

Nº 41
Primer trimestre 2025

Gabilex

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 41

Marzo 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Número 41. Marzo 2025

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

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^a M^a Belén López Donaire

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a. Antonia Gómez Díaz-Romo

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

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

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

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



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

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

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

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

D. Isaac Martín Delgado

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

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

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

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

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local.

D. Jordi Gimeno Beviá



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 11

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LOS LÍMITES A LA TRANSPARENCIA EN LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA; EN PARTICULAR, LA
CONFIDENCIALIDAD DE LOS SECRETOS
EMPRESARIALES

D. Enrique Soler Santos.....15

SEÑOR-IA, SU ALGORITMO ME HA CONDENADO
INJUSTAMENTE

D^a Esther Molina Castañer.65

OTRA VEZ A VUELTAS CON EL CONTROL JUDICIAL DE
LOS ACTOS POLÍTICOS DEL GOBIERNO

D^a Idoia Tajadura Tejada.....113

LOS PLANES DE INSPECCIÓN Y LA INTELIGENCIA
ARTIFICIAL

D^a Carmen Martín Fernández.....165

LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA EN PREVENCIÓN DE
RIESGOS LABORALES: ANÁLISIS DE IMPLANTACIÓN EN
LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS



D. Fernando Blanco Silva211

EL SUICIDIO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO:
REVISIÓN JURISPRUDENCIAL Y PERSPECTIVA CRÍTICA
D. Nicolás Martínez Ibáñez.....241

LA OBLIGACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS DE
RESIDIR EN EL MUNICIPIO DONDE TRABAJAN

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

D^a Mirian Sánchez Pérez.....305

LA REFINANCIACIÓN DE EMPRESAS



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 41

Marzo 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

EDITORIAL



En el número 41 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional siete artículos doctrinales todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D. Enrique Soler Santos con el artículo que lleva por título "Los límites a la transparencia en la contratación pública; en particular, la confidencialidad de los secretos empresariales".

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D^a. Esther Molina Castañer, con el artículo que lleva por título "Señor IA, su algoritmo me ha condenado injustamente". La autora analiza como el uso de sistemas dotados de IA que adopta decisiones de forma autónoma lleva a plantearse muchas dudas sobre la asunción de la responsabilidad por los daños generados por dichas acciones.

A continuación, D^a Idoia Tajadura Tejada realiza un estudio brillante sobre la controvertida cuestión del control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno, en el trabajo "Otra vez a vueltas con el control judicial de los actos políticos del gobierno"

D^a. Carmen Martín Fernández aborda bajo el título "Los planes de inspección y la inteligencia artificial" un interesante trabajo sobre el plan y procedimiento de inspección que ostenta la Administración y como la IA como tecnología disruptiva puede coadyuvar en este cometido.



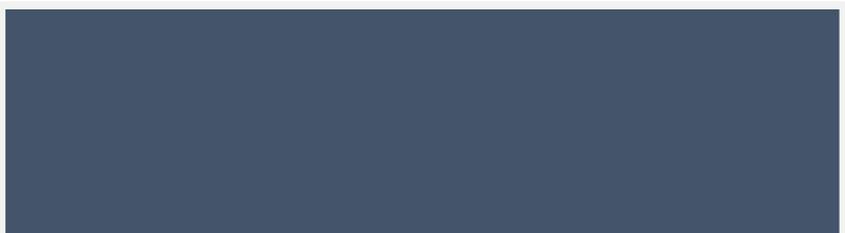
A continuación, D. Fernando Blanco Silva aborda un tema de máximo interés con el artículo doctrinal “La aplicación de la normativa en prevención de riesgos laborales: análisis de implantación en las administraciones públicas”

D. Nicolás Martínez Ibáñez con el artículo “El suicidio como accidente de trabajo: revisión jurisprudencial y perspectiva crítica” aborda las particularidades que ha supuesto y todavía supone la autolisis como contingencia profesional.

Los autores Leopoldo J. Gómez Zamora y Mirian Sánchez Pérez analizan con brillantez un interesante tema como es la obligación de los funcionarios públicos de residir en el municipio donde trabajan.

La sección nacional se cierra con la obra de D^a Cristina Arenas Gil con la obra “La refinanciación de empresas” La autora analiza el proceso de refinanciación empresarial desde el momento en el que se detectan indicadores de alarma hasta que culmina el proceso de refinanciación de una empresa

El Consejo de Redacción



Gabilex

Nº 41

Marzo 2025



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 41

Marzo 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>



LOS LÍMITES A LA TRANSPARENCIA



EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA; EN PARTICULAR, LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS SECRETOS EMPRESARIALES

D. Enrique Soler Santos

Letrado de la Comunidad de Madrid; Letrado de la
Junta de Andalucía (exc); Letrado de la Junta de
Castilla-La Mancha (exc)

Sumario

Introducción

Capítulo 1. El principio de transparencia en la
contratación pública

1.1. Aproximación general al principio de
transparencia

1.2. Su proyección sobre el ámbito de la contratación
pública

Capítulo 2. Los límites al principio de transparencia:
bloques normativos y bienes jurídicos protegidos

2.1. Los límites generales de la normativa de
transparencia y su aplicación al ámbito de la
contratación pública

2.2. Los límites específicos de la normativa de
contratación pública



Capítulo 3. El delicado equilibrio entre confidencialidad y transparencia

3.1. El principio de la confidencialidad de las ofertas

3.2. La protección jurídica de los secretos empresariales

Capítulo 4. Análisis casuístico de la jurisprudencia reciente: antecedentes y repercusiones de la STJUE de 17 de noviembre de 2022, Sala Cuarta, dictada en el asunto C-54/21 (ANTEA POLSKA Y OTROS)

4.1. Antecedentes de la sentencia

4.2. Análisis de la sentencia

4.3. Repercusión de la sentencia

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

El Derecho de la contratación pública es, cada vez más, un Derecho de contrastes. Todo el ordenamiento jurídico, ciertamente, se apoya en la ponderación de intereses legítimos contrapuestos, esto es, en la supraordenación de los distintos bienes jurídicos protegidos, y el Derecho administrativo no es ninguna excepción.

Pero bien podría decirse que es en el Derecho de la contratación pública, en buena medida por la impronta del Derecho comunitario, donde estos contrastes se han



manifestado en todo su esplendor. Se multiplican los bienes jurídicos a proteger y se ramifican los criterios e instrumentos para lograrlo.

No se trata ya sólo de satisfacer el interés público mediante la selección de la oferta económicamente más ventajosa, ni siquiera de la más ventajosa en un concepto omnicomprendido, en términos de calidad de la prestación.

El Derecho de la contratación ha evolucionado –y sigue evolucionando– hacia un modelo en el que, sin que haya pasado a un segundo plano este interés público en adquirir a precios competitivos bienes y servicios de calidad adecuada para satisfacer las necesidades públicas, ha de ponderarse con otra serie de objetivos, desde potenciar la libre competencia y el acceso de las PYMES a este mercado hasta fomentar una compra pública ética, verde e inteligente, que sirva como instrumento para lograr objetivos de política económica¹.

Y todo ello sin que, en el proceso, puedan verse menoscabados otros bienes jurídicos protegidos que pueden verse tangencialmente afectados, con especial referencia a la prohibición de discriminación, a la protección de datos personales y, en lo que nos interesa aquí, a la protección de los legítimos intereses económicos de los licitadores, en particular mediante la

¹ GAMERO CASADO y GALLEGU CÓRCOLES (coords.), Tratado de contratos del sector público, vol. 1, 2018 pp. 1951- 2019



garantía de la confidencialidad de sus secretos técnicos, empresariales y comerciales².

Intentaremos en este trabajo ilustrar las complejidades y contrastes de esta pluralidad de bienes jurídicos protegidos, cuyo equilibrio no siempre es fácil y cuya interacción no está exenta de puntos de fricción, a partir del ejemplo de una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que se plantea y resuelve la ponderación entre dos principios generales esenciales del Derecho comunitario (y español) de la contratación pública: el de confidencialidad y el de transparencia.

Para ello, pasaremos primero por un planteamiento general del alcance del principio de transparencia en el ámbito de la contratación pública, caracterizado por la coexistencia de un doble bloque normativo, para seguidamente detenernos en exponer los límites y excepciones de este principio, también desde esta doble perspectiva normativa.

Nos centraremos después en los aspectos jurídico-positivos de esa ponderación entre confidencialidad y transparencia en el ámbito del acceso por los licitadores a la información obrante en el expediente de contratación, con especial referencia al alcance y contenido material del concepto de secreto técnico, comercial o empresarial.

² Ver al respecto CERRILLO MARTÍNEZ, A.: «La integridad y la transparencia en la contratación pública», Anuario del Gobierno Local, n.º 1, 2018, pp. 77-127.



Finalmente, entraremos en el tratamiento jurisprudencial de la materia, analizando los pronunciamientos más destacables y los más recientes, tanto los propiamente judiciales como los que conforman la doctrina administrativa en la materia.

Este análisis girará en torno a las novedades de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto Antea Polska y otros, así como sus antecedentes y su repercusión en los pronunciamientos posteriores.

Capítulo 1. El principio de transparencia en la contratación pública

1.1. Aproximación general al principio de transparencia

La preocupación por la transparencia de la actividad de los poderes públicos puede considerarse históricamente reciente, incluso dentro del Derecho administrativo moderno. Si este último apenas acumula dos siglos de antigüedad, la de aquella se cuenta en unas pocas décadas.

En 1980 comenzó la emisión en Reino Unido de la serie *Yes, Minister*, una comedia producida y emitida por la BBC en la que, con gran agudeza y lucidez, se plantean en clave humorística, y al mismo tiempo divulgativa, varias paradojas sobre la Administración contemporánea. Es curioso que precisamente el primero de sus capítulos se dedique a la transparencia.



En este primer capítulo, titulado "Open government", encontramos un lapidario resumen del estado de la cuestión en aquel momento: "My boy, it's a contradiction in terms. You can be open or you can have government".

El ejemplo es anecdótico, pero ilustra la idea de que el principio de transparencia es uno de los de desarrollo más tardío dentro de los que hoy inspiran nuestro Derecho administrativo.

Esto es especialmente cierto en nuestro país, en el que apenas echaba a andar la democracia en las mismas fechas en las que los británicos bromeaban, que ya es algo, sobre la cuestión.

La preocupación por la transparencia en España, en aquel momento, probablemente no ostentaba el mismo grado de prioridad que hoy para el ciudadano medio, preocupado por problemas más acuciantes.

Quizá por ello, la Constitución no contiene ninguna mención al principio de transparencia, pese a ser la más extensa de nuestra historia constitucional desde 1812.

Pese a regular, al menos en los aspectos más generales, un abanico amplio de materias administrativas, desde las potestades jurídico-públicas de los colegios profesionales hasta el régimen local de concejo abierto, no menciona el texto constitucional ni una sola vez el principio de transparencia.

El artículo 105.b) de la Constitución tutela el acceso a los archivos y registros administrativos por los ciudadanos; pero no se consagra un principio general de transparencia como tal, ni se enumera ni como principio general del funcionamiento de la Administración en el artículo 103 ni tampoco como derecho del ciudadano, en



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

ninguno de los tres niveles concéntricos delimitados en los capítulos y secciones del Título I.

Sin embargo, el principio de transparencia ha adquirido protagonismo a una velocidad que no se explica sin el pasmoso desarrollo de las tecnologías de la información y el igualmente asombroso grado de integración jurídica logrado en el seno de la Unión Europea.

La concepción sobre la transparencia generalizada a principios de los años ochenta, y que queda de manifiesto tanto en el silencio de nuestra carta magna como en la fina ironía inglesa antes referida, quedo rápidamente obsoleta.

Hoy, la transparencia juega un rol central en el sistema de derechos y obligaciones que configura las relaciones del ciudadano con el poder público.³ Y lo tiene, como veremos, por partida doble, al menos en el ámbito de la contratación pública que aquí nos ocupa.

De manera general ha de estarse, por una parte, a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, con especial referencia a su DA 1ª. Por otra parte, también el artículo 3.1 c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, consagra el principio de transparencia tras reiterar en esta sede legal los principios generales de objetividad y eficacia constitucionalizados en el artículo 103 CE.

³ GIMENO FELIU, J. M. (dir.): «La transparencia en la contratación pública»: Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 807-808.



Todo ello se encuadra en el Derecho administrativo general y tiene la aplicación supletoria que le es propia en el ámbito de la contratación pública. Pero nuestro legislador ha adoptado la decisión de política legislativa de no conformarse con ello y duplicar el régimen legal de la transparencia, que también es objeto de tratamiento en la legislación sobre contratos del sector público, dando lugar dos bloques normativos sobre la misma materia que no siempre se encuentran articulados o sistematizados en el grado que sería deseable. De ello pasamos a ocuparnos.

1.2. Su proyección sobre el ámbito de la contratación pública

Debe partirse, en el concreto ámbito de la contratación pública, de un concepto bifronte del principio de transparencia, pues como se ha puesto de manifiesto por MARTÍN DELGADO y MORENO MOLINA, en este sector del ordenamiento "la transparencia es un concepto ambivalente, en tanto que busca garantizar la libre competencia y la igualdad entre los licitadores y favorecer el escrutinio de la acción administrativa y la participación de los ciudadanos"⁴.

Es en la primera de esas vertientes en la que se plantea con mayor intensidad la colisión que se pretende analizar

⁴ MARTÍN DELGADO, I.: "Transparencia y contratación pública: las difíciles relaciones entre dos bloques normativos conectados", en MARTÍN DELGADO, I. (dir.) y MORENO MOLINA, J.A. (dir.), *Administración electrónica, transparencia y contratación pública a nivel autonómico*, Iustel, 2021, pp. 23 ss.



en el presente trabajo. En materia de contratación, el principio de transparencia conecta inescindiblemente con otros principios propios de este ámbito: el de igualdad de los licitadores y consecuentemente, de forma mediata, el de selección de la oferta más ventajosa para el interés público.

Quiere esto decir que, en materia de contratación, la transparencia desempeña una función adicional o complementaria de la que le es propia. No sólo sirve para permitir una fiscalización directa de la actividad administrativa por sus destinatarios finales, los ciudadanos; además de ello, incide en el seno de los propios procedimientos administrativos, en este caso de licitación, para asegurar la eficacia y eficiencia de los mismos, mediante la garantía de una igualdad entre licitadores y de una política de “*full disclosure*” que conduzca, en definitiva, a un mejor resultado para el interés público.⁵

En otras palabras: en materia de contratación, la transparencia no es solo un principio general de Derecho administrativo extrapolable al ámbito de la contratación pública, sino que es, en realidad, un principio propio de dicho ámbito. Y por ello, debe analizarse desde una perspectiva doble.

No en vano, la propia Exposición de Motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector

⁵ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública», en SORIANO GARCÍA, J. E. (dir.), Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1901-1931.



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, anuncia que “Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio”.

De este modo, por así decir, la transparencia en el ámbito de la contratación pública no es sólo un fin en sí mismo, es también un medio. Aquí la transparencia, por supuesto, como en otros ámbitos, tiene por fin último hacer fiscalizable la actuación de los poderes públicos, aportando “luz y taquígrafos” en ámbitos en los que la opacidad puede servir de refugio a irregularidades o corruptelas, y en suma contribuir a lo que García de Enterría denominó “La lucha contra las inmunidades del poder”⁶.

Pero, adicionalmente a todo lo anterior, en materia de contratación la transparencia adquiere también un significado mediato, instrumental; la transparencia en el proceso de licitación es una herramienta para posibilitar y potenciar los principios de igualdad de trato, no discriminación e integridad; y con ello, lograr otros fines en sí mismos, que son los verdaderos protagonistas de este sector del ordenamiento: la defensa de la competencia y la eficiencia en el gasto público.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo (1962): «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, núm.38, págs. 159 a 208.



Así, el artículo 132 LCSP pone ambos aspectos en conexión al proclamar que “los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad”.

Esta exigencia proviene directamente de la normativa europea de la contratación pública. El art. 18 de Directiva 2014/24/UE establece que «los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada».

Esta dualidad teleológica se manifiesta también en la propia estructura del Derecho positivo aplicable. Dos normas de igual rango legal, ambas centrales en el ordenamiento jurídico-público, se ocupan de esta materia, desde dos enfoques que, por supuesto, no son incompatibles, pero que tampoco han sido sistematizados de forma perfectamente satisfactoria.⁷

Y por añadidura, se ha observado que la doctrina científica mayoritaria replica, en general, este enfoque dividido, esta partición artificiosa, al aproximarse a la materia: “en función del modo de aproximación, el esfuerzo analítico se concentra en uno de los bloques normativos, en detrimento del otro. En tanto que fenómeno único — porque la transparencia es un mismo principio y un mismo derecho, con independencia de sus manifestaciones concretas en los diferentes sectores de actuación de la Administración— su observación precisa

⁷ Ver MELLADO RUIZ, L.: El principio de transparencia integral en la contratación del sector público, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.



de un enfoque integral y de una aproximación integradora. [...]

Efectivamente, aunque abundan los análisis sobre la LTBG y su influencia en el ámbito de la contratación y sobre la LCSP y los preceptos de ésta que regulan obligaciones en materia de transparencia, son muy pocos los que ponen en común ambos conjuntos normativos. Es más, las propias normas tampoco se toman en consideración entre sí, salvo en aspectos muy puntuales y más bien irrelevantes [...].⁸

Es por ello que hemos considerado prudente, al abordar el estudio de los límites al principio de transparencia en el ámbito de la contratación pública y, más concretamente, su ponderación con el principio de confidencialidad de las ofertas, hacerlo de forma secuencial.

Estudiaremos primero los límites de alcance general, predicables de todos los sectores del ordenamiento administrativo, y acto seguido los límites específicos de la materia contractual, con especial referencia al mencionado de confidencialidad, para pasar finalmente a un estudio empírico y de metodología casuística en relación con los más recientes pronunciamientos, tanto a nivel europeo como nacional y tanto a nivel judicial como de doctrina administrativa. A ello pasaremos seguidamente.

⁸ MARTÍN DELGADO, I.: "Transparencia y contratación pública: las difíciles relaciones entre dos bloques normativos conectados", en MARTÍN DELGADO, I. (dir.) y MORENO MOLINA, J.A. (dir.), *op. cit.*



Capítulo 2. Los límites al principio de transparencia: bloques normativos y bienes jurídicos protegidos

Como adelantábamos, mantendremos esta perspectiva dual en el estudio de los límites del principio de transparencia, centrándonos ya en la vertiente de la misma que aquí interesa: el derecho de acceso a la información, pues las obligaciones de publicidad activa de las Administraciones no guardan relación con los pronunciamientos que después analizaremos.

Siendo así, comenzaremos con los límites que contempla la propia Ley de Transparencia, de alcance general, y seguiremos después con los límites previstos en la normativa de contratación, de ámbito específico.

2.1. Los límites generales de la normativa de transparencia y su aplicación al ámbito de la contratación pública

En palabras de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia nº 1519/2020, de 12 de noviembre de 2020 (rec. 5239/2019), “el derecho de acceso a la información pública no es un derecho ilimitado o absoluto, en el sentido de que garantice el acceso a toda la información pública en cualquier materia a cualquier persona”.

El artículo 14 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, establece una serie de límites genéricos al derecho de acceso a la información pública, disponiendo que el derecho de acceso podrá ser limitado cuando



acceder a la información suponga un perjuicio para una extensa serie de bienes jurídicos protegidos de diversa índole.

Nos centraremos aquí en tres en particular: “Los intereses económicos y comerciales”, “El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial” y “La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión”.

Resulta de interés en este punto mencionar el Criterio Interpretativo 1/2019 del CTBG, sobre los perjuicios para los intereses económicos y comerciales (artículo 14.1h) como límite del principio de transparencia.

En dicho criterio se depura la delimitación del concepto, concluyendo que “por “intereses económicos” se entienden las “conveniencias, posiciones ventajosas o de importancia de un sujeto individual o colectivo en el terreno de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios” y por “intereses comerciales” las “conveniencias, posiciones ventajosas o de importancia en materias relativas al ámbito del intercambio de mercancías o servicios en un ámbito de mercado”.

Y se añade que “La categorización de las posiciones de un sujeto o sujetos como intereses económicos y comerciales debe hacerse caso por caso y en atención a las circunstancias concretas de cada supuesto. Pero cuando se está en presencia de secretos comerciales o de cláusulas de confidencialidad debe entenderse en todo caso que dichos intereses concurren en el caso”.⁹

⁹ Ver el Criterio 1/2019. Perjuicio para los intereses económicos y comerciales (artículo 14.1h) de la ley de transparencia, disponible para su descarga en formato .pdf en [https://www.consejodetransparencia.es/ct Home/Actividad/](https://www.consejodetransparencia.es/ct/Home/Actividad/)



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Lo cual reconduce esta protección de intereses económicos y comerciales a la protección de los secretos comerciales, que veremos a continuación.

Volviendo al precepto, el apartado segundo del artículo enfatiza los requisitos de motivación y proporcionalidad en la aplicación de estos límites, así como una regla de ponderación con un posible "interés público o privado superior que justifique el acceso".

De este modo, estos límites genéricos de la normativa de transparencia no se configuran como límites absolutos o insalvables, sino que estarán sujetos a ponderación, atendiendo a "las circunstancias del caso concreto".

Pasemos ahora a los límites propios del ámbito contractual.

2.2. Los límites específicos de la normativa de contratación pública

Por una parte, en materia de publicidad activa, el artículo 154.7 LCSP prevé la posibilidad de no publicar determinados datos cuando ello pudiera ser contrario al interés público o perjudicial para intereses comerciales de terceros o la competencia entre empresas, así como en los casos en los que se trate de contratos declarados reservados o cuando lo exija la protección de intereses esenciales.

[criterios.html](#), consultado por última vez el 19 de mayo de 2023.



Por otra parte, en materia de derecho de acceso lo cierto es que, como han puesto de manifiesto por MARTÍN DELGADO y MORENO MOLINA, "A pesar de que la LCSP regule determinados extremos relativos al acceso al expediente o a la información disponible en el Registro de Licitadores, es una constante en la doctrina del CTBG la consideración de que esta norma no contempla un régimen específico de acceso a la información pública".

