se descubrió que hasta 265 empresas debían estar aplicando la ley francesa, muchas de ellas, grandes corporaciones con presencia internacional (Guamán, 2021, pág. 100).



un canal de denuncias para que las personas afectadas por los efectos adversos, los sindicatos y representantes de los trabajadores, y las organizaciones de la sociedad civil puedan presentar ante la empresa las denuncias que estimen convenientes.

## **VI.- OBLIGACIONES DIRECTAS DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS EMPRESAS**

En los artículos 25 y 26 de la propuesta de Directiva sobre D.D. se perfilan obligaciones directas para los administradores de las empresas, dirigidas en concreto a que velen y se hagan responsables en la puesta en marcha y supervisión de las medidas de *due diligence* adoptadas. Deberán tener en cuenta «las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad, incluidas, cuando proceda, las consecuencias para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente a corto, medio y largo plazo» (art. 25.1).

Los EEMM tendrán capacidad para asegurarse de que los administradores hacen lo necesario para que la estrategia empresarial de *due diligence* se materialice y se tengan en cuenta los efectos adversos en sus procesos decisorios, pudiendo crear un régimen sancionador *ad hoc* a tal efecto. Nuevamente, nos encontramos con disposiciones excesivamente amplias en cuanto al seguimiento de la labor de los administradores, pudiendo los EEMM generar disonancias normativas entre ellos a la hora de transponer la Directiva y, por ende, facilitar reestructuraciones empresarias o reubicaciones de compañías y de sus administradores, en función del régimen sancionador más beneficioso. En el artículo 15.3



se prevé la vinculación de la remuneración variable de los administradores, a su contribución para con la estrategia de sostenibilidad de la empresa, como método para incentivar el buen hacer de los administradores y penalizar conductas negligentes para con el cambio climático.

Se trata, en general, de una propuesta laxa en cuanto a las funciones de los administradores en relación con la diligencia debida y la orientación de la empresa hacia prácticas más sostenibles.

### **VII.- AUTORIDAD DE CONTROL COMPETENTE**

La propuesta de Directiva sobre la D.D. prevé la creación por los EEMM de una o varias autoridades encargadas de controlar el cumplimiento de las obligaciones en materia de *due diligence* que deben adoptar las empresas<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Debido a la doble naturaleza de la norma, en cuanto a la implementación de medidas para proteger el medio ambiente y los derechos humanos, la creación de esa autoridad de control en España posiblemente deba ser realizada ad hoc por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (seguramente, junto con la colaboración de otro Ministerio, como el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 por el factor de protección de derechos humanos). Por otra parte, una vez se apruebe y publique la versión definitiva de la Directiva y se transponga, resultará internamente de gran interés si las Comunidades Autónomas tendrán capacidad para crear sus propias autoridades de control y, en caso de ser así, cómo se articularán los mecanismos correspondientes de coordinación entre las diferentes autoridades autonómicas de



Las autoridades de control deberán velar por el cumplimiento de esas obligaciones respecto de las empresas que tengan su domicilio social en el correspondiente Estado miembro. En cuanto a las empresas de terceros países que operen dentro de la Unión Europea, de acuerdo con el artículo 2.2 de la propuesta normativa, las autoridades de control que se habrán de encargar de su supervisión serán las que se correspondan con las sucursales que tengan. En el caso de que no tengan o tengan varias sucursales en diferentes EEMM, la autoridad competente será donde tenga mayor volumen de negocio neto en la Unión Europea en el ejercicio financiero inmediatamente anterior. Ahora bien, como dice el apartado 4 del artículo 17, «cuando un Estado miembro designe a más de una autoridad de control, velará por que las competencias respectivas de dichas autoridades estén claramente definidas y por que esas autoridades cooperen estrecha y eficazmente».

Para la coordinación entre las autoridades de control de los distintos EEMM, ha sido objeto de regulación en la propuesta normativa, debiendo quedar integradas en una Red Europea de Autoridades de Control (art. 21) para facilitar el seguimiento, coordinación y armonización de las prácticas de regulación, investigación y control de las distintas autoridades de control y el intercambio de información entre éstas<sup>62</sup>. De

---

control con la perteneciente a la Administración General del Estado y, a su vez, con las autoridades de otros EEMM, con sus repartos de competencias interregionales respectivas.

<sup>62</sup> La Red Europea de Autoridades de Control puede servir, por ejemplo, para que una Autoridad de Control de un Estado



esta forma, las autoridades de control colaboran y se asisten entre sí, instrumentando todas las facilidades posibles para responder las solicitudes de asistencia y sin que se requieran por ello tasas por las acciones y medidas adoptadas<sup>63</sup>.

Las competencias que corresponderán a las autoridades de control vienen establecidas en el artículo 18 de la propuesta de la Directiva<sup>64</sup>:

- (a) Acceso a recursos y competencias suficientes, aseguradas por los EEMM, para el desempeño de sus funciones, incluyendo la facultad de solicitar información y de llevar a cabo investigaciones.

---

miembro pueda inspeccionar a una empresa en otro Estado miembro a través de la correspondiente Autoridad de Control, solicitando su colaboración para que practique cuantas actuaciones sean necesarias, según apunta el artículo 18.3 de la propuesta normativa.

<sup>63</sup> Esta última previsión está exceptuada por la propuesta normativa en el apartado 6 del artículo 21, párrafo segundo, que dice que « [...] podrán acordar normas de indemnización recíproca por los gastos específicos derivados de la prestación de asistencia en circunstancias excepcionales». En este sentido, una vez más, la norma adolece de un carácter excesivamente abierto y genérico, al no caracterizar qué se debe entender como una «circunstancia excepcional» en lo que se refiere a la coordinación interna de una Red creada por esa propuesta de Directiva.

<sup>64</sup> No hay que dejar de tener presente en ningún momento que se trata de una propuesta normativa y que, según se desarrolle el procedimiento para la aprobación final del texto, estas competencias pueden verse reducidas o ampliadas.



- (b) Inicio de investigaciones, bien de oficio, o bien cuando se notificasen «inquietudes fundadas», según describe el artículo 19 de la propuesta de Directiva sobre D.D.
- (c) Práctica de inspecciones de acuerdo con la legislación nacional del Estado miembro o colaboración en las inspecciones con otras autoridades de control.
- (d) Emplazamiento a las empresas, para que adopten medidas correctivas en caso de detectar incumplimientos en relación con la Directiva, sin perjuicio de las infracciones que fueren imputables y la responsabilidad por daños y perjuicios que fuese pertinente reclamar a la compañía incumplidora, de conformidad con los artículos 20 y 22 de la propuesta de Directiva.
- (e) Capacidad de ordenar el cese de infracciones, así como de la abstención de la conducta infractora e, incluso, la adopción de medidas correctivas proporcionales y destinadas a poner fin a éstas.
- (f) Imposición de sanciones pecuniarias (art. 20).<sup>65</sup>
- (g) Adopción de medidas provisionales.

En cualquier caso, la propuesta de Directiva sobre D.D., para facilitar la comunicación con las autoridades de control, obliga a las empresas a las que les resulte de aplicación la propuesta normativa a nombrar a un interlocutor oficial, un representante autorizado, cuyos

---

<sup>65</sup> Tanto esta competencia como lo que se desarrolla acerca de la misma en el artículo 18, apartado 6, será analizado, por coherencia y orden en el discurso, en el apartado IX del presente estudio.



datos serán debidamente facilitados a la Autoridad de Control que cree cada Estado (art. 16)<sup>66</sup>.

### **VIII.- RECLAMACIONES Y CANALES DE DENUNCIA PARA TERCEROS**

En este apartado se pretende estudiar los dos canales de denuncia ante la detección de efectos adversos potenciales o reales sobre el medio ambiente y los derechos humanos de que disponen los terceros, en función del órgano ante el que se formulen las denuncias. La propuesta de Directiva sobre D.D. plantea dos posibilidades, que han sido concentradas en este mismo apartado para evitar la lectura dispersa que ofrece la norma: los canales de denuncia puestos a disposición por la propia empresa y los que ofrecerán las autoridades de control correspondientes en cada Estado miembro.

#### **11.1.- CANALES DE DENUNCIA PUESTOS A DISPOSICIÓN POR LAS EMPRESAS OBLIGADAS**

Según se adelantaba en apartados previos, la propuesta de Directiva sobre D.D. incide en la necesidad de que las empresas obligadas por dicha norma creen procedimientos de denuncia para una serie de grupos de interesados determinados en el apartado 2 del artículo 9. El apartado 1 de ese precepto establece que las

---

<sup>66</sup> Se trata de una suerte de paralelismo con figuras tales como el *compliance office*, en lo que refiere a la regulación sobre blanqueo de capitales, o al Delegado de Protección de Datos o DPO si hablamos de la normativa sobre tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.



empresas tendrán que ofrecer «[...] la posibilidad de presentar denuncias cuando alberguen inquietudes legítimas en cuanto a los efectos adversos, reales o potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias actividades, las actividades de sus filiales y sus cadenas de valor».

Las denuncias ante la empresa podrán ser presentadas por tres tipos de sujetos (art. 9.2):

- (a) Personas afectadas o que puedan verse afectas, con motivos fundados, por un efecto adverso generado por la empresa en el desarrollo de su actividad.
- (b) Sindicatos y representantes de trabajadores que trabajen en la cadena de valor.
- (c) Organizaciones de la sociedad civil activa que estén relacionadas con los ámbitos de la cadena de valor.

De las clases de sujetos relacionadas, se observa con facilidad una carencia notable: terceros que, si bien no son sujetos afectados por los efectos adversos, no podrían denunciar la detección de los mismos, salvo que fuese a través de una organización de la sociedad civil. En otras palabras, las denuncias y puestas en conocimiento a la empresa sobre riesgos generados en el desarrollo de su actividad necesita de un sujeto afectado o potencialmente afectado/vinculado por esos efectos adversos, limitando considerablemente el acceso de estas denuncias.

Existe, a mayor abundamiento, otra carencia adicional sobre este canal de denuncias y la tramitación de éstas. La propuesta de Directiva sobre D.D. establece en el



artículo 9, apartado 3, que los EEMM velarán por que las empresas establezcan un procedimiento de tramitación de denuncias, mas no ahonda en que esas denuncias den posteriormente lugar, de forma efectiva, a la puesta en marcha de esos procedimientos internos para la eventual detección y corrección de los impactos adversos denunciados. No hay obligación de *reporting* de entrada de denuncias ante las autoridades de control.

En otras palabras, aunque la propuesta de Directiva sobre D.D. señala la obligación de que las empresas creen un procedimiento para tramitación de las denuncias y que los EEMM se asegurarán de que así sea, en ningún momento se especifican medidas de seguimiento o control de que esos canales de denuncia funcionen como cabría esperar<sup>67</sup>.

De acuerdo con el artículo 23 de la propuesta normativa, para la protección de las personas que hagan uso de los pertinentes canales de denuncia, se aplicará la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión Directiva, denominada comúnmente como

---

<sup>67</sup> De hecho, el apartado 9.4 de la propuesta tampoco soluciona este problema. El derecho de los denunciantes a dirigirse a las empresas para que den el curso adecuado a éstas, no es sino una medida que puede redundar en una mera contestación afirmativa por parte de la empresa, en cuanto que su denuncia se encuentra en tramitación, pudiendo en realidad no revisarla ni tramitarla nunca.



*Directiva de whistleblowing de la UE*<sup>68</sup>. Sin embargo, nos hallamos en este sentido con el problema antes referido: la referida Directiva ni asegura que se vayan a tramitar las denuncias por medio del debido procedimiento, como tampoco protegerán a terceros denunciadores que no coincidan con su ámbito de aplicación personal (art. 4 de la Directiva 2019/1937)<sup>69</sup> ni que estén fuera de los enumerados en el artículo 9.2 de la propuesta normativa.

## 12.2.- RECLAMACIONES Y CANALES DE DENUNCIA DE LAS AUTORIDADES DE CONTROL

El artículo 18.2 de la propuesta de Directiva sobre D.D. establece la competencia de las autoridades de control de iniciar procedimientos de investigación cuando reciban notificaciones de tercero de inquietudes fundadas. Y, a diferencia de lo que sucede con el canal de denuncias que deben poner en funcionamiento las empresas, aquí sí existe la certeza normativa de que, además de posibilitar denunciar determinadas prácticas, éstas serán tramitadas y puestas en conocimiento de los sujetos que las denunciaron, cuando se dice en el

---

<sup>68</sup> Se recomienda a este efecto la reciente obra de López Donaire, M.B. y de Gimeno Bevia, J. (directores), *La Directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, editada por Tirant lo Blanc, 1ª edición, 2022.

<sup>69</sup> Es una preocupación que ha puesto de manifiesto la ECCJ, llamando la atención en que la propuesta de Directiva sobre D.D. puede ser el momento para extender esta protección a otros interesados en usar ese canal de denuncias sin temor a represalias, como los defensores de los derechos humanos y el medio ambiente u otros actores distintos (European Coalition for Corporate Justice, 2022, págs. 15-16).



artículo 19.3 se especifica que «los Estados miembros velarán por que las autoridades de control evalúen las inquietudes fundadas y, cuando corresponda, ejerzan las competencias a las que se refiere el artículo 18». Además, el apartado 4 del artículo 19 establece que, siempre que lo permitan las disposiciones de la legislación nacional correspondiente, los denunciantes serán informados del resultado de sus investigaciones, comunicándoles la motivación de su decisión<sup>70</sup>.

Existe otra diferencia sustancial entre presentar una denuncia ante la empresa obligada a disponer de dicho canal y la autoridad de control: mientras que en el primer caso el sujeto denunciante debe encontrarse vinculado de algún modo al efecto adverso sobre el medio

---

<sup>70</sup> La condición de denunciante o informante de una determinada supuesta infracción administrativa no conlleva la adquisición de la condición de interesado. Así, el artículo 62.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que «la presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento».

Mas la jurisprudencia sí ha reconocido que, si bien ser denunciante no conlleva ser interesado, sí que resulta apropiado comunicar y hacerle conocedor de los avances en la investigación desarrollada por las autoridades administrativas pertinentes. Si bien no tiene interés legítimo en cuanto al resultado final de esas investigaciones —salvo que, además de denunciante, sea interesado en tanto sus derechos en intereses legítimos puedan verse afectados— sí se le reconoce en cuanto al correcto desarrollo de esas investigaciones (*Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo no. 68/2019, de 28 de enero, recurso no. 4580/2017, ECLI:ES:TS:2019:494, F.D. 2º*).



ambiente y los derechos humanos, en el segundo no se establece que deba ser un sujeto concreto o que le afecte el efecto (valga la redundancia). El procedimiento de denuncia ante la autoridad de control despliega la investigación pertinente cuando se planteen ante éste «inquietudes fundadas».

El artículo 19.1 de la propuesta de Directiva sobre D.D. señala que toda persona física o jurídica tendrá la posibilidad de notificar esas «inquietudes fundadas» relativas a un posible incumplimiento por parte de alguna empresa en cuanto a su deber de debida diligencia<sup>71</sup>. No importa en este caso ser un sujeto estrictamente categorizado por la norma —como parece importar en el artículo 9.2— sino que lo verdaderamente trascendente

---

<sup>71</sup> Aquí puede considerarse otro matiz importante. En el canal de denuncias del artículo 9 se habla de la puesta en conocimiento de que se pueden estar dando efectos adversos, reales o potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente en las actividades de las empresas, filiales o en su cadena de valor.

En contraste, en los artículos 18 y 19 de la propuesta normativa se hace referencia al incumplimiento de las obligaciones reflejadas en la Directiva, que puede llevar, en lugar de a una interpretación sistemática y teleológica para con la protección de los derechos humanos y el medio ambiente, a una interpretación excesivamente restrictiva, en el sentido de que sólo se pueden notificar incumplimientos en cuanto al sistema de debida diligencia o código de conducta de la empresa. Es decir, los artículos 18 y 19 pueden llegar a dar lugar a una limitación del objeto de la denuncia ante la autoridad de control sin considerar el objeto último que busca la norma: evitar los efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente.



es que esas inquietudes de incumplir el sistema de debida diligencia puedan motivarse, con independencia de si afecta directa o indirectamente al denunciante ese incumplimiento.

Ahora bien, el precepto presenta un eventual problema que generará conflictos jurisdiccionales en materia de Derecho procesal, más concretamente en torno a la cuestión de la legitimación activa de los demandantes. Será un problema anecdótico (pues la jurisprudencia ya tiene un criterio a este respecto), propio de una norma de reciente aprobación como lo que sucederá con ésta tras su eventual transposición. En el artículo 19, rubricado *Inquietudes fundadas*, se prevé la posibilidad no sólo de dar parte a ese denunciante (que pueden no afectarle en modo alguno los efectos adversos en cuestión que se derivan del incumplimiento de debida diligencia de las empresas, pero que actúa en interés de mera legalidad) sino que plantea la posibilidad de que, ante la disconformidad con el resultado de la investigación de la autoridad de control encargada, pueda acudir ante los Tribunales (art. 19.5).

El tenor literal del artículo lo hace depender del interés legítimo que tenga el denunciante sobre el asunto, al haber expuesto esa inquietud fundada. Evidentemente, aunque se habilita a cualquier persona a poner en conocimiento de las autoridades de control aquellas actividades respecto de las que se tenga constancia o motivos de que se realizan incumpliendo la debida diligencia, ello no habilita a todo sujeto a poder recurrir ante los órganos jurisdiccionales las decisiones de las autoridades de control. Más en particular, los



denunciantes cuyos derechos e intereses legítimos no estén afectados por los incumplimientos de las empresas obligadas, no están capacitados para recurrir ante el orden contencioso-administrativo las decisiones de las autoridades de control, de acuerdo con el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo<sup>72</sup>, salvo que se trate de recurrir la propia actividad de investigación y

---

<sup>72</sup> Esta aseveración merece ciertas matizaciones. En primer lugar, el denunciante, por el mero hecho de serlo, no adquiere la condición de interesado y, por lo tanto, tampoco logra la justificación de un interés legítimo, a los efectos del artículo 19 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En segundo lugar, este principio no implica que el denunciante carezca de legitimación en todos los casos, pues puede concurrir que la anulación de la decisión de la autoridad de control pueda tener un efecto positivo o negativo, actual o futuro, en la esfera de sus derechos e intereses legítimos.

En tercer lugar, sí se ha reconocido jurisprudencialmente la legitimación activa para recurrir en lo que refiere al desarrollo de la actividad investigadora y de comprobación por las autoridades de control de las prácticas irregulares denunciadas. No se admite en cuanto a la imposición de una sanción, pero sí en lo que refiere a esa actividad de investigación y comprobación suficiente.

Finalmente, se ha negado la legitimación *ad causam* cuando se invoca una mera defensa de la legalidad o, incluso, una mera defensa de un interés moral o de satisfacción moral.

De todo lo anterior se ha hecho eco y ha recopilado y sintetizado la jurisprudencia existente la antes mencionada *sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo no. 68/2019, de 28 de enero, recurso no. 4580/2017, ECLI:ES:TS:2019:494*, en su F.D. 2º.



comprobación en sí misma, si se detectan irregularidades.

**IX.- CONSECUENCIAS Y  
RESPONSABILIDADES ANTE  
INCUMPLIMIENTOS**

**13.1.- RÉGIMEN SANCIONADOR**

El artículo 18.5 de la propuesta de Directiva sobre D.D. es el que especifica que las autoridades de control tendrán competencias tanto para adoptar medidas provisionales como correctivas proporcionadas a las infracciones, como para imponer sanciones pecuniarias, de acuerdo con el artículo 20 de la propuesta.

El referido precepto no contiene más que unas directrices básicas. Se señala, en virtud del principio de proporcionalidad, que se deberán tener en cuenta para la imposición de las sanciones los esfuerzos que hayan realizado por una empresa infractora en materia de medidas para evitar los efectos adversos en cuestión, así como su volumen de negocios.

Si bien nos encontramos ante una norma que adoptará la forma de Directiva comunitaria, para permitir una mejor armonización e incorporación de su contenido en los Ordenamientos jurídicos de los EEMM, se extraña un esbozo de los incumplimientos que la Comisión Europea pudiera haber considerado de notable importancia, más allá del Anexo, así como una idea acerca de cómo podrían ser las sanciones que imponer. Esta carencia puede lograr el objetivo contrario al que se desea con la propuesta de Directiva sobre D.D.: una desarmonización



en cuanto a las consecuencias jurídicas de un incumplimiento de las disposiciones nacionales aprobadas sobre *due diligence* ambiental en virtud de la presente Directiva.

Por otra parte, el artículo 18.6<sup>73</sup> establece una figura de naturaleza mixta, que omite el principio de tipicidad al que hay que atender para la imposición de sanciones y que contradice el artículo 25.1 de la Constitución española. Si no existen en un *corpus* normativo comportamientos tipificados como infracciones administrativas, no pueden existir sanciones a ese efecto, pues rompe con un elemento tan básico para la seguridad jurídica y el *rule of law* como es el principio de tipicidad. Menos todavía, puede, en contradicción con la propia redacción del artículo 18.5, delegar la potestad de imponer sanciones a los órganos jurisdiccionales, cuando éstos —al menos en España— carecen de competencia para imponer sanciones administrativas o legislar a ese respecto cuando no existen tales previsiones.

---

<sup>73</sup> El referido precepto de la propuesta de Directiva sobre D.D. reza lo siguiente:

«Cuando el ordenamiento jurídico de un Estado miembro no contemple sanciones administrativas, el presente artículo y el artículo 20 podrán aplicarse de modo tal que la incoación de la sanción corresponda a la autoridad de control competente y su imposición a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes, garantizándose al mismo tiempo que estas vías de reparación sean efectivas y tengan un efecto equivalente a las sanciones administrativas impuestas por las autoridades de control.»



#### 14.2.- RESPONSABILIDAD CIVIL

El artículo 22 de la propuesta de Directiva sobre D.D. contiene un mecanismo para que las empresas respondan por sus incumplimientos frente a los afectados por sus actividades negligentemente realizadas, en el sentido de no haber prevenido, mitigado, eliminado o minimizado los correspondientes efectos adversos<sup>74</sup>.

El apartado 1 del artículo 22 aprecia que, para reclamación civil por daños y perjuicios, deben concurrir tanto el ilícito en sí mismo (esto es, el incumplimiento), como la materialización de ese ilícito en un efecto adverso sobre la esfera de derechos e intereses del sujeto afectado.

El apartado 2 de ese artículo es, en contraposición, menos claro. Su primer párrafo dice, en un primer momento, que en tanto las empresas obligadas por la norma hubieran adoptado las medidas adecuadas

---

<sup>74</sup> Sobre el tenor literal del artículo 22.1, que prevé solamente incumplimientos en cuanto a los artículos 7 y 8, se elimina toda posibilidad de solicitar responsabilidad civil derivada por el incumplimiento de otras obligaciones. En igual sentido, y sin que haya pronunciamiento expreso en la propuesta de Directiva, cuando se habla en el artículo 3.h) de «comprobación independiente por terceros» y se dice que los auditores tienen «obligación de rendir cuentas sobre la calidad y fiabilidad de la auditoría», debería estipularse, al menos, una mínima previsión a ese respecto en materia de responsabilidad civil. *Vid.* European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 20.



relativas a las garantías contractuales y la comprobación de su cumplimiento, esa empresa no será responsable de los efectos adversos sobre el medio ambiente que traigan causa de uno de sus socios comerciales de la cadena de valor. Sin embargo, el apartado 2 contiene, en su segundo inciso, el matiz sobre el matiz (pues no olvidemos que el propio apartado 2 ya es una salvedad en sí misma respecto del contenido del apartado 1 del artículo 22), de carácter excesivamente genérico y susceptible de discrecionalidad: no operará la excepción de la responsabilidad civil de la empresa si, consideradas las circunstancias del caso, « [...] no fuera razonable esperar que las medidas efectivamente adoptadas, incluidas las relativas a la comprobación del cumplimiento de las normas, resultasen adecuadas para prevenir, mitigar, eliminar o minimizar el alcance de los efectos adversos».

En otras palabras, se permite que, en última instancia y pase lo que pase —a pesar de cuantas medidas de debida diligencia haya adoptado una empresa obligada por la propuesta de Directiva—, si un socio comercial incumple y por ello se genera un efecto adverso, a dicho socio le bastará con apelar a este subterfugio legal, vago y ambiguo, para que se responsabilice la empresa en cuestión. Provoca que, prácticamente, en cualquier caso, la empresa obligada por la norma se haga responsable de todo el actuar de toda su cadena de valor en materia de detección, prevención y corrección de efectos adversos sobre el medio ambiente y los derechos humanos.

Al hilo de lo anterior, el apartado 3 del artículo 22 termina por aclarar —a pesar de la antedicha salvedad



del apartado 2 y la salvedad de la salvedad de ese mismo apartado— que la responsabilidad de las empresas obligadas por la norma se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de filiales y socios comerciales directos o indirectos en la cadena de valor, que pueda corresponder a cada uno de ellos. Lo que no hace sino confirmar que la empresa obligada a desplegar el sistema de debida diligencia responde por toda la cadena de valor, resultando contradictorias las medidas de “cortafuegos” y el juego de valor-desvalor que se produce en el artículo 22.2 de la propuesta de Directiva.

En todo caso, debería haberse incluido como parte de la responsabilidad civil, además de los incumplimientos de *due diligence* sobre medio ambiente y derechos humanos, aquellos que supongan la infracción de los requisitos de transición climática, en relación con el artículo 15 de la propuesta<sup>75</sup>.

### 15.3.- PÉRDIDA DE AYUDAS PÚBLICAS

En último lugar, cabe hacer mención del artículo 24, que establece la pérdida de ayudas públicas para aquellas

---

<sup>75</sup> Evidentemente, aquí se encuentra el escollo propio de realizar una lista de efectos adversos por remisión a un Anexo que nada dice a este efecto. La ECCJ ha llamado la atención sobre esta carencia en su informe, señalando que «esto es necesario para garantizar que las partes interesadas afectadas puedan impugnar los planes climáticos ante los tribunales, no solo ante las autoridades de supervisión, y solicitar reparación o reparación» (European Coalition for Corporate Justice, 2022, pág. 18).



empresas que hayan incumplido las previsiones relativas a *due diligence* en materia de sostenibilidad.

Podría haberse hecho alguna referencia en materia de contratación pública, concretando la importancia de la debida diligencia para evitar efectos adversos sobre el medio ambiente en tal sentido. Igualmente, podría haber servido para particularizar y concretar las previsiones existentes en materia de sostenibilidad empresarial, tales como el artículo 72.5 de la Ley 9/2017, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público o el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que refieren a la adopción de «medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas» para no excluir operadores económicos de procedimientos de licitación pública<sup>76</sup>.

## **X.- CONCLUSIONES**

**1.** Actualmente, existen programas para la implantación de sistemas de gestión medioambiental en las empresas como la Norma ISO 14001 *Gestión ambiental* o el Reglamento europeo *Eco-Management and Audit Scheme* o «EMAS». Igualmente, pueden observarse otras medidas o instrumentos para incentivar la detección, prevención y corrección de riesgos ambientales de la actividad empresarial como, por

---

<sup>76</sup> Vid. López Donaire, M. B. (2016). "Los programas de compliance y su reflejo en la contratación pública". *Gabilex Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, no. 6.



ejemplo, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos del año 2011 o la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable del año 2018 y las orientaciones sectoriales de la OCDE.

Todas estas medidas incentivan la gobernanza empresarial sostenible pero no son obligatorias. En ese sentido, ni tan siquiera los programas de cumplimiento normativo o *compliance* —aplicados en su caso al ámbito medioambiental— resultan obligatorios, de acuerdo con su configuración voluntaria por las personas jurídicas (art. 31bis CP).

**2.** La Comisión Europea, tras múltiples peticiones de otras instituciones comunitarias y revisión del panorama jurídico de los sistemas de *due diligence*, ha elaborado la propuesta de Directiva sobre debida diligencia en materia de sostenibilidad [COM/2022/71 final]. La propuesta normativa consigue, de una parte, implantar de manera obligatoria las orientaciones internacionales (*soft law*) de debida diligencia en empresas de tamaño significativo. Así la detección, prevención y corrección de efectos adversos para el medio ambiente deja de ser optativo para ser ineludible en los procesos decisorios de las personas jurídicas afectadas.

De otra parte, la propuesta normativa armoniza los criterios entre los EEMM, que habían empezado a elaborar sus propias normas sobre *due diligence* en materia de sostenibilidad y derechos humanos. Se evitan quiebras en el mercado común y la competencia derivadas de esas divergencias normativas.



Se solucionan así dos problemas que preocupaban a la Comisión Europea. Primero, que los intereses de las partes y los riesgos de sostenibilidad para las empresas se tengan en cuenta en los sistemas de gestión de riesgos y adopción de decisiones. Y, segundo, que las empresas tiendan a mitigar los efectos adversos sobre el medio ambiente y los derechos humanos que generan, obligando a la integración de determinadas prácticas de gobernanza empresarial sostenible.

**3.** Ahora bien, la propuesta normativa está, por el momento, muy lejos de ser una herramienta perfeccionada. Si bien se trata de un cambio paradigmático, digno de loa, al tornar en obligatorias determinadas prácticas de debida diligencia ambiental, su ambigüedad en muchos casos la hace vulnerable.

En cuanto al ámbito subjetivo de la propuesta normativa, se presta a las malas prácticas de las empresas para su elusión. Dado que la Comisión Europea ha optado por un modelo de aplicación en el que sólo considera a grandes corporaciones empresariales, invita de uno u otro modo a que las empresas poco interesadas en la debida diligencia en materia de sostenibilidad realicen modificaciones estructurales para evitar su aplicación. De igual forma, la propuesta normativa no ha hecho previsión de los grupos de empresas, aun cuando, contradictoriamente, prevé normas en las que las sociedades matrices, cuando están en el *scope* de la propuesta de Directiva, tienen que comprobar la integración de códigos de conducta y planes preventivo-correctivos en sus filiales. Esas estipulaciones, empero, "caen en saco roto", en tanto las matrices pueden modificar su estructura, de forma que sean las filiales las



que entren dentro del *scope* de la Directiva pero no arrastren a la sociedad matriz y sus otras filiales.

A mayor abundamiento, se han excluido del ámbito de aplicación subjetivo a todas las pymes que operan en la Unión Europea, que constituye, en palabras de la propia Comisión Europea, el 99 por ciento del tejido empresarial. Si, en lugar de considerar el impacto económico que pudiera resultar la propuesta de Directiva y su cumplimiento sobre las pymes, se hubiese facilitado un repertorio de medidas accesibles a las pymes, no se dejaría facilidad a estas empresas para seguir causando efectos adversos sobre el medio ambiente y los derechos humanos, como tampoco sería necesario hacer pechar sobre las grandes corporaciones los costes en materia de *due diligence* que las pymes no pudiesen (o quisiesen) asumir en esa relación comercial.

**4.** En cuanto al ámbito de aplicación material, la propuesta de Directiva define qué es un «efecto adverso sobre el medio ambiente» a través de un Anexo, que se remite a una multiplicidad de normas internacionales.

Si bien esas normas, convenios y compromisos internacionales deben ser objeto de cumplimiento, tendría que haberse realizado una descripción elemental de qué se considera «efecto adverso sobre el medio ambiente», para aquellos casos no previstos en el Anexo. En esa definición por remisión faltan, además, las infracciones en materia de transición climática, que es un punto clave y que poco sentido tiene establecerlo solamente como un objetivo para grandes corporaciones (art. 15). Precisamente porque en el Reglamento (UE)



2021/1119, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática, no existe un régimen sancionador a ese efecto, era el momento oportuno para fijar infracciones y sanciones frente a prácticas empresariales que incentivan el cambio climático.

**5.** La ambigüedad de la propuesta norma es su indeseable constante. Se limitan en muchos casos las obligaciones de *due diligence* no solamente para con las pymes, sino incluso con empresas pertenecientes a sectores estratégicos, como sucede con los cometidos de detección de riesgos. Incluso la propuesta se salta muchas de las directrices y orientaciones de las Naciones Unidas y la OCDE, consideradas como necesarias en el propio estudio encargado por la Comisión Europea del año 2020, *Study on due diligence requirements through the supply chain. Final report*.

La reforma de los instrumentos europeos para volver la cuestión de la sostenibilidad una obligación es acertada. Pero nos hallamos en el estadio inicial y debe perfeccionarse la normativización para que quede patente, sin atisbo de dudas, la trazabilidad de las conductas y procesos de las empresas a la hora de detectar y corregir riesgos contra el medio ambiente.

**6.** Resulta previsible, de otra parte, que se extienda la tendencia a la litigación climática (vid. *caso Lliuya c. RWE AG*<sup>77</sup>, o *Abrahams v. Commonwealth Bank of*

---

<sup>77</sup> Disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/liiuya-v-rwe-ag/> [Fecha última consulta: 01-09-2022]



*Australia*<sup>78</sup>), en cuanto que las empresas deban de responder de sus contribuciones para con el cambio climático y otros daños medioambientales.

En ese sentido, a pesar de su laxitud y necesidad de revisión, la propuesta de Directiva sobre D.D. se presta como medio para que las empresas puedan evitar estos conflictos judiciales, y no sólo en el orden jurisdiccional penal a través de *compliance programs*, sino en el resto de ordenes a través de sistemas y políticas de *due diligence*. La propuesta de Directiva sobre D.D. en materia de sostenibilidad evidencia la necesidad de que los programas de cumplimiento normativo abarquen no sólo cuestiones penales, sino impactos de la actividad en materia ambiental, facilitando su integración en las políticas y procesos corporativos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Aguilera Gordillo, R. (2022). Manual de Compliance Penal en España (2ª ed.). Madrid: Aranzadi.

Bright, C., Íñigo Álvarez, L., & Pietropaoli, I. (2021). "Una mirada hacia los desarrollos normativos y jurisprudenciales en materia de debida diligencia empresarial y cambio climático", en F. J. Zamora Cabot, L. Sales Pallarés, & M. Chiara Marullo, La lucha en clave judicial frente al cambio climático (1ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi.

---

<sup>78</sup> Disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/abrahams-v-commonwealth-bank-australia/> [Fecha última consulta: 01-09-2022]



Choza Cordero, A., & Lozano Liaño, J. (2021). "Compliance ambiental: más allá del cumplimiento normativo como camino hacia una economía sostenible". Revista Aranzadi Doctrinal, no. 11.

European Coalition for Corporate Justice. (2022). European Commission's proposal for a directive on Corporate Sustainability Due Diligence. A comprehensive analysis.

Disponible en:  
<https://corporatejustice.org/publications/analysis-of-eu-proposal-for-a-directive-on-due-diligence/>

Guamán, A. (2021). "La Unión Europea y la diligencia debida: contexto, propuestas y razones para el paso del soft al hard law", en F. J. Zamora Cabot, L. Sales Pallarés, & M. Chiara Marullo, La lucha en clave judicial frente al cambio climático (1ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi.

ISO. (2004). ISO 14001:2004 Sistemas de gestión ambiental - Requisitos con orientación para su uso.

López Donaire, M. B. (2016). "Los programas de compliance y su reflejo en la contratación pública". Gabilex Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, no. 6.

Martínez Reyes, J. (2020). "Alcance de la Norma ISO 14001:2015 como Programa de Compliance Ambiental". Observatorio Medioambiental, no. 23.

Smit, L., Bright, C., McCorquodale, R., Bauer, M., Deringer, H., Baeza-Breinbauer, D., y otros. (2020).

Gabilex

Nº 35

Septiembre 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>



**Castilla-La Mancha**

Study on due diligence requirements through the supply chain. Final report. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

Disponible en:  
<https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830>.



# **LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA ESPAÑOLA: LAS LEYES FUNDAMENTALES DE LA MONARQUÍA COMO LÍMITE Y DELIMITACIÓN DEL PODER**

**D. Alvaro Vecina Aznar**

Abogado

**Resumen:** Historia y Derecho se encuentran indisolublemente unidos, de tal suerte que no se entiende la una sin el otro. Pues, en realidad, ¿qué es la Historia sino la continua pugna por la ostentación del poder y la búsqueda de sus límites? Y ¿quién duda acaso que el mecanismo encargado de tal empresa sea precisamente el Derecho? Este pensamiento encuentra su fiel reflejo en las conocidas como Leyes Fundamentales de la Monarquía, encargadas de la delimitación y limitación del propio poder, y que en su conjunto conforman lo que Jovellanos denominó Constitución histórica de España. En el trabajo que nos ocupará a continuación tendremos la ocasión de comprender la importancia y alcance de estas instituciones, cuáles eran, cómo se articulaban y dividían, cuál fue su sustrato filosófico, jurídico e histórico y, globalmente, atender a su influencia en la



conformación del actual Estado Constitucional de Derecho.

**Abstract:** History and Law are inextricably so linked that one cannot be understood without the other. For, what is History if not the continuous struggle for power and the search for its limits? And who would challenge the fact that the mechanism in charge of such an undertaking is, precisely, the Law? This thought finds its faithful reflection in the so-called Fundamental Laws of the Monarchy, responsible for delimitating and limiting power itself, and which together make up what Jovellanos called the Historical Constitution of Spain. In this academic study, we will attempt to understand the importance and scope of these institutions, what they were, how they were articulated and divided, what was their philosophical, legal and historical substrate and, globally, bearing in mind their influence in shaping the current Constitutional Rule of Law.

**Palabras Clave:** Constitución; Constitución histórica; Leyes Fundamentales; Estado de Derecho; limitación del poder; pactismo; monarquía templada; obedézcase pero no se cumpla; poder constituyente; indisponibilidad; gobierno de las leyes; derecho foral; fueros; hechos graves y arduos.

**Keywords:** Constitution; historical constitution; fundamental laws, Rule of Law; power limitation, practicism; obey but don't comply; constituent power,



unavailability; regional law; charters, arduous and grave facts.

### **Sumario:**

#### INTRODUCCIÓN

#### I.- LA CONSTITUCIÓN COMO CONCEPTO HISTÓRICO

1. Del constitucionalismo primigenio al moderno constitucionalismo

2.- Antecedentes en la Antigüedad clásica

2.1 El antecedente griego: el ideal del "gobierno de las leyes y no de los hombres" en la antigua Atenas.

2.2 El antecedente romano: el ideal del "gobierno de las leyes y no de los hombres" en la República romana

#### II.- LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA ESPAÑOLA Y SUS NOTAS CARACTERÍSTICAS

1.- El concepto de constitución histórica en España

2.- Notas características

2.1 Ordenación y límite del poder político

2.2 Preexistencia y continuidad histórica

2.3 Origen pacticio

2.4 Origen consuetudinario

2.5 Supremacía, indisponibilidad y poder constituyente

#### III. TIPOLOGÍA DE LAS LEYES FUNDAMENTALES DE LA MONARQUÍA

1. Delimitación

2. Relativas a la organización del poder político

2.1 Monarquía templada

2.2 Religión católica



### 2.3 Unidad territorial

### 3. Relativas a los derechos colectivos de la Nación

#### 3.1 Derecho de consulta en los hechos graves y arduos

#### 3.2 Derecho a regirse por los fueros propios

### 4. Relativas a los derechos subjetivos de los individuos

#### 4.1 Derechos frente al poder ejecutivo

#### 4.2. Derechos frente al poder legislativo

### BIBLIOGRAFÍA

## INTRODUCCIÓN

Afirmaba RUSSEL en su magna obra *Historia de la Filosofía Occidental* que si partimos de la base de que "existe unidad en el movimiento histórico...es necesario que los períodos anteriores y posteriores encuentren su síntesis en un solo espíritu"<sup>1</sup>. Pues bien, cuando se habla de Constitución, ya sea para hacer referencia a la actual, caracterizada por su naturaleza racional-normativa, ya para aludir a la histórica, que se remonta a la Edad Media, cabe encontrar ese espíritu común, como acertadamente señala NIETO, en una constante histórica milenaria, consistente en "la lucha del individuo (sea ciudadano o siervo) y de las colectividades (sean tribales, estamentales, o cívicas) contra las extralimitaciones de un poder que él mismo ha

---

<sup>1</sup> RUSSEL, B., *Historia de la filosofía occidental*, t.I, trad. J. Gómez de la Serna y A. Dorta, Ed. Austral, Barcelona, 2010, p. 2



engendrado”<sup>2</sup>. En esa lucha, el Derecho, con la fuerza no solo constitutiva sino también limitativa del poder que la constitución ha tenido siempre, ha servido tradicionalmente a ese noble fin. Si bien, en cada momento histórico lo ha hecho con distinta intensidad, con un grado de eficacia diverso e incluso mediante técnicas diferentes.

El presente trabajo tiene por objeto la realización de un estudio de nuestra Constitución histórica, integrada por las denominadas Leyes fundamentales del Reino, que, como veremos posteriormente, nacen y se desarrollan consuetudinariamente a lo largo de la Edad Media y se materializan en una serie de pactos entre el Rey y el Reino, llamados a disciplinar la organización del poder político y a establecer unos concretos límites a su ejercicio. Se empieza a crear en este temprano momento histórico el germen de lo que más tarde será el constitucionalismo moderno, evidentemente con todas las distancias y reservas que es necesario hacer al respecto para no resultar en un anacronismo nada deseado, pues el contexto cultural, político y filosófico existente en el medievo es totalmente diferente al imperante a partir de finales del siglo XVIII. Incluso la Alta Edad Media es una realidad radicalmente distinta de la Baja.

El trabajo consta de tres capítulos. En el primero de ellos se aborda el estudio de la constitución como

---

<sup>2</sup> NIETO, A., “El Derecho como límite del poder en la Edad Media”, en *Revista de la Administración Pública*, nº 91/1980, p. 8.



concepto histórico, destacando, por tanto, su carácter contingente, en tanto que fiduciario de las diferentes concepciones históricas del Derecho, pero subrayando el contenido esencial que identifica dicha institución y que la hace reconocible a lo largo de la historia, como límite al poder político, y que entronca con el antiguo ideal grecorromano del “gobierno de las leyes y no de los hombres”. El segundo capítulo, se dedica a analizar las distintas notas características de las Leyes Fundamentales de la Monarquía que, conjuntamente, conforman lo que hoy –desde nuestra óptica y con la altura de miras que nos otorga la historia– podemos reconocer como la Constitución histórica española. Una legislación fundamental que se gesta y va desarrollando a lo largo de la Edad Media, desde la propia Monarquía visigoda, hasta llegar a los mismos albores del proceso constituyente gaditano donde, como se verá, supuso el centro de acalorados debates, entre los partidarios del continuismo con esa constitución histórica y aquellos otros que, por el contrario, sustentándose en el principio roussoniano de la *voluntad general*, defendían la soberanía del pueblo español para darse, totalmente *ex novo*, una Constitución, dependiente en exclusivo de su sola voluntad y no de la historia. El tercer y último Capítulo se dedica al estudio de la distinta tipología de leyes fundamentales de la Monarquía española, agrupándolas, genéricamente, entre las ordenadoras o delimitadoras del poder político y aquellas otras limitadoras del mismo, en garantía de la libertad y de los derechos individuales y colectivos.



## **I.- LA CONSTITUCIÓN COMO CONCEPTO HISTÓRICO**

### **1. Del constitucionalismo primigenio al moderno constitucionalismo**

La fuerza y consistencia de las estructuras doctrinales y metodológicas sobre una institución dependen en gran medida, como recuerda ALVARADO, del conocimiento de sus orígenes, de su justificación en el pasado. "Porque el pasado -ya lo dijo alguien- no es un lastre sino un pedestal"<sup>3</sup>. Esa afirmación, válida para cualquier institución jurídica, es especialmente certera respecto al *constitucionalismo*, pues, como afirma con acierto FIORAVANTI<sup>4</sup>, detrás de este término se encuentra toda una corriente de pensamiento que no obstante pertenecer por completo a la Edad Moderna, se remonta en cuanto a su fundamento y a los ideales perseguidos a épocas muy anteriores, de origen antiguo y medieval, cuyo estudio permite dar unidad a todo ese movimiento histórico que se ha dado en llamar constitucionalismo.

Así lo señala también GARCÍA DE ENTERRÍA cuando manifiesta que la idea de Constitución debe ser referida "a una corriente que viene de los siglos medievales, que se concreta a finales del siglo XVIII y en el XIX en el movimiento justamente llamado

---

<sup>3</sup> ALVARADO PLANAS, J., *El pensamiento jurídico primitivo*, Ed. Nueva Acrópolis, Madrid, 1986, p. 245.

<sup>4</sup> FIORAVANTI, M., *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. Adela Mora y Manuel Martínez, Trotta, Madrid, 2014, p. 17.



constitucional”<sup>5</sup>. Esa corriente que, como veremos después, tiene su antecedente más remoto en la máxima *gobierno de leyes y no de hombres* acuñada en la antigüedad griega y romana, se expresa durante la Edad Media en reglas consuetudinarias, pero también escritas, acordadas entre el Rey y el Reino en orden, precisamente, al ejercicio y a los límites del poder, así como a la consolidación de esferas de autonomía, individuales o colectivas, garantizadas mediante normas<sup>6</sup>.

Este es el constitucionalismo primigenio, que como afirma FIORAVANTI, “ya es constitucionalismo porque se dirige al objetivo fundamental de la limitación del poder con una finalidad de garantía”<sup>7</sup>, pero que todavía, y a diferencia de lo que sucederá después en la Edad Moderna y, posteriormente, en la Edad Contemporánea, no presupone un poder soberano que represente en conjunto a la comunidad política a la que se refiere la constitución, ni esté destinado a garantizar los derechos individuales conforme al principio de igualdad. Como recuerda el citado autor, todos estos

---

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1985, p. 44.

<sup>6</sup> “Este es el sentido que tienen todos los instrumentos constitucionales ingleses hasta el *Bill of rights* de 1688, así como los de los demás países europeos, entre los cuales una buena parte de los que invocó Martínez Marina para justificar la raíz nacional de la Constitución de Cádiz, y -señaladamente- el proyecto comunero de «Ley Perpetua», estudiado más recientemente por Maravall”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución...*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>7</sup> FIORAVANTI, M., *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 18.



grandes conceptos, como *soberanía* o *igualdad*, son desconocidos por la realidad política y social en la que adquiere firmeza el constitucionalismo primigenio, y por ello los límites no se ponen para la protección de los derechos individuales atribuidos a sujetos considerados iguales entre sí, sino para la tutela de la libertad y de esferas de autonomía de naturaleza fundamentalmente corporativa y ciudadana que tiene su fundamento ante todo en la historia.

Aunque es cierto que el concepto de Constitución “es uno de los que ofrecen mayor pluralidad de formulaciones”<sup>8</sup>, no cabe duda, como señala DE OTTO, de que está cargado de significado político pues “nada más escucharlo o leerlo evoca de inmediato ideas tales como libertad, democracia, garantía de los derechos del ciudadano y limitación del poder”<sup>9</sup>. Desde la filosofía política, por tanto, la Constitución denota no cualquier tipo de ordenamiento y organización política, sino aquellos en los que la libertad de los individuos en sus relaciones con el poder político está protegida mediante adecuadas técnicas, que pueden variar de un período histórico a otro, pero que cuando menos comprenden el reconocimiento de una o varias leyes fundamentales, escritas o consuetudinarias, que limitan el poder político y que garantizan a los individuos determinados derechos frente al poder en garantía de su libertad.

No es casualidad, por ello, que GARCÍA DE ENTERRÍA manifieste con total rotundidad que “el

---

<sup>8</sup> GARCIA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, p. 33.

<sup>9</sup> DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991, p. 11.



principio limitativo del poder y de definición de zonas exentas o de libertad individual es, en efecto, un principio esencial del constitucionalismo<sup>10</sup>; que, por su parte, LOEWENSTEIN señale que la historia del constitucionalismo no es sino la "búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder"<sup>11</sup>; que McILWAIN considere como rasgo más antiguo, constante y duradero del verdadero constitucionalismo la "limitación del gobierno por el derecho"<sup>12</sup>; o que HÜBNER afirme que la Edad Media "fue la cuna de los derechos y libertades de nuestro tiempo"<sup>13</sup>, afirmación que, no obstante, como hemos apuntado en la Introducción, debe ser tomada con ciertas reservas.

Como se comprenderá fácilmente, el constitucionalismo histórico, con sus leyes fundamentales, cartas magnas y fueros limitativos del poder político y generadores de derechos individuales, no es un fenómeno exclusivamente español, sino europeo, que irradiará también sus efectos a América

---

<sup>10</sup> *La Constitución...*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>11</sup> LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 150.

<sup>12</sup> McILWAIN, C.H., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, trad. Juan José Solozábal, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, p. 46.

<sup>13</sup> HÜBNER, J., *Panorama de los derechos humanos*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1977, p. 26, cit. por LIMA TORRADO, J., "Antecedentes normativos de los derechos humanos en la Baja Edad Media", en *Revista DIREITO UFMS*, junio/2015, p. 12.



tras su descubrimiento. Su antecedente más remoto se encuentra en el antiguo ideal del *gobierno de las leyes y no de los hombres* acuñado en la Antigüedad clásica, tanto en Grecia como en Roma.

## 2.- Antecedentes en la Antigüedad clásica

### 2.1 El antecedente griego: el ideal del "gobierno de las leyes y no de los hombres" en la antigua Atenas.

El fundamento del constitucionalismo histórico durante la Edad Media, de sus Leyes fundamentales, Cartas Magnas y Fueros, no es otro, como recuerda GARCÍA-TREVIJANO<sup>14</sup>, que el antiguo ideal del gobierno de las leyes y no de los hombres, recogido por Eurípides, defendido con total claridad y rotundidad por Aristóteles, y que el historiador Tito Livio situó en la fundación de la República romana.

Esta herencia clásica, recibida sobre todo de Atenas y de la República romana, merece ser examinada de cerca no sólo por la significación que la experiencia de los antiguos conserva en nuestro tiempo, sino también por la influencia que la recuperación en Occidente, varios siglos después, de esas doctrinas clásicas, griegas y romanas ejerció posteriormente en la Escolástica, en la ciencia política del Renacimiento y, sobre todo, en las ideas de los filósofos de la Ilustración que guiaron las revoluciones americana y francesa del

---

<sup>14</sup> GARCÍA-TREVIJANO FORTE, A., *Teoría pura de la democracia*, MCRC, Madrid, 2016, pp. 279 y 280.



último tercio del siglo XVIII. Fundamentalmente, por lo que aquí más importa, en el pensamiento clásico tuvo origen la idea primera del Estado de Derecho<sup>15</sup>.

Como es sabido, el concepto de *Estado de Derecho* nació como tal en Europa a principios del siglo XIX en contraposición al Estado de Policía<sup>16</sup>, pero, tal y como señala LÖSING, la idea de Estado de Derecho, esto es, de limitación del poder y de sujeción de éste a la ley, en garantía de la libertad y los derechos de las personas sobre las que dicho poder se ejerce, "es mucho más antigua y...se remonta (al ideal de) un gobierno de las leyes y no de la arbitrariedad humana, (que) ya se

---

<sup>15</sup> Sobre la conexión entre el ideal clásico del "gobierno de las leyes" y el "Estado de Derecho" como último paso histórico del sometimiento del poder a las leyes, producido de las ideas de la Ilustración tras la Revolución francesa de 1789, vid., por todos, PECES-BARBA, G., "Sobre el valor de la ley y el gobierno de las leyes", en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 3/2000, en especial p. 4: "Es el Estado de Derecho, como gobierno de las leyes, por las leyes, y bajo las leyes", consultado vía <https://n9.cl/din28>

<sup>16</sup> Aunque, en realidad, el término *Rechtsstaat* fue acuñado y utilizado por vez primera en el año 1813 por Carl Th. WELCKER para separarlo del despotismo y de la teocracia, como señala GARCÍA-TREVIJANO, A., *Teoría pura...*, op. cit., p. 283. Posteriormente, Robert VON MOHL empleó dicho término para contraponer el derecho del Estado, al Estado policía, tal y como explica BÖCKENFÖRDE, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, p. 19.



vislumbra en Aristóteles”<sup>17</sup>, donde, además, la ley no aparece como el resultado de la mera voluntad del legislador, sino de una “razón desinteresada”. Esa conexión con el actual concepto de Estado de Derecho es advertida magníficamente por el profesor ARAGÓN: “El gobierno de las leyes y no de los hombres supone que el poder no puede actuar fuera del Derecho y, en consecuencia, que el Derecho es aplicable a todos los poderes del Estado”<sup>18</sup>.

Como bien recuerda BOBBIO, el ideal que venimos tratando intenta dar respuesta a un interrogante que se formula incesantemente a lo largo de la historia del pensamiento político: “¿Qué gobierno es el mejor, el de las leyes o el de los hombres?”<sup>19</sup>, y que se refiere, no tanto a cuál es la mejor forma de gobierno, sino a cuál es el mejor modo de gobernar: si mediante la voluntad de los hombres o mediante el imperio de la ley<sup>20</sup>. Así,

---

<sup>17</sup> LÖSING, N.: *La jurisdicción constitucional como contribución al Estado de Derecho*, recogido en la obra colectiva *La Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, p. 58, accesible vía <https://n9.cl/r30rs>.

<sup>18</sup> ARAGÓN REYES, M., Estado de Derecho y democracia, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 47/1996, p. 362.

<sup>19</sup> BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, trad, F.J. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 120.

<sup>20</sup> Un resumen sobre esta importante cuestión de filosofía política, puede verse en HASPERUÉ, H.D., “¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes? vicisitudes de una pregunta”. XIV Jornadas de Investigación y Tercer Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2007,



Aristóteles en su *Política* es quien más claramente y con mayor rotundidad se pronunció en la Grecia clásica a favor de esta máxima al expresarse en estos términos: “¿Qué es más útil, ser gobernado por el mejor de los hombres o por la mejor de las leyes? Concluiría el filósofo griego que la última de éstas, dando lugar a la consustancial idea clásica del gobierno o imperio de la ley, con los distintos nombres y matices con los que resurgirá muchos siglos después, *mutatis mutandi*, tanto en Europa –*Rule of law, État de droit, Rechtsstaat*–<sup>21</sup> como en los Estados Unidos de América –*government of laws, and not of men*–<sup>22</sup>. Como decimos, esta tesis es

---

*passim*, accesible vía <https://www.aacademica.org/000-073/431.pdf>.

<sup>21</sup> Hay una estrecha relación entre la denominación inglesa, francesa y alemana de una misma idea: la sujeción del Estado a la ley y al derecho; si bien, no puede hablarse de una absoluta identidad, pues existen también ciertos matices que han sido expuestos, entre otros autores, por PEREIRA MENAUT, A.C., Estado de derecho y *rule of law*, en *Nueva revista de política, cultura y arte*, febrero/2014, *passim*, accesible vía <https://www.nuevarevista.net/nb-estado-de-derecho-y-rule-law>. Algunos años antes, el mismo autor dio cuenta de ellos en su obra *Rule of Law o Estado de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2003, *passim*. Igualmente, sobre este tema puede consultarse las siempre brillantes enseñanzas sobre el nacimiento del Estado de Derecho ofrecidas por GARCÍA DE ENTERRÍA en sus obras *Revolución Francesa y Administración contemporánea*. Cuadernos Taurus, Madrid, 1972, y *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1974.