Ahora bien, esto no significa que no sea de aplicación el régimen general de la Ley de Transparencia, pero tampoco significa que dicha aplicación no presente ciertas peculiaridades. Continúan exponiendo los autores que "Este órgano tiene establecidos los requisitos para poder aplicar esta remisión prevista en la DA 1.ª LTBG en su Criterio Interpretativo 8/2015, de 12 de noviembre, de conformidad con el cual, partiendo del hecho de que la Ley de Transparencia se configura en nuestro sistema jurídico como la norma básica en materia de acceso a la información pública, las excepciones a su aplicación han de venir expresamente previstas y autorizadas por ella. No en vano, aplicarla implica en la práctica la supletoriedad de sus previsiones".

Pero, como decimos, esta aplicación supletoria no está exenta de sus propias peculiaridades. Piénsese, por ejemplo, en el régimen de impugnación de la denegación del acceso a la información contractual que pudieran solicitar los licitadores durante el procedimiento. Los licitadores podrán, lógicamente, plantear el correspondiente REMC en caso de darse los requisitos para ello. Pero además, esa aplicación supletoria de la normativa de transparencia propugnada por el CTBG podría llevarnos a pensar que, además de dicho recurso



especial, cabría acudir a la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (o equivalente autonómico, en su caso), como vía para reaccionar frente a denegaciones de acceso al expediente.

Se observa que la propia LTAIPBG no excluye expresamente este supuesto ni al establecer su ámbito de aplicación (arts. 2 ss), ni al conceptualizar el derecho de acceso a la información pública (arts. 12 ss), ni al regular la solicitud de acceso y su posible inadmisión (arts. 17 ss), ni finalmente al delimitar el ámbito de la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (art. 24).

Parecería que la ley deliberadamente ha querido configurar una garantía adicional, cumulativa, no reñida con el preexistente derecho de acceso al expediente, en este caso de contratación, que corresponde a los interesados, en este caso licitadores.

Esto apuntaría, a priori, a que resultaría admisible la Reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno o equivalente autonómico, en su caso, interpuesta por un licitador con fundamento en una denegación de acceso a la información contractual (dentro de los límites que le son propios, en particular la confidencialidad de las ofertas, como luego veremos).

Además, como expone MARTÍN DELGADO, "La LTBG hace una clara apuesta por el CTBG como órgano de control en materia de transparencia, configurado como organismo autónomo de carácter independiente, que, de conformidad con lo previsto en el artículo 38, tiene encomendada la competencia para velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y



conocer de las reclamaciones potestativas que se presenten en materia de derecho de acceso”¹⁰.

Y sin embargo, no ha sido esta la interpretación del CTBG, que inadmite las reclamaciones en esta materia, interpretando que el acceso al expediente de contratación por los licitadores no se rige por la LTBG, sino por la LCSP, de forma que «el acceso a la documentación solicitado debe resolverse en vía de recurso especial por el órgano de contratación competente para su resolución, no por este Consejo de Transparencia» (por todas, R/0282/2018).

De este modo, esta sustitución, al amparo del artículo 112.2 LPACAP 39/2015, del régimen ordinario de recursos administrativos por una reclamación potestativa ante un órgano independiente de control, el CTBG o equivalente autonómico, que MARTÍN DELGADO ha calificado como un acierto¹¹, no es extrapolable al ámbito de la contratación pública, como quizá hubiese sido deseable, y aún pueda serlo *de lege ferenda*.

Sin embargo, la cuestión no puede considerarse completamente agotada, incluso sin necesidad de pasar por un cambio normativo. *De lege data*, es discutible y discutido que efectivamente esté vedada al CTBG esa

¹⁰ MARTÍN DELGADO, I.: «La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?», en LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2016, pp. 291-328.

¹¹ «Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de transparencia», en DÍEZ SASTRE, S. (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2020*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2020, pp. 295-331



intervención mediante reclamación en caso de denegación de acceso. Parece contribuir a reabrir la cuestión la precitada sentencia nº 1519/2020, de 12 de noviembre de 2020 (rec. 5239/2019) del Tribunal Supremo: "considera la Sala que tampoco puede mantenerse que la persecución de un interés privado legítimo [...] no tenga cabida en las finalidades expresadas en el preámbulo de la LTAIBG, que entre otras incluye la posibilidad de que los ciudadanos puedan "conocer cómo se toman las decisiones que les afectan", sin perjuicio además de que la solicitud de acceso a una información pública por razones de interés privado legítimo no carezca objetivamente de un interés público desde la perspectiva de la transparencia que fomenta la LTAIBG, pues puede contribuir -de forma indirecta si se quiere- a esa finalidad de la LTAIBG, reseñada en su preámbulo, de fiscalización de la actividad pública que contribuya a la necesaria regeneración democrática, promueva la eficiencia y eficacia del Estado y favorezca el crecimiento económico".

Pasamos, finalmente, a centrarnos en el límite por antonomasia al principio de transparencia que consagra la LCSP: el principio de confidencialidad, al que consagraremos un epígrafe diferenciado.



Capítulo 3. El delicado equilibrio entre confidencialidad y transparencia

3.1. El principio de la confidencialidad de las ofertas

La confidencialidad de las ofertas se protege expresamente en varios preceptos de la LCSP.

En relación con el secreto de las proposiciones y ofertas, el artículo 139.2 LCSP establece que "Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones".

El artículo 52, al regular el acceso al expediente en sede de REMC, dispone que "Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley."

Pero el artículo que sin duda más nos interesa aquí es el 133, que tiene por rúbrica, precisamente, la confidencialidad.

Este precepto sienta el principio general de prohibición de divulgación de la información designada por el licitador como confidencial: "Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley [...] 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."



Y a renglón seguido concreta dicha confidencialidad: "El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores."

Sin embargo, es necesario fijar unos límites para evitar un uso abusivo por los licitadores de esta facultad que la ley les confiere, y a tal efecto el precepto precisa que esta confidencialidad "no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario"; además, "Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles."

Esta regulación desarrolla y materializa las previsiones de la normativa europea de contratación. La confidencialidad se garantiza en el art. 21 de la Directiva 2014/24/UE: «el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas».

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, titulado "Confidencialidad de la documentación aportada por los licitadores", ya dictaminó sobre la adecuada interpretación de este precepto, en la idéntica redacción del artículo 124.1 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 (actual 133.1 de la LCSP):



“Este precepto hay que interpretarlo, en todo caso, de forma matizada teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

»1º) La adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia (artículos 1 y 123 de la Ley citada) que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes.

»2º) El conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso.

»3º) Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular su oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad.”

De estas premisas extrajo la La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado las siguientes conclusiones:

“1. La obligación de confidencialidad (...) sólo puede ser exigida respecto de aquellos extremos que hayan sido expresamente indicados por el licitador.

»2. La obligación de motivar el acto de adjudicación y de notificar los motivos de ésta a los interesados no implica la obligación de remitir copia de la totalidad de la documentación que integra las distintas proposiciones, sin perjuicio de que se ponga de manifiesto a todos los licitadores y candidatos con la finalidad de que puedan



fundar suficientemente los recursos que deseen interponer contra ella”.

En definitiva, como venimos diciendo desde el inicio del trabajo y como se pretendía enfatizar en la propia rúbrica de este epígrafe, se trata de una ponderación de distintos bienes jurídicos protegidos, que además se sitúa en la confluencia de dos bloques normativos cuya interacción no está exenta de fricciones, todo lo cual ha de sopesarse en un equilibrio sutil que no siempre es sencillo lograr.

De ahí la importancia de la motivación, siempre casuística, de la ponderación realizada, como pone de manifiesto la RTACRC nº 19/2016: «si el órgano de contratación considera que en la difícil ponderación entre el principio de confidencialidad y el principio de publicidad ha de prevalecer el primero, ha de justificarlo y motivarlo adecuadamente, identificando qué concreto derecho o interés legítimo del adjudicatario puede verse comprometido por el acceso al expediente y explicando en qué medida la naturaleza de los datos contenidos en el expediente han de ser protegidos del conocimiento por otro licitador. En definitiva, ha de pronunciarse y motivar de modo suficiente».

Se trata de una cuestión llamada a ser objeto de una conflictividad frecuente, por lo que existe una nutrida doctrina administrativa y jurisprudencial que delimita el alcance y contenido material de esta confidencialidad.

Como se ha puesto de manifiesto por CANDELA TALAVERO, “La confidencialidad se revela frecuente en los supuestos de baja temeraria y su informe justificativo (arts. 149 LCSP y 22 f/ Real Decreto 817/2009)



(Resoluciones nº 306/2022 de 10 de marzo del TACRC y nº 250/2022, de 30 junio del TACPCMad.).

Así en el curso del expediente, en caso que una empresa esté incurso en baja temeraria, se plantea con frecuencia la duda de la solicitud de acceso al expediente por quien no resultó adjudicatario. Caso que solicitara la documentación justificativa de la baja temeraria presentada, optar a facilitar esa documentación supone tener presente, que en el perfil del contratante se tiene que subir el informe justificativa de la baja y el acta de la Mesa de contratación, y que los licitadores al dictarse la notificación de la adjudicación, deben disponer de medios justificativos suficientes para conocer las causas de la decisión de adjudicación y si lo estiman, poder interponer recurso suficientemente motivado. Y para esto también se precisa que aquel expediente solicitado esté a disposición de quien no resultó adjudicatario (Informe nº 46/09, de 26 de febrero de 2010, de la JCCAE y Resolución nº 558/2020, de 23 de abril, del TACRC, Acuerdo nº 66/2015, de 29 de abril, del TACPCMad., Resolución nº 75/2018 de 6 de agosto de 2018 del TARCCyL)".¹²

Las Resoluciones 196/2016 y 58/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con cita de doctrina anterior, concretan los puntos esenciales a los que debe atenderse para evaluar si una información determinada merece o no la calificación de confidencial. En particular, ha de exigirse que el acceso a dicha

¹² CANDELA TALAVERO, J. E., La relación y conflicto de la transparencia y la confidencialidad en la contratación pública electrónica, en *Contratación Administrativa Práctica*, nº 182, 2022.



información constituya una ventaja competitiva; que sea desconocida por terceros; y que su divulgación sea susceptible de perturbar o falsear competencia en el mercado.

Como vemos, el núcleo de esta confidencialidad está conformado por una referencia a “los secretos técnicos o comerciales”, concepto de idéntica formulación, como hemos visto, en la normativa europea y en la doméstica, pero que no agota la materia ni zanja la cuestión, puesto que los tipos de información protegidos por el principio de confidencialidad se configuran normativamente como *numerus apertus* mediante la cláusula residual de “cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia”.

Pasemos, pues, al estudio de este concepto de secretos técnicos o comerciales, que pueden englobarse en la común denominación de secretos empresariales, tal y como ha sido perfilado por la doctrina administrativa y la jurisprudencia, a falta de mayores precisiones del legislador.

3.2. La protección jurídica de los secretos empresariales

Es necesario, de entrada, perfilar adecuadamente el concepto. Las Resoluciones 196/2016 y 58/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ya citadas, proporcionan un concepto doctrinal del secreto empresarial:

“el conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o



comercialización de productos, la prestación de servicios, y la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto”.

Pero quizá presente más interés la STS de 30 de abril de 2012 (rec.3243/2012) en la medida en que da contenido concreto a este concepto jurídico indeterminado y a estas previsiones normativas genéricas, proporcionando una aproximación factual y casuística al concepto de secreto empresarial:

«incluye, por ejemplo, documentación relativa a las características técnicas específicas de un nuevo producto, las líneas generales de una campaña publicitaria estratégica, una fórmula, un compuesto químico, el modelo para una máquina o el nombre de una empresa que se pretende absorber, pero no la relación de trabajos, trabajadores, maquinaria, facturación o cuenta de resultados».

En cualquier caso, como dijimos antes, estamos ante un concepto amplio y abierto, no susceptible de una enumeración taxativa, y que además se presta a una cierta laxitud terminológica, como han puesto de manifiesto BARRERO RODRÍGUEZ y GUICHOT REINA: “En fin, como puede comprobarse, los diferentes bloques normativos utilizan los términos confidencialidad, aspectos confidenciales, intereses económicos, intereses comerciales, intereses comerciales legítimos, secretos comerciales o incluso competencia leal. La intercambiabilidad de estos conceptos está asumida por la propia normativa de contratos.”



En suma, estos autores sintetizan el concepto y centran lúcidamente la esencia de la cuestión en estos términos: “En todos los casos, la idea subyacente es que debe vedarse del conocimiento ajeno la información que es el resultado original de una actividad desplegada en el ámbito empresarial, protegiendo de esta forma a sus titulares del aprovechamiento por parte de terceros de los frutos de esta labor.”¹³

Este es el verdadero conflicto subyacente, abstracción hecha de las denominaciones del concepto e incluso del concreto contenido material que se le quiera dar en cada supuesto concreto.

Pasemos, pues, al estudio de esa casuística en los pronunciamientos judiciales y doctrinales, tanto a nivel doméstico como europeo, estudio que haremos pivotar sobre la STJUE dictada en el asunto C-54/21 (Antea Polska), distinguiendo en el eje temporal el antes y el después de dicha sentencia.

Dejemos, sin embargo, apuntada una reflexión. Volviendo a la mentada sentencia nº 1519/2020, de 12 de noviembre de 2020 (rec. 5239/2019) del Tribunal Supremo, si en general es suficiente un “mero interés privado legítimo” para poder acudir al CTBG por vía de reclamación, ¿es consistente denegar este cauce en los casos en los que sí cabe recurso especial en materia de contratación?

¹³ BARRERO RODRÍGUEZ, C. y GUICHOT REINA, E., La transparencia en la contratación pública y sus límites, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 186-190.



Como expusimos, así parece entenderlo el CTBG, al menos hasta ahora, pero no así sus homólogos autonómicos. Como pone de manifiesto MARTÍN DELGADO,¹⁴ "El Consejo de Transparencia de Aragón ha tenido ocasión de declarar expresamente la compatibilidad de ambas vías de control en su Resolución 17/2018, de 16 de abril [...] [El Consejo de Transparencia de Aragón] discrepa de la imposibilidad de presentar reclamación ante el mismo en este tipo de supuestos, precisamente porque la normativa en materia de contratación pública no prevé un régimen específico de acceso a la información. Precisamente por ello, «la posibilidad de alegar las cuestiones relativas al acceso al expediente en el recurso especial previsto en la normativa de contratación, no excluye en ningún caso la competencia del CTAR en materia de derecho de acceso». Se alinea así con la interpretación amplia de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso de Cataluña en cuanto a la admisibilidad de la reclamación; entre otras, en su Resolución 21/2017, de 1 de febrero"

Parece lógico pensar que ese cauce estará siempre abierto en los casos en los que no cabe dicho recurso, bien por cuestiones objetivas o cuantitativas o bien sencillamente por haberse solicitado la información por un ciudadano ajeno al proceso de contratación, en base a ese "mero interés privado legítimo".

Y en el caso de que efectivamente se modifique la doctrina del CTBG en el sentido de habilitar este cauce

¹⁴ MARTÍN DELGADO, I.: "Transparencia y contratación pública: las difíciles relaciones entre dos bloques normativos conectados", en MARTÍN DELGADO, I. (dir.) y MORENO MOLINA, J.A. (dir.), *op. cit.*, p. 81



de la reclamación también en materia contractual, ¿será aplicable la limitación derivada de la protección de los secretos empresariales con el mismo alcance en ambos casos? Una respuesta negativa podría llevar a consecuencias indeseables, sobre las que volveremos más adelante.

Capítulo 4. Análisis casuístico de la jurisprudencia reciente: antecedentes y repercusiones de la STJUE de 17 de noviembre de 2022, Sala Cuarta, dictada en el asunto C-54/21 (ANTEA POLSKA Y OTROS)

Las problemáticas que venimos exponiendo han sido recientemente objeto de análisis por el TJUE en una sentencia que, si bien viene a integrarse en la estela de algunos pronunciamientos anteriores, tiene singular interés por su carácter exhaustivo y por la ponderación que lleva a cabo entre los distintos intereses en juego, con un enfoque omnicomprensivo que sistematiza la jurisprudencia en la materia.

4.1. Antecedentes de la sentencia

Debemos remontarnos a la STJUE de 14 febrero 2008, dictada en el asunto C450/06, Varec SA contra Bélgica, en la que ya se plantean con claridad los términos del equilibrio de intereses legítimos que debe lograrse al ponderar transparencia y confidencialidad, con especial referencia, además, a un principio de confianza legítima en la actuación del poder adjudicador.

En aquel pronunciamiento reflexionaba así el TJUE: "normalmente para la obtención de esas "ventajas"



industriales o comerciales, las empresas han invertido gran parte de su esfuerzo en capital humano y material; dicho esfuerzo sería inútil e iría en provecho de la competencia si se hiciera público», en virtud de lo cual concluye que “es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia”.

Es especialmente interesante la conexión que traza el Tribunal entre estas reflexiones y el principio de confianza legítima, en un sentido distinto al que estamos habituados en el Derecho Administrativo.

El TJUE habla de una confianza que no es ya solo una garantía o derecho del interesado, sino una *conditio sine qua non* para que sea efectiva la concurrencia y con ello se logre el mejor resultado posible para satisfacer el interés público: “Los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.”

Esta resolución conforma el cimiento de los posteriores pronunciamientos a nivel europeo en la materia, hasta el que aquí nos ocupa.

Procede detenerse a continuación en la STJUE de 29 de enero de 2013, asuntos acumulados T-339/10 y T-532/10, Cosepuri Soc.Coop.p.A. contra Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA, por sus siglas



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

en inglés). En este pronunciamiento, con cita además de otros anteriores, se reitera y refuerza tanto la garantía de la confidencialidad como ese entronque ya referido con el principio de confianza legítima:

«es preciso recordar que el principio de transparencia [...] debe conciliarse con la protección del interés público, de los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas y de la competencia leal, lo que justifica la posibilidad [...] de abstenerse de comunicar algunos datos a un licitador no seleccionado, cuando ello es necesario para garantizar el respeto de tales exigencias (sentencia del Tribunal de 10 de diciembre de 2009, Antwerpse Bouwwerken/Comisión, T-195/08, Rec. p. II-4439, apartado 84).

[...] tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa de la Unión en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores».

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de septiembre de 2016 se remitió a esta jurisprudencia sentada en el asunto Cosepuri/EFSA:

“(...) De la jurisprudencia resulta que las ofertas presentadas por los licitadores en una licitación pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación de la excepción relativa a la protección de los intereses



comerciales, debido, en particular, a los elementos económicos y técnicos que contienen las ofertas (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de enero de 2013, Cosepuri/EFSA, T-339/10 y T-532/10, EU:T:2013:38, apartado 95). (...). Esta restricción es inherente al objetivo de las normas de la Unión en materia de contratos públicos que se basa en una competencia no falseada. Para alcanzar dicho objetivo es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores”.

En idéntico sentido se pronuncia la sentencia de 15 de julio de 2021, asuntos acumulados C-584/20 y C-621/20, Comisión/Landesbank Baden-Württemberg.

Llegamos, en este estado de cosas, a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 7 de septiembre de 2021 (asunto C-927/19) recaída en una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania.

Esta resolución, dictada en el asunto C-927/19, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, constituye el antecedente inmediato de la sentencia Antea Polska. La sentencia extrapola este principio de confidencialidad también al ámbito de los recursos especiales en materia de contratación.

Con ello, la cuestión adquiere una nueva dimensión, puesto que no se trata ya (solo) de la ponderación de la confidencialidad con el derecho de acceso a la información o principio de transparencia, sino de la ponderación de la confidencialidad con el principio de



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

contradicción o igualdad de partes, la prohibición de indefensión y, en último término, la tutela judicial efectiva.

Considera en este sentido el Tribunal que “en un recurso relativo a un procedimiento de adjudicación de un contrato público, el principio de contradicción no supone para las partes un derecho de acceso ilimitado y absoluto a toda la información relativa al procedimiento de adjudicación [...] la obligación de facilitar al licitador excluido información suficiente para salvaguardar su derecho a la tutela judicial efectiva debe ponderarse con el derecho de otros operadores económicos a la protección de su información confidencial y de sus secretos comerciales”.

Se afirma igualmente que “un poder adjudicador ante el que un operador económico haya presentado una solicitud de comunicación de información considerada confidencial que figura en la oferta de un competidor al que se haya adjudicado el contrato no está obligado a comunicar esa información cuando su transmisión lleve a infringir las normas del Derecho de la Unión relativas a la protección de la información confidencial, aun cuando la solicitud del operador económico se presente en el marco de un recurso interpuesto por ese mismo operador en relación con la legalidad de la apreciación, por el poder adjudicador, de la oferta del competidor”.

Con ello llegamos, finalmente, a la sentencia de 17 de noviembre de 2022.



4.2. Análisis de la sentencia

En su sentencia de 17 de noviembre de 2022, Sala Cuarta, asunto C-54/21, el TJUE determina qué información debe considerarse protegida como secreto comercial a efectos de la confidencialidad de las ofertas.

La sentencia se dicta en respuesta a varias cuestiones prejudiciales suscitadas en un litigio en el que un licitador cuestiona el alcance de la confidencialidad en la información suministrada por los demás.

En cuanto al contexto fáctico de estas cuestiones prejudiciales, muy resumidamente diremos que la Państwowe Gospodarstwo wodne Wody Polskie (Empresa Estatal de Gestión del Agua de Polonia, a la que nos referiremos en lo sucesivo como el «poder adjudicador») convocó una licitación para la adjudicación de un contrato relativo a la gestión medioambiental de determinadas demarcaciones hidrográficas en Polonia.

Un licitador impugnó la adjudicación ante la Krajowa Izba Odwoławcza (Sala Nacional de Recursos), órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión prejudicial, a fin de obtener la anulación de la decisión de adjudicación del contrato a otro licitador, un nuevo examen de las ofertas y la divulgación de determinada información.

La Sala remitente plantea al TJUE el alcance de la confidencialidad de la información contenida en las ofertas de los licitadores.

Partimos de una normativa nacional que prevé que toda la información facilitada al poder adjudicador por un licitador, con la única excepción de los secretos



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

comerciales stricto sensu, sea comunicada al resto de licitadores.

Por lo tanto, la cuestión se plantea desde un doble punto de vista, en cierto modo, antagónico: si la amplitud de ese deber de transparencia es suficiente (al excluir los secretos comerciales) o si por el contrario es excesivo (al vulnerar el derecho a la confidencialidad de aspectos de la oferta que no sean propiamente secretos comerciales en sentido estricto).

El TJUE responde a tales cuestiones determinando que la Directiva 2014/24/UE protege un ámbito de confidencialidad más amplio que el de los secretos empresariales y analiza el alcance de la misma, ponderándola con las exigencias de transparencia y de tutela judicial efectiva.

Debemos remontarnos a las premisas del Derecho positivo a nivel comunitario. La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, contempla en su artículo 55, por una parte, que los licitadores tendrán derecho a conocer los motivos por los que el poder adjudicador ha desestimado su oferta.

Por otra parte, sin embargo, el mismo artículo admite que el poder adjudicador se abstenga de dar traslado a los demás licitadores de aquella información cuya divulgación pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, perjudicar los intereses comerciales legítimos de un operador económico o perjudicar la competencia leal.



Es decir, de entrada, el principio preponderante en el caso concreto planteado es el de confidencialidad, en el sentido de que dicha confidencialidad no está suficientemente protegida por una normativa nacional que la circunscribe a los secretos comerciales stricto sensu.

Se aprecia por el TJUE que, en una recta lectura de la normativa comunitaria citada, la confidencialidad va más allá que el secreto comercial, pues toda información que, sin tener tal consideración jurídica, pueda obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público o alterar la competencia en caso de ser divulgada, deberá ser reservada en aras de ese principio de confidencialidad, aunque no constituya secreto comercial.

De ello se colige que una normativa nacional como la que es objeto de las cuestiones prejudiciales, que exige que la información facilitada por un licitador se comunique a los demás con la única excepción de los secretos empresariales, es contraria al Derecho comunitario en el sentido de que no garantiza suficientemente dicho principio general de confidencialidad.

Pero el TJUE va más allá y matiza o delimita la cuestión también en sentido inverso, es decir: ¿qué es exactamente lo que exige, recíprocamente, el principio general de transparencia?

En este caso, más allá de las previsiones del Derecho positivo, se hace hincapié en la labor técnica de discernimiento que compete al poder adjudicador (y, por extensión, a los órganos de asistencia en el proceso de contratación).



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Estos órganos deberán calificar la información suministrada por los licitadores de forma efectiva y rigurosa, discriminando los aspectos que deben caer dentro del ámbito de protección de los bienes jurídicos expuestos, en su consagración comunitaria (aplicación de la ley, interés público, intereses comerciales legítimos y competencia leal), y por lo tanto no pueden limitarse a estimar, de forma acrítica, toda solicitud de confidencialidad de un licitador que pretenda invocar el secreto comercial.

En suma, el TJUE responde a la consulta de manera ambivalente, afilando el lápiz por las dos puntas: no solo los secretos comerciales son confidenciales, pero tampoco todos los pretendidos secretos comerciales son tales.

Para llegar a esta conclusión, el TJUE pondera delicadamente el principio de transparencia y el de confidencialidad, como principios esenciales específicos del ámbito de la contratación pública; invocando también, adicionalmente, los más generales de tutela judicial efectiva y de buena administración.

Por tanto, una práctica de los poderes adjudicadores nacionales consistente en estimar indiscriminadamente las solicitudes de confidencialidad basadas en el secreto comercial, sin una previa labor de "filtro" del concreto contenido de dicha información, es tan contraria al Derecho de la Unión.

La misma reprobación le merecen al TJUE, de este modo, el "exceso de celo" del Derecho positivo como la "manga ancha" de su aplicación práctica. Buscando el justo



medio entre los extremos, el TJUE llega a una serie de conclusiones de gran interés.

En primer lugar, el TJUE interpreta que los arts. 18.1 y 21.1 de la Directiva 2014/24/UE “se oponen a una normativa nacional en materia de contratación pública que exige que, con la única excepción de los secretos empresariales, la información transmitida por los licitadores a los poderes adjudicadores sea íntegramente publicada, así como a una práctica de los poderes adjudicadores que consiste en aceptar sistemáticamente las solicitudes de tratamiento confidencial en virtud del secreto empresarial”.

Ni la protección de la confidencialidad puede limitarse únicamente al secreto empresarial, ni tampoco cualquier solicitud de confidencialidad de los licitadores que invoque el secreto empresarial puede ser aceptada sistemáticamente.

En segundo lugar, el TJUE interpreta que los arts. 18.1, 21.1 y 55.3 de la Directiva 2014/24/UE exigen que el poder adjudicador aprecie si la información solicitada tiene un valor comercial que no se limita al contrato público de que se trate, de modo que su divulgación pueda menoscabar los intereses comerciales legítimos o la competencia leal.

En consecuencia, el poder adjudicador podrá denegar el acceso a tal información cuando, pese a no tener valor comercial, su divulgación pudiera obstaculizar la aplicación de la ley o ser contraria al interés público.

Finalmente, a modo de cláusula de salvaguarda, el TJUE precisa que cuando el resultado de esta ponderación conduzca a denegar el acceso a la información solicitada, el órgano de contratación deberá cuanto menos facilitar



al licitador el acceso al contenido esencial de dicha información, a fin de garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta resolución no rompe con la jurisprudencia anterior, como vemos. Ni siquiera le da una nueva orientación. Pero sí que la profundiza y desarrolla, perfilando los límites del principio de confidencialidad tanto en positivo como en negativo, y da pie a algunas reflexiones.

Se plantea, por ejemplo, la reflexión sobre en qué medida esta nueva doctrina sobre la delimitación del alcance de los secretos empresariales vinculará o afectará al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. En particular, en los casos en los que, a pesar de hallarnos en el ámbito de la contratación pública, no resulte aplicable la vía del recurso especial en materia de contratación, casos a los que antes hemos hecho referencia.

Piénsese, por ejemplo, en los casos en que el acceso a la información del expediente contractual se pretenda no ya por uno de los licitadores, sino por un tercero, un ciudadano ajeno al expediente. No cabrá en tal caso recurso especial, pero sí reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en caso de denegación de acceso. ¿Será aplicable en tal caso la doctrina expuesta sobre el concepto de secreto empresarial?

Cabe pensar que sí, en particular si recordamos que aún no está cerrada la cuestión de si puede acudirse a la reclamación ante el Consejo no ya alternativamente, sino cumulativamente a la vía del recurso especial. A ello parece apuntar la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2022, así como algunos



precedentes doctrinales de órganos análogos autonómicos.

Como ya adelantábamos, una interpretación distinta podría acabar abocando a una situación en la que el mismo órgano adoptase posiciones distintas sobre el mismo concepto jurídico indeterminado del secreto empresarial en función de si su intervención se produce a título principal, como único cauce reparador, o bien cumulativa o alternativamente respecto del recurso especial en materia de contratación.

Por esta razón la sentencia ha sido objeto de difusión y estudio¹⁵, al menos en nuestro país¹⁶, y se observa además que, se cite o no expresamente, ha inspirado de forma determinante una serie de pronunciamientos al respecto de órganos de recursos contractuales, tanto a nivel estatal como autonómico, algunos de los cuales mencionaremos para terminar.

¹⁵ CASTILLO BLANCO, FEDERICO (2022), *De nuevo sobre la confidencialidad de las ofertas: a propósito de la sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2022 (asunto C 54/21)*, accesible en línea en <https://www.acalsl.com/blog/2022/11/confidencialidad-de-las-ofertas-sentencia-tjue>, consultado por última vez el 18 de junio de 2023.

¹⁶ MOREO MARROIG, TERESA (2022), *Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2022. Transparencia versus confidencialidad*, accesible en línea en <https://www.teresamoreo.es/sentencia-del-tjue-de-17-de-noviembre-de-2022-transparencia-versus-confidencialidad/>, consultado por última vez el 17 de junio de 2023.



4.3. Repercusión de la sentencia

La Resolución nº 243/2023, de 3 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, desestima el recurso fundado, entre otras cosas, en la indefensión pretendidamente sufrida por la recurrente al considerar que no se le ha dado entrega de toda la oferta de la adjudicataria con el fin de formar bien su defensa, bajo el pretexto de su declaración de confidencialidad (artículo 133 de la LCSP).

El TACRC razona que “La estimación de esta pretensión en tal sentido tiene como presupuesto el incumplimiento, por parte del órgano de contratación, de la obligación de facilitar el acceso al expediente de contratación; en el supuesto examinado, el recurrente considera que no se le ha dado acceso completo a toda la documentación presentada por la propuesta como adjudicataria en lo tocante a las justificaciones de su oferta; cuestión ésta que ha sido contradicha en el informe elevado por el órgano de contratación.”

Acto seguido, analiza el comportamiento de la recurrente, que no formuló objeción ni observación alguna al recibir dicho expediente contractual, del que se excluían determinados aspectos de la oferta por razones de confidencialidad, con especial referencia al documento que recoge el Acta de Comparecencia a tal efecto, “pues el documento contiene un espacio específico denominado “Observaciones” que queda vacío. Nada se alega, nada se reprocha, nada se observa»”.

En vista de ello, el TACRC hace una ponderación del principio de confidencialidad con el derecho de acceso,



en el que este último cede, por atribuírsele un carácter instrumental y constatando, en ese sentido, que no se ha producido indefensión alguna, razonamiento en el que con toda evidencia ha pesado la posición expresada por el TJUE en el pronunciamiento antes analizado.

Así, concluye el TACRC en su FD Séptimo que “resulta manifiesto que el acceso al expediente goza de un carácter instrumental y ha de estar al servicio de la defensa de la recurrente cuando en realidad la negativa a su acceso le haya generado indefensión y, por ende, un quebranto de su derecho de defensa; cuestión ésta que no se aprecia en el presente caso, pues del conocimiento puntual de la oferta de la adjudicataria hace gala la extensa y la motivada fundamentación del presente recurso. Por todo ello, este motivo ha de ser desestimado.”

Algo similar se observa en la Resolución nº 437/2023, de 13 de abril, también del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuyo FD Sexto expone los antecedentes de un caso análogo:

“Entrando en el examen de la primera cuestión, esto es, si se han vulnerado las normas relativas al acceso a los documentos que conforman el expediente de contratación, sin justificación en el principio de confidencialidad, debe tenerse en cuenta que en el susodicho expediente consta, como se ha puesto de manifiesto en los antecedentes de hecho, diligencia en la que se informa haberle dado vista del mismo, salvo aquello que el propio licitador (adjudicatario) ha declarado secreto, principalmente todo lo referente a cuestiones de solvencia técnica.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe declara que ha actuado conforme a derecho porque se



trata de una información que el propio adjudicatario declaró confidencial y en este sentido no puede dar acceso a la misma puesto que esta confidencialidad no se extiende a todo el contenido de su oferta, sino que, por el contrario, únicamente se extiende al contenido de una concreta documentación tendente a desvirtuar la presunción de estar incurso en baja desproporcionada. Además, el resto de la documentación ha sido publicada o se le ha dado vista de ella sin más limitación que lo expresamente declarado como confidencial por el licitador, tal y como consta en el expediente. También se ha dado publicidad a todos los informes incluidos los que justifican que a pesar de la baja la oferta es viable.”

En vista de dicha analogía, el TACRC opta por remitirse a la resolución ya analizada anteriormente, para concluir que “difícilmente la falta de acceso a la información declarada confidencial puede causar indefensión al recurrente. Es por ello que esta pretensión del recurrente no puede prosperar.”

Como vemos, aunque la conexión es clara, el TACRC opta por no remitirse expresamente a la jurisprudencia del TJUE que hemos analizado.

Pero sí encontramos esta remisión expresa a nivel autonómico, concretamente en la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León nº 193/2022, de 15 de diciembre, por la que se estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Acciona Medio Ambiente, S.A., frente a la adjudicación del lote 1 del contrato del servicio de mantenimiento, conservación y reposición de la infraestructura verde urbana en el municipio de León.



Aquí observamos la otra cara de la moneda: en lugar de desestimar el recurso por considerar que el derecho de acceso al expediente es meramente instrumental y que no se ha producido indefensión alguna, como hace el TACRC en las resoluciones analizadas, aquí el TARCCYL constata que el órgano de contratación no ha motivado su decisión de denegar el acceso a determinada información en el caso concreto, más allá de una genérica e insuficiente alusión al principio de confidencialidad.

Así, razona el TARCCYL que “teniendo en cuenta que la confidencialidad debe limitarse a los aspectos concretos que tengan tal condición de acuerdo con lo expuesto, dado que el órgano de contratación no ha motivado su decisión más allá de la invocación de un genérico principio de confidencialidad, y ante la falta de justificación razonada de tal condición, se considera que se ha vulnerado el derecho de defensa de la recurrente, por lo que procede estimar el recurso.”.

Para llegar a ello, hace un repaso de la doctrina administrativa anterior, en la que se apoya: “este Tribunal ha venido manteniendo que es el órgano de contratación quien debe analizar y resolver motivadamente qué partes de la documentación de los licitadores son realmente confidenciales; criterio que también mantiene el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (por todas, la Resolución 1367/2022, de 3 de noviembre), al declarar que “La declaración de confidencialidad no vincula al órgano de contratación, que ante una solicitud de acceso debe examinar las proposiciones y determinar si ciertas partes de las mismas, aunque en su caso estén incluidas en la declaración de confidencialidad formulada por un



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

licitador, verdaderamente pueden ser divulgadas sin afectar a secretos técnicos o comerciales de las empresas”.

Y ello porque, de no hacerlo así, “se vulneraría el derecho de acceso a información suficiente para interponer un recurso especial debidamente fundado, limitando el derecho de defensa del licitador y causándole indefensión.”

El TARCCYL recuerda que los órganos de recursos especiales en materia de contratación vienen señalando, como criterios generales, que no es confidencial lo que el licitador no haya designado como tal previamente al recurso (Resolución 68/2016, de 24 de octubre, del propio TARCCYL) y que tal declaración debe ser sobre aspectos concretos, no sobre la totalidad de una proposición (Resolución 183/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y el Acuerdo 39/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

Por el contrario, sí son confidenciales, como regla general, las informaciones no accesibles al público y los datos empresariales que afecten a los intereses legítimos y a la competencia desleal (Acuerdo 10/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón), el listado de clientes de los servicios prestados a particulares, los listados de trabajadores, la titulación académica y experiencia profesional protegida por la normativa de protección de datos personales (Sentencia de 21 de septiembre de 2016, del Tribunal General de la Unión Europea, Asunto Secolux, T-363-14).



Y finalmente, el TARCCYL afirma que “Tales conclusiones vienen avaladas por la reciente sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 17 de noviembre de 2022 (asunto C-54/21)”, y haciendo aplicación de la jurisprudencia contenida en ella, ordena la retroacción del procedimiento para que el órgano de contratación “determine qué documentos de las ofertas considera confidenciales por contener secretos técnicos o comerciales en el sentido referido en esta resolución”.

Conclusiones

De todo lo expuesto podemos concluir que la protección de la confidencialidad y del secreto empresarial en el ámbito de la contratación pública ha de ponderarse con el principio general de transparencia, con el derecho de los licitadores al acceso al expediente y, en caso de interposición de recurso especial y/o de recurso contencioso-administrativo, también con el principio de contradicción, la prohibición de indefensión y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Dicha ponderación se basa en un equilibrio que no siempre resulta sencillo, por diversas causas.

En primer lugar, a causa de la complejidad normativa resultante de la interacción de dos bloques normativos, interacción no exenta de puntos de fricción en la medida en que estos bloques no siempre se encuentran debidamente sistematizados, ni armonizados sus ámbitos de aplicación, ni equiparado el sentido de la terminología empleada, ni supraordenados los bienes jurídicos protegidos en cada uno de los bloques.

En segundo lugar, a causa de la complejidad conceptual y terminológica. A diferencia de otros ordenamientos,



que parten de una identificación plena entre el ámbito de la confidencialidad y el del secreto empresarial, nuestro legislador opta por conceptualizar el ámbito de la confidencialidad como un *numerus apertus* que no se circunscribe a los secretos empresariales propiamente dichos, sino que abarca cualquier otra información susceptible de falsear la competencia.

Más aún, el propio concepto de secreto empresarial está lejos de ser unívoco. La propia normativa, así como la doctrina y la jurisprudencia, incurren en una profusión – cuando no confusión– terminológica para denotar un concepto jurídico indeterminado que, en definitiva, no termina de perfilarse sino en su aplicación casuística.

Este análisis casuístico de la ponderación entre confidencialidad y transparencia debe partir de la jurisprudencia europea y descender, pasando por nuestro Tribunal Supremo, hasta los pronunciamientos de los órganos de resolución de recursos contractuales, tanto a nivel central como autonómico (o en general, descentralizado).

La doctrina y la jurisprudencia, ya desde la STJUE Varec SA de 2008, habían ido consolidando la protección de la confidencialidad del secreto empresarial, como correlato necesario del principio de confianza legítima, y al mismo tiempo habían delimitado, tanto en positivo como en negativo, los perfiles del concepto.

Sobre lo anterior, la STJUE Antea Polska de 2022 supone una novedad en la medida en la que relativiza esta confidencialidad con un pronunciamiento omnicomprendivo y ambivalente: por una parte se opone a una normativa nacional que circunscriba la



confidencialidad exclusivamente al secreto empresarial; pero, por otra, se opone igualmente a una práctica de los órganos de contratación que admita acrítica y automáticamente cualquier solicitud de los licitadores de declarar confidencial cualquier aspecto de sus ofertas.

La consecuencia práctica de este pronunciamiento es que compete al órgano de contratación llevar a cabo un análisis caso por caso, con especial hincapié en la motivación de la decisión, para determinar qué información merece la calificación de confidencial, atendiendo a que sea efectivamente reservada, que constituya una ventaja competitiva y que sea susceptible de alterar la libre competencia en el mercado.

A raíz de esta sentencia, hemos observado pronunciamientos del TACRC que relativizan el derecho de acceso a la información, respetando la confidencialidad de la oferta adjudicataria en la medida en que no genera indefensión para los demás licitadores; pero, correlativamente, hemos observado también cómo en otros casos se desvirtúa esa confidencialidad en aras del principio de transparencia, cuando el órgano de contratación no ha motivado suficientemente ese juicio de valor con referencia al caso concreto y con aplicación de los criterios antedichos.

Y todo ello suscita, además, algunas preguntas en relación con la aplicación del régimen de transparencia que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, así como sus homólogos autonómicos, puedan estar llamados a realizar en los casos en los que resulte de aplicación no ya el régimen específico de la normativa contractual, sino el general de la Ley de Transparencia y Buen Gobierno, de acuerdo con lo expuesto más arriba.



¿Tendrá en tales casos acogida y aplicación la misma ponderación de intereses que ha fundado la decisión del TJUE en el supuesto Antea Polska?

Bibliografía

BARRERO RODRÍGUEZ, C. y GUICHOT REINA, E., La transparencia en la contratación pública y sus límites, Tirant lo Blanch, 2023.

CANDELA TALAVERO, J. E., La relación y conflicto de la transparencia y la confidencialidad en la contratación pública electrónica, en Contratación Administrativa Práctica, nº 182, 2022.

CERRILLO MARTÍNEZ, A.: «La integridad y la transparencia en la contratación pública», Anuario del Gobierno Local, n.º 1, 2018, pp. 77-127.

GAMERO CASADO y GALLEGO CÓRCOLES (coords.), Tratado de contratos del sector público, vol. 1, 2018 pp. 1951- 2019.

GIMENO FELIU, J. M. (dir.): «La transparencia en la contratación pública»: Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 807-808.

MARTÍN DELGADO, I.: "Transparencia y contratación pública: las difíciles relaciones entre dos bloques normativos conectados", en MARTÍN DELGADO, I. (dir.)



y MORENO MOLINA, J.A. (dir.), *Administración electrónica, transparencia y contratación pública a nivel autonómico*, Iustel, 2021, pp. 23 ss.

MARTÍN DELGADO, I.: «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», en MELLADO RUIZ, L.: *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública», en SORIANO GARCÍA, J. E. (dir.), *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1901-1931.



SEÑOR IA, SU ALGORITMO ME HA CONDENADO INJUSTAMENTE

D^a. Esther Molina Castañer

Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de
Violencia sobre la mujer de Paterna

Resumen: El uso de sistemas dotados de IA que adopta decisiones de forma autónoma lleva a plantearse muchas dudas sobre la asunción de la responsabilidad por los daños generados por dichas acciones. En primer lugar, hay que determinar quién es el sujeto responsable, en segundo lugar, si la autonomía del sistema de IA puede dotarle de una propia personalidad jurídica y patrimonio con el que responder o debe hacerlo un tercero. La objetivación de la responsabilidad por hecho ajeno es la solución más justa para que las víctimas puedan ser resarcidas en su reclamación para ello se analizan las *culpitas in vigilando, in educando y culpa in eligendo* asimilando por analogía la responsabilidad por sistemas de IA con la responsabilidad extracontractual actualmente existente en el sistema legislativo español. Es especialmente relevante observar la situación de los vehículos autónomos cuya regulación puede servir de antesala y ejemplo de lo que se avecina en los sistemas de IA. La



Administración de Justicia tiende a la mejora y eficiencia y se cuestiona el uso de programación algorítmica en el dictado de resoluciones y la asunción de responsabilidad en el caso de dictado de resoluciones injustas.