<sup>22</sup> Sobre la influencia del pensamiento griego, fundamentalmente del filósofo Aristóteles y del historiador Polibio, en los padres de la Constitución de los Estados Unidos



de América de 1787 y, sobre todo, en los principios de separación de poderes y de representatividad en que se fundamenta la democracia formal instaurada en dicho texto constitucional, vid., recientemente, el magnífico trabajo de SÁNCHEZ ANDRADA, F., Anamnesis del mundo clásico en la configuración política de los Estados Unidos de América, en *Res Pública. Revista de Historia de las Ideas Políticas*, mayo/2020, accesible vía <https://n9.cl/0li4>. Para la influencia de las ideas clásicas de Polibio sobre el gobierno mixto en el principio de separación de poderes perfilado por Maquiavelo, que posteriormente James Harrington toma de él y da a conocer en Inglaterra con la publicación de su obra *La República de Oceana*, vid. SOLOZÁBAL, J.J., Sobre el principio de la separación de poderes, *Revista de estudios políticos*, Nº 24/1981, p. 219. Por último, destacar cómo la idea clásica de "gobierno de las leyes y no de los hombres" fue llevada literalmente a la Constitución de la Comunidad de Massachusetts de 1780 por John Adams (en este sentido PANI, E., *Historia mínima de Estados Unidos*, Turner, Madrid, 2016, p.71), quien, posteriormente, llegaría a ser el sexto Presidente de los Estados Unidos (1825-1829); concretamente su Art. XXX dicho texto constitucional señala literalmente: "*In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws, and not of men*". (trad. "En el gobierno de esta Comunidad, el departamento legislativo nunca ejercerá los poderes ejecutivos y judiciales, o alguno de ellos; el ejecutivo nunca ejercerá los poderes legislativos y judiciales, o alguno de ellos; el judicial nunca ejercerá los poderes legislativos y ejecutivos, o alguno de ellos, para que así sea un gobierno de leyes y no



formulada de forma contundente por el propio Aristóteles cuando afirma que “es mejor que todo... se haga legalmente y no según la voluntad de los hombres”, o cuando expresa que “es preferible que mande la ley antes que uno cualquiera de los ciudadanos”<sup>23</sup>. De la misma forma, condena la clase de gobierno en que “todo viene determinado por el voto de la mayoría y no por la ley”. Para Aristóteles tal gobierno no es un estado libre “pues cuando el gobierno está fuera de las leyes no existe estado libre, ya que la ley debe ser suprema con respecto a todas las cosas”<sup>24</sup>.

## 2.2 El antecedente romano: el ideal del “gobierno de las leyes y no de los hombres” en la República romana

La antigua máxima de origen griego que venimos estudiando fue situada por el historiador latino Tito Livio en la República romana: “La autoridad e imperio de la ley es más fuerte y poderosa que las de los hombres”; “las leyes son un poder sordo e inaccesible a los ruegos, más favorable y propicio para el indigente que para el poderoso; no tiene margen de laxitud ni de indulgencia si uno se pasa de la medida”<sup>25</sup>.

---

*de hombres*”). El texto original en inglés puede verse en <http://www.nhinet.org/ccs/docs/ma-1780.htm>.

<sup>23</sup> ARISTÓTELES, *Política, op. cit.*, Libro III, 1287a pp. 206 y 207.

<sup>24</sup> *Ibidem*, Libro III, 1292a., p. 233.

<sup>25</sup> GARCÍA-TREVIJANO FORTE, A., *Teoría pura de la democracia, op. cit.*, p. 279.



Que dicha máxima recobrara especial importancia en la República romana no es de extrañar porque, según la tradición, la principal fuente del derecho de ese período histórico, la Ley de las Doce Tablas, el primer código legal romano, nació tras un previo estudio por parte de la comitiva enviada a Atenas del derecho griego y, especialmente, de las *Leyes de Solon*<sup>26</sup>. Esta máxima, como señala GARCIA-TEVIJANO FORTE<sup>27</sup>, se mantuvo en las monarquías posteriores a Alejandro Magno y en el Imperio romano que suplantó la vida de la República.

El también historiador latino Tácito y, sobre todo, el filósofo, gramático y retórico Cicerón, fueron los principales autores a través de los cuales se difundió la tradición clásica. Un elemento fundamental que caracteriza al pensamiento ciceroniano es que una sociedad se pueda considerar auténticamente justa solamente cuando esté constituida conforme al derecho: una *civitas* que carece de ley nunca podrá ser una verdadera ciudad<sup>28</sup>. Cicerón se convirtió en la principal

---

<sup>26</sup> Un estudio de la Ley de las Doce Tablas y un resumen de la historia de la formación de esta compilación, puede verse en HINOJOSA, E., *Historia del Derecho Romano según las más recientes investigaciones*, Anacleto Ediciones, Pamplona, 2002, pp. 181 y ss., reimpresión facsímil, de la obra editada por Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> ZEZZA, M., Recensión al libro de Fernando LLANO ALONSO, *El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón*, Aranzadi, Navarra, 2017, en *Derechos y libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, nº 39/2018, p. 348.



autoridad y a él se deben muchas de las formulaciones más efectivas de la máxima objeto de comentario. En efecto, a Cicerón pertenece el importante concepto de *leyes superiores*, esto es, las *leges legum* que gobiernan la legislación; también la idea de obediencia a las leyes como requisito necesario para poder ser libres<sup>29</sup>; y de que el juez haya de ser tan sólo la boca a través de la cual habla la ley<sup>30</sup>, expresión esta última que tanto éxito tuvo cuando, en términos muy parecidos, fue formulada en 1748 por MONTESQUIEU en *El espíritu de las leyes*<sup>31</sup>.

En definitiva, como señala LEONI, si Cicerón estaba en lo cierto, podemos deducir que la ley romana estaba limitada por un concepto de legitimidad sorprendentemente similar al expuesto por Dicey en relación con el principio inglés de la rule of law, ya que, de acuerdo con éste, "las normas no son realmente el resultado del ejercicio de la voluntad arbitraria de personas particulares. Son el objeto de la investigación desapasionada de los tribunales judiciales, lo mismo que

---

<sup>29</sup> Esta es su famosa sentencia de la *oratio pro Cluentio*: "omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus" ("Si queremos seguir siendo libres, debemos obedecer todos la ley"); de ella se hace eco LEONI, B., *La libertad y la ley*, 3ª edic., trad. por Cosmopolitan Translation Service Ltd., Unión Editorial, Madrid, 2010, p. 92.

<sup>30</sup> Cfr. HAYEK, F., *Los fundamentos...op. cit.*, p. 223.

<sup>31</sup> Para situar el pensamiento del barón de La Brède en el contexto de la filosofía, la ciencia e incluso la medicina de su tiempo, vid. IGLESIAS, C., *El pensamiento de Montesquieu: ciencia y filosofía en el siglo XVIII*, Galaxia Gutenberg- Círculo de Lectores, Barcelona, 2005, en especial pp. 483 y ss.



las normas en Roma eran el objeto de una investigación desapasionada de los jurisconsultos romanos<sup>32</sup>.

Pues bien, ese gobierno de las leyes y no de los hombres que hemos expuesto será, a lo largo de la historia, la máxima que guíe la doctrina de la constitución histórica, y la que recuerde como, sobre el conjunto de voluntades soberanas de cada individuo, incluso sobre el mismo cuerpo político que aúne todas ellas en una única voluntad, se encuentra siempre, o debiera encontrarse, el imperio de la ley –entendida ésta en su vertiente *iusnaturalista* e historicista–; es decir, las Leyes Fundamentales que conforman la constitución histórica.

## **II.- LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA ESPAÑOLA Y SUS NOTAS CARACTERÍSTICAS**

Aun cuando suele ser habitual entre los autores extranjeros mencionar la *Charta Magna* Inglesa de Juan sin Tierra como primera constitución histórica o elemento suyo, no fue Inglaterra la única, ni tampoco la primera, que empezó a limitar el poder real y a reconocer formalmente una serie de derechos a los súbditos<sup>33</sup>. En

---

<sup>32</sup> LEONI, B., *La libertad...*, op. cit., p. 105.

<sup>33</sup> LIMA TORRADO, J., Antecedentes normativos de los derechos humanos en la baja Edad Media, en *Revista Direito UFMS*, junio/2015, p. 12, quien cita, entre otros, a de Truyol Serra. A: *Los derechos humanos. Declaraciones y convenios*



efecto, entre los textos españoles encontramos, como especialmente interesantes, el Decreto convenido en las *Cortes de León, de 1188*, entre Alfonso IX y su Reino; el *Privilegio General de Aragón de 1283*, otorgado por el rey Pedro III el Grande; los *Privilegios de la Unión Aragonesa*, de 1286, el *Ordenamiento de las Cortes de Burgos de 1301*, el *Ordenamiento de las Cortes de Valladolid de 1322*; el *Fuero de Vizcaya de 1452*, *Las Partidas*, del Rey Alfonso X y un sinfín más de textos que huelga aquí señalar.

Como se puede apreciar de todo lo que hemos venido exponiendo, la doctrina tiene pacíficamente aceptado que, a lo largo de la historia, existió una continua pugna entre aquellos que ostentaban –y detentaban– el poder y el pueblo, o más correctamente la nación –con sus tres brazos nobiliario, eclesiástico y popular–, que procuraban limitarlo para que no atentara contra sus propios derechos; tal limitación del poder es precisamente la piedra angular del constitucionalismo. Pues bien, si ha existido a lo largo de la historia una suerte de constitucionalismo y si éste, *per se*, necesita para ser tal de una constitución, deberá necesariamente concluirse que en el curso de la historia, al menos desde la Edad Media, ha estado presente una constitución histórica, no escrita pero igualmente válida y vigente, de origen consuetudinario y “contractual”, cuya eficacia irá variando dependiendo del momento histórico en que nos encontremos, y cuyos antecedentes más remotos se

---

*internacionales. Estudio preliminar*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1977.



encuentran ya, como se ha visto, en la antigüedad clásica de Grecia y Roma.

### **1.- El concepto de constitución histórica en España**

Quizás el momento en que mejor pueda apreciarse el concepto de constitución histórica en España sea en el marco del debate suscitado en el proceso constituyente gaditano, pues en contraposición a los diputados progresistas<sup>34</sup>, quienes partiendo del concepto de soberanía nacional defendían el derecho de la nación a crear, *ex novo*, una constitución, los diputados realistas sostuvieron en todo momento la idea de la innecesariedad de una nueva constitución, puesto que España ya gozaba de la suya propia –la histórica–, entendida ésta como la suma de las Leyes Fundamentales del Reino, la cual no podía ser derogada, ni tan siquiera alterada, por ningún poder constituyente.

Es por ello que, durante el siglo XVIII, destacados exponentes de la Ilustración como Campomanes,

---

<sup>34</sup> “Los liberales doceañistas rechazaron explícitamente los otros dos modelos constitucionales presente entonces: el británico, defendido por JOVELLANOS y por los Diputados realistas, y el de los Estados Unidos, por el que tenían indudables simpatías los Diputados americanos”; vid. VARELA SUANZES, J., La construcción del Estado en la España del siglo XIX. Una perspectiva constitucional, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº6, 1999, p.75. Sobre la Constitución británica ver PEREIRA MENAUT, A. C., La Constitución Británica, ¿es histórica o es historia?, en *Revista chilena de Derecho*, nº 3, 1990, pp. 449-466.



Floridablanca, Jovellanos y Martínez Marina, apelaron a la Constitución Histórica, como norma limitadora del poder regio y como criterio básico de actuación y organización del Estado. Este concepto de constitución se utilizaba como "sinónimo del de leyes fundamentales" e iba indisolublemente unido a un "pacto de sujeción entre el monarca y su pueblo"<sup>35</sup>, que tales leyes fundamentales trataban precisamente de formalizar. De este modo, los autores antes citados entendían por constitución, no la suprema norma del ordenamiento, emanada del poder constituyente de la nación, como sustentaron los revolucionarios franceses y muchos de los diputados en las Cortes de Cádiz, sino el conjunto de las Leyes Fundamentales del Reino. Una legislación tradicional que, en tanto ordenaba y limitaba el poder político, asumía un verdadero valor constitucional.

Leyes fundamentales y constitución histórica van, por tanto, de la mano de manera indisociable, llegando a ser la misma cosa. Buena prueba de ello es el hecho de que en el *Manifiesto de los Persas* (1814) intercambiaran los firmantes las palabras constitución y leyes fundamentales, "usándolas como sinónimas"<sup>36</sup>. Ambos conceptos entraron formalmente en el vocabulario jurídico español, como bien indica CORONAS

---

<sup>35</sup> VARELA SUANZES, J., La doctrina de la Constitución histórica de España, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 6, 2010, p. 306.

<sup>36</sup> WILHELMOSEN, A., El manifiesto de los persas: una alternativa ante el liberalismo español, en *revista de estudios políticos*, nº12, 1979, p.150.



GONZÁLEZ<sup>37</sup>, en 1713 y 1750, respectivamente: el término *ley fundamental* –de origen francés–, mediante el Reglamento de Sucesión 1713, que vino a derogar en este punto la antigua tradición jurídica del reino en materia de sucesión, y el término constitución entra en el vocabulario político español hacia 1750. Más concretamente, podemos situar el origen del concepto de constitución en 1766, año en que, tras los sucesos del conocido como *Motín de Esquilache*, reconoció formalmente Carlos III la *Constitución del Estado*, mediante la Real Provisión de 1766. Concretar que nos referimos aquí, únicamente, a la introducción en España de estos concretos términos jurídicos, empero el concepto de unas normas supremas limitadoras y delimitadoras del poder político ya existía en los reinos peninsulares muchos siglos atrás, aunque fuera bajo otra denominación –vgr. *sobreleyes*, *leyes por siempre valederas*, *leyes que valen más que otras leyes* o *leyes perpetuas*, que nos recuerdan enormemente a las *leyes superiores* acuñadas por Cicerón–. Diría CAPMANY: “Asegurar, como dicen algunos, que jamás ha gozado España de una Constitución que contuviese en sus justos límites la autoridad soberana y las pretensiones de los vasallos, es ignorar nuestra historia”<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> CORONAS GONZÁLEZ, S., De las leyes fundamentales a la constitución política de la monarquía española (1713-1812), en *Anuario de Historia del Derecho*, nº81, 2011, pp.14-16.

<sup>38</sup> ÁLVAREZ JUNCO, J., *Capmany y su informe* (nota 78), p. 546, cit. por VALLEJO, J., Geografía constitucional ilustrada, en *Historia. Instituciones. Documentos*, nº 25, 1998, p. 713.



## 2.- Notas características

### 2.1 Ordenación y límite del poder político

La primera nota que caracteriza a las leyes fundamentales es la relativa a la función que las mismas están llamadas a cumplir, en la medida en que sirven, por un lado, a la ordenación del poder político y, por otro, actúan como verdaderos límites a éste. A ambas funciones se refiere el *Informe del Ayuntamiento de Cádiz de 21 de septiembre de 1809*<sup>39</sup>, elaborado en el marco de *La consulta de la Junta Central al país sobre Cortes*<sup>40</sup>: “Conocemos por leyes fundamentales de una

---

<sup>39</sup> Informe del Ayuntamiento de Cádiz, de 21 de septiembre de 1809, cit. por CORONAS GONZÁLEZ, S., *Las leyes fundamentales del Antiguo régimen (notas sobre la constitución histórica española)*, en *Anuario de Historia del Derecho*, nº 65, 1995, p. 202.

<sup>40</sup> Fue idea de Jovellanos la de consultar a distintos órganos y personalidades del país sobre distintas cuestiones como los “medios de asegurar la observancia de las leyes fundamentales del Reino, (...), medios de mejorar nuestra legislación, (...), modo, número y clase con que, atendidas las circunstancias del tiempo presente, se ha de verificar la concurrencia de los Diputados a esta augusta Asamblea, etc.”. Así, se ordena que “Para reunir las luces necesarias a tan importantes discusiones, la Junta consultará a los Consejos, Juntas superiores de las provincias, Tribunales, Ayuntamientos, Cabildos, Obispos y Universidades, y oirá a los sabios y personas ilustradas”. *Decreto sobre restablecimiento y convocatoria de Cortes expedido por la Junta Suprema gubernativa del Reino*, de 22 de mayo de 1809. Junta Suprema Central.



nación aquellas que constituyen y determinan la forma y cualidades de su gobierno, las que expresan el pacto social que precedió a su erección o las que se contienen las condiciones con que sus individuos depositaron en muchos, en pocos o en uno solo el todo o parte de sus derechos naturales (...) En nuestra España, si bien no corre en cuaderno o documento separado su constitución de Estado ni se conoce bajo algún nombre particular..., no por eso dejaron de existir en sus códigos aquellas leyes que se llaman y son fundamentales pues expresan la naturaleza y cualidades de la monarquía... y, en una palabra, el modo con que el poder soberano debe ejercer sus facultades y dominio que es... su constitución política”.

En cuanto a la primera de las citadas funciones, esto es, la relativa a la delimitación y ordenación del poder político, OLMEDA Y LEÓN se refiere a ella cuando define la constitución como reglamento fundamental que determina el “modo como se debe ejercer la autoridad pública...el orden que una nación se propone seguir en común para conseguir las utilidades en vista de las que se ha establecido la sociedad civil”<sup>41</sup>. Magistralmente, enlaza el concepto de constitución histórica con el de legislación fundamental, sosteniendo que cuando “miran al cuerpo mismo y a la esencia de la sociedad, a la forma de gobierno y al modo como debe ser ejercida la autoridad pública, aquello que en una palabra forman la Constitución del Estado, son las Leyes que se llama

---

<sup>41</sup> OLMEDA Y LEÓN, J., *Elementos del Derecho público de la Paz y de la Guerra ilustrados con noticias históricas, leyes y doctrinas del Derecho español*, Madrid, 1771, p. 32, cit. por CORONAS GONZÁLEZ, S.: *De las leyes fundamentales a la constitución política...*, op. cit., pp. 50-51.



fundamentales"<sup>42</sup>. E igual de clarificador se muestra JOVELLANOS al cuestionarse: "¿por ventura no tiene España su Constitución? Tiénela, sin duda, porque ¿qué otra cosa es una Constitución que el conjunto de leyes fundamentales que fijan los derechos del soberano y de los súbditos y los medios saludables para preservar unos y otros? ¿Y quién duda que España tiene estas leyes y las conoce?"<sup>43</sup>.

De este modo, las leyes fundamentales, venían a suponer el título a través del cual el monarca ostentaba su potestad regia. Pero, aparte de esta función fundamentadora de la monarquía, puesto que establecen "la relación del todo con el todo, o del soberano para con el Estado"<sup>44</sup>, las leyes fundamentales tenían también, como ya se anticipaba, una función limitadora, toda vez que contenían las condiciones bajo las cuales el rey y la nación representada en Cortes<sup>45</sup> debían ejercer el poder.

---

<sup>42</sup> OLMEDA Y LEÓN, J., *Ibid.* p. 33.

<sup>43</sup> JOVELLANOS. *Memorias en defensa de la Junta Central*, p. 599, cit. por VALERA SUANZES, J.: LA doctrina de la Constitución histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845, *Revista de Derecho Político*, nº 3971995, p. 53.

<sup>44</sup> ROUSSEAU, *El Contrato Social*, Plutón Ediciones, Barcelona, 2013, p. 71.

<sup>45</sup> Tenga el lector especial cuidado cuando hablemos genéricamente de Cortes. Nos hacemos aquí eco de las palabras de Alejandro NIETO: "Hablar de las Cortes de los reinos hispánicos en la Baja Edad Media es una abstracción intelectual, inevitable ciertamente, pero que desfigura gravemente la realidad histórica, puesto que en cada lugar y en cada momento tuvieron un significado distinto. Las diferencias que median entre las Cortes aragonesas y castellanas y, dentro de cada una de ellas, entre un reinado y



Eran, pues, manifestación de que ambos poderes acordaban ejercer sus competencias únicamente en sus respectivas esferas, sujetándose a las condiciones acordadas. Y es que, una vez celebrado el contrato entre el monarca y la nación, en el que ésta le prescribía a aquél ciertos límites y dónde se señalaban determinadas condiciones en el ejercicio del poder, resultará que, si la nación así constituida tiene una "obligación perpetua de reconocer y obedecer aquel poder, mientras obre según los términos del pacto, tendrá también un derecho perpetuo para contenerlos en aquellos términos"<sup>46</sup>. Por ello, la Constitución histórica, como el conjunto de las Leyes Fundamentales, imponía unos límites certeros al monarca, a la vez que expresaba los límites del poder de la Nación y, por tanto, de las atribuciones de las Cortes; y, en este sentido, significaban una garantía del poder del monarca<sup>47</sup>.

Tal vez donde mejor se vea la función delimitadora del poder por parte de constitución histórica sea en la célebre cita de LASALLE, al definirla como la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país. "Todo país tiene, y ha tenido siempre, en todos los momentos

---

otro (y aun dentro de la vida de un mismo monarca), no son menores que las que se aprecian en la dictadura del general Franco comparadas con la monarquía de Alfonso XIII". NIETO, A., *El derecho como...op. cit.*, p. 63.

<sup>46</sup> JOVELLANOS. *Memorias en defensa de la junta central*, p. 620, cit. por VARELA SUANZES, J.: La doctrina de la Constitución histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845, *Revista de Derecho Político*, nº 3971995, p. 52.

<sup>47</sup> VARELA SUANZES, J, La doctrina de la Constitución histórica de España, *cit.*, p. 314.



de su historia, una Constitución real y verdadera”<sup>48</sup>. Estas afirmaciones permiten adentrarnos ya en la siguiente nota característica: la de la preexistencia de las leyes fundamentales y, con ello, su continuidad en la historia.

## 2.2 Preexistencia y continuidad histórica

La nota característica que aquí vamos a tratar podría resumirse con la magistral cita de BALMES, quien asevera que “lo que expresa poderes sociales preexistentes a la ley es verdaderamente fundamental; lo demás es fundamental de nombre, reglamentario de hecho”<sup>49</sup>.

El diputado LLANERA se adhiere a esta corriente de pensamiento cuando afirma que la nación española, “tiene y ha tenido siempre su Constitución o leyes fundamentales (...) y si las leyes fundamentales de la monarquía o su Constitución necesita mejorarse, esto mismo supone su actual existencia”<sup>50</sup>. Por su parte, el diputado BORRULL, muestra serias dudas sobre la necesidad de darse los españoles una nueva constitución, con el siguiente razonamiento: “Hallo también graves dificultades en declarar que al presente

---

<sup>48</sup> LASSALLE, F., *¿Qué es una Constitución?*, trad. por W. Roces, Cénit, Madrid, 1931, pp. 65 y ss., accesible de forma online <https://www.filosofia.org/aut/005/1931que.htm#c113>.

<sup>49</sup> BALMES, J., *Estudios políticos: el alto cuerpo colegislador*, 1843, en *Obras Completas*, Madrid, 1948-1950, p. 367.

<sup>50</sup> LLANERA, *Diarios de las Discusiones y Actas de las Cortes* Cádiz, en la Imprenta Real, p. 21.



le pertenece a la Nación el derecho de establecer sus leyes fundamentales, pues las tiene establecidas, y muy sabias, siglos ha, y no puede por sí sola variar alguna de ellas"<sup>51</sup>. De la misma manera, se preguntaba HEGEL acerca de quien debiera hacer la constitución. A esto respondía que se trataba de un asunto carente de sentido, puesto que "esta consideración presupone que no existe una Constitución".<sup>52</sup> Para este autor es prioritario que una constitución, si bien producida en el tiempo, no sea concebida como algo hecho, puesto que, como decía ARANDA "la Constitución es en y por sí misma, por tanto, debe considerársele como lo divino y permanente, por encima de la esfera de lo que es hecho"<sup>53</sup>.

Vemos como los defensores de la doctrina de las leyes fundamentales arguyen la existencia continua en la historia de una misma legislación fundamental, que si bien adaptada a las circunstancias de cada época, era, en esencia, la misma, llegando a aseverar que "las leyes fundamentales de España siempre fueran unas en todos sus reinos antes y después de la invasión de los sarracenos".<sup>54</sup> Una afirmación un tanto controvertida, puesto que quienes sostenían estas tesis historicistas, lo hacían retrotrayéndose ya fuera a la legislación unitaria

---

<sup>51</sup> BORRULL, *Diarios...*, *op. cit.* pp. 54-55.

<sup>52</sup> HEGEL, *Filosofía del Derecho*, Claridad, trad. Angélica Mendoza de Montero, 5ª ed., Buenos Aires, 1968, p. 233, accesible vía <https://n9.cl/r5cil>

<sup>53</sup> ARANDA FRAGA, F., Origen y cambios de una constitución según la filosofía política de Hegel, en *Invenio*, nº31-32, 2013, p. 18.

<sup>54</sup> *Informe del Ayuntamiento...*, *op. cit.*



de la Monarquía visigoda, ya fuera a la plural de los distintos Reinos hispanos en busca de aquella legislación fundamental. Así, "desde *el Liber Iudicum* gótico, donde Jovellanos veía el depósito y fuente de la tradición constitucional española, a las *condiciones de millones* que en las épocas austríaca y borbónica mantuvieron mal que bien la tradición pacticia del reino, se reclama esa línea de pensamiento que forma parte esencial del orden patrio"<sup>55</sup>. Pero, como adelantábamos, ese orden constitutivo patrio reconocía dos principios territoriales contradictorios: el unitario de la monarquía gótica y el plural y diverso de los reinos medievales que se mantuvieron en la Edad Media. No se negaba, pues, la existencia de una constitución histórica, sino que lo que se debatía era acerca de si esta era unitaria o, por el contrario, plural. Tal es así que el propio Jovellanos tiene posiciones encontradas e incluso contradictorias<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> CORONAS GONZÁLEZ, S., *Leyes fundamentales y constitución de la monarquía española de 1812*, en *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, nº8, 2011, pp. 46-47.

<sup>56</sup> Jovellanos defiende a ultranza *la constitución particular de Asturias*, pero sin embargo en su *Instrucción a la Junta de Legislación* exhortaba a la "supresión de las constituciones provinciales". ¿Cómo entender estos pensamientos encontrados? Tal vez la respuesta se encuentre, de nuevo, en el ya mencionado *Informe del Ayuntamiento de Cádiz*: "Las leyes fundamentales de España siempre fueran unas en todos sus reinos antes y después de la invasión de los sarracenos (...) Un rey y una patria piden de justicia una sola Constitución y una sola ley. Nada hacemos si la legislación no se uniforma en todas las provincias del reino. (...) Mas si cada uno de los



Una vez planteada la cuestión foral sólo cabía optar entre una Constitución unitaria, garante de la futura igualdad de derechos y deberes de los ciudadanos, y una Constitución plural, respetuosa con la tradición de privilegio de las diversas constituciones provinciales. Como precisa CORONAS GONZÁLEZ, el problema para los reformistas era el de "incorporar esta tradición de privilegio, tan dolorosamente sentida por la población castellana"<sup>57</sup>. Pero finalmente, tal confrontación histórica fue resuelta dramáticamente por los *Decretos de Nueva Planta* (1707-1716) que anularon el orden plural de los reinos de la Corona de Aragón –el de Castilla ya lo era desde la derrota de las *Comunidades* (1522) por Carlos I– haciendo de la unidad una seña de la nueva dinastía borbónica. Perdieron su Derecho público –y en el caso de Valencia, también el privado– que les hacían especiales no sólo en España sino también en Europa. En su lugar entró el orden unitario, y por ello idóneo para la nueva dinastía borbónica de Castilla. Con el tiempo el propio rey Carlos III "llamó *fundamentales* esos Decretos que cambiaron a la fuerza el viejo orden plural de la monarquía, dejando a salvo el reino de Navarra y las Provincias vascas"<sup>58</sup>, aunque en realidad, de fundamentales sólo tenían el nombre, pues no reunían las notas características que venimos enumerando.

---

Reinos, Principados y provincias, como los Señoríos, quiere conservar leyes y fueros separados y aun cierta peculiar constitución, concluyamos que por más que se trabaje y discorra, jamás tendremos ni leyes ni fueros, ni constitución."

<sup>57</sup> CORONAS GONZÁLEZ, S., De las leyes fundamentales a la..., *op. cit.* p. 74.

<sup>58</sup> CORONAS GONZÁLEZ, S., Leyes fundamentales y constitución..., *op. cit.* p. 47.



Llegados a este punto, debemos hacernos eco del posicionamiento CORONAS GONZÁLEZ: "La nación o era la histórica, esencialmente plural, o era la unitaria moderna nacida de un pacto de voluntad general, en cuyo caso no era una reunión de territorios sino de voluntades, capaz de crear por voluntad general la Constitución del Estado"<sup>59</sup>. Y es que, en realidad, resulta verdaderamente inconciliable defender un derecho unitario en España y, a la par, la existencia de una constitución histórica válida para todo el territorio. Es por ello que, quienes pretenden tal cosa se han de remontar al único momento donde pudo ocurrir tal cosa: la Monarquía visigoda. Pero ¿acaso no eran leyes fundamentales todas las posteriores? Las de Castilla, León, Aragón, Valencia, Cataluña..., diferentes unas de otras y con sus respectivas particularidades. Y es que, en realidad, la falta de base histórica de una constitución "pretendidamente española que, de existir, tendría que ser la resultante de la amalgama de constituciones forales con principios no siempre coincidentes, vició de raíz esta construcción doctrinal".<sup>60</sup>

Aceptando ya el hecho de que existió una legislación plural a lo largo de la historia, cabe

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>60</sup> CORONAS GONZÁLEZ, S., Martínez Marina y el "ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación de León y Castilla (1808)", en *Glossae: European Journal of Legal History*, nº10, 2013.



sistematizarla como hizo el P. BURRIEL en su *Carta a Juan de Amaya*<sup>61</sup>, donde cifraba las etapas evolutivas de la constitución histórica y que procedo aquí a resumir: la gótica, de naturaleza clerical, reflejada en el *Fuero Juzgo*; la foral y señorial, “varia y vacilante”, que muestran el Libro de los Fueros y el Fuero Viejo de Castilla; la autocrática presente en las *Partidas* que representan “la revolución legislativa de Alfonso X el Sabio”; y “la administrativa moderna” que impulsan los Reyes Católicos y sus sucesores como se ve en el Ordenamiento de Montalvo y en la Nueva Recopilación. Es, por tanto, “una Constitución histórica, consuetudinaria y legal, que partiendo del tronco gótico sigue por su rama legítima y más frondosa castellano-leonesa”<sup>62</sup>.

### 2.3 Origen pacticio

La nota característica que aquí se viene a tratar nos permitirá conocer, en efecto, el verdadero origen de la constitución histórica, del que embebe toda su legitimidad. Este no es otro que un pacto entre el monarca y el pueblo.

---

<sup>61</sup> BURRIEL, A., *Carta del Padre Burriel a D. Juan Ortiz de] Amaya sobre los Fueros y Leyes del Reyno*, accesible en <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/320>.

<sup>62</sup> CORONAS GONZÁLEZ, S., España: Nación y Constitución (1700-1812), en *Anuario de Historia del Derecho español*, nº75, 2015, p. 198



Para el profesor LALILDE ABADIA<sup>63</sup> hay dos visiones fácilmente diferenciables con respecto al pactismo; véanse: la filosófica y la historicista. Con arreglo a esta última, el pacto pertenece al “mundo de los hechos”, pues el pacto se ha dado realmente en un momento y lugar determinados, en tanto que la primera opera en el “mundo de las ideas”. En realidad, no se trata de contraponer el historicismo a la filosofía sino “analizar de qué modo historia, como *res gesta*, y filosofía, como pensamiento humano, se relacionan y recíprocamente se influyen”<sup>64</sup>.

La ciencia política de la edad moderna trató hasta la saciedad la cuestión del contrato social, ese *pactum societatis* entre individuos libres que, viviendo en un estado de naturaleza, deciden salir de él asociándose y cediendo, *omnes et singuli*, la soberanía ya fuera al rey, a una asamblea compuesta por los representantes de la nación, o a ambos. Toda esta corriente de pensamiento, que se ha venido a denominar *contractualismo*, se separaba de la tradición aristotélico-tomista del hombre como animal político, “partió del individuo aislado... lo abstraajo, como si fuera un ser asocial, de toda

---

<sup>63</sup> LALINDE ABADÍA, *El pactismo en la Historia de España*, Instituto de España, Madrid, 1978, p. 117.

<sup>64</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., Las diversas clases de pactismos históricos. Su puesta en relación con el concepto bodiniano de soberanía, en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, nº9, 2003, p. 16



comunidad natural y lo trasladó a sus orígenes, a un estado de naturaleza imaginario<sup>65</sup>.

Dicho de otro modo, no es que el ser humano viviera en un estado previo de naturaleza, sino que, por su propia condición de ser social, vivía ya en sociedad. Y en estas circunstancias es cuando libremente se decide firmar un pacto –conocido como *pactum societatis*– con el que hasta ese entonces era un *inter pares* y que, desde entonces, pasaba a ser rey, cediéndosele el conjunto de soberanías subjetivas –permítasenos el uso de este término aquí– propias de cada individuo. La soberanía residirá ahora en la persona del monarca. Pero, y aquí reside la cuestión más importante, a la vez que se le cedía la soberanía se le imponían una serie de límites certeros a su ejercicio: el conocido como *pactum subjectionis*, de tal manera que uno y otro pacto son indisolubles, no pudiendo entenderse el uno sin el otro. Sin este último no tendría el monarca sino una obligación pura de ejercer la soberanía, no sometida a condición alguna, como es la defendida por Hobbes en el *Leviathan*. Sin embargo, no hablamos aquí sino de la tesis pactista, plasmada en una serie de leyes fundamentales que sujetaban el poder regio y contrapuesta a ese *contractualismo* fruto de un pretendido pacto social<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., La nueva concepción de la vida social en los pactistas del siglo XVII: Hobbes y Locke, en *Verbo (Madrid)*, nº 119-120, 1973, pp. 911-913.

<sup>66</sup> Esta aseveración tan rotunda merece ser moderada. Para los contractualistas el soberano también tiene límites, en concreto el procurar el bienestar a los individuos, razón por la cual recibió la investidura de tal. Así para Bodin, para quien en



Este *pactismo medieval* encuentra firmes defensores a lo largo de la Edad Moderna. Quizá el más importante de todos sea el P. Juan de Mariana, para el que "el poder le viene al rey de Dios, pero a través del pueblo. Este mediante pacto le cede al rey el poder absoluto en ciertas materias, pero se reserva un poder superior al rey en otras. Estas no pueden ser alteradas sin el consentimiento del pueblo, que se manifiesta a través de sus representantes en Cortes Generales"<sup>67</sup>.

Como bien opinaba Martínez MARINA, quien también rechaza el estado de naturaleza y su consiguiente pacto social, la soberanía ciertamente tenía unos límites, las llamadas Leyes Fundamentales de la Monarquía, es decir, las que habían constituido el pacto fundacional entre el rey y reino, que en ningún caso debían ser transgredidas. "Porque es el caso que ese pacto político...no constituye una mera elucubración teórica para explicar los orígenes de la convivencia política, sino que tiene categoría de referencia histórica,

---

principio el soberano no tiene límites, afirma que "en cuanto a las leyes divinas naturales, todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas y no tienen poder para contravenirlas... el poder absoluto de los príncipes y señores soberanos no se extiende, en algún modo, a las leyes de dios y de la naturaleza" BODIN, J., *Los seis libros de la República*, trad. Pedro Bravo Gala, Tecnos, 4ª ed, 2010, pp. 53-54.

<sup>67</sup> CASTELLANO, J. L., *Las Cortes de Castilla y su Diputación (1621-1789). Entre pactismo y absolutismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 26-27.



de remisión a algo realmente acontecido”<sup>68</sup>. Se remonta así este autor a las *juntas nacionales* del Reino visigodo<sup>69</sup>, para mostrar ese *pactum subjectionis*, que a lo largo de la historia tendrá diferentes manifestaciones<sup>70</sup>, no teóricas, propias del campo de la

---

<sup>68</sup> ESCUDERO, J. A., Martínez Marina y la teoría de las Cortes, en *Anuario mexicano de Historia del Derecho*, nº22, 2010, pp. 205-206.

<sup>69</sup> “El Gótico lejos de olvidar una circunstancia tan esencial y característica de todo gobierno justo (limitar al soberano), cuidó primeramente de dar leyes a los Monarcas, de deslindar sus derechos, y de prescribir sus obligaciones. aun antes que las de los súbditos. y reconoce la necesidad de este orden. Así es que el Rey Recesvinto colocó al frente de su famoso código estas dos memorables sentencias: “el Rey igualmente que todo súbdito está sujeto a las leyes; y para que así suceda lo primero es ordenar las de los Reyes, y después las de los Pueblos.” FLÓREZ ESTRADA, A., *Constitución para la Nación española*, Swinney y Ferrall, Birmingham, 1810, p. 7, accesible vía <https://bit.ly/3jQgStC>

<sup>70</sup> “1º- Se percibe un primer tipo de pactismo político, el más débil...que deriva del presupuesto pacto callado de que el pueblo debe gobernar con el rey, y esto con el pueblo, y que ninguno puede romper por sí solo. 2º Un segundo grado de pacto político callado o tácito, que presenta diversos matices, en el cual se entiende que el rey debe atender las justas peticiones de las cortes y oír su opinión antes de dictar las leyes. Es el vivido en Castilla durante largos periodos.3º. Un tercer grado de pactismo político, más fuerte, requiere que el rey legisle con las cortes, como pretendieron los sublevados contra don Álvaro de Luna y así proclamaron las *Cortes de Olmedo de 1469*. También, los comuneros, como recogieron las *Cortes de Valladolid en 1518*, ambos frustrados por las derrotas de Olmedo y Villalar respectivamente.4º El grado más fuerte de pactismo es el que corresponde al que Montesquieu



filosofía política, sino fruto de un verdadero pacto, real e histórico. Así lo plasma él mismo cuando expresa que la circunstancia más notable de la constitución del reino visigodo y que siempre se consideró como ley fundamental del gobierno español fue que, "deseando la nación oponer al despotismo una barrera incontrastable..., sujetaron su autoridad con el saludable establecimiento de las grandes juntas nacionales, en que de común acuerdo se debían ventilar y resolver libremente los más arduos y graves negocios del Estado"<sup>71</sup>. Es por todo ello que el pacto del que aquí se habla no es, como hemos visto, un constructo propio del mundo de las ideas, sino un pacto histórico que efectivamente tuvo lugar; "no según las teorías de la filosofía moderna, sino en conformidad a lo que resulta de los monumentos de la historia de España"<sup>72</sup>.

De todo lo hasta aquí expuesto en relación al pactismo podrá surgir una importante duda al respecto, pues si bien es cierto que *pacta sunt servanda*, ¿Qué hay respecto de las generaciones futuras que no han formalizado pacto alguno? Ciertamente, tanto aquellos que hereden la corona como las generaciones populares venideras seguirán obligados. En lo referente al pueblo con sus tres estamentos, cabe plantearse una

---

denominó gobierno gótico, con las *chartes d'affranchissement* y con las leyes convenidas entre el rey y las tres ramas de las cortes generales, con el *depot* de las leyes en los *parlaments nentis du droitis de remonstrances*.". VALLET DE GOYTISOLO, J., *Las diversas clases de...op. cit.* p. 31.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> *Ibidem*.



interesante cuestión. Y es que, ¿en base a qué existe el pretendido derecho de las generaciones pretéritas a obligar a las futuras? Como saca a relucir la famosa *paradoja de la democracia* de ELSTER, “cada generación desea ser libre para obligar a sus sucesoras, sin estar obligada por sus predecesoras”<sup>73</sup>. Independientemente, quien mejor creemos que trató esta cuestión fue LOCKE. El autor inglés comienza por aceptar el hecho de que “no hay compromiso alguno que obligue a los hijos o descendientes de la persona que lo ha hecho”, empero sostendrá que el *pactum subjectionis* se transmite tácitamente junto con la aceptación de la herencia de las propiedades paternas sitas en el territorio donde opera el pacto. De esta forma, los Estados hacen que el hijo no pueda disfrutar de las posesiones del padre, a menos que lo haga bajo los mismos términos que obligaron a éste cuando devino miembro de la sociedad; de tal modo que “el hijo se pone de hecho bajo el gobierno establecido. (...) Todo hombre que tiene posesiones o disfruta de alguna parte de los dominios de un gobierno, está con ello dando su tácito consentimiento de sumisión”<sup>74</sup>.

Por su parte, en lo que atañe a los herederos del trono, es de aplicación la doctrina escolástica de la *translatio imperii*, por la cual la soberanía fue otorgada por Dios al pueblo y este transmitió, tanto la titularidad

---

<sup>73</sup> HOLMES, *Precommitment and the Paradox of Democracy*, en *Constitutionalism and Democracy*, Jon Elster & Rune Slagstad, 1988, pp. 210, accessible en idioma español (El precompromiso y la paradoja de la democracia) vía <https://n9.cl/sbkza>.

<sup>74</sup> LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*, Alianza Editorial, pp.30-31, accesible vía <https://n9.cl/ovg70>.



como el ejercicio, al monarca. Pero no al *monarca-persona*, sino al monarca como titular de la Corona. Es por ello que tal *imperii* se transmitía al heredero legítimo, puesto que el pacto se entendía realizado, en realidad, con la Corona. Si no había herederos, la nación recobraba por entero su soberanía<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> Esta teoría cobrará especial importancia en la Guerra de Independencia española, puesto que, con la pérdida de legitimidad de la monarquía después de las renunciaciones de Bayona, solo se podía justificar el alzamiento del rey intruso por medio de la *translatio imperii*, o de las leyes fundamentales, así como el de la soberanía nacional –rechazado por los realistas–. Es decir, la reasunción del ejercicio del poder por parte de la nación mientras durase la cautividad del monarca –*translatio imperii*–, o la ilegitimidad de José I al ser extranjero y no haber realizado el juramento preceptivo de respeto a la legalidad fundamental –ambas leyes fundamentales, como más adelante se verá–. Todo ello permitía ofrecer una solución constitucional no revolucionaria a la acefalia de la monarquía española y establecer a la vez un límite a la acción legisladora de las Cortes. Todo en VARELA SUANZES, J., La doctrina de la...*op. cit.*, p. 312.

A su vez, podríamos destacar el *Compromiso de Caspe*, como ejemplo de efectividad de la doctrina de la *translatio imperii*. Muerto Martín I de Aragón sin descendencia y sin haber nombrado sucesor aceptado, los representantes de los tres estamentos de los distintos reinos de la corona de Aragón conformaron el *Parlamento General de la Corona*, quien entronizaría a Fernando de Antequera como rey de Aragón. También podría hablarse de la entronización de Sancho IV por parte de las *Cortes de Segovia de 1276*, al haber muerto el primogénito de Alfonso X, Fernando de la Cerda, y no saberse si el heredero debía ser su respectivo hijo primogénito, como así lo establecían las *Partidas* –copiando al derecho romano–



La Corona se define por GARCÍA-PELAYO como aquella entidad jurídico pública distinta de la persona física del rey, de modo que la persona del rey es la "portadora transitoria y derivada de un derecho perpetuo y originario indisolublemente unido a la Corona de la que recibe sus poderes. (...) Dado que la Corona...es equiparable a un menor... definen la función del rey como la del tutor" <sup>76</sup>. Continúa describiéndonosla como una entidad a la que tanto el rey como los estamentos deben lealtad, por lo que, si el rey no actúa razonablemente, sus súbditos están obligados en virtud del juramento a ésta, a "volver al rey a la razón y a enmendar el estado de la Corona, incluso por apelación a la violencia"<sup>77</sup>. El monarca, sea este el que fuere, y aunque de hecho actuara contra este pacto<sup>78</sup>, de derecho estaba vinculado a él. Reflejado queda este aserto en el *Espéculo de las Leyes* de Alfonso X, 2, 3: "si la ley es paccionada y adquiere naturaleza de contrato, se liga al príncipe y a

---

y el propio testamento de Alfonso X, o el segundogénito del rey Alfonso, Sancho, como se desprendía de la costumbre castellana. Primó, pues, el voto del reino en Cortes frente a la voluntad del difunto monarca.

<sup>76</sup> GARCÍA-PELAYO, M., *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, pp. 46-53.

<sup>77</sup> *Ibid*

<sup>78</sup> Es el caso de Felipe II, quien llegó a afirmar: "si es mi deseo, anularé sin las Cortes las leyes dadas por las Cortes; legislaré por medio de edictos y aboliré las leyes por medio de los edictos", que cuajó en la Real Cédula de promulgación de la Nueva Recopilación de 14 de marzo de 1567" CORONAS GONZÁLEZ, S., *Las leyes fundamentales*, *op. cit.* p. 160.



su sucesor, puesto que tal ley y contrato tiene justicia natural". También así en lo señalado por las *Cortes de Ocaña de 1469*: "Vuestra Alteza si es obligado por contrato callado a los tener y mantener en justicia".

Como expone GARCÍA DE VALDEAVELLANO, conforme a esta idea de *monarquía paccionada o pactista*, la sujeción de los súbditos al poder regio, resultado de un pacto o contrato tácito, quedaba supeditada a la observancia por el monarca de los fueros y costumbres del país y ello llevaba implícito no solamente la subordinación del Monarca a las leyes y su deber de no vulnerar los derechos y libertades de los súbditos, sino también la posibilidad de que el pueblo "resistiese a los mandatos del Príncipe que, incumpliendo el pacto entre el Rey y el pueblo, no respetaba el ordenamiento jurídico"<sup>79</sup>. Vemos, pues, como junto al pacto asoma la costumbre, haciendo ambas que la constitución "jamás hubiera perdido su validez, debido a su carácter contractualista y, sobre todo, a su naturaleza consuetudinaria. Estas características, son las que le otorgan en verdad su carácter de ley viva del reyno"<sup>80</sup>. Con todo ello, adentrémonos en esta siguiente nota característica.

---

<sup>79</sup> VALDEAVELLANO, L.G.: *Curso de Historia...*, op. cit., pp. 425-426.

<sup>80</sup> ÁLVAREZ ALONSO, C., Un rey, una ley, una religión (goticismo y constitución histórica en el debate constitucional gaditano), en *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, nº1, 2000, p. 15.



#### 2.4 Origen consuetudinario

El concepto de constitución que venimos estudiando no es otro sino el histórico, fruto “de la lenta evolución de las instituciones del Estado y de prácticas constantes consagradas por el uso y la tradición histórica”, que se contrapone al de constitución escrita, aquella que se concreta en “uno o más textos promulgados por un procedimiento válido y que por su precisión y fijeza constituyen una garantía para gobernantes y gobernados<sup>81</sup>. Vemos pues que se establece una diferencia entre constitución histórica y constitución escrita, más concretamente respecto de la *racional-normativa*, como así fue denominada por GARCÍA-PELAYO, para quien el concepto histórico tradicional surge en su formulación consciente como actitud polémica frente al concepto racional, o, dicho de un modo más preciso, “como ideología del conservatismo frente al liberalismo”<sup>82</sup>. Continuaba este mismo autor diciendo que el historicismo constituye el fundamento de la tesis de que la constitución de un pueblo no es un sistema producto de la razón, sino una estructura resultado de una lenta transformación histórica. No es creación de un acto único y total, sino de “actos parciales reflejos de situaciones concretas y,

---

<sup>81</sup> LABRÍN VERDEJO, M.N., *Constitución histórica, Constitución escrita y Estado de Eerecho*, Ars Boni et Aequi, nº2, 2019, p. 99, citando Vivanco Martínez.

<sup>82</sup> GARCÍA-PELAYO, M., *Constitución y Derecho constitucional*, en *Revista de estudios políticos*, nº 37-38, 1948, p. 66.



frecuentemente, de usos y costumbres formados lentamente y cuya fecha de nacimiento es imprecisa”<sup>83</sup>.

Con todas las cosas, la Constitución no se reducía ni se identificaba, como había sostenido el liberalismo revolucionario francés y el liberalismo doceañista español, y bien plasma VARELA SUANZES, con un conjunto normativo sistemática y racionalmente trazado, fruto de la voluntad del cuerpo social. La verdadera Constitución era la histórica, las antiguas leyes fundamentales de la monarquía. “Las leyes escritas y sistematizadas en un código debían limitarse a ser la expresión documental de este cuerpo legal histórico”. La constitución no podía reducirse a un texto jurídico más o menos solemne. Por tal cosa había de entenderse ante todo el “conjunto de principios y costumbres seculares de un país, definitorios de su carácter nacional, así como su entramado social”<sup>84</sup>. Buena prueba de ello es el hecho de que en el *Discurso Preliminar de la Constitución de 1812* atribuido a Argüelles –aunque se piensa que su verdadero autor pudiera ser Espina– se afirme, taxativamente, que nada ofrecía la Constitución gaditana que no se “halle consignado...en los diferentes cuerpos de la legislación española y en las leyes fundamentales de Aragón, Navarra y de Castilla”. Así también, por ejemplo, en el *Estatuto Real de 1834*, se ordenaba el “restablecimiento de las antiguas leyes fundamentales”. Es por todo ello que para el Profesor TOMÁS Y VALIENTE, el hecho de que no se dotaran a las constituciones españolas del Siglo XIX de esa Constitución no escrita,

---

<sup>83</sup> GARCÍA-PELAYO, M., *Constitución...op. cit.*, p. 68.

<sup>84</sup> VARELA SUANZES, J., *La doctrina...*, op. cit., p. 336.



“nacida de los usos políticos, de costumbres originadas dentro o fuera del Parlamento o derivadas de la continuidad en el funcionamiento de las instituciones (hizo que no) calaran hondo”<sup>85</sup>.

La Constitución histórica, que reposaba en las dos grandes instituciones, el Rey y las Cortes, presuponía, como se puede apreciar, una legalidad previa y superior a la Constitución formal, que no era más que una “mera ley secundaria”, y debía, por tanto, limitarse a “arreglar las relaciones entre aquellas dos instituciones”<sup>86</sup>. Este posicionamiento que, *a priori*, pudiera parecernos disparatado desde nuestra óptica actual, no es tal cosa. Pártase del hecho, recordemos, de que a los ojos de los defensores de la constitución histórica, cualquier precepto constitucional que fuera contrario a la aquella adolecía de nulidad de pleno derecho, del mismo modo que ocurría con cualquier otra norma; no por estar consignada en el texto constitucional tenía especial garantía. Ello explicaba que la *Constitución de 1876*, al igual que la de *1845*, –no así las de *1812* y *1869*–, no fuesen rígidas, sino flexibles, esto es, que careciesen de un procedimiento especial de reforma, distinto del legislativo ordinario. Todo esto nos lleva a la siguiente nota característica: la supremacía e inderogabilidad de las leyes fundamentales.

---

<sup>85</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F., *Códigos y Constituciones. 1808-1978*, Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 141.

<sup>86</sup> MARQUÉS DE PIDAL, Diario de sesiones Congreso de los Diputados, 30 de octubre de 1844.



## 2.5 Supremacía, indisponibilidad y poder constituyente

Como ya se ha anticipado, el problema que se suscitaba en el trasfondo de todo este debate gira en torno al propio concepto de soberanía y su alcance. ¿Podía existir un ente por encima de la propia soberanía, independientemente de sobre quién recayera ésta? Para la ciencia jurídica española, influenciada por la Escolástica y por la propia sociedad de profunda raigambre católica, por encima de la propia soberanía se situaba Dios, de quien emanaban todas las cosas; bajo ningún concepto podía admitirse norma alguna que atentara contra su voluntad.<sup>87</sup> Pero lo más relevante para la Historia del Derecho es que la limitación al poder, como bien expresaba GARCÍA GALLO<sup>88</sup>, no se articulaba

---

<sup>87</sup> De acuerdo con el pensamiento de San Agustín, la ley humano-positiva o ley temporal es como una derivación de la ley eterna a través de la ley natural. De aquí que la ley temporal, cuando se aparte de la ley eterna, no será verdadera ley y, por tanto, no podrá constituir Derecho. El derecho verdadero siempre ha de derivar de la ley eterna. Por su parte, Santo Tomás de Aquino defendía que la ley humano-positiva tiene que estar en consonancia con la ley natural y en último término con la eterna. Si la ley injusta fuera en contra del bien divino o de la ley divina, entonces no se puede cumplir en ningún caso, porque hay que obedecer antes a Dios que los hombres. Este pensamiento puede verse en RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., Historia del pensamiento jurídico, 5ª ed., Facultad de Derecho- Universidad Complutense, Madrid, 1984, pp. 73-88.

<sup>88</sup> El poder real no es nunca absoluto pues "tiene en primer lugar como límites los que imponen la religión y la moral



únicamente desde esta concepción iusnaturalista, muy abstracta y de no tan sencilla concreción, sino que existía, como venimos repitiendo, un verdadero ordenamiento jurídico consuetudinario que, en ciertos extremos –que más adelante estudiaremos–, limitaba inexorablemente el ejercicio de la soberanía, es decir, del poder político<sup>89</sup>. Y es que esta soberanía, residenciada ya fuera en un cuerpo político como el Parlamento, en la persona del rey, o en ambos, era fruto de un pacto previo –del que ya hemos hablado– entre el reino y el monarca, que en la manera en que compelia a ambas partes, debía respetarse. Tan es así, que ni siquiera el rey y las cortes de común acuerdo podrían modificar las leyes fundamentales, esencia de la Constitución histórica o tradicional, al ser éstas fundamento del poder de ambas instituciones; tan sólo les era lícito acomodarlas a las nuevas circunstancias. Nos encontramos, por tanto, ante un ordenamiento que no había sido otorgado, sino que siendo “sustancialmente indisponibles por parte de los

---

cristiana y, por razón de su fin, el que ha de ejercerse para bien común y no para utilidad privado del rey. Lo limita también el ordenamiento jurídico vigente: las costumbres, leyes y privilegios generales, locales o de clase, constantemente confirmados a petición de los pueblos. El rey está sometido al Derecho, y cualquier cosa que haga contra él constituye una *forcia*. (fuerza o violencia); un *tortum* (entuerto); *greuge* (agravio) o contrafuero. GARCÍA-GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho. El origen y la evolución del Derecho*, Madrid, 1964, p.1151-1158

<sup>89</sup> Decía PEÑALOSA Y ZÚNIGA, en *La Monarquía*, Madrid, 1793, p.5, que las leyes fundamentales se encuentran por encima del “mismo legislador, no pudiendo o no debiendo éste tocarlas porque de ellas recibe la investidura de tal”.



poderes públicos, se trataba de un ordenamiento jurídico dado”<sup>90</sup>. Ninguno de ellos, en efecto podía disponer de aquella constitución, de tal forma que se convertían en normas supremas e indisponibles, y en tal medida, inderogables.

El autor lucense VARELA SUANZES<sup>91</sup>, quien estudia al detalle el debate en las cortes gaditanas en torno a las leyes fundamentales, expresa que “la facultad de crear *ex novo* una Constitución haciendo tabla rasa de la legalidad fundamental existente se rechazaba sin paliativos.” No es, por tanto, que el poder constituyente debiese recaer en las dos instituciones tradicionales, las cortes y el rey, que conformaban la *monarquía templada*<sup>92</sup>, pilar de la constitución histórica española,

---

<sup>90</sup> FIORAVANTI. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. Manuel Martínez Neira, en Trotta, Madrid, 2011.