Abstract: The use of systems equipped with AI that make decisions autonomously leads to many doubts regarding the assumption of responsibility for the damages generated by said actions. Firstly, it is necessary to determine who is the responsible party, secondly, whether the autonomy of the AI system can provide it with its own legal personality and assets with which to respond or a third party should do so. The objectification of responsibility for another's act is the fairest solution so that the victims can be compensated in their claim. For this, the fault in monitoring, in educating and fault in choosing is analyzed, assimilating by analogy the responsibility for AI systems with the responsibility extracontractual law currently existing in the Spanish legislative system. It is especially relevant to observe the situation of autonomous vehicles, whose regulation can serve as a prelude and example of what is coming in AI systems. The Administration of Justice tends towards improvement and efficiency and the use of algorithmic programming in the issuance of resolutions and the assumption of responsibility in the case of issuance of unjust resolutions is questioned.

Palabras clave: Responsabilidad vicaria, equivalencia funcional, *culpa in eligendo*, *culpa in vigilando*, *culpa in educando*, responsabilidad aquiliana.



Key words: Vicarious liability, functional equivalence, guilt in choosing, guilt in watching, guilt in educating, aquilian responsibility.

1.- El conflicto sobre el reconocimiento de personalidad jurídica a los sistemas de IA.

Hay una cuestión muy relevante a la hora de exigir responsabilidad ¹y es si el sistema dotado de IA² fuerte puede estar dotado de personalidad jurídica propia³ o

¹ La Resolución del Parlamento Europeo refiere en el principio 56 que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas jurídicas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar.

² IA no es un objeto único y homogéneo: en realidad es un conjunto de ciencias y técnicas (matemática, estadística e AI no es un objeto único y homogéneo: en realidad es un conjunto de ciencias y técnicas (matemática, estadística e informática) capaces de procesar datos para diseñar tareas de procesamiento informático muy complejas. Para Pierre Lévy, "Inteligencia artificial y ciencias humanas", El blog de Pierre Levy. 8 de octubre de 2014, la inteligencia artificial es, de hecho, contenido para proporcionar una caja de herramientas heterogénea (reglas lógicas, sintaxis formales, métodos estadísticos, simulaciones neuronales o sociobiológicas, etc.) que no ofrece una solución general al problema del modelado matemático de la cognición humana.

³ Entre los autores que reconocen la atribución de personalidad jurídica a los sistemas de inteligencia artificial se encuentran NÚÑEZ ZORRILLA, M^a.C. , *Inteligencia artificial y responsabilidad civil. Régimen jurídico de los daños causados*



no⁴. La cuestión no es pacífica existiendo doctrina a favor de una y otra posición aunque la mayoritaria se decanta por la posición negativa⁵. Existe una posición de desconfianza al

por robots autónomos con inteligencia artificial, Edit. Reus, Madrid, 2019, págs. 37 a 39, a pesar de haber defendido antes la posición contraria.

⁴ La Resolución del Parlamento Europeo de 2017 habla de personalidad electrónica en el principio 57 letra f mencionando la posibilidad de "crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente".

⁵El Grupo de Expertos de 2019 indican que no tiene sentido hablar personalidad jurídica electrónica al alegar que es absolutamente innecesario y no aporta nada dado que la responsabilidad civil es de base patrimonial y dotar a la inteligencia artificial de un patrimonio implicaría una reforma legislativa profunda que plantearía problemas de toda índole (entre ellos de índole moral). No se ve la utilidad a dicho reconocimiento y si problemas como un posible levantamiento del velo electrónico. La respuesta a la reclamación de la responsabilidad por parte de las víctimas está en la regulación de reglas generales de responsabilidad civil de la Directiva 85/374/CEE, Roma II y el Reglamento de Protección de Datos de 2016. Es posible efectuar una reclamación ante una actuación defectuosa por la normativa de productos defectuosos.

En el mismo sentido la Propuesta del Reglamento de 27 de abril de 2020 refiere en los Considerandos previos que la inteligencia artificial no tiene personalidad jurídica ni conciencia humana y su única tarea es servir a la humanidad.



reconocimiento de la personalidad jurídica dado que en primer lugar, supondría una exclusión de responsabilidad para los fabricantes⁶. En segundo lugar, los robots al no tener voluntad en sus acciones ni intencionalidad no pueden realizar un efecto preventivo ni temen a las sanciones⁷. La tercera postura en contra se basa en la

En el ámbito doctrinal los autores que se posición en contra de reconocer la atribución de personalidad jurídica a los sistemas de inteligencia artificial son SANTOS GONZALEZ, M^a.J., "Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro", Revista Jurídica de la Universidad de León, nº 4, 2017 . pág. 41; ROGEL VIDEL, C., *Robots y personas*, en AA.VV. *Los robots y el Derecho* (dir. ROGEL VIDE), Colección jurídica general (Jornadas), Reus, Barcelona, 2018, pág. 110; BADILLO ARIAS, J.A. "Responsabilidad civil y aseguramiento obligatorio a los robots" en AA.VV.; *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos. Responsabilidad y aseguramiento* (dir. MONTERROSO CASADO, E.), Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; GÓMEZ GUTIÉRREZ y GARCÍA MICÓ, T.G., "Liability for artificial intelligence and other emergin technologies", *Indret*, 1, 2020, pág. 506; PLATERO ALCÓN, A., "Breves notas sobre el régimen de responsabilidad civil derivado de los sistemas de inteligencia artificial ", *Ius et scientia*, vol. 7, 2021, pág. 151; HERRERA DE LAS ERAS, R.. *Aspectos legales de la inteligencia artificial. Personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil*, Edit. Dykinson, Madrid, 2022, págs. 45 a 49.

⁶Esta posición es la defendida por ROGEL VIDE, C en la obra *Robots y personas...*ob. cit. págs. 21 y 22.

⁷Esta es la postura defendida por BERTOLÍN, A., *Artificial intelligence and civil liability* (estudio encargado por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo), julio 2020, págs. 45 y ss.



inutilidad de atribución de patrimonio al sistema de inteligencia artificial dado que el daño que se cause supondrá la atribución de un riesgo a la persona física o jurídica responsable⁸. Existen acusadas diferencias entre las personas jurídicas y los robots dados que las segundas son representadas por personas físicas, carecen de cuerpo físico, no pueden actuar por sí solas en cambio, los robots trabajan de forma autónoma sin necesidad que participen personas físicas en su relación con el entorno⁹. Algunos autores¹⁰ van más allá considerando que esta dotación de personalidad jurídica supondría una quiebra de los valores humanísticos. Otros autores, en cambio están a favor del reconocimiento de personalidad jurídica a los sistemas de IA constituyendo ésta una solución a la hora de imputar los daños generados. Se trataría de una ficción legal que resultaría muy conveniente en el ámbito jurídico. Como titular de obligaciones tendría

⁸A favor de esta postura se muestran PLATERO ALCÓN, A., "Breves notas sobre el régimen de responsabilidad civil derivado de los sistemas de inteligencia artificial", *Ius et scientia*, vol. 7, 2021, pág. 151 y DÍAZ ALBART, S., "Robots y responsabilidad civil" en AA.VV. Los robots y el Derecho (dir. ROGEL VIDE), Colección jurídica general (Jornadas), Reus, Barcelona, 2018, pág. 110.

⁹Esta es la postura de SANTOS GONZALEZ, M^a, J. "Regulación legal..." op. cit. pág. 41.

¹⁰GONZÁLEZ GRANADO, J., en "Robots y sujetos de derechos ¿hacia un concepto dataista de la persona?", 2018 y *De la persona y la personalidad algorítmica. A propósito de la personalidad jurídica de la inteligencia artificial. Colección de Bioética*. Observatori de Bioètica i Dret. Universitat de Barcelona. pág. 84.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

responsabilidad patrimonial¹¹. Esta postura favorece a los fabricantes que descargarían su responsabilidad en el sistema de IA fuerte al mismo tiempo que favorecía el desarrollo de la tecnología y la robótica. Los fabricantes emplearían en mayor nivel de diligencia debida y de seguridad en la creación de robots para eludir su responsabilidad por lo que los sistemas creados serían del mejor nivel de seguridad exigible o existente. La posición contraria, la que establece que no es posible dotar de personalidad jurídica a un sistema de IA generaría un efecto contrario, a saber el fabricante sería el único responsable, se desincentiva el desarrollo de la tecnología y para poder asumir la responsabilidad por los daños ocasionados el fabricante debería contratar un seguro de responsabilidad civil¹² cuyo coste repercutiría en el usuario final.

¹¹ En este sentido se pronuncia BARRIO ANDRÉS, M., "Hacia una personalidad electrónica para los robots, Revista de Derecho Privado", nº 2, marzo 2018, pág. 104. Algunos autores como GÓMEZ SALADO, M.A., establecen incluso la obligación de tributar de los robots en "Robótica, empleo y seguridad social. La cotización de los robots para salvar el actual estado de bienestar", Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y derecho de empleo, vol. 6, págs. 139 a 170. El Pacto de Toledo abrió las puertas a que los robots cotizaran en la Seguridad Social como mecanismo para mejorar los ingresos de la Seguridad Social.

¹²

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/06/12/midinero/1497262154_584990.html

Se adjunta la noticia de las aseguradoras de vehículos autónomos y la dificultad en el sector para adaptarse a la cobertura de riesgos hasta ahora inexistentes. Es un campo



2.-Responsabilidad por hecho ajeno.

En los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno existen *a priori* dos posibles escenarios, el primero que el responsable de reparar el daño haya cumplido de forma negligente en su causación o en segundo lugar, que a pesar de su actitud haya diligente deba responder del daño causado¹³. Nos encontramos ante un sistema objetivo de responsabilidad por el que se impone la obligación de indemnizar con independencia de que haya o no intervenido culpa o negligencia en la producción del daño. Según ROCA TRÍAS¹⁴, deben concurrir tres características en esta clase de responsabilidad: Se atribuye la responsabilidad por razón de la actividad desarrollada, independientemente de que el responsable haya o no incurrido en culpa. Los casos de responsabilidad objetiva han de estar determinados por una norma legal que así la imponga. Las causas de

que irá desarrollándose y creciendo por la necesidad del mercado y que al principio fijará altas primas para poder asumir riesgos inciertos, desconocidos y ante los que se desconoce la repercusión de la responsabilidad que tendrán que asumir en términos económicos.

¹³KARNER,E., GEISTFELD,M., KOCH,B., *Comparative law study on civil liability for artificial intelligence, studio encargado por la Comisión Europea*, Dirección General de Justicia y Consumidores, al european Law Institute (ELI), efectúa una comparativa de los diversos ordenamientos jurídicos europeos de la responsabilidad por hecho ajeno de la inteligencia artificial. pág. 12.

¹⁴ ROCA TRÍAS, E, *Derecho de daños, textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 302.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

exoneración del responsable son solamente la culpa exclusiva de la víctima y la fuerza mayor.

Esta postura presume la responsabilidad de la IA y exime de la prueba de culpa y relación de causalidad gracias a lo cual se evita el freno en el avance de la tecnología¹⁵. La responsabilidad vicaria¹⁶ supone asumir la

¹⁵ Esta posición se defiende por autores KOCH,B., BORGHETTI,J.B., MACHNIKOWSKI,P.,PICHONNAZ,P., RODRIGUEZ DE LAS REAS , BALLELL ,T., TWIGG-FLESNER.C., WENDERHORST,C., *Response of the European Law Institute (ELI) to the Public Consultation of the European commission on Civil Liability Adapting liability rules to the digital age and artificial intelligence*,10 de enero de 2022, pág. 30.

¹⁶ Para la RAE se da la responsabilidad vicaria en aquellos casos en los que un individuo o una organización principal (a quien nuestro código denomina el "autor indirecto") resulta responsable por las acciones o actos dañinos de terceras personas vinculadas al primero por intermedio de relaciones de agencia, dependencia o similares (a las cuales nuestro código denomina como "autor directo") –esto es, por las acciones o actos dañinos de sus servidores o agentes.

El CC regula esta responsabilidad en el art. 1981 al indicar: "Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria". Para PATRÓN, C.A., "¿AMO O SIRVIENTE? Consideraciones funcionales en torno a la responsabilidad vicaria a propósito del artículo 1981 del Código Civil" la responsabilidad vicaria "se erige como un mecanismo dirigido a ampliar el número de potenciales responsables hasta dar con uno que tenga la solvencia necesaria para afrontar el pago de la indemnización". Para el autor por la "responsabilidad vicaria es, en estricto, un supuesto de responsabilidad por un



responsabilidad sin que se le pueda eximir de la misma aunque no se pruebe su culpa. La responsabilidad civil extracontractual tiene una función indemnizatoria (o, si se quiere, resarcitoria o reparativa), la punitiva y la preventiva en palabras de DIEZ PICAZO¹⁷. La responsabilidad vicaria, dentro del contexto de daños causados se desplaza de los subordinados humanos a las máquinas donde ya no existen relaciones laborales o de trabajo dependiente en organizaciones empresariales sino algoritmos programados con el código fuente del fabricante o programador. Si para DE TRAZEGNIES “Todos se benefician con la actividad productiva en la empresa (el principal que obtiene ganancias, los servidores que trabajan, la sociedad que cuenta con los productos que desea), y asignando responsabilidad al principal (quien a su vez la trasladará al público por intermedio de los sistemas de precios y seguros), todos comparten el peso económico de los daños estadísticamente inevitables”¹⁸, hay que valorar el beneficio general con el uso de IA. Para la Administración de Justicia una reducción en costes humanos y temporales por el uso de IA fuerte podría incrementar la

hecho ajeno –una excepción al principio de responsabilidad individual por actos u omisiones propias. El principal resulta obligado al pago de la indemnización únicamente por disposición expresa de la ley y no por las consecuencias de sus conductas o de su obrar (no por un obrar directo y culposo)”.

¹⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis. “Derecho de Daños”. Madrid: Civitas. 1999. p. 42-63.

¹⁸ DE TRAZEGNIES. Op. Cit. pp. 471-472; SANTOS BRIZ, Jaime. “La Responsabilidad Civil, Derecho Sustantivo y Derecho Procesal”. Séptima edición. Tomo I. Madrid: Montecorvo. 1993.



eficacia y los tiempos en el servicio de la justicia y suponer un incentivo que justificara la asunción de una responsabilidad vicaria en supuestos de enjuiciamiento erróneo o equivoco. La cuestión es si existe un límite inasumible en la delegación del enjuiciamiento o si hay que reconocer que no todos los enjuiciamientos son susceptibles de delegación debido a los derechos fundamentales en juego. Es decir, si se puede compensar todo daño dado que se asume el riesgo que se genera o existen algunos daños que no deben poder ser creados dado que hay tareas que no son susceptibles de ser delegadas a la IA, como el enjuiciamiento civil o penal.

El principio de equivalencia funcional conlleva que “la víctima de daños recibirá el mismo trato que si la actividad fuera realizada por un ser humano”¹⁹. GÓMEZ-RIESCO TABERNER DE PAZ²⁰ menciona la posibilidad de tratar a la inteligencia artificial como a un *cuasiagente* o auxiliar que responde de los daños que cause²¹. Por ello se aplica de forma analógica la responsabilidad civil por

¹⁹ ATIENZA NAVARRO, M^a.L., *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, edit. Atelier, libros jurídicos, pág. 215.

²⁰ GÓMEZ-RIESCO TABERNER DE PAZ, j., “Los robots y la responsabilidad civil extracontractual” en AA:VV: *Derecho de los robots*. (dir. BARIO ANDRÉS, M.) Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pág. 117.

²¹ DIEZ SPELZ, J.F., “¿Robots con derechos?: la frontera entre lo humano y lo no-humano. Reflexiones desde la teoría de los derechos humanos”, *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, vol. 15, nº 48, julio-diciembre, 2021.pág. 269, ve en esta equivalencia la solución al problema de la asunción de la responsabilidad civil.



hecho ajeno. Tanto el Grupo de Expertos en Informe de 2019 como diversos autores ²²están a favor de la aplicación analógica de la responsabilidad de los sistemas de inteligencia artificial por hecho ajeno al igual que si se tratara de la responsabilidad cuando el acto está realizado por un humano.

3.- Culpa del agente.

No está previsto el ámbito de protección del régimen especial de responsabilidad civil de productos del Real Decreto Legislativo 1/2007 para los daños causados entre empresas, los daños causados a profesionales, así como cualquier otro daño personal o material, cuando éstos afecten a bienes o servicios no destinados al uso o consumo privados.

En este caso debe regirse por la responsabilidad extracontractual o aquiliana²³ prevista en el artículo

²² KOCH, B., BORGHETTI, J.B., MACHNIKOWSKI, P., PICHONNAZ, P., RODRIGUEZ DE LAS REAS, BALLELL, T., TWIGG-FLESNER, C., WENDERHORST, C., *Response of the European Law Institute...ob.cit. pág. 31.*

²³ Según ATILIO ANIBAL ALTERINI en *Contornos actuales de la Responsabilidad Civil*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 49 la Ley de las XII Tablas supuso el origen de la responsabilidad contractual y la *Lex Aquilia*, el de la responsabilidad extracontractual. Esta *Lex* constituye origen del moderno régimen de responsabilidad civil extracontractual de los ordenamientos que son parte del sistema jurídico romanista.



1902 del CC y en especial el art. 1903 ²⁴del CC refiere la responsabilidad extracontractual con las categorías *de culpa in vigilando*, *culpa in educando* y *culpa in eligendo*.

3.1. Culpa in vigilando.

²⁴. Reza el art. 1903 CC: "La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño".



La *culpa in vigilando* se define en la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 30 marzo 2007, rec. 4169/1999²⁵, como la infracción del deber de cuidado reprochable al empresario en la selección de dependientes o en el control de la actividad por estos desarrollada²⁶. Se introduce la figura extendida en el derecho anglosajón, del "keeping track" o encargado de llevar a cabo la labor de supervisión de los empleados. Asimismo en razón a actividades que notoriamente son peligrosas se produce una inversión de la carga de la prueba remitiéndose a la fundamentación de las sentencias de 13 de diciembre de 1990, 5 de diciembre de 1991, 20 de enero, 11 de febrero, 25 de febrero, 8 de abril y 22 de septiembre de 1992, 10 de marzo y 9 de julio de 1994 y 8 de octubre de 1996.

También se remite a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, en cuyo artículo 25 se establece que el consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba

²⁵ ECLI:ES:TS:2007:1972

²⁶ La STS de 1 junio 2010, rec. 1028/2007 (ECLI:ES:TS:2010:2652) remite a a la STS de 30 de diciembre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:18501) que fija los requisitos de la *culpa in vigilando* como a) La existencia de una relación de dependencia del autor del daño con la entidad de la que depende; b) Nexo causal entre la actuación productora del daño y la omisión de la obligación de control del superior jerárquico y c) La presunción de culpa solo desaparece con la prueba del superior jerárquico de que adoptó las medidas de control y vigilancia para evitar el daño.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

responder civilmente, disponiendo el artículo 26 que "las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquéllos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad"²⁷. En los sistemas de IA la *culpa in vigilando se debería a una valoración negativa de la conducta del agente material del daño* . Los robots deben ser negligentes en sus actuaciones para que se dé esta responsabilidad . Para valora esta negligencia debe

²⁷ En el art. 28.2 se incluyen sectores en los que se exige la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario como son higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños. El sistema de IA deberá incluirse dentro del ámbito de exigencia de nivel de garantía para el consumidor. También es importante que se realice un control sobre el adecuado uso de los datos. Su uso debe estar autorizado para fines específicos y legítimos, no deben utilizarse de manera incompatible con dichos fines y no deben procesarse de manera que el interesado pueda considerarlos inesperados, inapropiados o cuestionables (principio de lealtad). La cuestión de la reutilización de datos personales, haciéndolos ampliamente accesibles, debe manejarse con la mayor precaución.



compararse con la conducta de la tecnología del mercado y no con la conducta de un ser humano²⁸. Podríamos asimilar esta culpa in vigilando en los sistemas de IA a los casos en los que fuera programa para enjuiciar y existieran desviaciones del algoritmo que no fueran observadas y generara desigualdades en base al sujeto enjuiciado y no existiera una persona que ante dicha disfunción evitara la notificación de la sentencia hasta que se ajustara el algoritmo para eliminar la discriminación.

3.2 Culpa in educando.

Es especialmente relevante la reflexión de Flora Vicent²⁹ "Codificar un algoritmo es como escribir un texto, una tarea en la que hay una parte de subjetividad, que se manifiesta en la selección de las palabras y los giros lingüísticos, aunque uno tenga la impresión de que escribe un texto muy objetivo. Para identificar los prejuicios, nuestra operación consistió en diseccionar las diversas fases de lo que se denomina "el contagio sexista". Porque en el origen de un algoritmo prejuiciado no existe una causa única; al contrario, es el fruto de una concatenación de causas que intervienen en las

²⁸ KOCH, B., BORGHETTI, J. B., MACHNIKOWSKI, P., PICHONNAZ, P., RODRIGUEZ DE LAS REAS, BALLELL, T., TWIGG-FLESNER, C., WENDERHORST, C., *Response of the European Law Institute (ELI) ...op.cit* pág. 31.