<sup>91</sup> VARELA SUANZES, J., *La doctrina...*, op. cit., pp. 316-320.

<sup>92</sup> La soberanía compartida entre el rey y las Cortes era el pilar sobre el que se asentaba la *monarquía templada*. Todas las constituciones vigentes en el siglo XIX rechazaron la soberanía del Rey, “principio fundamental del Antiguo Régimen, pero también la soberanía del pueblo, principio no menos fundamental de la moderna democracia. La soberanía se hizo recaer en la Nación, como ocurrió en las Constituciones de 1812, 1837 y 1869, o bien en el Rey y las Cortes, consideradas las dos instituciones claves de la llamada constitución histórica o interna de España, como hicieron el Estatuto Real de 1834 y las Constituciones de 1845 y 1876. (...) El imputar la soberanía a la Nación o a las Cortes con el Rey supuso excluir tanto la monarquía absoluta como la democracia republicana e instaurar una monarquía constitucional”. VARELA SUANZES, J., *La construcción del Estado en...* op. cit. p.72.



sino que tal poder se desechaba. Es decir, la constitución histórica se debía entender como un cuerpo jurídico preexistente del que emanaba la legitimidad de cualesquiera sujetos políticos y, precisamente por ello, resultaba indisponible. De tal modo que, cualquier nueva norma, por mucho que se la denomine *constitucional*, no gozaría más que de un mero valor de ley ordinaria en aquellos preceptos que no fueran reflejo de la verdadera Constitución de España: la histórica. Por ello, las cortes con el rey podrían modificar en adelante esos preceptos constitucionales *no fundamentales* con las mismas formalidades que las leyes ordinarias, pero no aquellos propios de la Constitución histórica, toda vez que el poder de ambas instituciones “no era suficiente para reformar los preceptos fundamentales o esenciales incluidos en el texto constitucional, sino tan sólo los subalternos o secundarios.”<sup>93</sup> Esta tesis fue muy extendida y sostenida incluso por los defensores del poder absoluto del Monarca. Es el caso de BODIN, para quien, “las leyes que atañen al estado y fundación del reino, el príncipe no las puede derogar por ser anejas incorporadas a la Corona”<sup>94</sup>. Acerca de este extremo se pronunciará también TOMÁS Y VALIENTE, sosteniendo que la distinción conceptual entre “leyes del rey y leyes del reino, y la consiguiente indisponibilidad de éstas para el príncipe quedan sin duda establecidas. El príncipe no debe derogar esas leyes sobre las que está apoyada y fundada la monarquía”<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> VARELA SUANZES, J., *La doctrina...*, *op. cit.*, p. 320.

<sup>94</sup> BODIN, J., *Los seis libros de la República*, trad. Pedro Bravo Gala, Tecnos, 4ª ed, 2010, *passim*.

<sup>95</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F., *Génesis de la Constitución de 1812*. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución, en



El diputado INGUANZO, por su parte, expresaba en las Cortes de Cádiz esta misma idea en los siguientes términos: "Hay leyes, Señor, que son por su naturaleza inalterables en todo evento, y otras, al contrario, que pueden y deben variarse. A la primera clase pertenecen aquellas que se llaman, y son realmente, fundamentales, que constituyen los fundamentos del Estado, y destruidas ellas se destruiría el edificio social (...) Las leyes constitucionales que por su naturaleza y esencia son variables podrán variarse siempre que convenga, por más que el legislador quiera y mande que nunca se varíen (...)"<sup>96</sup>. En el mismo sentido se pronunciaban tres siglos atrás los comuneros, por voz de las *Cortes y Junta de Tordesillas de 20 de octubre de 1520*: "mandamos como leyes perpetuas de los dichos nuestros reinos hechos en Cortes, sean guardados e se guarden perpetuamente e inviolablemente e para siempre jamás"<sup>97</sup>.

Bien conocían de la supremacía de las leyes fundamentales los constituyentes españoles del Siglo XIX. Exponente de ello es, por ejemplo, el ya citado *Discurso Preliminar de la Constitución de 1812*, donde se sentenciaba que nada se ofrecía en el texto constitucional que no estuviera ya estatuido en las Leyes Fundamentales de los distintos Reinos. Y es que, harto

---

*Anuario de Historia del Derecho español*, nº65, 1995. pp. 28-29.

<sup>96</sup> INGUANZO, *Diarios de las Discusiones...*, op. cit., pp. 57-58.

<sup>97</sup> DE SANDOVAL, F., *Historia de la vida y hechos del emperador Carlos V*, Madrid, 1955, pp. 294-317.



sabida es la oposición de los diputados realistas a la Constitución de 1812, quienes alegaban su nulidad e ilegitimidad por romper precisamente con esa legalidad fundamental de la Monarquía o, si se quiere, con la Constitución histórica española<sup>98</sup>. Entonces, si en la *Constitución de 1812* verdaderamente se estaba contradiciendo lo preceptuado por las Leyes Fundamentales ¿cómo es que se afirma con esa rotundidad que el texto gaditano no ofrece nada que “no se halle ya consignado” en la Constitución histórica española? Pues bien, como decíamos, estos ilustres diputados conocían a la perfección lo arraigada que estaba –al menos en parte– la convicción de que toda norma contraria a las Leyes Fundamentales era, o podía entenderse, nula de pleno derecho. De ahí su esfuerzo, aun abrazando el dogma de la omnipotencia de la soberanía nacional, de justificar la adecuación de la Constitución gaditana a la legislación fundamental.

Toda esta corriente de pensamiento llegó al extremo, como ya ha quedado expuesto, de negar la legitimidad de un poder constituyente al que se llegó a

---

<sup>98</sup> Comienza el conocido como *Manifiesto de los Persas*, Madrid, imprenta de Ibarra, 1814, hablando acerca de los “vicios y nulidades de la llamada Constitución política, formada en las Cortes tituladas generales y extraordinarias de la Nación... acerca de la ...ilegitimidad con que se ha eludido la antigua Constitución Española, mérito de esta, nulidad de la nueva”



tildar de “bastardo”<sup>99</sup>. Por ejemplificar la materia, cabe señalar que los diputados moderados en 1845, en pleno proceso constituyente, negaron su existencia. Así, DONOSO CORTÉS, Secretario de la *Comisión Constitucional*, señalaba que “las Cortes con el Rey son la fuente de las cosas legítimas; su potestad alcanza a todo, menos a aquellas leyes primordiales contra las cuales nada puede intentarse que no sea nulo de toda nulidad”<sup>100</sup>.

Como puede apreciarse, mientras hoy en día la legitimidad del poder constituyente resulta incuestionada, –la cual no entramos a negar en el presente trabajo– los pensadores españoles del siglo XIX detectaron un grave problema jurídico-filosófico, concretamente el relativo a la existencia, o no, de límites al ejercicio de la soberanía radicada en el poder constituyente. Desde la óptica ilustrada, fruto de la Revolución Francesa<sup>101</sup>, el *soberano* – en este caso el

---

<sup>99</sup> Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, 2 de noviembre de 1844. Diputado Seijas: “no es posible que reconozcamos este poder bastardo”.

<sup>100</sup> Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, 5 de noviembre de 1844.

<sup>101</sup> De la mano del iusracionalismo europeo alemán, inglés y francés, parte de los ilustrados españoles asumieron nuevos principios que evolucionaron hacia el pensamiento liberal, extraídos fundamentalmente de los ideólogos de la Revolución Francesa. El principal es la soberanía nacional, fruto del pactum societatis entre individuos, que trae como consecuencia el desarrollo de la doctrina del poder constituyente y el nuevo concepto de Constitución racional



pueblo– todo lo puede y, con ello, “la soberanía nacional es un principio (compatible con) una idea racional-normativa de Constitución”, pero totalmente “incompatible con el reconocimiento de una Constitución histórica o interna”<sup>102</sup>. Como decía VALLET DE GOYTISOLO, “para los hombres de la revolución... no hay más que una sola autoridad: la asamblea encargada de legislar, que detenta el poder legislativo de un modo absoluto”<sup>103</sup>. Sirvan de ejemplo también las palabras de ROUSSEAU al respecto: “no hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni aun el mismo contrato social”<sup>104</sup>.

Pues bien, si asumimos que el poder constituyente tiene como misión la creación de una norma suprema – la constitución– cuyo objeto, como ya se ha dicho, es delimitar los poderes del Estado pero también limitarlos, y, a su vez servir como criterio para juzgar la validez de las distintas normas del ordenamiento, ¿quién controla al poder constituyente?; ¿es omnipotente? Y, ¿si la validez de una norma se enjuicia en relación a la norma superior, ¿qué norma del ordenamiento nos permite juzgar la validez de la Constitución? Todas estas cuestiones se las plantea DE OTTO, y tras su análisis concluye, desde su visión racional-normativa, que “la remisión de una norma a otra en la cadena de

---

normativa. FRIERA ÁLVAREZ, La evolución del pensamiento liberal a través de Flórez Estrada, Argüelles y Toreno, en *Legal History Review*, nº7, 2009, pp. 2-3.

<sup>102</sup> VARELA SUANZES, J., La doctrina..., *op. cit.* p. 351.

<sup>103</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., *Sociedad de masas y Derecho*, Madrid, 1969, pp.283-284

<sup>104</sup> ROUSSEAU, J.J, *El contrato*, *op. cit.* p. 36.



fundamentación de validez ha de tener algún final, tiene que haber una norma fundamentadora de la validez de las demás, pero no fundamentada por ninguna otra...La validez de esta norma positiva, cúspide del ordenamiento, ya no puede ser evidentemente otra norma del ordenamiento, tiene que ser una norma que se encuentra fuera del ordenamiento<sup>105</sup>. Y dado que, desde tal óptica, la constitución crea un nuevo régimen jurídico, del cual es la norma fundamentadora, debe necesariamente recibir su legitimación desde fuera de ese nuevo ordenamiento por ella estatuido. Se ha de asumir, por ende, la inconsistencia de que la norma suprema, cúspide de todo el sistema, se legitime en otra creada *ex novo* y fuera del propio ordenamiento, algo cuanto ni menos cuestionable. Y más aún: si la constitución surge precisamente para limitar al poder, ¿cómo aceptar que en su creación el legislador constituyente no estaba sujeto a control?

Pues bien, en contraposición a todo lo expuesto, desde la perspectiva historicista de la doctrina de la constitución histórica, no hace falta buscar tal norma fuera del ordenamiento, sino dentro de él, puesto que, recordemos, para los defensores de esta tesis, las leyes fundamentales que conforman la constitución histórica son normas vinculantes que forman parte del

---

<sup>105</sup> DE OTTO, I., *Lecciones de Derecho Constitucional. Introducción*, recogido en *Obras Completas*, Universidad de Oviedo, Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, 2010, p. 604.



ordenamiento<sup>106</sup>. Por tanto, no hay con la constitución histórica cambio alguno de régimen, no hay un poder desbocado sin sujeción, sino un continuismo legitimador de toda norma en tanto en cuanto no contradiga la legislación fundamental.

Sigue De Otto señalando que esa norma fuera del ordenamiento opera respecto de este como "norma fundamental, como norma que fundamenta la validez del ordenamiento en su conjunto...Para explicar por qué es válida la norma positiva básica tenemos que suponer que existe una norma que dice que es válida esa norma básica"<sup>107</sup>. Como decíamos, resulta como poco chocante que, para legitimar una norma del ordenamiento, tengamos que entrar en ficciones o "suposiciones". El sin duda inteligente argumento del académico coloca a la doctrina historicista –sin tan siquiera pretenderlo– en una posición preeminente, demostrando el gran interés que supone el estudio de una legislación fundamental consuetudinaria, que permita que no sea necesario "inventarse" esa norma primera fundamentadora de la validez de las demás, pero no fundamentada por ninguna otra. Precisamente, el carácter consuetudinario de la constitución histórica entendida como la suma del

---

<sup>106</sup> Como dice VARELA SUANZES, J., *La doctrina...*, *op. cit.*, p. 319, "las leyes fundamentales o Constitución histórica se contraponían al texto constitucional escrito o Constitución formal. Aquéllas se convertían en parámetro de ésta. La Constitución formal debía recoger, "so pena de ilegitimidad, los principios básicos de las leyes fundamentales de la monarquía, adecuándolas a las cambiantes circunstancias históricas, sin alterar en ningún caso su esencia."

<sup>107</sup> DE OTTO, I., *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 605.



conjunto de leyes fundamentales conlleva, necesariamente, que no pueda existir un momento concreto originario de la misma, como sí ocurre cuando es creada por la mera voluntad del legislador. Es, por el contrario, fruto de la historia, del consentimiento tácito de las generaciones bajo una misma *opinio iuris*, y no tiene, por tanto, un acto concreto y deliberado de creación; no existe tal norma primera.

La doctrina de la constitución histórica nos permite dotar de legitimidad desde dentro del propio ordenamiento jurídico y sin suposiciones a una constitución escrita, reflejo de aquella. Es más, aun asumiendo la legitimidad de una constitución fruto exclusivo de la voluntad racional del legislador, cabe plantearse una importante cuestión: ¿quién estatuyó la regla de la mayoría en las votaciones de las respectivas cortes constituyentes? Tal criterio, por el cual la minoría ha de acatar lo decidido por la mayoría, nos viene impuesto, algo que, desde luego, no casa bien con el ideario liberal, que es el precisamente incardinable a los defensores de la supremacía del *soberano* y detractores de la constitución histórica. Decía ROUSSEAU<sup>108</sup> que, "si no hubiera una convención anterior ¿en dónde estaría la obligación, a menos que la elección fuese unánime, de los menos a someterse al deseo de los más? ...La ley de las mayorías en los sufragios es ella misma fruto de una convención, y supone la unanimidad por lo menos una vez.". Pues bien, cabe afirmar rotundamente que nunca ha existido en la historia tal convención, ni unanimidad alguna en ella. Frente a esta grave contradicción, la

---

<sup>108</sup> ROUSSEAU, *El contrato...*, *op. cit.* p. 33.



doctrina de la constitución histórica viene a darnos una solución: dado que ésta goza, como hemos adelantado, de un origen consuetudinario, autoría impersonal de las distintas generaciones pretéritas y manifestación espontánea de ese *Volkgeist*<sup>109</sup>, no es necesario someter ninguna constitución a votación. Como bien decía DÍEZ DEL CORRAL, "*también es mayoría —según la expresión de Royer-Collard— la que se cuenta por generaciones*"<sup>110</sup>.

De la lectura de todo lo que hasta la hora se ha venido exponiendo se puede inferir que la historiografía, y más concretamente la Historia del Derecho, cobra renovada importancia, pues suya es la empresa de descubrir la Constitución histórica de España –si es que sólo hay una, como más adelante enjuiciaremos– y, más concretamente, desgranar qué normas –las llamadas *leyes fundamentales*–, son las que la conforman. Es este y no otro el objeto del próximo capítulo.

---

<sup>109</sup> DONOSO CORTÉS, J., *Consideraciones sobre la diplomacia, y su influencia en el estado político y social de Europa, desde la revolución de julio hasta el tratado de la Cuádruple Alianza*, en Miguel de Burgos, Madrid, 1834.

<sup>110</sup> DÍEZ DEL CORRAL, L., *El liberalismo doctrinario*. Madrid, 3ª edición, 1973, pp. 314-315.



### **III. TIPOLOGÍA DE LAS LEYES FUNDAMENTALES DE LA MONARQUÍA**

#### **1. Delimitación**

En primer lugar, al tratar la tipología, deberá tenerse siempre presente la enorme amplitud del Medievo, fuente de la mayoría, si no todas, las leyes fundamentales, desde la caída del edificio político romano en el siglo V, hasta la aparición de la soberanía estatal de los modernos estados a partir del siglo XV. En el curso de estos diez siglos no existe ciertamente una forma típica del ejercicio del poder. En realidad, todos los poderes –ya sea el imperial, eclesial, concejil, feudal, etc.– independientemente de su radio de acción sobre las personas, sobre las cosas y sobre las tierras, e independientemente de la manera de su legitimación, tienen en común el hecho de no ser poderes soberanos, de “no tener ninguna pretensión totalizadora y omnicompreensiva en relación con los sujetos, los bienes, las fuerzas y los órdenes que existen en concreto durante sus respectivas jurisdicciones. Tanto en la más alta fuente del derecho, como en la más humilde norma local, siempre encontramos la misma característica de fondo: la parte más relevante de la vida de los ciudadanos, sobre todo aquella de relevancia económica y patrimonial, se desarrolla fuera de aquellas escasas previsiones, en la praxis, siguiendo la fuerza normativa autónoma y primaria de la costumbre”<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> FIORAVANTI, *Constitución...*, op. cit., p. 34.



## 2. Relativas a la organización del poder político

Las leyes fundamentales relativas a la delimitación del poder político son magistralmente sintetizadas por CORONAS GONZÁLEZ: "Catolicismo, monarquía y unidad serán las bases de la constitución"<sup>112</sup>; y completadas por CÁNOVAS DEL CASTILLO: "sólo quedan intactos en España dos principios: el principio monárquico, el principio hereditario"<sup>113</sup>. Resumiendo: monarquía, catolicismo, unidad territorial y principio hereditario serán las leyes fundamentales que organicen y disciplinen al poder político.

### 2.1 Monarquía templada

Recordemos cuando decíamos que el pactismo era la fuente de legitimación de las leyes fundamentales. Un pacto certero que, habiendo sido firmado entre el rey y la nación, ligaba indisolublemente la Monarquía a la Constitución histórica, de tal suerte que, en opinión de CÁNOVAS DEL CASTILLO no "se puede llegar por medio de la legalidad a la supresión de la Monarquía; a causa de que no hay legalidad sin la Monarquía"<sup>114</sup>. Aseverará FRIERA ÁLVAREZ que la Constitución histórica es la

---

<sup>112</sup> CORONAS GONZÁLEZ, S., De las Leyes Fundamentales a..., *op. cit.* p.27.

<sup>113</sup> CÁNOVAS DEL CASTILLO, A., *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, 11 de marzo de 1876.

<sup>114</sup> CÁNOVAS DEL CASTILLO, A., *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, 3 de julio de 1886.



norma fundamental de organización estatal, cuyo núcleo sería la "Monarquía pactista, moderada, templada o mixta, en la que la soberanía o, mejor, el poder político supremo es compartido por el rey y el reino, representado en Cortes"<sup>115</sup>.

Todos estos pensamientos, de fuerte influencia canovista, se ven plasmados en la propia *Constitución de 1876*. Así, el *preámbulo del Real Decreto de 31 de diciembre de 1875*, por el que se convocaban Cortes establecía que "la Constitución interna, sustancial de España, está, a no dudarlo, contenida y cifrada en el principio monárquico constitucional". Expresaba CÁNOVAS DEL CASTILLO que la monarquía constitucional, "no necesita, no depende ni puede depender, directa ni indirectamente, del voto de estas Cortes, sino que estas Cortes dependen en su existencia del uso de su prerrogativa constitucional"<sup>116</sup>. Añadiría que las Cortes y el rey, están antes que la Constitución, "pues que la Constitución se hace entre el Rey y las Cortes, están también sobre la Constitución"<sup>117</sup>. Así lo refleja TOMÁS Y VALIENTE al estudiar esta corriente, plasmando que existe una constitución histórica, donde la Monarquía aparece como una "institución constante,

---

<sup>115</sup> FRIERA ÁLVAREZ, C., *La evolución del pensamiento...op. cit.* p.2.

<sup>116</sup> *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, 8 de abril de 1876.

<sup>117</sup> CÁNOVAS DEL CASTILLO, *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, 3 de junio de 1886.



como sujeto titular del poder antes de todo momento constituyente”.<sup>118</sup>

No se trataba, sin embargo, de un sistema monárquico cualquiera, sino como hemos dicho, de la denominada como *monarquía templada*, copiada, tal vez, de la Monarquía británica, caracterizada por lo que Benjamin Constant quiso llamar *poder neutro* del monarca.<sup>119</sup> Definían esta forma de gobierno el pensamiento absolutista y liberal más moderado de la época, alegando clarificadamente que “el poder es uno (en oposición al principio de separación de poderes), porque reside exclusivamente en la persona del monarca; es limitado porque encuentra límites en las instituciones populares. Para nosotros el congreso y el

---

<sup>118</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F., *Códigos y Constituciones... op. cit.* p.141.

<sup>119</sup> “El Rey se situaba entre los demás poderes del Estado, manteniendo su equilibrio y evitando, o en su caso solucionando, los conflictos que pudieran surgir entre ellos, convirtiéndose en una especie de poder moderador y en guardián de todo el sistema constitucional. (...) Si la acción del poder ejecutivo causa peligro, el rey destituye a los Ministros. Si la acción de la Cámara hereditaria llega a ser funesta, el rey le da una tendencia nueva creando pares de nueva planta. Si la acción de la Cámara electiva se anuncia como amenazadora, el rey hace uso de su veto o disuelve la Cámara electiva. Por último, si la acción misma del poder judicial resulta perniciosa, en cuanto aplique a actos individuales penas generales demasiado severas, entonces el rey temple esta esa acción con su derecho de indulto” VARELA SUANZES, J., La monarquía en el pensamiento de Benjamín Constant (Inglaterra como modelo), en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº10, 1991, p. 125.



Senado no son poderes, porque el poder no tiene plural (...) son instituciones que limitan el poder, porque limitan la acción que ejerce sobre el súbdito el único poder de la sociedad; es decir, el monarca".<sup>120</sup>

## 2.2 Religión católica

El catolicismo era entendido como un pilar básico, no sólo de la sociedad sino también del Estado. Así, la religión adquiere un protagonismo específico *per se*. Se configura como "la base misma del sistema, legitimada por su ininterrumpida presencia oficial desde el III Concilio de Toledo"<sup>121</sup>. Decía CÁNOVAS DEL CASTILLO que sin un fuerte sentido religioso no podía haber "ni orden social ni sociedad civil", llegando a sostener que la religión católica "formaba parte de la Constitución interna de los españoles"<sup>122</sup>.

Nótese que, para los teóricos españoles de la doctrina historicista, influenciados por la escolástica española, el pueblo recibía la soberanía de Dios y era aquel quien se lo transmitía, a través de ese pacto previamente analizado, al rey. Por tanto, negar a Dios suponía negar la propia teoría pacticia de la constitución histórica. Aún más, los preceptos contenidos en la *Sagrada Escritura* actuarían, junto con la Constitución

---

<sup>120</sup> BURDIEL, I., *Isabel II. Una biografía (1830-1904)*, 7ª ed., Taurus, Sabadell (Barcelona), 2016, p. 187.

<sup>121</sup> ÁLVAREZ ALONSO, C., *Un rey, una ley...op. cit.* p. 8.

<sup>122</sup> CÁNOVAS DEL CASTILLO, A., *Diario de sesiones del Congreso Diputados*, 11 mayo 1876.



histórica, como un límite, al menos moral –en los términos de la *vis directiva* referida por Santo Tomás– al poder real.

### 2.3 Unidad territorial

Para MARTÍNEZ MARINA, retrotrayéndose hasta la Monarquía visigoda, había caído en el olvido aquella ley fundamental de la monarquía, respecto de la cual el reino debía ser uno e indisoluble, “mas por desgracia sucedió todo lo contrario”<sup>123</sup>. Del mismo modo, según el parecer de ÁLVAREZ ALONSO, desde la caída del reino visigodo, discurre todo un período en el que aquella monarquía templada se debilitó, cayendo en olvido la “ley fundamental que prescribía la unidad del reino, del poder y la autoridad”<sup>124</sup>. En 1619, DE SALAZAR la contemplaba ya como la base de la propia monarquía y “el principal fundamento que España ha tenido para adquirir los reinos de que goza y la sólida razón de Estado que usa para conservarlos”<sup>125</sup>.

En realidad, creemos que, en lo anteriormente expuesto, se cae en un importante anacronismo, puesto que no cabe hablar de la existencia de una ley fundamental de unidad territorial de España. Lo cierto

---

<sup>123</sup> MARTÍNEZ MARINA, F., *Discurso sobre el origen de la Monarquía y sobre la naturaleza del Gobierno español*, consultado en <https://bit.ly/36kQZdC>, pp. 126-127.

<sup>124</sup> ÁLVAREZ ALONSO, *Un rey, una ley...op. cit.* p.13.

<sup>125</sup> DE SALAZAR, J., *Política española*. 1619, proposición segunda, IV, edic. de HERRERO GARCIA, M., C.E.P.C., 1997. Extraído de *Ibid.* p. 44.



es que desde la caída de la Monarquía visigoda y hasta tiempos relativamente cercanos ni existió tal unidad – tan sólo política, y partir de 1512, no jurídica– ni existió España como tal. Debemos, por tanto, entender esta ley como la prohibición al monarca de enajenar el patrimonio regio heredado, pensándose específicamente en los territorios de la Corona (*Partidas 2, 15, 5*) –no así el obtenido por los derechos de conquista, que más adelante trataremos– y, con todo ello, la consiguiente indisolubilidad del reino; nótese, reino, no España.

#### 2.4 Principio hereditario

El principio hereditario reposa sobre la base por la cual la sucesión a la Corona ha de estar reglada. No sólo eso: el título por el que se accede al trono debe ser el hereditario, siempre que haya quien lo ostente y, en su defecto, en aplicación de la doctrina de la *translatio imperii*, sería la nación reunida en Cortes quien debiera nombrar un sucesor. La sucesión hereditaria de la monarquía debía estar, por tanto, “señalada por leyes fundamentales en el consentimiento universal y a que ni el monarca mismo puede tocar”.<sup>126</sup> Era una ley por la que el pueblo intentaba asegurarse la paz tras la muerte del rey, para “*escusar muchos males que acaescieron et podrien aun seer fechos*” (*Partidas 2, 15, 2*). De hecho, así ocurrió mayoritariamente siempre que existió un claro y legítimo heredero. No sería hasta que se sustituyó la ley hereditaria por otra que ocurrió uno de los grandes males de nuestra historia contemporánea: las guerras

---

<sup>126</sup> PEÑALOSA Y ZÚÑIGA, C., *Ibid*



carlistas que asolaron España. La causa de las guerras carlistas –si bien su detonante fue la *Pragmática de 1830*– se halla en el *Reglamento de 1713*, por el que se modifica el orden sucesorio, conforme al modelo agnaticio de la ley sálica francesa, rompiendo con la larga tradición castellana, toda vez que relegaba a la mujer al último lugar, y al que dotan formalmente con valor de ley fundamental. Digo formalmente puesto que materialmente no era sino una ley ordinaria más al no reunir las notas que venimos enumerando; aunque ciertamente fuera aprobada en Cortes, ello, como sabemos, no basta.

Esta misma opinión es compartida por el insigne CAMPOMANES, quien en 1789 –año en que se celebraron unas importantes Cortes que modificarían, de nuevo, el orden sucesorio de la monarquía, para volver al originario de *Las Partidas*– propuso a la consideración de las Cortes la conveniencia de restablecer la antigua ley de sucesión, alterada por el auto acordado en 1713; normas que, en su opinión, como arriba hemos ya señalado nosotros, no puede conceptuarse como ley fundamental, “por ser contra las que existían y estaban juradas, no habiéndose pedido ni tratado por el reino una alteración tan notable en la sucesión de la Corona”<sup>127</sup> Unas Cortes, consideradas por algún autor como las últimas del Antiguo Régimen, que vinieron a restaurar la vieja legalidad fundamental en materia de sucesión real, en el tiempo de la nueva política marcada por los sucesos

---

<sup>127</sup> CASTELLANO, J.L., *Las cortes de Castilla...op. cit.* pp. 227-228.



revolucionarios de Francia, y que condicionaron la no promulgación de esta ley sucesoria<sup>128</sup>.