²⁹ <https://courier.unesco.org/es/articles/hay-que-educar-los-algoritmos>

FLORA VICENT, AUDE BERNHEIM, "Hay que educar a los algoritmos", *El Correo de la Unesco*, 3, págs. 42-45.



distintas etapas de su elaboración. En efecto, si las personas que codifican, prueban, encargan y utilizan un algoritmo no son conscientes de esos posibles prejuicios, tienden a reproducirlos. Porque, en la gran mayoría de los casos, esas personas no se han propuesto discriminar a nadie. La mayor parte del tiempo, no hacemos otra cosa que reproducir los estereotipos inconscientes forjados a lo largo de nuestra vida y nuestra educación". Aude Bernheim recuerda "la importancia de que las bases de datos están dotadas de toda la diversidad de la población manifestando que algunas empresas ya trabajan sobre bancos de datos que tienen en cuenta las diferencias de sexo, nacionalidad o morfología. También existen empresas especializadas en la elaboración de herramientas que permiten evaluar los algoritmos y determinar si contienen prejuicios". Por ejemplo el colectivo *Data for Good*, reflexiona acerca de los medios de poner los algoritmos al servicio del interés general redactando una carta de ética titulada "El juramento hipocrático para los científicos de la informática"³⁰, que establece una lista de parámetros

³⁰ <https://ingenieriadesoftware.es/juramento-hipocratico-programador/>

El contenido del juramento del programador incluye los siguientes compromisos: *Para defender y preservar el honor de la profesión de programador, prometo que, en la medida de mis capacidades y buen juicio:*

1. *No produciré código dañino* <- Ya sea código dañino para el cliente o para mis compañeros. Es dañino todo tipo de código que tú o tus compañeros consideren como tal.
2. *El código que escriba será siempre mi mejor trabajo. No dejaré de forma consciente que el código*



- defectuoso (en forma o comportamiento) se acumule*
<- No dejes que un mal código forme parte de una nueva versión del software. Y si, debido a algún tipo de emergencia, tuviste que permitirlo, no dejes que se quede ahí para siempre.
3. *Produciré para cada nueva versión, una prueba rápida, segura y repetible de que el código funciona como debería* <- Hay que ser capaz de explicar y demostrar que los cambios en el código que hemos hecho no rompen nada y que efectivamente solucionan el problema.
 4. *Organizaré las nuevas versiones de forma que sean pequeñas y frecuentes, para así no obstaculizar el progreso de los demás* <- Todo lo que hagas hazlo en pequeños pasos. Así no bloqueas a los demás.
 5. *Mejoraré mi código sin descanso y sin piedad a cada oportunidad. Nunca lo degradaré o haré peor*
 6. *Haré todo lo que pueda para mantener mi productividad, y la de los demás, tan alta como sea posible. No haré nada que la perjudique* <- Sois un equipo, ten siempre en mente los demás a la hora de diseñar tu propia estrategia.
 7. *Me aseguraré continuamente de qué otros puedan cubrirme la espalda y yo la suya* <- Tienes que conocer cómo funciona el código de tus compañeros, donde están los documentos importantes, ... No puede haber silos. Una manera de facilitarlos es con [pair programming](#). Sois un equipo, no un conjunto de individuos.
 8. *Mis estimaciones serán honestas tanto en magnitud como en precisión. No haré promesas sin estar seguro de ellas* <- Las promesas hay que cumplirlas. Asegúrate antes de hacerlas. Mejor hacer estimaciones dando el número para el caso mejor, peor y "nominal" (aquél en el que las cosas van como deberían) y asegurarse que el cliente entiende que el caso peor puede realmente darse.



específicos que es preciso verificar antes de aplicar un algoritmo para asegurarse de que no es discriminatorio.

El fabricante o programador sería responsable de no atender esa tarea de observar y corregir la programación del algoritmo³¹. Una aplicación analógica³² a la

-
9. *Nunca dejaré de aprender y mejorar mis habilidades*
<- El aprendizaje tiene que ser continuo. Aprende nuevos lenguajes, *frameworks*, técnicas,... sin parar

³¹ Uno de los motivos para reclamar responsabilidad puede derivar como afirman KEARNS, M., y ROTH, A., «El algoritmo ético», Ed. LA LEY, octubre «Los problemas derivan del propio diseño algorítmico, sobre todo cuando se maneja aprendizaje automático. menoscabando los derechos básicos de los ciudadanos individuales. Conjuntos de datos supuestamente anonimizados y modelos estadísticos filtran rutinariamente nuestra información personal más confidencial.»

³² El problema de la aplicación analógica de la responsabilidad extracontractual para la doctrina se centra en el listado cerrado de supuestos en los que es posible la aplicación prevista en el art. 1903 CC, limitando por tanto el legislador los supuestos a los que cabe aplicarla. Esta es la postura de ROGEL VIDE, C., "La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a la patria potestad o tutela".ADC, 1976,pág. 127. En cambio, otros autores están a favor de esta aplicación analógica fundamentando su postura en el art. 4 CC cuando se den las mismas características de jerarquía, subordinación o custodia ue generen una identidad de razón. Entre estos autores se encuentran ÁNGEL YAGÜEZ, R., "Comentario al art. 1903 del Código Civil"., en comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2º edición, o GÓMEZ CALLE, E., " Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil por hecho ajeno" en AA.VV. Tratado de responsabilidad civil.



responsabilidad basada en la culpa in educando nos lleva a analizar la reciente SAP de Oviedo , recurso 26/24 de 23 de abril de 2024³³ donde se recoge la "culpa in educando", como el comportamiento irregular del menor, ya que, dada la inconsciencia propia de éste, la actuación omisiva de sus progenitores participa, en nexa causal, a la efectividad del accidente, resultando causa eficiente para la producción del hecho lesivo, puesto que es causa eficiente para producir el resultado aquella que, aún en concurrencia con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última (S.S T.S 11.3.94 ,16.5.00 ...). Debiendo entenderse que el comportamiento irregular es el del sistema dotado de IA y la responsabilidad es del fabricante y programador en lugar del progenitor. Los formadores o educadores del robot también se consideran responsables de los daños por defectos en la formación³⁴.La Resolución del Parlamento Europeo de 2017 establece en el Considerando W que se ha creado una Carta sobre robótica elaborada con la asistencia de la Unidad de Prospectiva Científica (STOA) de la DG European Parliament Research Service, en la que se propone un código de conducta ética para los ingenieros en robótica, un código deontológico para los comités de ética de la

(coord. REGLERO CAMPOS, L.F.) , tomo I, pate general, 4ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2014. Pág. 1170. A favor de esta postura también está la jurisprudencia, en concreto la SAP Alicante 589/2024, recurso 1042/2022 de 9 de mayo de 2024 (ECLI:ES:APA:2024:589).

³³ ECLI:ES: APO:2024:1755

³⁴ ERCILLA GARCIA, J. "Aproximación a una personalidad específica para los robots. *Approach to a specific legal status for robots*",Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías., nº47, 2018, pág. 12.



investigación, una licencia para los diseñadores y una licencia para los usuarios que hay que seguir en la educación del robot.

El Parlamento Europeo instó en 2020 a la Comisión Europea a través de *Parliament's right of legislative initiative*³⁵ a que desarrollara los principios éticos y las obligaciones jurídicas ligados al desarrollo, la implantación y el uso en la Unión de la inteligencia artificial, la robótica u otras tecnologías relacionadas (incluido el software, los algoritmos y los datos). Las normas se aplicarían a cualquier actividad de inteligencia artificial, física o virtual, que provoque daños o perjuicios a la vida, la salud, la integridad física o la propiedad, o que provoque daños inmateriales significativos que den lugar a una «pérdida económica verificable». Aunque las tecnologías con inteligencia artificial que presentan un riesgo elevado son todavía poco comunes, los eurodiputados consideran que quienes las operan deberían tener un seguro similar al de los vehículos de motor.

3.3. Culpa in eligendo.

En tercer lugar, en relación con la *culpa in eligendo*, es reiterada la doctrina jurisprudencial que declara que, como norma general, en aquellos supuestos en que el comitente encarga la realización de una obra a una

³⁵ La iniciativa se aprobó por 559 votos a favor, 44 en contra y 88 abstenciones en octubre de 2020.



persona o empresa adecuadamente cualificada para ello, aquél no responde de los daños causados por la actuación negligente del contratista ya que ninguna mayor diligencia puede exigirse a una persona que encomendar una determinada actividad a quien profesionalmente le corresponde realizarla. (SSTS 21 de noviembre de 1998, 18 de marzo de 2000, 6 de mayo de 2000, 24 de julio de 2000, 29 septiembre de 2000, 7 de abril de 2004, entre otras). En cambio, cabe imputar una responsabilidad extracontractual a la empresa comitente cuando se advierta una negligencia en la elección del contratista con relación a su falta de idoneidad profesional respecto de la dificultad o complejidad que presenta la obra objeto de encargo (culpa in eligendo). Este sería el caso de la responsabilidad de la Administración por la responsabilidad generada por un sistema de IA cuando el fabricante o programador no fuera idóneo para asumir la tarea encomendada.

MÓNICA NAVARRO³⁶ analiza la responsabilidad por daños generada por el uso de El nivel 5 es el de automatización completa, es el vehículo totalmente autónomo³⁷, en cualquier entorno. Los fabricantes

³⁶ NAVARRO-MICHEL. M., "Vehículos automatizados y responsabilidad por productos defectuosos". *Revista de Derecho Civil. vol. VII, núm. 5* (octubre-diciembre, 2020).pág. 180.

³⁷ La Ley de 35/2015, de 22 de septiembre, que modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, establece en su art. 1.1. que el conductor de vehículos a motor es legalmente



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

pueden ir incrementando progresivamente la automatización de los vehículos hasta llegar a la autonomía completa. Esta es la vía utilizada por Tesla, cuyos coches disponen de un hardware que permite la introducción de tecnología autónoma, mediante actualización progresiva del software. Pero también pueden optar por ir directamente al nivel más alto de automatización, evitando el nivel que puede generar

responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos a la culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; «no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos». La no equiparación legal a los supuestos de fuerza mayor, como causa de exoneración de responsabilidad, de los defectos del vehículo, ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos, impide su invocación por parte del conductor del vehículo que será el responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción del mismo, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. No existe en la actualidad en España una regulación que establezca la responsabilidad por los daños generados por el uso de un automóvil plenamente autónomo y que no dependa del ser humano, se encuentra pendiente de desarrollo y su regulación estará condicionada a la mayor implementación de estos vehículos y la previsión de la responsabilidad que suponga su uso.



más problemas, que es el nivel 3³⁸. Esta es la vía elegida por Google.

El art.136 TRLGDCU, «se considera producto cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad», el sistema de IA se considera producto. Más dudas de calificación jurídica (¿es producto o servicio?) genera el software³⁹. Para la autora “El software preinstalado en el vehículo en el momento de puesta en circulación del producto se puede considerar un componente del mismo⁴⁰. Mayores dificultades

³⁸ El vehículo de nivel 3 es el que cuenta con una automatización condicional, es decir el vehículo realiza las funciones de conducción y, si detecta un fallo en el sistema o una situación de peligro en el entorno, avisa al usuario del vehículo para que asuma la conducción. El usuario de vehículo sólo tendrá que conducir si el vehículo solicita su intervención (*request to intervene*).

³⁹ Se han ocupado de esta cuestión RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «La responsabilidad por “software” defectuoso en la contratación mercantil», Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, nº 10, (2006), pp. 83-110. BIB 2006/108; PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, «Comentario a los artículos 135-146», en Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, 2^a edición, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1931-2066, en p. 1934; HERNÁEZ ESTEBAN, Elena, «Inteligencia artificial y vehículos autónomos: el régimen de la responsabilidad civil ante los nuevos retos tecnológicos», Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, (2019), nº 49, pp. 197-243, en p. 217.

⁴⁰ La Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019 reconocen el software como producto. Según el criterio de funcionalidad, cuando el



plantean las actualizaciones posteriores del software o el suministro de software sin soporte material, online, y acaso por empresa distinta del fabricante del vehículo". El paralelismo conlleva a deducir que un sistema dotado de IA completamente autónomo dictaría resoluciones judiciales basadas en su programación. Su software se iría actualizando a medida que existieran cambios legislativos o jurisprudenciales que virarían la posición a la hora de dictar una resolución. En cambio, un sistema de IA asimilado al del vehículo de novel 3 sería el que dictaría las resoluciones habituales y cuando existiera un riesgo por la vulnerabilidad de los sujetos intervinientes (imaginemos el supuesto de menores, personas sujetas a medidas de apoyo o de avanzada edad) o una extrema dificultad en el dictado por la inexistencia de registros en su programación requiriera de la actividad humana.

Se distinguiría el software inicial del sistema de IA, que tendría una responsabilidad como producto y la posterior actualización del mismo, que podría ser prestada por otro programador, que se consideraría servicio.

Para MÓNICA NAVARRO "Los defectos de un producto pueden ser de diseño, de fabricación o de información. Esta clasificación no está expresamente recogida en la Directiva ni en el TRLGDCU, pero la doctrina y la jurisprudencia la manejan, por su utilidad. . El defecto de diseño afecta a la totalidad de los productos y es atribuible a la concepción, estructura o diseño del

software es esencial para el funcionamiento del producto, debe ser considerado un producto. En cambio, el software que se ajusta a las especificaciones del adquirente se considera un servicio.



producto; el defecto de fabricación aparece en productos de una serie determinada, y es atribuible a la cadena de producción; el defecto de información deriva de la información insuficiente o inadecuada sobre los riesgos del producto o sobre las instrucciones de uso correcto del mismo, el fabricante que decide no reducir el riesgo no es negligente. El productor será responsable si pudiera haber garantizado una mayor seguridad del producto a un coste razonable y sin reducir su utilidad.⁴¹. El uso inadecuado exonera de responsabilidad al fabricante; el uso inadecuado previsible, no. Entre las circunstancias a tener en cuenta para determinar el concepto de defecto, el art. 137.1 TRLGDCU incluye «el uso razonablemente previsible del mismo». El perjudicado deberá demostrar el daño, el defecto y la relación de causalidad entre este y aquel (art. 139 TRLGDCU) siendo esta carga de la prueba muy difícil para el perjudicado, por lo que el Grupo de expertos de responsabilidad y nuevas tecnologías en la conclusión 15ª señala que, si se demuestra que una tecnología digital ha causado el daño, debe invertirse la carga de la prueba del defecto, cuando existen dificultades o costos desproporcionados para la víctima⁴². El origen del daño puede alojarse en el sesgo programado por el desarrollador con la gran dificultad de prueba que conlleva para el perjudicado⁴³.

⁴¹ NAVARRO-MICHEL. M., "Vehículos automatizados y responsabilidad por ...op.cit. pág. 184.

⁴² Grupo de Expertos de Responsabilidad y Nuevas Tecnologías, Liability for Artificial Intelligence and other Emerging Digital Technologies. págs. 42-43.

⁴³ El Libro Blanco de la Comisión Europea sobre IA emitido en Bruselas el 19 de febrero de 2020 establece que "estos riesgos pueden ser resultado de defectos en el diseño general de los



La conclusión 23ª alude al incumplimiento de normas de ciberseguridad, que deben llevar a una inversión de la carga de la prueba de la relación de causalidad y/o del defecto⁴⁴. El Parlamento Europeo, dictó el 20 de octubre de 2020 un Reglamento con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial ([2020/2014\(INL\)](#)), en su Considerando H dispone que ciertos sistemas de IA presentan importantes retos jurídicos para el actual marco de responsabilidad civil y podrían dar lugar a situaciones en las que su opacidad podría hacer extremadamente costoso, o incluso imposible, determinar quién controlaba el riesgo asociado al sistema de IA o qué código, entrada o datos han provocado en última instancia el funcionamiento lesivo; que este factor podría dificultar la identificación de la relación entre el daño o perjuicio y el comportamiento que lo causa, con el resultado de que las víctimas podrían no recibir una indemnización adecuada. Asimismo se reconoce el principio de equivalencia funcional en el Considerando J al referir un procedimiento de indemnización justo supone que cada persona que sufra un daño causado por sistemas de IA o que sufra un menoscabo al patrimonio causado por sistemas de IA debe tener el mismo nivel de protección

sistemas de IA o del uso de datos que puedan ser sesgados sin una corrección previa, en uno u otro caso la quiebra de los derechos fundamentales, de protección de los datos personales, privacidad y no discriminación puede generar la exigencia de responsabilidad civil”.

⁴⁴ Grupo de Expertos de Responsabilidad y Nuevas Tecnologías, Liability for Artificial ...op.cit.págs.48-49.



que en aquellos casos en que no haya implicación de un sistema de IA⁴⁵; que el usuario necesita estar seguro de que el posible perjuicio causado por sistemas que utilicen IA está cubierto por un seguro adecuado y de que existe una vía jurídica definida para el resarcimiento. La responsabilidad es del operador⁴⁶. Por

⁴⁵ Por ello el juzgador aplicará los principios prohibición de «*non liquet*» según el cual el juez no puede abstenerse de dictar sentencia en aquellos casos en los que no hubiera alcanzado un convencimiento suficiente para hacerlo y el «principio de no alteración del derecho preexistente» que pretende las reglas no supongan una modificación sustancial del Derecho existente tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

⁴⁶ El punto 12 del Reglamento de 20 de octubre de 2020 del Parlamento Europeo establece que por «operador» se entienda tanto al operador final como al operador inicial, siempre que a este último no se le aplique la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos; señala que por «operador final» debe entenderse la persona física o jurídica que ejerce un grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y el funcionamiento del sistema de IA y se beneficia de su funcionamiento; afirma que por «operador inicial» debe entenderse la persona física o jurídica que define, de forma continuada, las características de la tecnología, proporciona datos y un servicio de apoyo final de base esencial y, por tanto, ejerce también un grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y el funcionamiento del sistema de IA; considera que por «ejercicio del control» se entiende cualquier acción del operador que influya en el funcionamiento del sistema de IA y, por consiguiente, en la medida en que expone a terceros a sus potenciales riesgos; considera que esas acciones podrían afectar al funcionamiento de un sistema de IA desde el inicio al fin, al determinar la entrada, la salida o los resultados, o



la aplicación analógica esta responsabilidad se extrapola a diseñadores, programadores, entrenadores y formadores del sistema inteligente dado que entre ellos y el sistema dotado de IA existe una situación de jerarquía o dependencia⁴⁷. También se aplica esta responsabilidad sobre las personas que se benefician del robot o lo utilizan en su actividad profesional, supuesto sobre el que se centra el presente artículo, es decir sobre los profesionales que se sirven de los sistemas de IA en la Administración de Justicia. El Considerando del Reglamento del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017 establece que deben entenderse que las leyes de Asimov van dirigidas a los diseñadores, fabricantes y operadores de robots, incluidos los que disponen de autonomía y capacidad de autoaprendizaje integradas,

podrían cambiar las funciones o procesos específicos dentro del sistema de IA.

⁴⁷ ATIENZA NAVARRO, M^a.L., *Daños causados por inteligencia ...op.cit.* pág. 224.

Sería muy interesante y pragmático que se definieran y acotaran los posibles sujetos responsables en el campo de IA al igual que la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación dispone en los art. 9 a 15 cuáles son los elementos subjetivos sujetos a la ley y su responsabilidad. Igualmente sería conveniente la fijación de plazos de responsabilidad a la que están sujetos los mismos como se prevé en el art. 17 de la mencionada ley dado que los efectos dañosos en ocasiones no serán inmediatos. Los estudios y tendencias definirán la existencia de sesgos contrarios a principios democráticos, programaciones erróneas o necesidad de actualizaciones relacionadas con los cambios jurisprudenciales y sociales existentes en cada momento.



dado que dichas leyes no pueden traducirse en código máquina.

Los perjudicados son todos aquellos que han sufrido un daño o perjuicio, cualquiera que sea su naturaleza. Las víctimas pueden ser directas, indirectas y allegados. Son víctimas directas todas aquellas personas físicas o jurídicas que hayan sufrido un daño o perjuicio, sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o síquicas, daños emocionales, daños morales objetivos y subjetivos o perjuicios económicos directamente causados por la acción causante del daño o perjuicio. Por otro lado pueden considerarse víctimas indirectas —en caso de muerte— cinco categorías autónomas de perjudicados: el cónyuge viudo, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y los allegados. Esta última categoría de allegados se refiere aquellas personas que, sin tener la condición de perjudicados según las reglas anteriores, hubieran convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad.

El principio de precaución o cautela regulado en el art. 191.2⁴⁸ del Tratado de funcionamiento de la Unión

⁴⁸ El art. 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europa el 30 de octubre de 2010 reconoce el principio de precaución en los siguientes términos: "La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en



Europea es otro de los motivos que legitiman a las víctimas a la reclamación de responsabilidad y la reparación del daño que se les haya ocasionado.

3.4.- Concurrencia de causas.

Los sistemas de IA son complejos y en su desarrollo intervienen diversos grupos de personas por lo que parece acertado pensar que el resultado lesivo puede ser creado por la concurrencia de acciones en las que interviene más de una causa y más de un responsable.

Según MONTERROSO CASADO⁴⁹ los requisitos para que exista una concurrencia de causas son:

A) Requisitos generales exigibles en la responsabilidad civil extracontractual.

En la SAP de Barcelona de 23 de enero de 2017⁵⁰ hace referencia a estos requisitos: a) una acción u omisión del agente b) que la conducta le sea imputable por incurrir con su acción u omisión en culpa o negligencia c) un daño cierto, real y ya producido evaluable

el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga”.

⁴⁹ MONTERROSO CASADO, E, *Responsabilidad por Accidentes de Circulación. La Concurrencia de Causas*, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 66 a 68.

⁵⁰ ECLI:ES:APB:2017:515



económicamente y d) una relación causal adecuada entre la acción y el resultado producido⁵¹.

⁵¹ Ahora bien, en todo caso para que pueda apreciarse responsabilidad en la conducta culposa (entendida la culpa en un sentido amplio) es presupuesto previo que la misma pueda imputarse a una determinada persona, física o jurídica, ya que en caso contrario falta el requisito interno de la responsabilidad, que es la imputabilidad de la acción u omisión. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2003 declaró: "la responsabilidad por culpa extracontractual requiere para su apreciación, la concurrencia de una acción u omisión objetivamente imputable al agente, la culpa o negligencia por parte de éste, la realidad del daño causado y el nexo o relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño causado; de estos requisitos, unos (la acción y el daño causado) tienen naturaleza fáctica; otros (la culpa o negligencia y la relación de causalidad) tienen marcado matiz jurídico". Asimismo, más adelante la referida Sentencia, precisa: "En cuanto a la necesidad de que se dé un nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido, dice la sentencia de 30 de abril de 1998 , citada en la de 2 de marzo de 2001 que «como ha declarado esta Sala (sentencia de 22 de febrero de 1946 y otras posteriores) en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; queda así expresado que la causalidad, como en el caso debatido, es más bien problema de imputación; esto es, que los daños o perjuicios deriven o fueron ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hacen dimanar». Y la sentencia de 9 de octubre de 2000 afirma que «el art. 1902 del Código Civil ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad siempre cambiante (art. 3.1 del Código Civil) que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

B) La existencia de dos o más conductas concausales a un único daño: es necesario, que concurra al daño más de una conducta; de modo que faltando una de ellas, el daño no se hubiera producido; debiendo presentarse esta concurrencia de manera más o menos simultánea.

C) La participación en el resultado dañoso: generalmente, la participación consiste en una actuación activa del perjudicado, aunque cabe la posibilidad de que esa actuación sea omisiva. Así por ejemplo, la participación al daño puede originarse por no respetar lo dispuesto en la Ley de Seguridad Vial (así como, circular a una velocidad excesiva). Si bien, debemos tener en cuenta que en el ámbito de circulación de vehículos a motor existe siempre una participación del conductor con respecto a la víctima ajena a dicho ámbito (por ejemplo: un peatón), por el mero hecho de crear un

la prueba del nexo causal ya que se subsume en la causa del daño la existencia de culpa»; asimismo tiene declarado esta Sala que «corresponde la carga de la prueba de la base fáctica (del nexo causal), y por ende las consecuencias desfavorables de su falta, al demandante» y «en todo caso es preciso que se pruebe la existencia de nexo causal, correspondiendo la carga de la prueba al que ejercita la acción» (sentencia de 6 de noviembre de 2001 , citada en la de 23 de diciembre de 2002); «siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse» (sentencia de 3 de mayo de 1995 , citada en la de 30 de octubre de 2002)".



riesgo⁵², en la medida en que ha introducido un objeto (su vehículo) en el círculo de acción del perjudicado.

D) La idoneidad, autonomía e independencia de la conducta concurrente para ocasionar el daño. Por tanto, es necesaria, la participación de cada una de las conductas como causa eficiente del daño y, por otro lado, una autonomía de la conducta concurrente de la víctima se refiere a que su conducta sea ajena a la del demandado, ya que si acontece en conexión a la misma aparecería con carácter de provocador, no pudiendo favorecerle el denunciado comportamiento del agraviado, pues estaría provista de justificación

E) La inexistencia de una relación jurídica previa entre el agente dañador y la víctima, puesto que en el caso contrario estaríamos en presencia de una responsabilidad contractual.

En el uso de vehículos autónomos es más sencillo el análisis de la concurrencia de causas dado que en la circulación de vehículos a motor influyen elementos externos que pueden condicionar, ayudar o concurrir en la generación del daño por ejemplo un peatón que intente cruzar una carretera fuera de la zona habilitada para ello. En los posibles daños que se generaría en la Administración de Justicia si se utilizaran los sistemas de IA puede concurrir el daño si fabricante y programador generaran un producto con sesgo y el usuario,

⁵² En materia de IA la asunción del riesgo se basa en que el robot puede realizar una acción de manera autónoma e incontrolada debido a sus propias capacidades de raciocinio y aprendizaje según CASTRO CALVO, M., "La acción autónoma del robot" Legaltoday.com, artículo de opinión de 2 de abril de 2018.



enjuiciador no revisara que la resolución respeta todos los derechos fundamentales, entre ellos el principio de igualdad y diera por bueno el resultado sin verificar que cumple con todos los requisitos legales y procesales.

4.- Uso de IA en la Administración de Justicia.

La Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno adoptado por el CEPEJ durante su 31 S t Reunión plenaria adoptado por el CEPEJ durante su 31 S t Reunión plenaria adoptado por el CEPEJ durante su 31 S t Reunión plenaria (Estrasburgo, 3-4 de diciembre de 2018) está destinada a las partes interesadas públicas y privadas responsables del diseño y despliegue de herramientas y servicios de inteligencia artificial que implican el procesamiento de decisiones judiciales y datos (aprendizaje automático o cualquier otro método derivado de la ciencia de datos). También concierne a los tomadores de decisiones públicos a cargo del marco legislativo o regulatorio, del desarrollo, auditoría o uso de tales herramientas y servicios.

El uso de tales herramientas y servicios en los sistemas judiciales busca mejorar la eficiencia y la calidad de la justicia, y debe fomentarse. Sin embargo, debe llevarse a cabo de manera responsable, teniendo debidamente en cuenta los derechos fundamentales de las personas establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Convenio sobre la Protección de Datos Personales, y de conformidad con otros principios



fundamentales establecidos a continuación, que debería guiar la formulación de las políticas de justicia pública en este campo. El procesamiento de decisiones judiciales por inteligencia artificial, según sus desarrolladores, es probable, en materia civil, comercial y administrativa, para ayudar a mejorar la previsibilidad de la aplicación de la ley y la coherencia de las decisiones judiciales.

Los cinco principios de la Carta Ética sobre el Uso de Artificial Inteligencia en los sistemas judiciales y su entorno son:

1.- *Principio de respeto por los derechos fundamentales* que tiene como objetivo el de garantizar que el diseño y la implementación de herramientas y servicios de inteligencia artificial sean compatibles con los derechos fundamentales. El procesamiento de las decisiones judiciales y los datos debe tener propósitos claros, en pleno cumplimiento de los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el Convenio sobre la Protección de Datos Personales (Convenio para la Protección de las Personas con respecto a la Automática Procesamiento de datos personales, ETS No. 108 según enmendado por el protocolo de enmienda CETS No. 223). Cuando se utilizan herramientas de inteligencia artificial para resolver una disputa o como una herramienta para ayudar en la toma de decisiones judiciales o para brindar orientación al público, es esencial asegurarse de que no socaven las garantías del derecho de acceso al juez y El derecho a un juicio justo (igualdad de armas y respeto por el proceso de confrontación).

2.- *Principio de no discriminación* que pretende prevenir específicamente el desarrollo o intensificación de cualquier discriminación entre individuos o grupos de



individuos. Se debe tener especial cuidado en las fases de desarrollo e implementación, especialmente cuando el procesamiento es directo o indirectamente basado en datos "sensibles". Esto podría incluir supuesto origen racial o étnico, indirectamente basado en datos "sensibles". Esto podría incluir supuesto origen racial o étnico, antecedentes socioeconómicos, opiniones políticas, creencias religiosas o filosóficas, afiliación sindical, datos genéticos, datos biométricos, datos relacionados con la salud o datos relacionados con la vida sexual u orientación sexual. Cuando se haya identificado tal discriminación, se deben considerar medidas correctivas para limitar o, si es posible, neutralizar estos riesgos, así como la sensibilización entre las partes interesadas.

3.- *Principio de calidad y seguridad* relacionado con el procesamiento de decisiones y datos judiciales, utilice fuentes certificadas y datos intangibles con modelos elaborados de manera multidisciplinaria, en un entorno tecnológico seguro. Los diseñadores de modelos de aprendizaje automático deberían poder aprovechar ampliamente la experiencia de los profesionales relevantes del sistema de justicia (jueces, fiscales, abogados, etc.) e investigadores / profesores en las áreas de derecho y ciencias sociales (por ejemplo, economistas, sociólogos y filósofos). Los modelos y algoritmos⁵³ creados también deben poder almacenarse

⁵³ Existen algoritmos "explícitos" cuya lógica ha sido definida por los diseñadores humanos y algoritmos "implícitos" cuya lógica se construye de manera implícita con el aprendizaje automático. Es más seguro utilizar los primeros.



y ejecutarse en entornos seguros, para garantizar la integridad e intangibilidad del sistema.

4.-*Principio de transparencia, imparcialidad y justicia* que trata sobre los métodos de procesamiento de datos, para que sean accesibles y comprensibles y autorizar auditorías externas. Se debe alcanzar un equilibrio entre la propiedad intelectual de ciertos métodos de procesamiento y la necesidad de transparencia (acceso al proceso de diseño), imparcialidad (ausencia de sesgo), justicia e integridad intelectual (priorizar los intereses de la justicia) cuando se utilizan herramientas que pueden tener consecuencias legales o afectar significativamente la vida de la gente.

5.- *Principio "bajo control del usuario"*_que tiende a excluir un enfoque prescriptivo y garantizar que los usuarios sean actores informados y que controlen las elecciones realizadas. Los profesionales del sistema de justicia deberían, en cualquier momento, poder revisar las decisiones judiciales y los datos utilizados para producir un resultado y continuar sin estar obligados a ello a la luz de las características específicas de ese caso en particular.

El uso de IA en el dictado de resoluciones en la Administración de Justicia plantea varias cuestiones como si los jueces se acostumbrarían a la estandarización de las decisiones judiciales de manera excesiva. En segundo lugar, las decisiones judiciales se volverían uniformes y ya no se ordenarían de acuerdo con la jerarquía de los tribunales de los que proceden. Se desconoce la relación que el sistema de IA generaría entre las normas y la jurisprudencia y si los tribunales al determinar su propia jurisprudencia tendrían que justificar cuando se desvían de la opinión de la mayoría.



No existe un sistema de IA fuerte en el ámbito de la Administración de Justicia. Se está trabajando con sistemas débiles que extraigan patrones complejos y aprendan de grandes volúmenes de datos de manera eficiente y con altos niveles de precisión predictiva.

Para la justicia predictiva, el motor construye vínculos entre los diferentes grupos léxicos que componen las decisiones judiciales. Estos grupos están correlacionados entre aquellos identificados en la etapa de entrada (hechos y razonamiento) y aquellos en la etapa de salida (la parte operativa de la decisión) luego clasificados.

Los matemáticos Cristian Sorin Calude y Giuseppe Longo⁵⁴ señalan el riesgo de un diluvio de correlaciones falsas en grandes datos: cuanto mayor sea la base de datos utilizada para las correlaciones, mayores serán las posibilidades de encontrar patrones recurrentes y mayores serán las posibilidades de cometer errores.

El sistema dotado de IA no puede equiparar el razonamiento de un juez que está formado por una multitud de factores de toma de decisiones, no puede formalizarse a priori, y a veces se basa en su discreción dado que no sabe responder a preguntas como ¿cuáles son los hechos relevantes? ¿Están probados estos hechos? ¿Qué regla se aplica a ellos? ¿Cuál es el significado de esta regla con respecto al caso que se decidirá? ¿Qué fuente debe prevalecer entre una variedad de fuentes en conflicto? La coherencia general

⁵⁴SORIN CALUDE,C., LONGO.G., "Le déluge des corrélations fallacieuses dans le big data", en Bernard Stiegler (dir.) (2017), *La toile que nous voulons*, Ediciones FYP, p.156.



de las decisiones judiciales nunca se logra y se trata más bien de una cuenta a posteriori que los jueces utilizan en su razonamiento. No están programados por tanto de un razonamiento legal equiparable al que realiza un juez al enjuiciar y dictar una resolución. No se puede deducir, a priori tras la lectura de resoluciones de determinados jueces si están influidas por su comportamiento, personalidad, opiniones o religión si bien deben estar basadas en la imparcialidad judicial. En todo caso debe garantizarse uso de medios tecnológicos no debería causar desequilibrios entre las partes, que se garantice la independencia e imparcialidad del poder judicial y donde el algoritmo esté programado para respetar los derechos fundamentales del justiciable sin generar discriminación por sesgos⁵⁵. Deben asimismo guiarse por los principios de transparencia, equidad y neutralidad. Hay que evitar el “sesgo de anclaje” que supone una tendencia confiar de manera incondicional en la tecnología según Comoglio, considerando que la tecnología es digna de confianza por el mero hecho de ser tecnología.

El juez debe verificar cuando utiliza los sistemas de IA como una herramienta auxiliar los criterios científicos e informáticos con los que se ha programado el *software*, actuando de este modo como un garante de corrección

⁵⁵ Hay que diferenciar el “sesgo” que es un error medio y el “ruido” que en cambio es una variabilidad en juicios idénticos como se indica MARCO EDGARDO FLORIO en “Límites y posibilidades del uso de algoritmos en la determinación de la previsibilidad (y evitabilidad) en los delitos imprudentes: ¿un posible correctivo a los sesgos cognitivos que afectan a este juicio?”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, Universitat Oberta de Catalunya, nº 39, noviembre de 2023.pág. 4. El sesgo será sesgo estadístico si es compartido por muchos.



de metodología y verificabilidad así como de comprobación de la ausencia de errores de cálculo por parte del programa o de sesgos incorporado debido a errores de aprendizaje automático⁵⁶, es decir debe existir un filtro del resultado que da la máquina por parte del ser humano. El juez se fiará de la validez, la generalidad y credibilidad del resultado devuelto por el algoritmo pero realizará una revisión de dicho resultado. Para ARAM AHARONIAN⁵⁷ "Sin dudas, las decisiones de los algoritmos tienen que estar supervisadas por humanos, porque es peligroso dejarlos decidiendo solos. La inteligencia artificial, cuando la dejas completamente sola, puede no ser muy inteligente y no darse cuenta de que está cayendo en problemas o en errores. Se puede auditar un algoritmo para saber cómo toma decisiones, porque se puede revisar el código y entender por qué clasificó a una persona o a un renglón de un dato o lo que fuera, dentro de una categoría". Igualmente las partes deben poder verificar el mecanismo o funcionamiento del programa informático encontrándose esta verificación dificultada por la caja negra.

Conclusiones

⁵⁶ MARCO EDGARDO FLORIO en "Límites y posibilidades del uso de algoritmos en la determinación de la previsibilidad (y evitabilidad)...op.cit. pág 7.

⁵⁷ARAM AHARONIAN "La culpa la tiene el algoritmo: Consecuencias de este fenómeno de la era digital" ,13 noviembre 2021. <https://www.meer.com/es/67534-la-culpa-la-tiene-el-algoritmo>.



I.- Existen posiciones a favor y en contra del reconocimiento de personalidad jurídica a favor de los sistemas de IA. Los que están a favor se basan en criterios economicistas y pragmáticos, en cambio lo que se muestran en contra lo hacen por diferencias irrefutables con los humanos únicos sujetos susceptibles de ser titulares de derechos de la personalidad.

II.- Con independencia de la existencia de personalidad jurídica o no a favor de los robots, es evidente que un sistema de IA goza de gran autonomía y de capacidad de generar unos daños de los que se debe regular la asunción de la responsabilidad.

III.- Existe un gran paralelismo entre los robots con sistema de IA fuerte y los vehículos autónomos por ello es muy conveniente revisar la responsabilidad en dicho campo por daños. La regulación y jurisprudencia es mayor en EEUU que en Europa por los gigantes de la automoción Tesla y Google que ya han tenido que responder por la actuación de vehículos que conducían sin supervisión humana.

IV.- Es un acierto la regulación de responsabilidad vicaria, por hecho ajeno dado que en última instancia un ser humano se responsabiliza de los daños de un robot que ha fabricado, producido o educado.

V.- Las *culpas in vigilando, in educando y culpa in eligendo* se aplican de forma analógica a los sistemas de IA. Hay autores que cuestionan la aplicación analógica para el campo de la IA pero es la forma de prevenir en el sector, de responder ante la deficiencia en encargos, control de seguridad o seguimiento de su



funcionamiento por lo que revierte en el bien de la sociedad y en el avance de la tecnología al obligar a los responsables a asumir la mayor de las diligencias o cuidados u obligarles a responder en caso contrario.

VI.- El Código Civil en última instancia habla de la diligencia exigible como la de un buen padre de familia. Debido a los conocimientos tecnológicos que son necesarios en el campo de IA debería adaptar esta exigencia y basarla en conocimientos en el campo. Sería importante que se exigieran determinadas cualificaciones profesionales para ser fabricante, programador o educador y debido a las implicaciones éticas y filosóficas que conlleva la programación del algoritmo se debiera demostrar que la programación ha superado testeos o pruebas de ámbito filosófico y sociológico.

VII.- Objetivar la responsabilidad en los sectores de riesgo es una necesidad legislativa para evitar injusticia para las víctimas, al igual que invertir la carga de la prueba para facilitar la reclamación frente a los responsables debido a la dificultad de la prueba de la culpa y del nexo causal.

VIII.- Será muy relevante el análisis jurisprudencia de la responsabilidad por daños ocasionados por sistemas de IA fuerte y deberá adaptarse al estado de la ciencia y tecnología de manera rápida. Destaca la dificultad de cuantificación de daño en un campo con pocos precedentes y en lo que un error puede suponer un desenlace no solo injusto sino también determinante en el usuario. Será muy importante detectar rápidamente errores en programación y la interposición de medidas



cautelares que paralicen esos sistemas para no generar perjuicios a terceras personas en casos similares.

IX.-El ámbito de la Administración de Justicia es de alto riesgo y un error de programación puede ser nefasto. Existen intereses en juego muy relevantes y de especial protección como los menores, personas sujetas a medidas de apoyo o vulnerables por su condición económica, social o edad que deben ser protegidos por lo que parece muy arriesgado por el estado actual de la tecnología, la posibilidad de ceder el enjuiciamiento y el dictado de resoluciones a un sistema de IA. Se bien pueden ser una herramienta eficaz para búsqueda de jurisprudencia y son capaces de aprender el factor humano es irremplazable dado que existen elementos que el juzgador debe valorar en su conjunto y no pueden ser objetivadas a una mera programación algorítmica.

Bibliografía

- AGUIRRE SALA, J.F., "Especificando la responsabilidad algorítmica", *Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, marzo de 2022.

-ATIENZA NAVARRO, M^a.L., *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, edit. Atelier, libros jurídicos.

-BARONA VILAR, S., *Algoritmización del derecho y la justicia. De la inteligencia Artificial a la Smart Justice*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch.

-BARONA VILAR, S., " Una justicia "digital" y "algorítmica" para una sociedad en estado de mudanza". *Justicia Algorítmica y Neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch.



-BARRIO ANDRÉS, M., "Hacia una personalidad electrónica para los robots, *Revista de Derecho Privado*", nº 2, marzo 2018.

-BATTELLI,E., " La decisión robótica: algoritmos, interpretación y justicia predictiva", *Revista de Derecho Privado*, nº 40, 2021.

-BUENO DE MATA,F., "Macrodatos, Inteligencia Artificial y Proceso: Luces y Sombras", *Revista General de Derecho Procesal*, nº 51. 2022.

-CHISTIN,A, ROSENBLAT,A., y BOYD, D., "Courts and Predictive Algorithms", *Data & Civil rights: A new era of Policing and Justice*. 2021.

-DIEZ SPELZ,J.F., "¿Robots con derechos? : la frontera entre lo humano y lo no-humano. Reflexiones desde la teoría de los derechos humanos", *IUS ,Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, vol. 15, nº 48, julio-diciembre, 2021.

-DÍEZ-PICAZO, Luis. "Derecho de Daños". Madrid: Civitas. 1999.

-ERCILLA GARCIA, J. "Aproximación a una personalidad específica para los robots. *Approach to a specific legal status for robots*",*Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías.*, nº47, 2018.

-GÓMEZ CALLE,E.," Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil por hecho ajeno" en AA.VV.



Tratado de responsabilidad civil. (coord.. REGLERO CAMPOS, L.F.) , tomo I, parte general, 4ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2014.

-GÓMEZ GUTIÉRREZ y GARCÍA MICÓ, T.G., "Liability for artificial intelligence and other emergin technologies", Indret, 1, 2020.

-GÓMEZ-RIESCO TABERNER DE PAZ,J, "Los robots y la responsabilidad civil extracontractual" en AA:VV: *Derecho de los robots*. (dir. BARIO ANDRÉS,M.) Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

-GÓMEZ SALADO,M.A., establecen incluso la obligación de tributar de los robots en " Robótica, empleo y seguridad social. La cotización de los robots para salvar el actual estado de bienestar", Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y derecho de empleo, vol. 6

-HERRERA DE LAS ERAS, R.. *Aspectos legales de la inteligencia artificial. Personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil*, Edit. Dykinson, Madrid, 2022.

-KARNER,E., GEISTFELD,M., KOCH,B., *Comparative law study on civil liability for artificial intelligence, studio encargado por la Comisión Europea*, Dirección General de Justicia y Consumidores, al european Law Institute (ELI).

-

KOCH,B.,BORGHETTI,J.B.,MACHNIKOWSKI,P.,PICHONN AZ,P., RODRIGUEZ DE LAS REAS , BALLELL ,T., TWIGG-FLESNER.C., WENDERHORST,C., *Response of the European Law Institute (ELI) to the Public Consultation of the European commission on Civil Liability Adapting*



liability rules to the digital age and artificial intelligence, 10 de enero de 2022.

-MONTERROSO CASADO, E, *Responsabilidad por Accidentes de Circulación. La Concurrencia de Causas*, Aranzadi, Navarra, 2009

-NAVARRO-MICHEL. M., "Vehículos automatizados y responsabilidad por productos defectuosos". *Revista de Derecho Civil*. vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020).

-NÚÑEZ ZORRILLA, M^a.C., *Inteligencia artificial y responsabilidad civil. Régimen jurídico de los daños causados por robots autónomos con inteligencia artificial*, Edit. Reus, Madrid, 2019.

-PATRÓN, C.A., "¿AMO O SIRVIENTE? Consideraciones funcionales en torno a la responsabilidad vicaria a propósito del artículo 1981 del Código Civil".

- ROCA TRÍAS, E, *Derecho de daños, textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

-ROGEL VIDEL, C., *Robots y personas*, en AA.VV. *Los robots y el Derecho* (dir. ROGEL VIDE), Colección jurídica general (Jornadas), Reus, Barcelona, 2018, pág. 110; BADILLO ARIAS, J.A. "Responsabilidad civil y aseguramiento obligatorio a los robots" en AA.VV.; *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos. Responsabilidad y aseguramiento* (dir. MONTERROSO CASADO, E.), Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 41

Marzo 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

-SANTOS BRIZ, Jaime. "La Responsabilidad Civil, Derecho Sustantivo y Derecho Procesal". Séptima edición. Tomo I. Madrid: Montecorvo. 1993.



OTRA VEZ A VUELTAS CON EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS DEL GOBIERNO

D^a Idoia Tajadura Tejada

Directora del Servicio Asesoría Jurídica de la Comunidad
Foral de Navarra

Resumen: Tomando como punto de partida una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, el estudio aborda la controvertida cuestión del control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno, a partir del análisis de su evolución en las leyes procesales, en la doctrina y en la jurisprudencia, hasta llegar al momento actual, en el que la regulación sigue sin ser concluyente, propiciando interpretaciones diversas.