En realidad, todo sea dicho, la sucesión a la Corona no siempre estuvo reglada por las mismas normas. Así, en un primer momento, ésta era electiva. Decían las leyes 5ª y 8ª de los prolegómanos (*Fuero Juzgo*), respectivamente: "*que ninguno aspire al Reyno sin ser elegido*" y "*que el rey sea elegido por los obispos, los magnates y el pueblo*".<sup>129</sup> Posteriormente nos encontramos ya con el principio hereditario, opuesto a la tradición anterior, en las *Siete Partidas* de Alfonso X (2, 15, 2)<sup>130</sup>, que no hacían sino recoger –si bien cambiando

<sup>128</sup> Es decir, fueron aprobadas, pero Carlos IV no las promulgó; deberemos esperar para ello hasta la ya mencionada *Pragmática Sanción de 29 de marzo de 1830*, promulgada por el rey Fernando VII. CORONAS GONZÁLEZ, S., *De las leyes fundamentales...*, *op. cit.* pp.41-42.

<sup>129</sup> Reunión de las Leyes Fundamentales de la Monarquía española clasificadas por el método que prescribe la instrucción formada por la comisión de cortes para arreglar y dirigir los trabajos de la Junta de Legislación, elaborado por Ranz Romanillos. Extraído de TOMÁS Y VALIENTE, *Génesis de la...op. cit.*, pp. 113-114

<sup>130</sup> "*Posieron que el señorío del regno heredases siempre aquellos que veniesen por liña derecha, et por ende establecieron que si fijo varon hi non hobiese, la fija mayor heredase el regno* (en la ley Sállica la mujer sólo podía heredar si no había varones en la línea principal o lateral), *et aun mandaron que si el fijo mayor moriese ante que heredase, si dexase fijo o fija que hobiese de su mujer legítima, que aquel ò aquella lo hobiese, et non otro ninguno* (esto último rompe con la tradición jurídica anterior, por la cual tenía preferencia el segundogénito)"



ciertos extremos– un derecho previamente instituido. Y, por último, como hemos visto, contó España, aunque no por mucho tiempo, con la *ley sálica*.

Finalmente, y pese a que no pueda ser incluida en este concreto apartado, permítasenos nombrar aquí otra ley fundamental, que merece ser esbozada, relativa a la organización del poder político. Es la atinente a la obligación de que los cargos públicos, incluyendo la propia Corona, fueran ocupados por naturales de los reinos. Así queda reflejado en el testamento y codicilo de Isabel I de Castilla y en los ruegos de las Cortes y Junta de Tordesillas de 1520, a Carlos I y a su madre Doña Juana<sup>131</sup>.

### **3. Relativas a los derechos colectivos de la Nación**

---

<sup>131</sup> “Y conociendo que cada reino tiene sus leyes, fueros, usos y costumbres y es mejor gobernado por sus naturales: Por ello, queriendo por remedio para que los dichos Príncipe y Princesa, mis hijos, gobiernen estos reinos como deben (...), ordeno y mando que de aquí adelante no se conceda ni alcaldías, ni tenencias, castillos, fortalezas, ni jurisdicciones, oficios de justicia, ni oficios de ciudades ni de villas, ni oficios de hacienda, los de la casa y corte a persona alguna o personas que no sean naturales de estos reinos; y que los oficiales ante los que los naturales de estas tierras tengan que presentarse por cualquier asunto relacionado con estas tierras sean habitantes de estos territorios”. Testamento y Codicilo de Isabel I de Castilla, accesible vía <https://n9.cl/07n66>. Por su parte, los comuneros a través de las Cortes y Junta de Tordesillas de 1520 solicitaron que “*los gobernadores naturales por origen destos reinos de Castilla y León, puestos y elegidos a contestamiento del reino*” CORONAS GONZÁLEZ, S., *Las leyes fundamentales*, *op. cit.* p. 154.



### 3.1 Derecho de consulta en los hechos graves y arduos

En este extremo, existen una multiplicidad de derechos de los que gozaba la nación. Estos son: el de ser consultada para la declaración de guerra y de paz<sup>132</sup>; para la elección del monarca cuando no había heredero; para la elección del tutor del heredero cuando nada se había dispuesto en testamento; a la muerte del monarca reinante, para "*poner et aseogar con el rey nuevo los fechos del regno*"<sup>133</sup>; para nombrar regente o regentes de la monarquía; cuando los reyes acababan su minoridad; cuando se había de hacer la jura del príncipe heredero; siempre que se tratase de pedir algún servicio o tributo extraordinario, y un largo etcétera.

Muchos autores que han estudiado esta cuestión decidieron tratar de manera separada, tal vez sin demasiado ánimo sistematizador, cada uno de estos derechos; pero no dejemos que los árboles nos impidan ver el bosque. En realidad, todos ellos, aun siendo muy distintos unos de otros, pueden refundirse en uno

---

<sup>132</sup> Cortes de Valladolid de 1520, art. 20: "*cada y quando el rey quisiere hacer guerras, llame à Cortes à los procuradores à quienes ha de decir la causa, para que ellos vean si es justa o voluntaria: y si fuere justa, ò contra moros, vean la gente que es menester para que sobre ello provean lo que fuere necesario; y que sin voluntad de dichos procuradores no pueda hacer ni poner guerra ninguna*".

Cortes de Madrid de 1607: "*así ha suplicado el reino a V.M. no se promulguen nuevas leyes, ni en todo ni en parte las antiguas se alteren sin que sea por Cortes*".

<sup>133</sup> Partida II, tit. XIII, ley XIX.



único<sup>134</sup>, tratado y estudiado en muchas obras como un derecho autónomo y distinto, pero que no es tal cosa sino el mismo con distintas concreciones. Hablamos del derecho de la nación a ser consultada el Cortes para tratar aquellos hechos de especial gravedad: los *fechos graves e arduos*. Y es que ¿no son acaso hechos graves los anteriormente enumerados? Veamos pues un supuesto concreto que nos permita ejemplificar la materia: uno de los límites más claros al poder regio era la mencionada prohibición de enajenar el patrimonio regio, declarada ya por Alfonso X en sus *Partidas*<sup>135</sup>. Pues bien, este, aparte de operar como límite al rey, es ciertamente un derecho de la nación a no ver menguados sus territorios por enajenaciones ajenas a su consentimiento. Por ello, la *Constitución de 1876*, que, aunque muy posterior, no deja de ser sino heredera de estas instituciones, dispone en su artículo 55. 1: "*El Rey necesita estar autorizado por una ley especial...para enajenar, ceder o permutar cualquier parte del territorio español*". Es fácil vislumbrar como, por tanto, necesitaba oírse al reino –pues gozaba de tal derecho– o incluso recabar su consentimiento para aquellos supuestos de especial enjundia.

Vemos, así, como todos los derechos de la nación son reconducibles al genérico de ser convocada para

---

<sup>134</sup> Más adelante trataremos el otro derecho de la nación – además del de ser consultadas en los hechos graves y arduos– : el derecho a regirse por sus propios fueros y por aquel derecho dado en Cortes.

<sup>135</sup> "*Fuero e establecimiento fizieron antiguamente en España que el señorío del reino no fuese departido nin enajenado*". *Partidas* 2,15,5.



tratar los *fechos graves e arduos*, ya reconocidos en las *Cortes de León de 1188*, las primeras de la historia. Es, en opinión de CORONAS GONZÁLEZ, “la verdadera fuente de la constitución española” En un principio, se tenía establecido que “*cuando obiesen de hazer leyes se llamasen Cortes...y por esto se estableció ley que no se ficiesen ni revocasen leyes sino en Cortes...e quando leys se obieren de hazer manden llamar sus reynos e procuradores dellos*”<sup>136</sup>. Sin embargo, ante la creciente complejidad orgánica y material de las tareas de gobierno que suscita el desarrollo del aparato institucional de la Monarquía, el reino junto en Cortes se ve obligado a concentrar su atención en los asuntos arduos sin oponer reparo a que los demás sean tratados y resueltos por el Consejo del Rey y sus letrados<sup>137</sup>.

Este derecho de la nación a ser consultada tiene su origen en la clásica fórmula *quod omnes tangit, ab omnibus aprobar debeti* –cuya traducción literal es: lo que a todos toca, todos deben aprobarlo–, originaria de una norma romana referida a la tutela a la que los canonistas dotan de eficacia jurídico-pública. Ello para ser reflejo de la pretensión de los estamentos políticos a que toda modificación del ordenamiento jurídico contara con su consentimiento, pues “siendo el derecho un patrimonio de la comunidad y de cada uno de sus miembros, no puede ser modificado sin el asentimiento de los *meliores et majores terrae* –en general clero,

---

<sup>136</sup> CORONAS GONZÁLEZ, S., De las leyes fundamentales...*op. cit.* p. 64.

<sup>137</sup> CORONAS GONZÁLEZ, S., Las leyes fundamentales del..., *op. cit.* pp. 144-145.



nobleza y estado llano– en los que se hace presente la comunidad del país”<sup>138</sup>.

En opinión de Martínez Marina, la Nación representada en Cortes siempre se creyó con facultades para intervenir en todos los negocios del reino, y para resolver los casos arduos y las dificultades que no se pudiesen resolver por las leyes establecidas. Facultades estas “emanadas del derecho del hombre en sociedad, de los principios esenciales de nuestra constitución, que se extendía en su origen hasta elegir, y con gravísimas causas deponer los soberanos, y de un pacto tácito”.<sup>139</sup> Si bien es cierto que los derechos de la nación reunida en Cortes se expresaban con los humildes términos *títulos de consejo, súplica o petición*, no lo es menos que los monarcas debían responder por escrito – y así lo hacían– aquellas peticiones, allanándose muchas veces a las pretensiones en ellas manifestadas<sup>140</sup>. Por su parte, el rey prometía y juraba guardar y cumplir las resoluciones, así como las respuestas dadas a las peticiones, con la garantía de que, “si en algún tiempo despachase a los pueblos órdenes, cartas o *alvalães* contra lo establecido y otorgado en Cortes, semejantes

---

<sup>138</sup> GARCÍA-PELAYO, M., *Del mito...op.cit.*, pp. 123-125.

<sup>139</sup> *Ibid.* pp. 4-6.

<sup>140</sup> A partir del siglo XVI con la llegada de los Austrias, eran desatendidas las “proposiciones de aquellos congresos, no contestándose a ellas más que con las ceremoniosas fórmulas, *lo platicaremos con los del nuestro consejo: sobre esto está provehido lo que cumple: no conviene que por ahora se haga novedad: ora por no executarse lo que con tanta solemnidad se acordaba*”. MARTÍNEZ MARINA, *Carta sobre...*p. 57.



cartas fuesen obedecidas y no cumplidas”<sup>141</sup>. La historia avala, con numerosos ejemplos<sup>142</sup>, la confirmada eficacia de este derecho de consulta en los hechos de gravedad, que llegó hasta épocas muy tempranas, como queda reflejado en el *Preámbulo de la Constitución de 1845*<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> MARTÍNEZ MARINA, *Carta sobre...op. cit.* p.8

<sup>142</sup> Así por ejemplo todo lo ejecutado en el Tratado de los Toros de Guisando no podía tener firmeza mientras no lo confirmase el reino en Cortes. De tal forma que las partes contratantes, – Isabel I y Enrique IV–, carecían de suficiente autoridad para tratar este asunto, claramente *grave e arduo*, como era el de nombrar heredero al trono. Lo acordado tuvo, por tanto, que ser confirmado por las *Cortes de Ocaña*. Otro ejemplo claro es el sucedido en las *Cortes de Valladolid de 1506* donde, pese a que Fernando el Católico había renunciado, en confederación firmada y jurada en Benavente a sus derechos sobre la Corona de Castilla en beneficio de su yerno el Archiduque Don Felipe, conocido como “el hermoso”, puesto que su esposa la Reina Juana, conocida como “la loca” había sido declarada inhábil e incapaz de gobernar. Pues pese a todo ello, los procuradores de estas Cortes y “a pesar de lo mucho que se había negociado para ganarlos, sostuvieron con energía los derechos de la reina, no consintieron en su reclusión ni en que se le despojase del gobierno: y acordaron confirmar lo que ya antes habían determinado en las *Cortes de Toro*, que fue reconocer a Doña Juana por reina propietaria de Castilla, por rey al archiduque como su legítimo marido, y por príncipe y sucesor al príncipe Don Carlos”. *Ibid.*

<sup>143</sup> “Siendo nuestra voluntad y la de las Cortes del Reino regularizar y poner en consonancia con las necesidades actuales del Estado los antiguos fueros y libertades de estos Reinos, y la intervención que sus Cortes han tenido en todos los tiempos en los negocios graves de la Monarquía”. (in fine)



Este derecho de consulta "se practicó constantemente por espacio de quatro siglos"<sup>144</sup>, hasta la retirada del cuerpo de la *Novísima Recopilación de las leyes de España* en 1805. En realidad, si bien siempre vigente, tan sólo fue eficaz hasta la llegada de los Austrias, hecho denunciado precisamente por MARTÍNEZ MARINA, quien afirmaba que las cortes de los siglos de la dominación austriaca, no fueron más que una "lánguida imagen de las antiguas"<sup>145</sup>, o por CÁNOVAS DEL CASTILLO al expresar que "no bastó la decadencia de las Cortes durante tres siglos para borrar de nuestros códigos...el dogma político de que... sólo en su conjunta potestad (Rey y Cortes) cabía el derecho de resolver los

---

<sup>144</sup> MARTINEZ MARINA, *Carta sobre la antigua costumbre de convocar las Cortes de Castilla para resolver los negocios graves del Reino*, accesible vía <https://cutt.ly/Jmz6S7g> pp. 3-4.

<sup>145</sup> "No satisfecho el gobierno arbitrario con haber violado tan descaradamente la ley fundamental de la Monarquía que dictaba imperiosamente la celebración de Cortes en los casos en ella indicados, se mandó que suprimiesen en la novísima edición aquella y otras leyes constitucionales y sagradas; acto políticamente sacrílego". MARTÍNEZ MARINA *Teoría de las Cortes*, Madrid, 1813 (reedición de la edición de 1820 con estudio preliminar de J. A. Escudero, Oviedo, Colección Clásicos Asturianos del Pensamiento Político, 1996, pp. 34-35. Por su parte, también precisó que "en esa época y en las que siguieron hasta hoy, los asuntos políticos de mayor gravedad, los casos arduos y que propiamente eran casos de cortes, se resolvieron por los ministros sin contar con ellas. Así se practicaron la renuncia de Carlos I y Felipe II: así extendió Carlos II su testamento" MARTÍNEZ MARINA, *Carta sobre...op. cit.* p. 58.



asuntos arduos”<sup>146</sup>.

### 3.2 Derecho a regirse por los fueros propios

Finalmente, es perentorio hablar de un último derecho no incluido en el genérico deber de consulta. Se trata del que podríamos denominar como el derecho de la nación a regirse por sus propios fueros y por las leyes hechas en Cortes.<sup>147</sup> Definen las *Partidas* (1, 2, 7) el fuero como la conjunción de “uso y costumbre, que cada una de ellas ha de entrar en el fuero para ser firme”. Así pues, el fuero reúne el valor del uso –hacer continuado en asuntos jurídicos– y costumbre –derecho no escrito–, y ambas notas lo hacen “equivalente a la ley”<sup>148</sup>. Y es que, en realidad, todo derecho positivo es una “síntesis de normatividad y de normalidad, pues todo derecho, por ser norma, es un deber ser y, por consiguiente, encierra la posibilidad de su incumplimiento, es decir, de no ser; pero, por otra parte, ningún derecho es vigente

---

<sup>146</sup> Preámbulo del Real Decreto de 31 de diciembre de 1875, que convocaba elecciones a Cortes.

<sup>147</sup> “Que los fueros y leyes y ordenamientos que non fueron revocados por otros, que non pueden ser perjudicados ni derogados salvo por ordenamientos hechos en Cortes” Alfonso XI en las *Cortes de Valladolid de 1325*. “Los Fueros valederos e Leyes e Ordenamientos que non fueron revocados por otros, non sean perjudicados sino por Ordenamientos fechos en Cortes” Cortes de Briviesca de 1387. Ambas citas sacadas de NIETO, A., *El derecho...op. cit.* pp. 34 y 51.

<sup>148</sup> AYUSO, M. *Derecho y derechos...op. cit.* p.250.



sin su cumplimiento regular”<sup>149</sup>.

De la mano de SARDINA PÁRAMO podemos conocer mejor de qué se tratan verdaderamente los fueros. Según él, el fuero adquiere valor de ley, y no de cualquier ley, sino de una que reviste los caracteres de ser “general –para una comunidad y no sólo privilegio para determinadas personas–, normal –y no excepcional o transitoria–, primaria –y no supletoria–, popular –al surgir de la iniciativa de un pueblo–, vigente –con particular fuerza, pues es acatada incluso antes de haber nacido formalmente– y coactiva –no sólo frente a los súbditos sino también frente a la autoridad–”<sup>150</sup>.

Es comúnmente aceptado por la historiografía que los fueros forman parte de la constitución histórica que venimos estudiando. Así, CORONAS GONZÁLEZ expresaba que los fueros pasarían a integrar esa “constitución esencial de la monarquía milenaria” y que eran “depósito de los principios fundamentales de la constitución española o, simplemente, ...leyes fundamentales de la Corona”<sup>151</sup>. Por su parte, el P. BURRIEL sostuvo la idea de “comprender la fuerza del *ius regale* a partir del viejo orden foral equiparando sin más los fueros a las leyes fundamentales”<sup>152</sup>. A su vez,

---

<sup>149</sup> GARCÍA-PELAYO, M., *Del mito...*, op. cit., p.83.

<sup>150</sup> SARDINA PÁRAMO, J. A., *El concepto de fuero. Un análisis filosófico de la experiencia jurídica*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1979, p. 271.

<sup>151</sup> CORONAS GONZÁLEZ, S., De las leyes fundamentales a...op. cit. pp. 32-35

<sup>152</sup> CORONAS GONZÁLEZ, S., *Leyes fundamentales y constitución...*op. cit. p. 49.



el insigne constitucionalista GARCÍA-PELAYO afirma que, en la Edad Media, se llega incluso a pensar que “todo el derecho positivo generado por los usos y costumbres de la comunidad que no se oponga a los preceptos naturales y divinos, es un derecho de Dios”, quedando así estigmatizada toda norma nueva o de fuente foránea a la comunidad, tanto si toma la forma de una decisión del rey como la de un derecho extraño, introducido por los juristas.<sup>153</sup> Para no extender en demasía esta exposición, dado que ya ha quedado suficientemente acreditado este extremo, citaremos por último a CAPMANY, el cual sostenía que “eran las regiones de fueros en las que vivía la Constitución de España”<sup>154</sup> y donde, tras las drásticas políticas unificadoras borbónicas, cuyo máximo exponente fueron los *Decretos de Nueva Planta*, se mantuvo la constitución histórica.

Pero entonces, ¿aquella costumbre que fuera contrarias a la razón y a la justicia se vería por siempre perpetuada? En absoluto, puesto que una norma de esas características no podía, bajo ningún concepto, provenir de Dios, quien era la razón y justicia mismas, debiendo entenderse que aquella, por antigua que fuera, no era derecho, sino un mal uso, una *prava consuetudo* que, como tal, debiera ser abolida, siendo uno de los deberes del rey corregir las malas costumbres. “Lo que valía, pues, no era simplemente el derecho viejo, sino el buen

---

<sup>153</sup> GARCÍA-PELAYO, M., *Del mito...op. cit.* pp. 67 y 90.

<sup>154</sup> CORONAS GONZÁLEZ, S., *De las Leyes fundamentales a...op. cit.* p. 72.



derecho viejo”<sup>155</sup>. De hecho, el establecimiento de normas jurídicas por el rey en la Edad Media y, más concretamente, en la Alta Edad Media, no se consideraba como un acto legislativo, como una invención del derecho, sino como un “acto de jurisdicción (*ius dictio*) consistente en el descubrimiento, dentro del orden jurídico de la comunidad o de sus principios básicos, de las normas exigidas por el caso planteado, de modo que la nueva norma surgía como un incidente del *ius dicere*.”<sup>156</sup> El derecho de la Alta Edad Media no era un derecho estatuido ni dictado por el poder político, no era inventado ni creado, o, al menos, no era concebido como tal, sino que “por estar ya dado lo único que procedía era descubrirlo y aplicarlo”<sup>157</sup>.

Pero si, como ha quedado acreditado, las leyes fundamentales compartían el estar dotadas de una naturaleza política –como ordenadoras y delimitadoras del poder–, ¿cómo es que los fueros, normas principalmente de derecho privado y no político, eran calificados como leyes fundamentales? Pues es que cierta y concretamente, como ya hemos adelantado y como bien versa en el título de este subapartado, la verdadera ley fundamental era, no cada uno de los fueros concretos en sí mismos, sino el derecho a regirse por los fueros propios del lugar donde se viviera y no por una legislación otorgada y extraña. Será por ello que se diga que fueron las provincias vascas y Navarra donde pervivió, desde comienzos del Siglo XVIII, la Constitución histórica española, siendo las únicas que

---

<sup>155</sup> *Ibid.* p. 89-90.

<sup>156</sup> GARCÍA PELAYO, M, *Del mito...op.cit.* p. 86

<sup>157</sup> *Ibid.*



mantuvieron su legislación foral.

#### **4. Relativas a los derechos subjetivos de los individuos**

Como con tanta perspicacia precisaba GARCÍA-PELAYO, todo derecho es a la vez "norma y pretensión, es decir, derecho objetivo y subjetivo (...) Cabe que los derechos subjetivos sean una simple subjetivación del derecho objetivo ... o cabe que el orden jurídico objetivo sea la resultante de la concurrencia o de la coordinación de una pluralidad de derechos subjetivos"<sup>158</sup> Como precisa el autor, consecuencia de cada uno de los sistemas será que, en el primer caso, una nueva norma pueda anular los derechos adquiridos, mientras que en el segundo, un derecho adquirido paralice la validez de una norma objetiva. Es en esta última donde la doctrina de la constitución histórica se subsume, con instrumentos jurídicos como la fórmula *obedézcase pero no se cumpla* –que será objeto de estudio más adelante–, entre otros.

En efecto –siguiendo el argumento anteriormente expuesto –, durante la Edad Media, época donde surgen y se consolidan, como hemos visto, las Leyes Fundamentales, la expresión más fidedigna del derecho no era la inexistente ley general, sino el privilegio particular. A este respecto diría TELLENBACH que "el derecho medieval no es más que la totalidad de los derechos de los individuos"<sup>159</sup>. Ciertamente, la

---

<sup>158</sup> *Ibid.* 90-91.

<sup>159</sup> Cit. en *Ibid.* p. 92



concepción que se tenía del derecho desconocía la distinción que hoy día hacemos entre derecho objetivo y subjetivo. El contenido de estos derechos individuales lo constituía la *libertas*, la cual se trataba del status jurídico subjetivo, mientras que el derecho objetivo era el resultante de la coordinación del conjunto de las libertades o derechos subjetivos particulares. El privilegio no significaba excepción a un derecho general, sino la formulación precisa de una "situación jurídica subjetiva, real y concreta, es decir, de una *libertas*"<sup>160</sup>. Función del poder público era guardar ese orden jurídico compuesto por un mosaico de derechos subjetivos y, por eso, la figura del rey no era configurada como legislador sino como juez. Vemos, de este modo, como todo el marco jurídico de la época giraba en torno a los privilegios particulares, también llamados derechos individuales.

Es importante tener especial cautela en no confundir estos derechos de origen medieval con los modernos derechos fundamentales, como en su día hizo KELLER<sup>161</sup>, quien pretendió ver en los derechos de

---

<sup>160</sup> *Ibid.* p. 93.

<sup>161</sup> KELLER, R., *Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter. Eine Studie zur Vorgeschichte moderner Verfassungsgrundrechte*, Heidelberg, Winter, 1933. Una extensa recensión en nuestro idioma a dicho trabajo se efectuó por Román RIAZA en *el Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 10/1933, pp. 435-458, donde da cuenta de cómo nuestros eruditos y políticos también se plantearon dicha cuestión, y a tal efecto cita el Discurso Preliminar de la Constitución de 1812 y, en general, la obra de los liberales del siglo XIX, con Martínez Marina al frente, quienes recabaron



libertad y propiedad reconocidos en la Edad Media el origen de la configuración moderna de los derechos fundamentales. Apreciación ésta que, tal y como señala VALDEAVELLANO<sup>162</sup>, solo puede ser aceptada con muchas reservas, ya que los derechos reconocidos a los súbditos en el Estado medieval nunca tuvieron –como sí ocurre con los modernos derechos individuales– el carácter de derechos absolutos e intangibles frente al poder del Estado. Además, carecen de la nota de universalidad que caracteriza a los modernos derechos fundamentales, pues el poder político medieval, parafraseando a PEREZ PRENDES, “ni se planteó la igualdad en dignidad de todos los seres humanos, ni concibió a estos como portadores de derechos que ella no podía conceder, ni administrar, ni legislar, sino sólo debía reconocer”<sup>163</sup>. Es más, ni tan siquiera existía esa unidad de poder político que permitiera universalizar los derechos subjetivos; eran derechos distintos unos de otros dependiendo del territorio, el estrato social o incluso el gremio al que perteneciera el sujeto a analizar.

---

para nuestro Derecho de la Edad Media el origen de las libertades políticas, “y defendieron la libertad era entre nosotros nacional y antigua, mientras el despotismo era producto reciente y de importación” (p. 436).

<sup>162</sup> VALDEAVELLANO, L.G., *Curso de Historia de las Instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 415.

<sup>163</sup> PÉREZ-PRENDES, J.M., *Derechos y libertades en la Edad Media, Interpretatio. Revista de Historia del Derecho*, nº 10/2004, p. 284.



#### 4.1 Derechos frente al poder ejecutivo

En este apartado trataremos los derechos de los individuos frente a actos de un poder –ya fuera feudal, señorial, regio o imperial– que podríamos, con la terminología constitucional actual, denominar ejecutivo. Ciertamente, el poder real se encontraba limitado por el de sus vasallos, más concretamente por la soberanía de sus derechos, consecuencia necesaria de esa idea de Derecho entendida como “un tejido de microorganismos que son los derechos individuales, cuya conservación corresponde al príncipe, hasta tal punto que esta función es la que cabalmente justifica, en última instancia, su poder”<sup>164</sup>. El derecho altomedieval era un producto inmediato de la comunidad, algo exterior y anterior al monarca, al que sólo correspondía reconocerlo y defenderlo –recordemos que era entendido como juez–. Todo ello nos permite no caer en el error de creer que las Cartas regias suponían un otorgamiento de derechos, cuando en realidad, si bien útiles y necesarias, no eran sino un reconocimiento explícito de los mismos. Sirva de ejemplo Inglaterra, cuna por antonomasia de la doctrina de la constitución histórica, donde destacan la Carta Magna (1215), la *Petition of Rights*, la *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), el *Bill of Rights* (1688) o el *Act of Settlement* (1701). Y es que de esta última se dirá que, si hasta entonces la *Petition* y el *Bill of Rights* colocaban los “derechos sobre el gobernante alegando

---

<sup>164</sup> NIETO, A., *El derecho...op. cit.* p. 14.



que eran históricos, ahora se alega que son innatos”<sup>165</sup>.