Se analiza si en la actualidad reviste utilidad la distinción del acto político, ya de por si compleja, del acto administrativo, a efectos de su control judicial, concluyéndose en la irrelevancia de su diferenciación, que estriba únicamente en la gradación de la discrecionalidad en su adopción, al someterse ambas actuaciones a las mismas técnicas de control,



destacando la doctrina acuñada por el Tribunal Supremo de los "conceptos judicialmente asequibles".

Se completa el trabajo con una sucinta referencia a los demás instrumentos de control del acto político, como son el parlamentario y el del Tribunal Constitucional, así como con la exposición de las implicaciones que podrían derivarse de la distinción entre los actos políticos y los administrativos en el ámbito de la responsabilidad penal.

Abstract: Taking as a starting point a recent ruling from the Superior Court of Justice of Navarra, the study addresses the controversial issue of jurisdictional control of the Government's political acts, based on the analysis of its evolution in procedural laws, doctrine and jurisprudence, until reaching the current moment, in which the regulation remains inconclusive, encouraging diverse interpretations.

It is analyzed whether the distinction between the political act, already complex in itself, and the administrative act is currently useful for the purposes of judicial control, concluding in the irrelevance of their differentiation, which lies solely in the gradation of discretion in its adoption, as both actions are subjected to the same control techniques, highlighting the doctrine coined by the Supreme Court of "judicially accessible concepts".

The work is completed with a succinct reference to the other instruments of control of the political act, such as the parliamentary and the Constitutional Court, as well



as with the presentation of the implications that could arise from the distinction between political and administrative acts in the field of criminal responsibility.

Palabras clave: acto político, acto administrativo, control judicial, elementos reglados, discrecionalidad, conceptos judicialmente asequibles.

Keywords: political act, administrative act, judicial control, regulated elements, discretion, judicially accessible concepts.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN			
II. EVOLUCIÓN	LEGISLATIVA	E	
INTERPRETACIONES	DOCTRINALES	Y	
JURISPRUDENCIALES			
II.1 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de septiembre de 1888			
II.2 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956			
II.3 Constitución de 1978			
II.4 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998			
III. ¿TIENE UTILIDAD LA DISTINCIÓN DE LOS ACTOS POLÍTICOS A EFECTOS DE SU CONTROL JUDICIAL?			
IV. OTROS CONTROLES			
V. CONSECUENCIAS PENALES			
VI. CONCLUSIÓN			
VII. BIBLIOGRAFÍA			



I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 13 de diciembre de 2023 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dictó una sentencia en cuyo fallo declara la *"inactividad del Gobierno de Navarra en su obligación de ejecutar y desarrollar el artículo 34 d) de la Ley Foral 11/1992, con relación a la regulación de la carrera profesional del colectivo de TCAE y se condena por ello al Gobierno de Navarra a cumplir con tal obligación, debiendo continuarse los trámites para regular la carrera profesional del colectivo de TCAE, con la presentación de proyecto de ley ante el Parlamento de Navarra, en el plazo máximo de 6 meses"*.

La sentencia citada resuelve de este modo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por varios Técnicos en Cuidados Auxiliares de Enfermería, al amparo del artículo 29.1 de la Ley Jurisdiccional, frente a la inactividad del Gobierno de Navarra por la falta de regulación de la carrera profesional para dicho colectivo, condenando a éste al ejercicio de la iniciativa legislativa a través de la presentación ante el Parlamento de Navarra de un proyecto de ley que regulase la carrera profesional del referido estamento sanitario.

Sin ningún ánimo de crítica, dicho pronunciamiento judicial nos lleva de nuevo a la reflexión, que constituye el objeto de este estudio, sobre una cuestión tan compleja, debatida e interesante como es la relativa al control judicial de los actos políticos del Gobierno, que la sentencia extiende al



ejercicio de la iniciativa legislativa gubernamental, y que, a mi juicio, abre numerosos interrogantes.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA E INTERPRETACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES.

Para entender el estado actual de la cuestión resulta imprescindible efectuar un recorrido evolutivo del concepto de acto político y del alcance de su control jurisdiccional en las diversas leyes procesales, en la opinión de la doctrina y en la interpretación de nuestros tribunales de justicia y, con posterioridad, del Tribunal Constitucional.

II.1 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de septiembre de 1888.

Como señala MARCHECO ACUÑA¹, la noción de acto político o acto de Gobierno constituye una creación de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y se refiere a un tipo o conjunto de actos realizados por el Poder Ejecutivo que no se sometían al control de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Se asentaba en la teoría del móvil político: «*Los actos llamados "de alta política" son actos de Gobierno,*

¹ Marcheco Acuña, B. "El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el derecho español", *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2, 2015, p. 4



*que no son susceptibles de ser discutidos vía contenciosa*². De esta manera, independientemente del contenido material del acto, este devendría en acto de Gobierno y, consecuentemente, excluido de revisión jurisdiccional, si el fin que movía a los gobernantes a su adopción tenía carácter político.

Por su parte, el reconocimiento legal del acto de Gobierno se produciría en España con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de septiembre de 1888, Ley Santamaría de Paredes, que excluía del ámbito de lo contencioso *«las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan, o de la materia sobre que versen, se refieran a la potestad discrecional»* (artículo 4.1).

A su vez, el artículo 4.4 del Reglamento de la Ley, de 29 de diciembre de 1890, vendría a declarar expresamente que *«pertenecen señaladamente a la potestad discrecional»* y, por lo tanto, resultan sustraídas de la jurisdicción contenciosa, *«Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre la que versen, pertenezcan al orden político o de Gobierno»*.

² Arrêt Laffitte de 1 de mayo de 1822: "Les actes dits « de haute politique » sont des actes de gouvernement, qui ne sont pas susceptibles d'être discutés par la voie contentieuse. C'est la théorie du mobile politique".



II.2 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956.

Con la aprobación de la Ley de 1956 se abandona la idea de la configuración del acto de Gobierno como parte de la potestad discrecional y se asume el criterio de la separación entre función política y función administrativa, estando la primera excluida de la revisión judicial.

Así lo refleja la Exposición de Motivos al señalar que: *«Con este criterio (el del sometimiento al Derecho administrativo) se definen, por exclusión, las cuestiones ajenas a esta Jurisdicción. Entre ellas se incluyen las relativas a los actos políticos, que no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales.»*

Y, en su artículo 2.b), excluía de la jurisdicción contencioso-administrativa *«las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa.»*



La jurisprudencia posterior admitirá sin discusión la existencia del acto político y su exención de control judicial. Para EMBID IRUJO³, de manera cuestionable, en tanto que en muchas ocasiones incluirá en lo político actuaciones inequívocamente administrativas y lo hará acudiendo a la teoría ya superada del móvil, como en el supuesto de las sanciones en materia de orden público, cuyas impugnaciones, en un primer momento, eran inadmitidas.

Cabe citar al respecto la STS de 15 de marzo de 1965, que contenía el siguiente razonamiento: *«se trata de actos peculiares de la función política confiada únicamente a los superiores órganos del Estado...se hace necesario contemplar en cada caso las circunstancias de comisión y de cómo se configure la misma en su alcance finalista, y al aplicar estos patrones de modelación al comportamiento sancionado es ineludible destacar que el Consejo de Ministros estimó la conducta de aquellos multados coadyuvante al estado de agitación a la sazón promovido...y surgidas estas medidas correctoras del ejercicio de una superior función gubernamental amparadora, en su objetivo declarado por el Consejo de Ministros, de la normalidad política y la seguridad interior del Estado, caen dentro del art.2.b) LJCA»*

³ Embid Irujo, A. "La justiciabilidad de los actos de gobierno (de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)" en: VV.AA. Estudios Sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, vol. III, p. 2702



Entre las voces más cualificadas críticas con la regulación legal e interpretación judicial se alzaría la de GARCÍA DE ENTERRÍA⁴, para quien: *«Proclamar la inmunidad jurisdiccional de la Administración en estas materias, así genérica e imprecisamente llamadas políticas, implica ni más ni menos que consagrar que la Administración puede obrar en las mismas sin límite legal ninguno, incluso atropellando los derechos más elementales y más obvios de los ciudadanos, puesto que no existe medio técnico ninguno, ni de imponerle esos límites legales, ni de exigirle el respeto a esos derechos hipotéticamente atropellados.»*

II.3 Constitución de 1978.

En el contexto expuesto, llegamos a la aprobación de la Constitución española de 1978, que consagra la distinción entre Gobierno y Administración, atribuye al Gobierno determinadas actuaciones políticas e introduce postulados fundamentales de relevancia en cuanto a su control jurisdiccional.

En efecto, la Constitución de 1978 dedica una regulación especial al Gobierno, en el título IV, «Del Gobierno y de la Administración», y lo define, desde un punto de vista orgánico, como un colegio constituido por el Presidente, los Vicepresidentes en su caso, los

⁴ García de Enterría, E. "La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", *Revista de Administración Pública*, 38, 1962, p. 186



Ministros y los demás miembros que establezca la ley (artículo 98.1 CE), al que corresponde la dirección de la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado, el ejercicio de la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes (artículo 97 CE).

Según SÁNCHEZ AGESTA Y GOIG MARTÍNEZ⁵, la Constitución contempla al Gobierno como un auténtico director de la política estatal, lo que supone que goza de una amplia capacidad de iniciativa en la orientación de la actividad del Estado. Para estos autores *«El ejercicio de esta auténtica función de Gobierno supone la selección de aquellos aspectos que se consideran prioritarios, el establecimiento de directrices políticas y el impulso de dichas directrices. Dirección equivale, pues, a orientación e impulso y en esta actividad el Gobierno debe realizar una auténtica actividad de relación con otros órganos constitucionales»*

PAREJO ALFONSO⁶, por su parte, se refiere a la diferenciación (orgánica y funcional) entre Gobierno y Administración, que se produce justamente sobre el eje actividad directiva-actividad dirigida. El Gobierno es la

⁵ Sánchez Agesta, L. y Goig Martínez, J. M. "Título IV. Del Gobierno y La Administración", Comentarios a la Constitución Española de 1978, Cortes Generales- Edersa, Madrid, 1998, p. 29

⁶ Parejo Alfonso, L. "El Gobierno de la Nación y los Gobiernos de las Autonomías", Documentación Administrativa, No. 188, 1980 p. 139



pieza político-directiva (situada en el contexto de los órganos constitucionales generales o nacionales integrantes de la organización directiva del Estado) y la Administración a él subordinada es la pieza burocrático-dirigida (situada en el contexto de la vida social para la realización práctica de los intereses colectivos en relación directa, constante y ordinaria con los ciudadanos) del Poder Ejecutivo.

La Constitución conceptúa, pues, al Gobierno como titular de un poder de dirección política derivado directamente de la propia Constitución, que el artículo 97 le atribuye en términos de generalidad y, a lo largo de su articulado, le encomienda funciones concretas que se corresponden con esa dimensión política. A saber:

- a) la iniciativa legislativa (artículo 87 CE)
- b) las relaciones con las Cortes (artículos 110-112 CE)
- c) la disolución de las Cortes y convocatoria de elecciones (artículo 115 CE)
- d) la propuesta de convocatoria de referéndum (artículo 92 CE)
- e) la elaboración de la planificación de la actividad económica (artículo 131 CE)
- f) la iniciativa presupuestaria (artículo 134 CE)
- g) la emisión de deuda pública (artículo 135)
- h) la propuesta de designación del Fiscal General del Estado (artículo 124.4 CE)
- i) la propuesta de nombramiento de dos miembros del TC (artículo 159.1 CE)
- j) la fiscalización extraordinaria de las Comunidades Autónomas (artículo 155 CE)



k) y la iniciativa para la reforma constitucional (artículo 166 CE)

Por otro lado, en lo referente al control judicial del Gobierno, la Constitución introduce dos postulados fundamentales: el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1. Y los principios de legalidad, sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que establece el artículo 9.

A partir de ahí, se producirá una división en la doctrina española. Algunos autores estimarán la inexistencia de zonas de actuación inmunes al control judicial y entenderán tácitamente derogado el artículo 2.b) de la Ley Jurisdiccional de 1956. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ⁷ *«la doctrina del acto político es hoy inútil: en su acepción histórica está hoy superada y aún contradicha por la Constitución; en cuanto explicación de la injusticiabilidad de ciertos actos que no proceden de la Administración como persona, la doctrina resulta innecesaria»*.

Otros autores, por el contrario, justificarán la exención de justiciabilidad de aquellos espacios de actuación gubernamental que incidían en su función

⁷ García de Enterría y Fernández, T.R. Curso de Derecho Administrativo. 4ª ed. Civitas, Madrid, 1983, v. I, p. 536



política, como DIEZ PICAZO⁸. ORTEGA ÁLVAREZ⁹ sostendrá que el control absoluto del Gobierno por el poder judicial, llevado a sus extremos, conduciría a la anulación del Ejecutivo como poder, ya que sólo existiría un poder político residenciado en el parlamento, y uno jurídico ostentado en el poder judicial. EMBID IRUJO¹⁰, por su parte, entenderá que el sometimiento de los poderes públicos al Derecho a que se refiere la Constitución no implica necesariamente control jurisdiccional de los mismos; que la categoría del acto político es distinta del administrativo y no es materia de control jurisdiccional más que en los aspectos externos - competencia y procedimiento -; y que siempre cabrá dicho control cuando se vulneren derechos fundamentales. Y SANTAMARÍA PASTOR¹¹ admitirá la existencia autónoma de esta categoría de actos políticos, pero apostando por la necesidad de su control judicial, aunque no en sede contencioso-administrativa, sino ante la jurisdicción constitucional.

⁸ Diez Picazo, L.M. "La estructura del Gobierno en el Derecho Español", Documentación Administrativa, No. 215, 1988, p. 46

⁹ Ortega Álvarez, L. Prólogo, en Garrido Cuenca, N. El acto de Gobierno, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, pp. 34 y ss.

¹⁰ Embid Irujo, A. "La justiciabilidad de los actos de gobierno (de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)" en: VV.AA. Estudios Sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, vol. III, pp. 2734 y ss

¹¹ Santamaría Pastor, J. A. "Gobierno y Administración. Una reflexión preliminar", Documentación Administrativa, No. 188, 1980 p. 77



En cuanto a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, van a avalar la existencia del acto político y a estimar la exclusión de su control judicial, con base en su no sometimiento al derecho administrativo. Destacan al respecto tres relevantes sentencias.

La primera de ellas es la STC 45/1990, de 15 de marzo. Los Colegios de Abogados de Vizcaya, Alava y San Sebastián habían solicitado al Gobierno la dación de medios materiales y personales para la Administración de Justicia en el País Vasco y, ante su falta de respuesta, interpusieron un recurso contencioso-administrativo que el Tribunal Supremo inadmitió por tratarse de una actuación no sujeta al derecho administrativo. Los demandantes acudieron en amparo al TC, que no considera la inadmisión del recurso vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva.

Razona el TC en la sentencia reseñada que: *«...no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas*



u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes...»

Queda claro, conforme a esta sentencia, que son actos políticos no sujetos a control judicial la iniciativa legislativa y los actos que emanen del Título V de la Constitución y deja abierta la inclusión de cualesquiera otros que puedan entenderse referidos a la dirección política.

La segunda sentencia digna de mención es la STC 196/1990, de 29 de noviembre. En este caso, se trataba de un Diputado al que el Gobierno Vasco le había denegado determinada petición de información, frente a la que interpuso recurso contencioso-administrativo de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona por vulneración del artículo 23 CE, en el que el TS declaró su falta de jurisdicción. El Diputado acudió en amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que el TC no aprecia.

El TC reitera la doctrina de la STC 45/1990 y la extiende a las relaciones institucionales de los entes autonómicos, que configura como actos no sujetos al derecho administrativo y, por tanto, al control judicial. Pero pone un límite, que es la reparación de los derechos fundamentales que incumbe al TC. Sin embargo, al no ser posible el acceso directo al TC sin agotamiento previo de la vía judicial ordinaria contencioso-administrativa, y al no ser posible esta por



no ser competente para el enjuiciamiento de los actos políticos, el pronunciamiento del TC cae en saco roto.

La STC 220/1991, de 25 de noviembre, resuelve el dilema, al abordar el recurso de amparo interpuesto por varios parlamentarios contra la contestación que dio el Gobierno vasco a una solicitud de información sobre el destino de determinados gastos, habilitados como «reservados» en los Presupuestos, que fue denegada por su carácter de secreto. En este caso, se acude directamente al TC, sin agotamiento de la vía judicial previa.

Pues bien, entiende el TC que *«el caso presente es uno de esos supuestos excepcionales en el que la interposición directa del amparo no determina su inadmisibilidad, pues la violación de derechos fundamentales se imputa a un acto -negativa del Gobierno vasco a facilitar la información solicitada por parlamentarios vascos- ante el cual la Ley no concede medio de impugnación ante los Jueces en cuanto que, por su naturaleza política, está excluido del control de la jurisdicción contencioso-administrativa o de cualquier otra de orden distinto»*.

En definitiva, el TC admite la existencia del acto político y lo excluye de control judicial contencioso-administrativo en tanto que no se sujeta al derecho administrativo, a excepción de cuando se produzca una vulneración de derechos fundamentales.

En cuanto a la doctrina del Tribunal Supremo, la primera jurisprudencia posconstitucional diferencia



claramente entre actividad administrativa y actividad política, entendiendo los actos políticos como *«aquellos mediante los que los órganos superiores del Estado mediante una actuación unitaria ejercen la función política que les ha sido atribuida o confiada y que es perfectamente diferenciable de la función administrativa»* (STS de 3 de enero de 1979).

Sin embargo, con posterioridad, se va consolidando una jurisprudencia progresiva de reducción del concepto y que amplía los parámetros de control. Así, la STS de 22 de enero de 1993, en la que se afirma que: *«...la más moderna corriente jurisprudencial y señaladamente el Auto del Pleno de la Sala de 15 de enero de 1993 ha dado de los actos políticos una interpretación distinta, ya que tras aprobarse la Constitución, y en especial teniendo en cuenta lo previsto en los arts. 9.1 y 24, no puede admitirse en nuestro Derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al Ordenamiento jurídico y en consecuencia exentos del control jurisdiccional. Desde luego ello no excluye que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto al fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el Ordenamiento jurídico estos elementos sí son susceptibles de control jurisdiccional. Ello implica que la doctrina del acto político no puede ser invocada como fundamento de la inadmisibilidad, ya que es obligado para el juzgador comprobar si existen en el acto elementos reglados y*



comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable”.

En este sentido, cuatro importantes sentencias, no exentas de polémica en cuanto a su decisión, consolidarán la doctrina jurisprudencial sobre el control del acto de Gobierno, acuñando el término de los “conceptos judicialmente asequibles”.

En primer lugar, la STS de 28 de junio de 1994, Rec. 7105/1992, interpuesto frente al Real Decreto 364/1992, de 10 de abril, por el que se nombraba Fiscal General del Estado. El nombramiento de D. Eligio Hernández Gutiérrez como Fiscal General del Estado fue recurrido por la Unión Judicial Independiente, la Asociación Profesional de la Magistratura y la Asociación de Fiscales, cuestionando que aquél reuniera el requisito de «más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión»

El TS acuerda la admisibilidad del recurso y lo estima, declarando la nulidad del nombramiento por no cumplir los requisitos legales, asentando la doctrina de los conceptos judicialmente asequibles: *“Reconocido, sin embargo, que nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles, como son los derivados de la responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar, esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24-1 de la Constitución nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido*



mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión.

Un caso típico es el que ahora se somete a nuestro enjuiciamiento. El artículo 29-1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal impone que la elección del Fiscal General del Estado se haga "entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión". Es este último un requisito objetivo, impuesto por el legislador y descrito utilizando un lenguaje netamente jurídico-administrativo, lo que permite que la jurisdicción pueda valorar su concurrencia, sin tocar en absoluto la libertad del Gobierno para optar políticamente entre la multiplicidad de juristas en los que concurre aquella circunstancia o incluso la de promover la pertinente reforma legislativa, que suprima del Estatuto el mencionado requisito. Pero mientras esté vigente su exigencia, no apreciamos obstáculo constitucional ni legal que impida al Tribunal Supremo controlar su cumplimiento por parte del Gobierno, imponiéndole, en su caso, que se sujete al mandato claro y preciso emanado de las Cortes Generales".

La sentencia cuenta con dos votos particulares. En el primero se disiente de la estimación del recurso por considerarse que se cumplían los requisitos exigibles para el nombramiento. En el segundo se



muestra la disconformidad con la admisión del recurso, señalándose lo siguiente:

“La conclusión de que esta Sala carece manifiestamente de jurisdicción para conocer del acto impugnado por no estar sujeto al Derecho Administrativo se alcanza, en consecuencia, sin acudir a la vieja, y hoy desacreditada, distinción entre actos administrativos y actos políticos que, al socaire de la inmunidad jurisdiccional de estos últimos, según el art. 2.b) de la Ley Jurisdiccional, dejan sin control alguno la actuación de los poderes públicos, en el presente caso del Gobierno. La norma del artículo 9.1 de la Constitución que establece el sometimiento de los poderes del Estado a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico es general y sin excepciones. Sin embargo, la misma Constitución ha establecido en su articulado un reparto de competencias entre los poderes del Estado y ha distinguido entre Gobierno y Administración (Título IV), entre «actuación administrativa», cuyo control corresponde a los Tribunales (art. 106.1), «gestión política», de la que responde solidariamente ante el Congreso de los Diputados (arts. 108, 113 y 114) y, en general, «acción del Gobierno», cuyo control corresponde a las Cortes Generales (art. 66.2).