Se lamentaría FLÓREZ ESTRADA<sup>166</sup>, a la postre defensor de la plasmación de los derechos subjetivos de los individuos en una carta escrita –al estilo de las contemporáneas *Déclaration des Droits* francesa o la *Bill of Rights* americana, sin olvidar la más antigua inglesa de mismo nombre–, diciendo: “Si los hombres no hubieran ignorado sus derechos, ¿cómo los Príncipes a quienes los pueblos habían confiado la autoridad, para que hiciesen su felicidad, hubieran osado faltar a las condiciones más sagradas del contrato de la nación?” De la lectura de esta sucinta cita podemos inferir que existían, dejando de lado el problema de su efectiva garantía, una serie de derechos subjetivos, muchos de los cuales, como derechos adquiridos que eran– *iura quaesita*–, se encontraban vedados a la autoridad real. Respecto de ellos se pronunciará NIETO, afirmando que constituyen “la espina dorsal de todas las instituciones que representan un límite al poder del soberano”<sup>167</sup>. Veamos pues, cuáles eran estos derechos, que siguiendo la precisa clasificación que a tal efecto realizó GARCÍA GALLO pueden clasificarse en derechos personales, derechos políticos y derechos económicos.

---

<sup>165</sup> PEREIRA MENAUT, A. C., *La Constitución Británica, ¿es histórica o es historia?*, en *Revista chilena de Derecho*, nº 3, 1990, p. 459.

<sup>166</sup> FLÓREZ ESTRADA, *Constitución para...*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>167</sup> NIETO, A., *El derecho...op. cit.* p. 47.



Los derechos personales estaban articulados en torno a la libertad, entendida jurídicamente como la facultad de obrar al propio arbitrio. Dentro de ésta pueden distinguirse los siguientes derechos: libertad de residencia, libertad de seguridad personal, inviolabilidad del domicilio y libertad de asociación<sup>168</sup>.

Por su parte, los derechos económicos giraban en torno a la defensa de la propiedad privada, incluso en caso de conflicto con el interés público, caso en que se articulaba la técnica indemnizatoria de la expropiación, como bien recogen *Las Partidas*<sup>169</sup>. Un derecho de

---

<sup>168</sup> “a) La libertad de residencia, limitada en un principio para la población campesina, se reconoce a ésta a lo largo de la Baja Edad Media, salvo en Aragón. Para la población no señorial la libertad de residencia y circulación se reconoce desde el primer momento y se proclama abiertamente por los Reyes Católicos en 1480. b) La libertad de seguridad personal queda garantizada no poder ser mantenido en prisión el acusado queda fianza o firma de derecho, es decir, de comparecer en juicio. En Aragón puede exigirse que el preso, que se teme vaya a sufrir malos tratos, sea “manifestado”, es decir, puesto a disposición del Justicia Mayor del Reino para ser retenido en la *cárcel de manifestados*. c) La inviolabilidad del domicilio se mantiene incluso respecto de los moros. d) La libertad de asociación se ejercita constantemente, aunque en ocasiones se requiere la autorización de los funcionarios reales. (...) La asociación con fines políticos bajo la forma de uniones, juntas o hermandades es frecuente durante los siglos XIII y XIV”. GARCÍA GALLO, A., *Manual...*, op. cit., pp. 731-736.

<sup>169</sup> *Non puede tomar a ninguno (el rey) lo suyo sin su placer, si non fiziesse tal cosa, porque lo deviesse perder segund ley. E si por aventura gelo ouiesse a tomar por razón que el Emperador ouiesse menester de fazer alguna cosa en ello, que*



propiedad privada que para el propio LOCKE era la única ley fundamental<sup>170</sup>, hecho entendible puesto que, el concepto que el autor tiene, difiere bastante del que hoy podemos obtener del derecho civil: "...sus vidas, sus libertades y sus posesiones, es decir, todo a eso que doy el nombre genérico de propiedad"<sup>171</sup>. Tal es la importancia que el derecho de propiedad tiene para los pensadores ilustrados, que el propio Martínez Marina innova respecto a la teoría clásica de la división de poderes para añadir un cuarto, el *subventivo*, encargado únicamente de la aprobación de los impuestos, los cuales suponen, obviamente, uno de los límites –o si se quiere, injerencia– más claros al derecho de propiedad.

Otro importante derecho que García Gallo no menciona, pero que es preceptivo apuntar, es el *derecho a ser vencido en juicio*, íntimamente relacionado con los dos anteriormente expuestos. Y es que, de hecho, los derechos individuales de libertad y los económicos no

---

*se tornasse a pro comunal de la tierra, tenuto es por derecho de le dar antes buen cambio. (Partida 1, 1, 2)*

<sup>170</sup> "El poder supremo no puede apoderarse de parte alguna de la propiedad de un hombre, sin el consentimiento de éste; pues como el fin del gobierno es la preservación de la propiedad, y esa es la razón por la que los hombres entran en sociedad, implica necesariamente que el pueblo ha de permitírsele tener propiedades. (...) todo aquel que reclame el poder descargar impuestos al pueblo y de recaudarlos por propia autoridad, sin el consentimiento del pueblo mismo, estará violando la ley fundamental de la propiedad, y estará también subvirtiendo los fines de gobierno" LOCKE, J., *Segundo tratado...op. cit.* p. 137 y 140.

<sup>171</sup> *Ibid.* p. 32.



eran, como puede uno figurarse, absolutos, sino que, en realidad, encontraban sus justos límites en la resolución judicial que así lo estableciera. El ordenamiento medieval contaba con este derecho como garantía del respeto a las demás libertades subjetivas, las cuales no podrían verse conculcadas sino a través de lo que, con la terminología actual, podríamos concebir como un proceso debido. Por tanto, sólo debían limitarse los derechos de la esfera jurídica del individuo mediante una resolución de una autoridad *supra partes*, –que hoy podríamos denominar juez, pero que a lo largo de la historia recibió distintos nombres y contó con diferentes atribuciones– que debía gozar, aunque a veces fuera sólo en apariencia, de la nota de imparcialidad.

De hecho, aun admitiendo que fuera cierto el que en determinados momentos el monarca se sintiera políticamente por encima de las leyes, el hecho de “su sumisión real a unos tribunales demuestra su vinculación efectiva a los mismos, pues en otro caso carecería de sentido todo el aparato jurisdiccional y el correspondiente sistema de recursos montado al efecto”<sup>172</sup>. Es más, que el rey podía ser demandado y condenado era una realidad de cada día. Los vasallos pleitean contra el rey, afirmando sus derechos frente a la voluntad de éste. “La expresión *contra el rey* no suena sacrílega...en los oídos de la época”<sup>173</sup>. El particular que veía lesionado su derecho –sea quien fuere el causante– tenía a su alcance dos líneas de impugnación

---

<sup>172</sup> NIETO, A., *El derecho...op. cit.* p. 48.

<sup>173</sup> *Ibid.* p. 59.



perfectamente diferenciadas: la gubernativa y la jurisdiccional<sup>174</sup>.

---

<sup>174</sup> “Las defensas judiciales de derecho se separaron y distanciaron de las gubernativas en dos aspectos; en la garantía de precisos y minuciosos trámites procesales y en la necesaria presencia de un órgano dotado de jurisdicción ordinaria. La esfera gubernativa se caracterizaría, por su parte, por la ausencia de las garantías y de los trámites del proceso y por el carácter de la potestad, extraordinaria o delegada, como dicen las *Partidas*, del órgano que resuelve el recurso. (...)”

El *recurso de gobierno* se caracteriza por: 1. Ser una acción contra un acto lesivo, planteado por quien ha sido agraviado en un derecho o en un interés legítimo. 2. La utilización de la vía jerárquica o la *vía de poderío real* en lugar de acudir a las instancias judiciales. 3. Tiene un procedimiento específico y simplificado, que se extiende a los supuestos de: a) los actos contra derecho del rey, los señores o las corporaciones; b) los conflictos de poder y jurisdicción; c) la deducción de responsabilidad patrimonial. 4. Salvo en casos específicos y aislados en que no cupo *apelación nin suplicación, agravio, nulidad nin otro recurso alguno*, el acudir a la vía de gobierno o a la judicial, fue opcional e incluso alternativo, pudiendo acudirse a una y otra o a ambas a la vez. Nunca, salvo en el caso extremo del proceso contra el propio rey, es imprescindible acudir antes a la vía de gobierno. En este último supuesto, la vía gubernativa si es en cambio un auténtico privilegio del rey y del Fisco, y se configura desde el Fuero Real como un trámite indispensable que el particular ha de cubrir para acudir *en la vía de pleito*”. (GONZALO VILLAPALOS, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. su evolución histórica en el reino castellano: (1252-1504)*,



Por último, nos encontramos con los derechos políticos. Si bien la intervención en la vida política se reservaba únicamente a los *naturales* –lo que recordemos que en sí mismo ya supone una ley fundamental–, y la división estamental del órgano de representación suponía que los miembros de los tres brazos gozaban de tales derechos políticos, éstos eran ciertamente privilegiados, en la medida que estaban reservados en exclusiva a las *clases propietarias* o *inteligentes*<sup>175</sup>, término acuñado por Benjamin Constant

---

Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, p. 125. "Muy distinto del anterior es el *recurso judicial* propiamente dicho. La posibilidad de acudir a los tribunales de justicia impugnando actos de gobierno ha sido pasada por alto durante mucho tiempo por los historiadores. (...) Al menos desde el siglo XIV, pudieron impugnarse procesalmente los agravios extrajudiciales ocasionados por los actos de gobierno. *Ibid.* pp. 224-225.

<sup>175</sup> "Solo los integrantes de ese bloque dominante (clases medias y núcleo aristocrático) les corresponde tener derechos políticos, porque solo ellos –como había escrito Benjamin Costant– tienen intereses que defender y ocio para poder pensar: porque solo ellos son propietarios". Dirá textualmente: "Se requiere, pues, otra condición además del nacimiento o la mayoría de edad. Dicha condición es el ocio, indispensable a la adquisición de la cultura y recto criterio. Solo la propiedad privada puede procurar este ocio, sólo la propiedad hace a los hombres capacitados para el ejercicio de los derechos políticos. (...) en todas partes en que haya una asamblea representativa es indispensable que estas asambleas, sea cual fuere su organización posterior, se hallen constituidas por propietarios." Cit. por TOMÁS Y VALIENTE,



y del que hicieron acopio los teóricos españoles del moderantismo, entre los que destacan Cánovas del Castillo y Donoso Cortés, quien denominó a este fenómeno como *soberanía de la inteligencia*<sup>176</sup>.

#### 4.2. Derechos frente al poder legislativo

Llegados a este punto, es obligado tratar la dimensión protectora de los derechos subjetivos individuales frente al poder legislativo del rey, pues recordemos que la división de poderes, hoy base de nuestro ordenamiento, no era tal tiempo ha, o si lo era no puede, ni tan de cerca, ser comparada con la actual sin caer en un inevitable anacronismo. Así bien, las transgresiones de las leyes fundamentales –incluyendo

---

*Códigos...op. cit.*, p.140. Por su parte, Cánovas se opone en 1868 al sufragio universal con estas palabras: “cuando las minorías inteligentes, que serán siempre las minorías propietarias, encuentran que es imposible mantener en igualdad derechos con ellos a la muchedumbre; cuando vean que la muchedumbre se prevale de los derechos políticos que se le han dado para ejercer tiránicamente la soberanía, buscarán donde quiera la dictadura y la encontrarán” *Ibid.* p. 174.

<sup>176</sup> “Solo a estas clases (las propietarias) pertenece el ejercicio de la soberanía, porque solo estas clases son inteligentes; solo estas clases pertenecen los derechos políticos, porque solo estas clases pueden ejercer legítimamente la soberanía; su gobierno es el de las aristocracias legítimas, es decir, inteligentes, porque sólo la inteligencia da la legitimidad; se diferencia del Gobierno de la democracia porque el Gobierno de la democracia es el gobierno de la fuerza”<sup>176</sup>, *Ibid.* p. 141.



aquí también al conjunto de derechos individuales—por parte de un acto del rey, quien también ejercía el poder legislativo, se traducen en el *desaforamiento*: la carta real es *carta desaforada* y no debe, por tanto, producir efectos; debe ser obedecida pero no cumplida. Las *Partidas* (3, 18, 29) sistematizan esta figura —recogida también en la *Novísima Recopilación*<sup>177</sup>— distinguiendo

---

<sup>177</sup> “Porque acaesce, que por importunidad de algunos o en otra manera nos otorgaremos y libraremos algunas cartas o albaláes contra Derecho, o contra ley, o fuero usado; por ende, mandamos, que las tales cartas o albaláes que no valan ni sean cumplidas, aunque contengan que se cumplan non embargante cualquier fuero o ley, o ordenamiento, o otras qualesquiera clausulas derogatorias” Enrique II en Toro año 1369, ley 24 y año 1371, ley 24; y Juan I en Burgos año 1379, pet. 37; ley segunda del título 4 del libro III de la *Novísima Recopilación*.

“Nos pidieron por merced, que porque algunos ornes de nuestros sennorios ganan cartas para desatar los Ordenamientos que nos fezimos en las Cortes e Ayuntamientos por servicio de Dios e nuestro, e que mandásemos que las tales cartas que sean obedecidas e non cumplidas, e lo que es fecho por Cortes o por Ayuntamientos que non se pueda desfazer por las tales cartas, salvo por Cortes. A esto respondemos, que nos avernos ordenado que las cartas que fueren ganadas contra Derecho que sean obedecidas e non cumplidas fasta que” (Cortes de Burgos 1379, pet. 37).

“Mandamos, que si alguna carta emanare desaforada... non sean cumplidas hasta que nos las envien a mostrar, y proveamos como la nuestra merced fuere... Si otras cartas algunas fueren dadas desaforadas contra fueros, y leyes y privilegios, y usos y costumbres, que nos lo envien a mostrar, y entre tanto que esté sobreseída la execución, hasta que Nos mandemos proveer sobre ello fuere” (Alfonso XI en Valladolid



según que la carta vaya “contra derecho de nuestra fe”, “contra los derechos del rey”, “contra derecho del pueblo comunalmente” o “contra derecho de algún *ome* señalado”.

La institución que de aquí se extrae es la conocida fórmula *obedézcase pero no se cumpla*. Ésta, que apriorísticamente pudiera pensarse que pertenece a los derechos de la nación, como manifestación de la potestad de inaplicar una norma regia contraria a la legislación fundamental, es, indubitadamente, un derecho individual. Y ello dado que, si bien tal deber de obediencia recogido en la fórmula era, en abstracto, incardinable a todo el reino y no requería de ningún acto concreto para su respeto, ese incumplimiento normativo prescrito por la fórmula sí que precisaba, necesariamente, de la conducta activa de un sujeto; no puede desobedecerse nada sino por alguien en concreto y en una situación también concreta. Este derecho se ejercitaba, por tanto, *ad casum*, por el sujeto activo del mismo, razón por la cual debemos concluir que pertenece a la esfera del individuo.

Es, además, un derecho garante de los demás, sin el cual la población se encontraría indefensa ante la promulgación de una norma que violara sus derechos subjetivos, los cuales no serían en tal caso sino “papel mojado”.

Aún más, ahondando en esta idea, cabe añadir que

---

año 1325, pet. 3 y en Madrid año 1329, pet. 77). Todo cit. en NIETO, A., *El derecho...op. cit.* pp. 56-57.



existía la conocida como *restitución en Cortes*, por la cual debía el rey reparar todos los agravios cometidos, ya fuera por su persona o por sus oficiales<sup>178</sup>, figura bien estudiada LALINDE ABADÍA<sup>179</sup>. De su satisfacción se hacía depender que los estamentos accedieran a las pretensiones reales, especialmente a las de carácter

---

<sup>178</sup> A tal efecto se “generaliza la práctica de juicios de residencia en Castilla y purgas de taula en Aragón, que no persiguen tanto la disciplina del oficial incumplidor como la reparación del daño producido al perjudicado”. La vigilancia real especializada empieza a extenderse en Castilla y León mediante pesquisidores o veedores, que visitaban lugares concretos—ordinariamente previa denuncia—para indagar hasta qué punto había sido correcta la conducta de los oficiales permanentes en- cargados de la justicia territorial. NIETO, A., *El derecho...op. cit.* p. 64.

<sup>179</sup> “Corresponde a las Cortes la reparación de la cesión de derechos subjetivos, que en latín recibe el nombre de 'gravamen' y en las lenguas romances el de 'agravios', 'greujes' y similares. El 'agravio' aparece caracterizado, en general: a) por haber sido cometido por un oficial dentro del ejercicio de su función; b) por haber lesionado una situación individual protegida por una norma general o particular; c) por no poder ser reparado por otra vía. Los recibidos en cada territorio o reino van siendo anotados y especificados en unos 'memoriales', que son los presentados en las Cortes al rey para que disponga su reparación. De ésta suele depender en gran parte el que los estamentos accedan a las pretensiones reales, sobre todo en materia fiscal” Es curioso como las cortes intentaban que tales reparaciones precedieran a la deliberación en materia tributaria, para de este modo poder presionar al monarca. LALINDE, *Iniciación histórica al Derecho español*, 6ª Ed., EUB, Barcelona,1998, p. 503.



tributario, pues recordemos que a ellos correspondía la aprobación de nuevos impuestos. Por ello, interesaba a las Cortes que la aceptación regia de sus súplicas tuviera lugar con antelación, pues de lo contrario perderían su poder de negociación. Es un hecho en que insisten especialmente "en la Corona de Aragón y en Navarra, declarándose en este último reino en 1558 la necesidad de hacerlo como requisito previo para la convocatoria de las Cortes".<sup>180</sup>

### BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO PLANAS, J., *El pensamiento jurídico primitivo*, Ed. Nueva Acrópolis, Madrid, 1986.

ÁLVAREZ ALONSO, C., Un rey, una ley, una religión (goticismo y constitución histórica en el debate constitucional gaditano), en *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, nº1, 2000.

ARAGÓN REYES, M., Estado de Derecho y democracia, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 47/1996.

ARANDA FRAGA, F., Origen y cambios de una constitución según la filosofía política de Hegel, en *Invenio*, nº31-32, 2013.

---

<sup>180</sup> *Ibid.*



ARISTÓTELES, *Política*, trad. Manuela García Valdés, Editorial Gredos, Madrid, 1988.

BALMES, J., *Estudios políticos: el alto cuerpo colegislador, 1843*, en *Obras Completas*, Madrid, 1948-1950.

BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, trad. J.F. Fernández Santillán, Fondo de cultura económica, México, 1986.

BÖCKENFÖRDE, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000.

BODIN, J., *Los seis libros de la República*, trad. Pedro Bravo Gala, Tecnos, 4ª ed, 2010

BURDIEL, I., *Isabel II. Una biografía (1830-1904)*, 7ª ed., Taurus, Sabadell (Barcelona), 2016

BURRIEL, A., *Carta del Padre Burriel a D. Juan Ortiz de] Amaya sobre los Fueros y Leyes del Reyno*, en <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/320>.

CASTELLANO, J. L., *Las Cortes de Castilla y su Diputación (1621-1789). Entre pactismo y absolutismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

CORONAS GONZÁLEZ, S., *De las leyes fundamentales a la constitución política de la monarquía española (1713-1812)*, en *Anuario de Historia del Derecho*, nº81, 2011.



- Las leyes fundamentales del Antiguo régimen (notas sobre la constitución histórica española), en *Anuario de Historia del Derecho*, nº 65, 1995.

- Leyes fundamentales y constitución de la monarquía española de 1812, en *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, nº8, 2011.

- Martínez Marina y el "ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación de León y Castilla (1808), en *Glossae: European Journal of Legal History*, nº10, 2013.

- España: Nación y Constitución en *Anuario de Historia del Derecho español*, nº 75, 2015.

- En torno al concepto de Constitución Histórica Española, en *Notitia Vasconiae. Revista de Derecho Histórico de Vasconia*, nº2, 2003.

DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991.

- DE OTTO, *Lecciones de Derecho Constitucional. Introducción*, recogido en *Obras Completas*, Universidad de Oviedo, Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, 2010.

DE SALAZAR, J., *Política española*. 1619, edic. de HERRERO GARCIA, M., C.E.P.C., 1997.

DE SANDOVAL, F., *Historia de la vida y hechos del emperador Carlos V*, Madrid, 1955.



DÍEZ DEL CORRAL. *El liberalismo doctrinario*. Madrid, 3ª edición, 1973.

DONOSO CORTÉS., *Consideraciones sobre la diplomacia, y su influencia en el estado político y social de Europa, desde la revolución de julio hasta el tratado de la Cuádruple Alianza*, en Miguel de Burgos, Madrid, 1834.

ESCUDERO, J. A., Martínez Marina y la teoría de las Cortes, en *Anuario mexicano de Historia del Derecho*, nº22, 2010.

FIORAVANTI, M., *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. Adela Mora y Manuel Martínez, Trotta, Madrid, 2014.

FLÓREZ ESTRADA, A., *Constitución para la Nación española*, Swinney y Ferrall, Birmingham, 1810, accesible vía <https://bit.ly/3jQgStC> .

FROSINI, T.E., Il Costituzionalismo di Bruno Leoni, recogido en la *Rivista telemática giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 1/2014, p. 1, accesible vía <https://n9.cl/2lr0n>.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1985.

- *Revolución Francesa y Administración contemporánea*. Taurus, Madrid, 1972.



-*La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1974.

GARCÍA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho. El origen y la evolución del Derecho*, Madrid, 1964

GARCÍA-PELAYO, M., Constitución y Derecho constitucional, en *Revista de estudios políticos*, nº 37-38, 1948.

- *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968.

- *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977.

GARCÍA-TREVIJANO FORTE, A.: *Teoría pura de la democracia*, MCRC, Madrid, 2016.

HASPERUÉ, H.D., *¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes? vicisitudes de una pregunta*, recogido en la obra colectiva *XIV Jornadas de Investigación y Tercer Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 2007, accesible vía <https://www.academica.org/000-073/431.pdf>.

HAYEK, F.: *Los fundamentos de la libertad*, trad. José Vicente Torrente, 6ª ed., Unión Editorial, Madrid, 1998.

HEGEL, *Filosofía del Derecho*, Claridad, trad. Angélica Mendoza de Montero, 5ª ed., Buenos Aires, 1968, accesible vía <http://n9.cl/r5cil>.



HINOJOSA, E., *Historia del Derecho Romano según las más recientes investigaciones*, Anacleta Ediciones, Pamplona, 2002.

HOLMES, S., Precommitment and the Paradox of Democracy, en *Constitutionalism and Democracy*, Jon Elster & Rune Slagstad, 1988, pp. 210, accessible vía <https://n9.cl/sbkza>.

IGLESIAS, C., *El pensamiento de Montesquieu: ciencia y filosofía en el siglo XVIII*, Galaxia Gutenberg- Círculo de Lectores, Barcelona, 2005.

LEONI, B., *La libertad y la ley*, 3ª edic., trad. por Cosmopolitan Translation Service Ltd., Unión Editorial, Madrid, 2010.

LALINDE ABADÍA, *El pactismo en la Historia de España*, Instituto de España, Madrid, 1978.

- *Iniciación histórica al Derecho español*, 6ª Ed., EUB, Barcelona, 1998.

-  
LIMA TORRADO, J., Antecedentes normativos de los derechos humanos en la Baja Edad Media, en *Revista DIREITO UFMS*, junio/2015.

LOEWESTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986.

LÖSING, N., *La jurisdicción constitucional como contribución al Estado de Derecho*, recogido en la obra



colectiva *La Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, p. 58, accesible vía <https://n9.cl/r30rs>.

MARTÍNEZ MARINA, *Carta sobre la antigua costumbre de convocar las Cortes de Castilla para resolver los negocios graves del Reino*, accesible vía <https://cutt.ly/Jmz6S7g>

- *Teoría de las Cortes*, Madrid, 1813 (reedición de la edición de 1820 con estudio preliminar de J. A. Escudero, Oviedo, Colección Clásicos Asturianos del Pensamiento Político, 1996

McILWAIN, C.H., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, trad. Juan José Solozábal, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

MEJÍA PÉREZ, A., *Autoridad y verdad: Schmitt, Kelsen y Strauss, lectores de Hobbes*, Guillermo Escolar Editor, Madrid, 2018.

PANI, E., *Historia mínima de Estados Unidos*, Turner, Madrid, 2016.

PECES-BARBA, G., Sobre el valor de la ley y el gobierno de las leyes, en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 3/2000, consultado vía <https://n9.cl/din28>

- *Historia de los derechos fundamentales*, vol.1 *Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998.



PEREIRA MENAUT, A.C., Estado de derecho y *rule of law*, en *Nueva revista de política, cultura y arte*, febrero/2014, accesible vía <https://cutt.ly/8F1bK3k>

- La Constitución Británica, ¿es histórica o es historia?, en *Revista chilena de Derecho*, nº3, 1990.

PÉREZ-PRENDES, J.M., Derechos y libertades en la Edad Media, *Interpretatio. Revista de Historia del Derecho*, nº 10/2004.

RIAZA, R., Recensión de la obra de v. KELLER, R.: *Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter. Eine Studie zur Vorgeschichte moderner Verfassungsgrundrechte*, Heidelberg, Winter, 1933, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 10/1933.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., *Historia del pensamiento jurídico*, 5ª ed., Facultad de Derecho- Universidad Complutense, Madrid  
ROUSSEAU, *El Contrato Social*, Plutón Ediciones, Barcelona, 2013.

SÁNCHEZ ANDRADA, F., Anamnesis del mundo clásico en la configuración política de los Estados Unidos de América, en *Res Pública. Revista de Historia de las Ideas Políticas*, mayo/2020, accesible vía <https://n9.cl/0li4>.

SOLOZÁBAL, J.J., Sobre el principio de la separación de poderes, *Revista de estudios políticos*, nº 24/1981.

TOMÁS Y VALIENTE, F., Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola



Constitución, en *Anuario de Historia del Derecho español*, nº65, 1995.

- *Códigos y Constituciones. 1808-1978*, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

VALDEAVELLANO, L.G., *Curso de Historia de las Instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

VALLEJO, J., Geografía constitucional ilustrada, en *Historia. Instituciones. Documentos*, nº 25, 1998.

VALLET DE GOYTISOLO, J., *Sociedad de masas y Derecho*, Madrid, 1969.

- La nueva concepción de la vida social en los pactistas del siglo XVII: Hobbes y Locke, en *Verbo (Madrid)*, nº 119-120, 1973, pp. 911-913.

- Las diversas clases de pactismos históricos. Su puesta en relación con el concepto bodiniano de soberanía, en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, nº9, 2003.

VARELA SUANZES, J., La construcción del Estado en la España del siglo XIX. Una perspectiva constitucional, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº6, 1999.

- La doctrina de la Constitución histórica de España, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 6/2010.



- La monarquía en el pensamiento de Benjamín Constant (Inglaterra como modelo), en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº10, 1991.

WILHELMOSEN, A., El manifiesto de los persas: una alternativa ante el liberalismo español, en *revista de estudios políticos*, nº12, 1979.

ZEZZA, M.: Recensión al libro de Fernando LLANO ALONSO, *El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón*, Aranzadi, Navarra, 2017, en *Derechos y libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, nº 39/2018.





**Castilla-La Mancha**

Gabilex

Nº 35

Septiembre 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>

---

# **REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO**

## **RESEÑA DE JURISPRUDENCIA**





**LA TRIPLE MORALEJA: NO IMPORTA  
QUE EL ÓRGANO QUE HA DE VALORAR  
LAS OFERTAS SEA INCOMPETENTE Y  
CARENTE DE CUALIFICACIÓN  
APROPIADA SI LO QUE PROCEDE ES  
UN RECURSO ADMINISTRATIVO  
ORDINARIO**

**THE TRIPLE MORAL: IT DOES NOT  
MATTER THAT THE BODY ASSESSING  
THE BIDS IS INCOMPETENT AND  
UNQUALIFIED IF WHAT IS REQUIRED  
IS AN ORDINARY ADMINISTRATIVE  
APPEAL**

**Dr. Jaime Pintos Santiago**

Socio-Director del Despacho Jaime Pintos Abogados & Consultores. Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo en UDIMA. Funcionario de Carrera en Excedencia. Orcid: 0000-0002-1622-5162

**D<sup>a</sup>. María Dolores Fernández Uceda**

Abogada Senior en Jaime Pintos Abogados & Consultores  
Especialista en Contratos Públicos



## Resumen

Análisis amplio de la doctrina concordante al Decreto nº 2022/1677, de 30 de diciembre de 2022, de la Alcaldía del Ayuntamiento de San Juan del Puerto (Huelva), que desestima el recurso potestativo de reposición interpuesto por el segundo licitador mejor clasificado contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 25 de noviembre de 2022, por el que se adjudica el contrato de servicios de elaboración, presentación y seguimiento del Proyecto de Interiorismo, Plan Museológico, Museografía y Remodelación de la planta baja del Centro Sociocultural "Jesús Quintero" (expediente n.º: 1333/2022), así como la solicitud de medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación.

## Abstract

Extensive analysis of the doctrine concordant to Decree no. 2022/1677, of December 30, 2022, of the Mayor's Office of the City Council of San Juan del Puerto (Huelva), which rejects the appeal for reconsideration filed by the second best ranked bidder against the agreement of the Local Government Board of November 25, 2022, awarding the contract for services for the preparation, presentation and monitoring of the Interior Design Project, Museological Plan, Museography and Remodeling of the first floor of the "Jesús Quintero" Socio-Cultural Center (file no.: 1333/2022), which dismissed the appeal filed by the second best-ranked bidder against the agreement of the Local Government Board of November 25, 2022. No.: 1333/2022), as well



as the request for a provisional measure of suspension of the bidding procedure.

### **Palabras clave**

Informe de valoración - Arbitrariedad - Desigualdad - Incompatibilidad - Nulidad

### **Keywords**

Valuation report - Arbitrariness - Inequality - Incompatibility - Invalidity

### **Sumario**

- I.- Motivos de la impugnación
- II.- Consideraciones del órgano que resolvió el recurso
- III.- Conclusiones: doctrina vinculante

## **I. MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN**

La recurrente alegó existencia de arbitrariedades y discriminaciones en el informe de valoración de las ofertas técnicas de ambos licitadores, incumpliendo lo que para cada criterio de adjudicación establecía el pliego de cláusulas administrativas particulares que debía ser objeto de valoración, en claro beneficio de la adjudicataria. La valoración, a su juicio, no se ajustaba ni a los criterios de adjudicación previstos en el pliego ni al contenido de la propuesta técnica de la adjudicataria,



de la que se había facilitado copia a la recurrente previa solicitud de acceso al expediente.

Así, en uno de los criterios de adjudicación, "Gestión del proyecto", según el pliego se debía valorar la metodología de gestión de proyectos en cuanto a cómo se iban a realizar las tareas y actividades en las distintas fases que componen el proyecto. El informe de valoración, que señalaba que la misma se había efectuado comparando ambas propuestas, otorgó dos puntos más a la propuesta técnica de la adjudicataria por considerarla más personalizada y demostrar más conocimiento de la figura y del proyecto, sin concretar nada más. La recurrente alegó que no era eso lo que debía valorarse exactamente a través de ese criterio según el pliego y que la propuesta de la adjudicataria no enumeraba todas las distintas fases del proyecto previstas en el pliego técnico, limitándose a hacer una vaga alusión a las mismas, sin tan siquiera indicar su nombre, mientras que la propuesta de la recurrente sí que cumplía con dicho requisito, siendo merecedora de la máxima puntuación.

Otro de los criterios de adjudicación se refería al "Plan de seguimiento y actualización de la propuesta" en relación a los trabajos descritos en el pliego técnico, debiéndose valorar la calidad y el compromiso del plan de actualización y soporte del museo: Reuniones de coordinación y planificación, documentación de soporte y cambios, simplicidad de la actuación. El informe de valoración asignó a ambas propuestas la misma puntuación por entender que ambas cumplían los requisitos y merecían una puntuación similar. La



recurrente alegó que la propuesta de la adjudicataria no presentaba una planificación de los trabajos ni mencionaba las fases a ejecutar, y tampoco aportaba información sobre documentación de soporte y cambios ni de herramientas de simplificación de actuaciones, aspectos que sí presentaba la propuesta de la recurrente, por lo que asignar a ambas la misma puntuación demostraba un tratamiento desigualitario en la valoración de las propuestas

El último de los criterios de adjudicación se refería a la "Calidad general de los trabajos", debiéndose valorar el detalle y la calidad de la propuesta general, que incluya los protocolos de actuación, herramientas y medios disponibles, y en general, el modelo operativo y el resultado museístico, conforme a lo descrito en el pliego técnico. El informe de valoración asignó a la adjudicataria dos puntos más que a la recurrente por entender que, si bien ambas propuestas cumplían con los requisitos, la propuesta de la adjudicataria "parecía que dejaba entrever un espacio de interiorismo más claro y conciso que la idea presentada" por la recurrente, que alegó que dicha expresión no justificaba en absoluto la diferencia de puntuación, siendo algo incierto, al tiempo que señaló algunos elementos requeridos por el pliego que no incluía la propuesta de la recurrente.

El segundo de los motivos de impugnación alegado por la recurrente fue la falta de cualificación apropiada de los miembros del Comité de Expertos encargado de valorar las ofertas, en contra de lo requerido por el pliego de cláusulas administrativas particulares, así como la incompetencia del mismo para efectuar dicha valoración por corresponder a la Mesa de Contratación, en virtud de



la ponderación asignada en el pliego a los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor. Tales argumentos fueron puestos de manifiesto por la recurrente formulando el llamado "recurso indirecto" contra los pliegos.

Finalmente, debemos destacar que la recurrente solicitó como medida cautelar la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

## **II. CONSIDERACIONES DEL ÓRGANO QUE RESOLVIÓ EL RECURSO**

Como hemos tenido ocasión de comentar en otras ocasiones, desde la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que dota de sentido positivo al silencio administrativo producido por la falta de resolución expresa de las solicitudes de medidas cautelares, se ha incrementado el número de resoluciones expresas de los recursos administrativos ordinarios, sin que ello se haya contribuido a mejorar la defensa del ciudadano frente a los actos administrativos vulneradores de sus derechos.

En el caso objeto del presente comentario, el órgano administrativo resolvió el recurso y la solicitud de medida cautelar, desestimándolos.

En primer lugar, evita entrar en el fondo del asunto relativo a la incompetencia y falta de cualificación apropiada del Comité de Expertos alegada por la



recurrente como causa de nulidad que ampara el recurso indirecto contra los pliegos haciendo referencia a la excepcionalidad de dicho recurso. Con cita del Acuerdo 40/2022, de 6 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, sostiene que “una vez que los Pliegos devienen firmes, solo es posible examinar si el acto de adjudicación se ha ajustado o no a estos, pero no discutir la legalidad de aquellos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2006). Este principio quiebra en los casos en los que los Pliegos adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho, que pueden apreciarse y declararse en cualquier momento posterior, si bien tales motivos deben apreciarse de forma excepcional y restrictiva. Así, la única excepción a esta regla es que se tratase de un vicio de nulidad de pleno derecho que no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación del pliego por una interesada normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego (sensu contrario, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58). Dicha doctrina queda recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2021”. Concluye el órgano de contratación que es contrario al principio de buena fe recurrir los pliegos sólo cuando no le son favorables al licitador, a pesar de haber tenido la oportunidad de hacerlo, de manera que no procede ir contra los actos propios. Una vez que los Pliegos devienen firmes, son la ley del contrato y sólo es posible examinar si el acto de adjudicación se ha ajustado o no a estos, pero no discutir la legalidad de



aquellos. Por este motivo, inadmite el recurso por extemporáneo.

Acto seguido, trata sobre la arbitrariedad del informe de valoración alegada por la recurrente y señala que no es posible esgrimir arbitrariedad porque dicho informe "está motivado en todos los apartados puntuables que manifestaba el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares". Descartada la concurrencia de arbitrariedad en la valoración, añade que no cabe entrar en el análisis de cuestiones vinculadas a la discrecionalidad técnica que debe predicarse de los órganos de contratación cuando valoran cuestiones de esta índole, salvo que esa valoración adolezca de una defectuosa motivación o de una manifiesta infracción del ordenamiento.

Por último, y aunque con anterioridad evitó entrar en el fondo del asunto, en relación a la incompetencia para la valoración de ofertas alegada por la recurrente, señala que en realidad la valoración la hizo la Mesa de Contratación, pues en el acta copió el informe de dicho Comité. No vamos a pronunciarnos sobre este argumento, que queda al libre pensamiento del lector, si bien únicamente pondremos de manifiesto que el hecho de aceptar la valoración incorporando al acta el texto del informe no equivale a haber hecho la valoración ni subsana el vicio de nulidad.

También alude a la falta de cualificación adecuada por parte de los miembros del Comité de expertos alegada por la recurrente y manifiesta que la recurrente no aporta prueba de ello. Aunque sobran los calificativos,



basta añadir que la cualificación de cada uno de sus integrantes constaba en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares.

### **III. CONCLUSIONES: DOCTRINA VINCULANTE**

Analizamos, en consecuencia, la doctrina vinculante que incide sobre los aspectos relevantes del caso objeto de comentario.

En primer lugar, **la discrecionalidad técnica del órgano de valoración no ampara la arbitrariedad**. Así lo tiene declarado la jurisprudencia. Sirva de ejemplo la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo nº 1818/2017, de 10 de mayo (F.J. 8º): "Pues bien, la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados. Por lo demás, la jurisprudencia insiste en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. En el control judicial de esa discrecionalidad, son revisables los hechos determinantes de la decisión administrativa además de que su ejercicio deba respetar los principios



generales del Derecho, entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en la resolución nº 935/2021, de 21 de julio, trae a colación su resolución nº 516/2016, en la que razonaba que <<“**la función de este Tribunal no es la de suplantar el acierto técnico en la valoración de las propuestas técnicas, sino **comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con los pliegos y la normativa de aplicación, y por ser suficientemente motivada...****”

*Conforme a la doctrina expuesta, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.*

*Si examinamos a la luz de tales consideraciones la controversia que es objeto de este recurso, hemos de señalar que el análisis de este Tribunal debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que, finalmente, no se haya incurrido en error material*



*al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.”*

*Partiendo de la doctrina de este Tribunal expuesta, y, en consecuencia, de la presunción de acierto y veracidad de que goza el informe técnico de valoración, **este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias contrariando lo previsto en los pliegos”.***

En segundo lugar, en lo que respecta a la **evaluación de los criterios discrecionales**, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi (OARC-KEAO), en su Resolución nº 008/2020, de 17 de enero, analizó la finalidad que persigue la LCSP al encomendar a órganos independientes - Comité de expertos u órgano técnico especializado - la evaluación de los criterios discrecionales en el supuesto previsto en el artículo 146.2 a) de la LCSP, cuando esta función está ordinariamente atribuida, en las Administraciones Públicas, a la Mesa de Contratación (artículo 326.2 b) de la LCSP), órgano de asistencia técnica especializada del órgano de contratación compuesto por personas que reúnen las garantías de objetividad, imparcialidad y posesión de determinados conocimientos técnicos. Señala el OARC que *“el legislador considera que **la preponderancia de los criterios sujetos a juicio de valor sobre los automáticos produce un incremento de la discrecionalidad técnica** (y por tanto, del libre margen de apreciación para adjudicar el contrato) **contrario al principio general** legalmente*



*previsto, que es precisamente la preferencia por los criterios sujetos a fórmulas (artículo 146.2 de la LCSP), lo que justifica garantizar el acierto y la objetividad de la decisión mediante un sistema que afiance la separación de funciones y la capacitación técnica que ya se establece en el sistema "ordinario" mediante la participación de las mesas de contratación...*

*A juicio de este Órgano, el término "**organismo técnico especializado**" evoca a una persona jurídica pública o privada que no solo **posea la especialización técnica en la materia que constituye el objeto de contrato necesaria para valorar las ofertas**, sino que **además cuente con algún tipo de título legal**, reconocimiento o acreditación **que pruebe** que su funcionamiento garantiza las notas de objetividad e independencia que se buscan o que invista sus opiniones de una presunción de imparcialidad y conocimiento análoga a la que merece el trabajo de los comités de expertos a los que equivalen (a modo de ejemplo, las entidades que actúan en el campo de la certificación o de realización de ensayos, los laboratorios homologados, órganos administrativos o entidades públicas especializadas, etc.)"*

*Y concluye que "la consecuencia de considerar que la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor no ha sido efectuada por el organismo independiente del órgano proponente a que se refiere el artículo 146.2.b de la LCSP, **conlleva la sanción legal de la nulidad de pleno derecho** del acto impugnado por haberse obviado un trámite esencial del procedimiento administrativo (artículo 47.1.e) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones*



*públicas y del procedimiento administrativo común en relación con el artículo 39.1 de la LCSP), establecido para garantizar de la mejor forma la imparcialidad de la valoración y, en suma, la igualdad de trato entre los licitadores y la no discriminación de ninguno de ellos (artículo 1 LCSP). La citada nulidad conlleva la cancelación de todo el procedimiento de adjudicación, puesto que la mera retroacción de actuaciones no asegura la objetividad de la valoración, habida cuenta de que ya es imposible respetar el secreto de las ofertas hasta la apertura sucesiva de la documentación de los criterios discrecionales y matemáticos, como pide el artículo 146.2 LCSP”.*

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA), en su Resolución nº 275/2022, de 20 de mayo, concluye que *“en la presente licitación, los criterios sujetos a juicios de valor tienen atribuida una puntuación inferior a los de evaluación automática, razón por la que no tiene que constituirse un comité de expertos para la valoración de las ofertas con arreglo a los primeros”*. Y respecto a la cualificación con la que han de contar los miembros del Comité de Expertos, en la Resolución nº 195/2020, de 4 de junio (F.J. 7º), dicho Tribunal sostiene lo siguiente:

*“Igualmente, para la resolución de la controversia ha de tenerse en cuenta el Informe 96/2018, de 4 de marzo de 2019, sobre la composición y funciones de las mesas de contratación y del comité de expertos en las Corporaciones Locales, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en la que manifiesta su parecer, entre otras cuestiones, sobre lo que ha de entenderse por la expresión **“cualificación apropiada”**”*



**de los miembros del comité de expertos**, recogida en el artículo 146.2.a) de la LCSP y en el apartado 8 de su disposición adicional segunda. En este sentido, dicho informe en lo que aquí interesa dispone que:

«3. La siguiente cuestión nos plantea qué ha de entenderse por **calificación apropiada para formar parte del comité de expertos en una administración local**. En términos generales esta expresión es tributaria de la propia naturaleza del comité de expertos al que alude la norma. Esta figura se introdujo en el artículo 134.2 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 y se reguló en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo. **Su función es aportar conocimientos suficientes y sólidos para realizar una valoración objetiva y apropiada de los criterios de adjudicación a que se refieran las ofertas de los licitadores que, en el caso de los contratos en que interviene el Comité, son predominantemente criterios subjetivos dependientes de un juicio de valor**. En nuestro Informe 34/2009, de 25 de septiembre, señalamos al este respecto que **lo que se requiere en los miembros del comité es una especial preparación técnica** y que "si no se hubiera deseado precisar tal independencia y preparación el legislador no habría introducido en la Ley este nuevo sistema habida cuenta de que la valoración de tales criterios dependientes de un juicio de valor ya se efectuaba por la Mesa de contratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas".

Precisamente a esto es a lo que se refiere la ley vigente. **La cualificación apropiada para formar parte del comité de expertos es aquella que permita valorar con suficiencia y solidez de conocimientos los**



***extremos propios de las proposiciones de los licitadores y de los aspectos evaluables de la prestación que constituya el objeto del contrato. Supone algo más que la mera formación general de cualquier empleado público o de cualquier persona, pues exige un nivel de conocimientos concreto que esté relacionado con el objeto del contrato, sin que la ley especifique cuál ha de ser ese nivel, que dependerá de cada caso concreto. También nos cuestiona el Ayuntamiento si dicha cualificación deberá referirse al puesto de trabajo que ocupa el miembro del comité o a su cualificación profesional. La respuesta es la misma, de modo que cualificación apropiada para formar parte del comité de expertos es aquella que permita valorar con suficiencia y solidez de conocimientos los extremos propios de la prestación que constituya el objeto del contrato. Tales conocimientos no están limitados en cuanto a su procedencia u origen ni tienen por qué restringirse a las características del puesto de trabajo desempeñado en el momento de la licitación del contrato.»...***

***En definitiva, la valoración realizada por el comité de expertos, en el supuesto aquí examinado, en relación con el objeto del contrato, no permite acreditar la cualificación apropiada exigible a sus miembros, pues tras el análisis efectuado del informe de valoración no es posible inferir del mismo que haya sido efectuado con suficiencia y solidez de conocimientos en los aspectos evaluables de la prestación que constituye el objeto del presente contrato.***

***En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas no queda acreditado en el presente caso***



***y conforme al informe evacuado, que el comité de expertos haya desplegado la cualificación de conocimientos que se le exige por mandato legal”.***

Por último, en relación al llamado **recurso indirecto contra los pliegos**, siendo abundante y unánime la doctrina sobre la prohibición de ir contra los actos propios y la nulidad de pleno derecho como excepción a la misma, citaremos a modo de ejemplo una resolución que la sintetiza con claridad, la Resolución del TACRC nº 1678/2021, de 19 de noviembre (F.J. 8º):

*<<tal y como expuso este Tribunal en la resolución nº 805/2019, de 11 de julio, de los recursos nº 680 y 692//2019: “los Pliegos son una actuación administrativa dentro del procedimiento de contratación susceptible de impugnación, de manera que, al no haber sido recurridos en tiempo y forma, su impugnación indirecta en el momento actual, por medio del presente recurso, resulta extemporánea, dado que, en efecto, han ganado firmeza en vía administrativa. Así lo viene aclarando reiterada doctrina de este Tribunal, sirva de ejemplo la Resolución nº 855/2018, de 1 octubre y 475/2018, de 11 de mayo (...)”*

*Esto no obstante ser nuestra doctrina general, es lo cierto que admitimos la posibilidad de que en los supuestos de nulidad de pleno derecho pueda argumentarse en un recurso especial supuestas irregularidades de los Pliegos aun cuando éstos no hayan sido objeto de previa y expresa impugnación si bien que, de acuerdo con la jurisprudencia, la concurrencia de las causas que, de acuerdo con el artículo 62.1 de la LRJ-PAC determinan como consecuencia la nulidad ex radice del acto debe ser interpretada restrictivamente (por*



*todas las Resoluciones números 408/2015, de 30 de abril, y 185/2016, de 4 de marzo)...*

*El artículo 50 LCSP contempla la posibilidad de impugnar los pliegos, de forma excepcional, al disponer que "Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho".*

*Pues bien, en el presente caso la cuestión a resolver es precisamente la de decidir si nos encontramos ante un supuesto de nulidad radical que permitiera la anulación de la adjudicación...*

*Pero es que, además, entendemos también que, al venir determinada la resolución de adjudicación del contrato por la dicción literal de la cláusula controvertida, se debe considerar dicha cláusula nula de pleno derecho... Pero igualmente procede anular también todo el procedimiento...>>*

*En definitiva, la triple moraleja es pues que: "el papel lo soporta todo", "ya acudirán a la vía contencioso-administrativa" y "lo mismo da, que da lo mismo".*





## **DELITOS DE ODIOS: CRITERIOS DE APLICACIÓN**

**D. David Miras Estévez**

Abogado

### **Resumen**

Análisis de los criterios de aplicación actuales en materia de delitos de odio y discriminación, con especial incidencia en el derecho penal antidiscriminatorio. Exposición de las diferentes alternativas de calificación jurídico-penal con base en la última jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, en relación a los artículos 173.1º CP y 510.2 a). CP, y expresión de las disfunciones en la aplicación de la circunstancia agravante de discriminación del artículo 22.4º CP.

Actualmente las agresiones y ataques discriminatorios, conductas de odio propiamente dichas, tienen en el Código Penal español una regulación ambivalente y disfuncional, dado que el legislador utiliza modelos diferenciados de protección para tipificar conductas similares. Por un lado, el modelo basado en la intencionalidad del agresor ("animus model") previsto en el artículo 22.4º CP que regula el agravante por discriminación (racismo, xenofobia, homofobia, aporofobia, etc). Y por otro



lado, el modelo basado en los efectos individuales y colectivos del delito ("modelo de selección discriminatoria") que tiene su reflejo en el artículo 510 CP que habla de "fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia en aquel."

La jurisprudencia más reciente suele calificar las agresiones y ataques de odio del art. 510.2.a), que implican expresiones y mensajes con un contenido propio del "discurso del odio", como un delito cometido con ocasión de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución, en su modalidad de lesión de la dignidad de la persona por razón de discriminación (SAP Madrid nº 14/2023, de 16 enero JUR/2023/72181; STSJ Madrid nº 456/2022, de 14 diciembre JUR/2023/12830; SAP Barcelona nº 303/2019, 72221/2019). Por el contrario, cuando se habla de delito de trato degradante, se está haciendo referencia al delito contra la integridad moral previsto en el art. 173.1º CP (SAP Madrid nº 23/2023, de 23 enero JUR/2023/76273).

Se han detectado disfunciones concretas en los delitos de maltrato y de agresiones discriminatorias observadas frecuentemente en los transportes públicos en casos de xenofobia, homofobia o transfobia, o en otros casos de ataques aporofóbicos a personas sin hogar (sinhogarismo) en oficinas bancarias o en la vía pública. **Estas denuncias cuando se tramitan como un Delito Leve no**



**tienen una respuesta satisfactoria con la aplicación del agravante por motivos discriminatorios del art. 22.4º CP, en vista de que el agravante tan sólo agrava la pena pero en ningún caso el hecho delictivo.** No procederá aplicar, por lo tanto, la referida agravante de discriminación en los delitos leves, que habitualmente se sancionan con una pena de multa, ya que resultaría del todo insuficiente e inadecuado sancionar con una multa una agresión física que lesiona también el derecho a la igualdad y la dignidad de la persona.

El Consejo de Europa ha impulsado desde hace años, desde la Decisión Marco 2008/913/JAI, actuaciones concretas de lucha contra manifestaciones de racismo y xenofobia, reclamando sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias en toda la UE. Fruto de este impulso, se han creado secciones especializadas en delitos de odio y discriminación en la mayoría de las Fiscalías Provinciales, y se ha reclamado un Turno de Oficio con especialización en delitos de odio, que ya está operativo en Colegios de Abogados como el de Madrid o el de Málaga. La Fiscalía de Barcelona fue pionera en la difusión de criterios de interpretación que tuvieron resonancia en las primeras sentencias de condena en agresiones de aporofobia sobre personas sin hogar, tomando como base un criterio de mínimos, con la protección prevista en el art. 173.1º CP que sanciona genéricamente el trato degradante e inhumano y la violación grave de la dignidad humana inherente a cualquier agresión de tipo discriminatorio.



Asimismo, la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, introdujo **pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP, haciendo referencia a los denominados indicadores de odio o de "polarización radical", que son parámetros que hacen referencia tanto a la víctima como al autor y al contexto para determinar si existe una concurrencia del móvil de odio** (STS nº 437/2022, de 4 de mayo). Los casos de aporofobia son paradigmáticos en este sentido, porque no suele estar presente un discurso o un mensaje concreto y específico de odio, supuesto en el que será de aplicación el delito troncal contra la integridad moral del 173.1º CP, que recoge un estándar mínimo de protección contra los ataques discriminatorios.

En lo que se refiere a los insultos, expresiones injuriosas y vejaciones injustas de carácter leve con un contenido discriminatorio, es necesario diferenciar si son aislados, puntuales o fruto de una situación incontrolada y momentánea, dado que éstos se encuentran actualmente despenalizados, excepto en el ámbito doméstico (SAP Barcelona nº 641/2022, de 2 noviembre JUR/2023/20048). En caso contrario, **si las expresiones injuriosas y degradantes son reiteradas, continuadas o públicas, y se detecta una conducta meditada, consciente y deliberada de animadversión por motivos discriminatorios, se tendrá que perseguir como un delito de odio previsto en el 510.2º a. CP, o como un delito contra la integridad moral del 173.1º CP, según el principio de especialidad** (SAP Madrid nº



535/2022, de 11 octubre JUR/2022/366921).

Por su parte, la doctrina científica también ha reclamado mayor profundidad en la redacción del agravante de discriminación del 22.4º CP, para atender y dar cabida a todos los supuestos, pero con olvido que esta agravante no está en condiciones de ofrecer una protección adecuada en los delitos más habituales y comunes. Del estudio jurisprudencial se deduce como en la práctica, todos los supuestos de agresiones y ataques de odio y discriminación se califican sobre la base del delito contra la integridad moral del 173.1º (delito de trato degradante contra las personas), y a partir de este delito troncal y genérico, con base en el principio de especialidad se aplicaría la ramificación resultante, que según el concurso de normas (art. 8.1º y 77 CP) puede dar lugar a un delito de odio previsto en el art. 510.2º a. CP (STSJ Cataluña nº 161/2022, de 3 mayo JUR/2022/210454, P. Mir Puig).

En todos estos casos, tanto si se opta por la aplicación del delito de trato degradante (173.1º) como si se opta por la aplicación específica del delito de odio (510.2º a.), la condena vendrá acompañada también por el delito contra la integridad física correspondiente en régimen de concurso ideal, con las particularidades previstas en el art. 177 CP, castigándose separadamente los delitos resultantes, de manera que todo el injusto y el desvalor del resultado quede reflejado correctamente en la condena. **Así, encontramos actualmente sentencias que recogen el concurso de delitos**



**contra la integridad moral con el delito de amenazas** (SAP Madrid nº 23/2023, de 23 enero JUR/2023/76273), **y en supuestos todavía más graves de agresiones físicas, que pueden alcanzar al homicidio, o incluso en el delito de asesinato** (SAP Barcelona nº 36/2023, de 30 junio, P. Solaz Ponsirenas).



**Castilla-La Mancha**

Gabilex

Nº 35

Septiembre 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>

---

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

Gabilex

Nº 35

Septiembre 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>



**Castilla-La Mancha**



**BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS  
Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX,  
REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA  
JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA  
MANCHA**

**I. LENGUA DE LOS TRABAJOS**

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

**II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS  
INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES**

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se



encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso,



coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

### **III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES**

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.



#### IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.



- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

## **V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES**

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

## **VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS**

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: [revistagabinetejuridico@jccm.es](mailto:revistagabinetejuridico@jccm.es)

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes



que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

**Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.**

## **VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO**

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en



el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

## **VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS**

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra Verdana<sup>1</sup>. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

### **Márgenes del documento:**

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

---

<sup>1</sup> Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.



## IX. CITA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

**Identificación del autor o autores:** apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.



La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.
- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

**Las posteriores citas de la misma obra** serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación “*op. cit.*,” de que ya ha sido citada y la página correspondiente.



**Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita:** se hará constar tras la abreviatura "pág." el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura "págs." se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

**Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos:** se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

**Cita de trabajos localizables en páginas web:** Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

## **X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN**

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.



## **XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX**

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

### **Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo**

**TÍTULO**

**TITLE**

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor<sup>1</sup> (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

**Resumen:**(De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

**Palabras clave:** (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

**Abstract:** (Abstract)

**Key words:** (Five to ten key words)

**Sumario:** I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-  
A) Tercer epígrafe.- a) Cuarto epígrafe



## **I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE**

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

### **1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE**

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

#### **A) Tercer nivel de epígrafe**

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

##### *a) Cuarto nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