La inmunidad jurisdiccional de la acción política del Gobierno no significa, por consiguiente, su irresponsabilidad en una sociedad democrática, sino que, excepcionalmente, la Constitución ha atribuido esa competencia a un órgano distinto del judicial, las Cortes, que representan al pueblo español en quien reside la soberanía, dotadas de medios jurídicos propios para el



cumplimiento de sus funciones (arts. 72.1, 74.1, 76.1, 77.1, 109 y 110 de la Constitución). El Tribunal Constitucional (Sentencia 220/1991, de 25 de noviembre), en un supuesto de relaciones entre el Gobierno y parlamentarios, se ha referido al «ejercicio de las funciones gubernamentales propias susceptibles de control político y parlamentario -y, en última instancia, electoral- pero no revisables, en general, desde consideraciones de corrección jurídica, so riesgo de pretender una judicialización inaceptable no exigida en modo alguno por la Constitución y poco conveniente con el normal funcionamiento de la actividad política de las Cámaras legislativas y del Gobierno»".

Debemos mencionar también las tres SSTS de 4 de abril de 1997, Rec. 602/1996, 634/1996 y 726/1996, del caso conocido como «los papeles del CESID». Se impugnaba, por el procedimiento de protección de derechos fundamentales, el acuerdo del Consejo de Ministros de no desclasificar los documentos declarados secretos que había solicitado el juzgado de instrucción en la investigación de los GAL. Los recurrentes eran la acusación particular en el procedimiento penal e invocaban la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

Pues bien, el TS admite el recurso contencioso-administrativo y lo estima en parte, ordenando al Gobierno que procediera a la cancelación como materia secreta de tales documentos y a su entrega al Juzgado solicitante. No obstante, se formulan numerosos votos particulares.



En dichas sentencias se califica al acto de clasificación o desclasificación de los documentos controvertidos como propios *«de la potestad de dirección política que atribuye al Gobierno el artículo 97 de la Constitución»*, ya que una cuestión de tal trascendencia *«solamente puede moverse en las zonas más altas y sensibles, atinentes a la permanencia del orden constitucional, entendido éste como un todo regulador y definidor de las sustanciales formas políticas y jurídicas de convivencia ciudadana en el ámbito nacional español, frente a quienes por medios violentos pretenden atentar contra su subsistencia, mediante ataques a su seguridad interior o exterior»*. Seguidamente se reproduce la doctrina sentada en la precedente STS de 28 de junio de 1994 sobre la justiciabilidad de las actuaciones del Gobierno a través de los conceptos jurídicamente asequibles para asegurar la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad, ex artículos 24.1 y 9 CE, para concluir que: *«[e]s esta idea de "conceptos judicialmente asequibles", la que nos lleva a afirmar que si claramente establecíamos la vinculación entre los documentos, su clasificación como secretos y la seguridad del Estado, no hay razón para que no consideremos que nos sea también asequible determinar negativamente la concurrencia de elementos que o bien eliminan totalmente la afección a dicha seguridad o bien la aminoren en términos que –ponderando los intereses jurídicos en juego– nos permitan dar prevalencia, en su caso, al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva invocado por los recurrentes para pedir la desclasificación»*.



Algunos votos particulares, sin embargo, discrepan de la aplicación de la doctrina de los conceptos judicialmente asequibles en este ámbito ya que *"En el presente caso, no hay, no ya elemento reglado alguno que no se refiera a la competencia para acordar la desclasificación o entrega de material clasificado como secreto, al procedimiento o al fin, sino siquiera definición legal o jurídica del tan repetido concepto, que, por eso mismo, ha de quedar sustraído a la definición o determinación jurisdiccional. La asequibilidad, por tanto, a este concepto la pueden tener los Jueces como cualquier otro ciudadano, si se quiere, especialmente informado al efecto, pero sin ningún otro título particular"*. De este modo se descarta que *"en virtud de la idea de conceptos judicialmente asequibles mediante los que el legislador haya definido los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse los actos de dirección política, pueda entrarse judicialmente a discernir lo que afecte o no afecte, en un caso concreto, a la seguridad del Estado, en suma, lo que sea dicho concepto, que en su misma formulación pertenece por completo a la función política"*.

Esta doctrina de los «conceptos judicialmente asequibles» va a ser esencial como parámetro de control de los actos políticos y va a revestir utilidad hasta nuestros días.

II.4 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998.

Transcurridos 20 años desde la promulgación de la Constitución, y tras los intensos debates doctrinales



y los vaivenes jurisprudenciales, llegamos a la aprobación de la vigente Ley Jurisdiccional de 1998. Sin embargo, tampoco nos va a brindar una respuesta contundente a la cuestión que examinamos.

Su Exposición de Motivos es ambiciosa en relación con el régimen anterior: *«...La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad –llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política– excluida per se del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho. Por el contrario, y por si alguna duda pudiera haber al respecto, la Ley señala –en términos positivos– una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos*



fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes.»

Pero, en su articulado no resulta tan concluyente. El artículo 2 determina que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: «a) *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos».*

Dicho precepto dio lugar a diversas interpretaciones doctrinales. Para algunos autores, como SANTAMARÍA PASTOR¹², a diferencia de los actos provenientes de la función administrativa, que están sujetos al control pleno de los tribunales contenciosos, respecto de los actos del Gobierno, manifestación de su poder de dirección y que se adopten en ejercicio de funciones constitucionales, el control judicial quedaría limitado a los derechos fundamentales, los elementos reglados y las indemnizaciones.

¹² Santamaría Pastor, J. A. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa. Comentario, Iustel, Madrid, 2010, pp. 84-85



Para otros, como GARCÍA DE ENTERRÍA¹³, el artículo 2.a) no habría pretendido enunciar una limitación de control, sino los aspectos de un control mínimo y siempre posible. Sin embargo, considera que *"el debate es realmente ocioso porque "a través del control de los elementos reglados" es como se controlan todos los actos discrecionales (que es como han quedado correctamente calificados ahora los supuestos "actos políticos"), cuyo fondo de libertad de opción, querida por el ordenamiento, siempre ha de respetar el juez"*.

En cuanto a la jurisprudencia surgida bajo la vigencia de la actual ley jurisdiccional, los pronunciamientos tampoco ofrecen soluciones uniformes. Por un lado, nos encontramos con diversas resoluciones judiciales que inadmiten recursos frente a determinadas decisiones relativas a la iniciativa legislativa, al tratarse de *"una actividad política que culmina en un acto de tal naturaleza no susceptible de impugnación ante la jurisdicción"*.

Puede traerse a colación, a este respecto, la STS de 26 de octubre de 1999, dictada en el Rec. 3478/1992, interpuesto por el Ayuntamiento de Torre Pacheco frente a los Acuerdos del Consejo de Gobierno de Murcia que aprobaron el Anteproyecto de Ley de creación de Municipio de Los Alcázares y su remisión a la Asamblea Regional para su tramitación parlamentaria. Así como la STS de 21 de diciembre de

¹³ García de Enterría, E. Democracia, Jueces y Control de la Administración, 4ª ed, Thomson- Civitas, Madrid, 2000, p. 25



2011, dictada en el Rec. 120/2011, interpuesto por el sindicato ELA contra el Acuerdo adoptado por el Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco de aprobación del proyecto de ley de modificación de la ley por la que se aprobaron los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2010.

La argumentación de ambas sentencias es la siguiente:

“a) La iniciativa legislativa que corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la CE y los Reglamentos de las Cámaras, amén de las prerrogativas que tienen las Asambleas de las CC.AA. para solicitar del Gobierno la adaptación de un proyecto de Ley o remitir a la mesa del congreso una proposición de Ley, no es susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues tal iniciativa no es el simple producto de un actuar de la Administración, sino del ejercicio de una funciones específicas que la CE encomienda al Gobierno -entre otros-, en cuanto que, en el Consejo de Ministros concurre una doble naturaleza; ya que si bien y, por una parte, está integrado en la Administración Pública constituyendo su órgano superior, por otra, cuando realiza una actividad en la que predomina un principio de conveniencia y oportunidad política, cual es la «iniciativa legislativa» en orden a la aprobación y remisión de las Cortes generales de un determinado proyecto de Ley, se trata de una actividad política que culmina en un acto de tal naturaleza no susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a lo dispuesto a «sensu



contrario» en los arts. 37 y 1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción y, asimismo, a tenor de lo establecido en el art. 2-b) de la misma (TS S 25 Oct. 1990).

b) No toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 del texto constitucional, está sujeta a Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos jurisdiccionales, como son los actos que regula el Título V CE, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 CE (TC S 15 May. 1990).

c) Estas ideas, formuladas en términos generales respecto de las relaciones entre Gobierno y Cortes, son también aplicables a las relaciones entre los ejecutivos autonómicos y las correspondientes Asambleas Legislativas, ya que la solución contraria podría desnaturalizar el juego democrático entre aquellas instituciones (TC S 29 Nov. 1990 y ATC 10 Dic. 1990).

d) No estamos en presencia de un acto de la Administración Pública, sujeto al derecho administrativo, cual exige el artículo primero LJCA para que ésta pueda desarrollar su función fiscalizadora, sino que es objeto de impugnación jurisdiccional un acto del Gobierno, en cumplimiento de la potestad constitucional de iniciativa legislativa que le corresponde (art. 87.1 CE), diferente, desde luego, de los que se adopten en el ejercicio de las funciones ejecutiva, en su faceta administrativa, y reglamentaria, cuya culminación es la aprobación de la ley, y que tiene sus propios



mecanismos de control; sin que, en consecuencia y por tanto, pueda ejercer esta Jurisdicción su función, ni tan siquiera so pretexto de los invocados aspectos reglados y arbitrarios que esta Sala ha ponderado ante supuestos de distinta naturaleza y contenido al aquí enjuiciado (ATS de 3 Dic. 1998)”.

Asimismo, el Tribunal Supremo también se ha pronunciado en relación con la diferencia entre la iniciativa legislativa, como actuación política, y la potestad reglamentaria, como función administrativa, desde el punto de vista de su inactividad. Cabe citar la STS de 8 de marzo de 2023, dictada en el Rec. 431/2021, interpuesto por la Unión de Uniones de Agricultores y Ganaderos contra la inactividad de la Administración por la falta de elaboración de una norma reglamentaria que regulase una modalidad de contrato de acceso para regadío a que obligaba la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021.

Dice el Alto Tribunal que “La inactividad u omisión reglamentaria tiene lugar cuando resulta legal o constitucionalmente debido el dictado de una disposición de carácter general por la Administración y esta no lo hace. No se incluyen en esta categoría aquellos supuestos de omisión de la actividad político-constitucional del Gobierno con trascendencia normativa, como la aprobación de decretos leyes o decretos legislativos, como tampoco la falta de presentación de proyectos legislativos.”

Junto a las decisiones de inadmisión anteriormente indicadas, referidas a la iniciativa



legislativa, en otras ocasiones el Tribunal Supremo ha admitido los recursos contencioso-administrativos, pero limitando el control judicial a los elementos del artículo 2.a) de la Ley Jurisdiccional.

En el campo de las relaciones internacionales, podemos mencionar la STS de 31 de mayo de 2005, dictada en el Rec. 242/2003, interpuesto frente a la no tramitación de una solicitud de extradición activa de 40 personas residentes en la República Argentina. El TS estima el recurso y declara el deber de cursar la solicitud de extradición por la vía diplomática al Gobierno de Argentina a fin de que éste adopte decisión en relación a la referida solicitud de extradición.

A juicio del Alto Tribunal, se trata de una actuación administrativa, y no de un acto político, con el siguiente razonamiento:

“Y ello porque siendo como es un acto del Gobierno, en cuanto que emana del órgano Gobierno al que se refiere y configura el art. 98 de la Constitución, no es un acto de Gobierno de aquellos que la Ley del Gobierno atribuye en el art. 2 al Presidente del Gobierno y en el art. 5 al Consejo de Ministros como órgano colegiado del Gobierno, sino que constituye un acto administrativo que el legislador atribuye al Gobierno en sentido orgánico, y que se encuadra en el apartado k) del art. 5 de la Ley del Gobierno cuando manifiesta que corresponde al Consejo de Ministros «ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución, las leyes y cualquier otra disposición».



En definitiva, se trata de un acto que adopta el Consejo de Ministros como órgano colegiado del Gobierno, y que llega a su conocimiento y deliberación en virtud del principio de especialidad departamental a iniciativa del Ministerio de Justicia competente para someterlo a su decisión, y que emana de una Administración Pública y está sujeto al Derecho administrativo, y, por ende, al control de la legalidad de la actuación administrativa que establece el art. 106 de la Constitución y que se encomienda a los Tribunales del orden contencioso-administrativo y en este supuesto al Tribunal Supremo”.

No obstante, la sentencia recoge una serie de supuestos que si son encuadrables en la categoría de actos políticos, como pertenecientes a la función de dirección de la política exterior, entendida como *“dirección política de las relaciones internacionales entre España y el resto de Estados soberanos, así como con las Organizaciones internacionales supraestatales en las que el Estado español se integra y con las que crea vínculos de cooperación que se expresan por medio de Tratados que forman parte de nuestro Ordenamiento, y que, en ocasiones, y como consecuencia de la cesión de determinados aspectos de la soberanía condicionan esa política exterior y la vinculan a políticas comunes de esa naturaleza. Otros aspectos de esas relaciones internacionales o exteriores se manifiestan en formas más concretas, pero, también, emanadas de actos del Gobierno como podrían ser los nombramientos de embajadores, o, por el contrario, el no cubrir embajadas vacantes o llamar a consultas al embajador en un Estado concreto, o romper relaciones*



con un Estado en un momento determinado como reprobación de una política también determinada. Pero éstos son actos de Gobierno que sí tienen esa condición y que expresan la dirección de la política exterior del Estado en su conjunto o la concretan en relación con una determinada Organización internacional o la singularizan en un determinado sentido con un Estado concreto”.

Igualmente, podemos destacar la STS de 27 de octubre de 2008, dictada en el Rec. 366/2007, interpuesto por la Asociación Profesional de la Magistratura, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se propone a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa una terna de candidatos para el puesto de Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Supremo en dicha sentencia cataloga el acto recurrido como acto político, de manera que restringe su control a los elementos del artículo 2.a) de la Ley Jurisdiccional y, en particular, a la vulneración del derecho fundamental del artículo 23.2 CE, que descarta, en los siguientes términos:

“En cuanto a su naturaleza, ciertamente, estamos ante un acto del Gobierno. Es decir, de los contemplados en el artículo 2 a) de la Ley de la Jurisdicción. Por eso, la revisión judicial que de él cabe hacer ha de limitarse a los extremos que ese precepto señala: a la protección de los derechos fundamentales, a los aspectos reglados y a las indemnizaciones que fueren procedentes. Pues bien, es obvio que este último



aspecto no se plantea aquí. No obstante, sí se ha suscitado la infracción del derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución y el incumplimiento de los requisitos necesarios para ser Juez del TEDH según el artículo 21 del CEDH. Por tanto, la demanda se sitúa, en lo sustancial, dentro del marco definido por aquél precepto, de manera que no pueden prosperar las objeciones que desde este punto de vista ha realizado el Abogado del Estado”.

También resulta relevante la STS de 14 de junio de 2010, dictada en el Rec. 4871/2009, en relación con el recurso interpuesto por Convergència Democràtica de Catalunya contra la realización por el Gobierno catalán de una campaña publicitaria para destacar sus 1.000 días de gestión ante las elecciones al Parlamento de Cataluña.

El asunto tiene interés por cuanto no se recurría una actuación expresa, lo cual no es óbice para el TS para su impugnación, argumentando que: *“Sobre la recurribilidad de la actuación impugnada hay que decir que la sentencia la explica de manera más que suficiente. Establecido a partir de los hechos declarados probados que el conjunto de actuaciones publicitarias emprendidas por los distintos Departamentos de la Generalidad de Cataluña en el tercer trimestre de 2006 conforman una campaña vertebrada por la idea de los 1.000 días de gestión de su Gobierno que no puede no responder a una decisión concreta de éste de realizarla, no es problemático encuadrar esa actividad en el conjunto de las que, según los artículos 25 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción son susceptibles de recurso.*



No lo es porque la circunstancia de que dicha decisión no se plasmara en una resolución expresa no quita su existencia ni su efectividad.

Reducir la impugnabilidad de las actuaciones del Gobierno solamente a las de carácter expreso o a las que se entiendan producidas por silencio dejaría sin control jurisdiccional aquellas que, pese a ser inequívocas y, como se ha dicho, efectivas, no se han formalizado o documentado. Es verdad que si de ellas deriva una multiplicidad de actos, como los que aquí pusieron en marcha las distintas iniciativas publicitarias en que se articula la campaña, sería posible impugnarlos uno a uno, pero esto, no sólo no aseguraría la revisión judicial de todas ellas, sino que --como, con razón, observa la sentencia-- privaría de la visión de conjunto que permite apreciar con claridad la misma existencia de la campaña y de la infracción cometida".

Así, el TS estima la existencia de un acto de Gobierno, susceptible de control judicial, conforme al artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción, en cuanto a sus elementos reglados, que en el caso venían determinados por la regulación contenida en la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, que prohíbe dicho tipo de campaña, y que el Gobierno catalán habría infringido.

Para terminar, y en el ámbito del título V de la CE, de las relaciones entre el Gobierno y las Cortes, cabe citar la STS de 14 de diciembre de 2000, dictada en el Rec. 6547/1996, interpuesto por un partido político contra la convocatoria de elecciones al Parlamento andaluz.



El Tribunal Supremo lo califica de acto político y estima en el mismo la existencia de una serie de elementos reglados susceptibles de control judicial y, por ello, anula el auto dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que había declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, ordenando la retroacción de las actuaciones para el dictado de una sentencia sobre la cuestión de fondo.

Resulta ilustrativo detenerse en cuáles son los elementos reglados apreciados por el Tribunal Supremo en la convocatoria de elecciones al Parlamento:

“a) Los artículos 13, 14, 26.1, 28.3 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 6/1981, de 30 Dic., que determinan la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de normas y procedimientos electorales para constitución de sus instituciones de autoGobierno (artículo 13.5), la competencia del Presidente de convocar elecciones al Parlamento, la composición del Parlamento, entre 90 y 110 Diputados, por un período de cuatro años que termina cuatro años después de la elección (artículo 26) y la celebración de elecciones, que tendrán lugar entre los 30 y 60 días posteriores a la expiración del mandato, siendo los Diputados electos convocados para la sesión constitutiva del Parlamento dentro de los veinticinco días siguientes a la celebración de las elecciones (artículo 28.3).

b) Las previsiones contenidas en los artículos 14 y 27 de la Ley 1/1986, de 2 Ene., Electoral de Andalucía



(Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 3 de 14 Ene., corrección de errores Boletín Oficial Junta de Andalucía núm. 33, de 17 Abr.) que establece la convocatoria que se efectuará mediante Decreto del Presidente de la Junta, publicado en el Boletín Oficial de la Junta, fijando el día de la votación y la fecha de la sesión constitutiva del Parlamento dentro de los veinticinco días siguientes a la celebración de las elecciones (artículo 14) y la fijación de la iniciación de la campaña electoral y el día de la votación (artículo 27.1).

c) Finalmente, la previsión contenida en la Ley 1/1990, de 30 Ene., que modifica la Ley 6/1983, de 21 Jul., sobre Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 12, de 6 Feb.), en relación con la anticipación del proceso electoral hasta un máximo de sesenta días, cuando como consecuencia de los plazos previstos en el procedimiento electoral, las elecciones debieran de celebrarse entre los días 1 Jul. al 31 Ago. (artículo 1 y 2 de la invocada Ley)".

Recapitulando, se aprecia, por tanto, que el TS reconoce la categoría de actos políticos, pero no siempre les da el mismo tratamiento: unas veces inadmite el recurso contencioso-administrativo, excluyendo todo tipo de control judicial, y otras, estima la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo, pero limitado al control de alguno de los elementos del artículo 2.a) de la Ley Jurisdiccional.



III. ¿TIENE UTILIDAD LA DISTINCIÓN DE LOS ACTOS POLÍTICOS A EFECTOS DE SU CONTROL JUDICIAL?

Llegados a este punto, a la vista de que la regulación legal no es clara, ni inequívoca, que las posturas doctrinales son divergentes y que las interpretaciones judiciales no son siempre uniformes, comienzan los interrogantes: ¿en el momento actual, cuál es la diferencia entre actos políticos y administrativos a efectos de su control judicial? ¿Realmente reviste alguna utilidad la distinción del concepto de acto político a tales efectos?.

Y ello partiendo de la efectiva existencia de actos políticos, entendidos como los resultantes de la función de dirección política que constitucionalmente tiene atribuida el Gobierno de la Nación, y estatutariamente los Gobiernos autonómicos, de los que ya hemos expresado algunos ejemplos con anterioridad, que vendrían regulados por la CE, los Estatutos de Autonomía y las respectivas leyes de Gobierno. A diferencia de los actos administrativos, subordinados a dicha actividad de dirección y sometidos al derecho administrativo.

Pero, ¿resulta clara esta distinción?. Podemos identificar sin demasiada dificultad los poderes y funciones constitucionales atribuidos al Gobierno, que se desgranar a lo largo del texto constitucional. Ya hemos expuesto anteriormente un listado de los mismos.



Sin embargo, puede haber otras decisiones de naturaleza política, que impliquen una orientación o priorización de esferas de actuación, en palabras del TC, que la CE no recoge. En este sentido, el TS conceptuó como acto político la actualización de rentas de la Ley de Arrendamientos Urbanos (STS de 6 de noviembre de 1984, matizada por STS de 11 de mayo de 2000 Rec. 170/1996), la dotación de medios para la administración de justicia (STS de 2 de octubre de 1987) o la determinación del salario mínimo interprofesional (STS de 24 de julio de 1991 Rec. 151/1987).

Además, podemos encontrarnos también con una regulación que podríamos denominar administrativa de determinados aspectos del ejercicio de las funciones constitucionales, esto es, los conceptos judicialmente asequibles a que se refiere el TS. Por ejemplo, los requisitos para ser Fiscal General del Estado.

De esta manera, ni la atribución constitucional, ni el sometimiento al derecho constitucional, resultan del todo concluyentes para la definición del concepto. Pero, al margen de ello, aun cuando pudiéramos distinguir con claridad los actos políticos de los administrativos, a efectos de su control judicial, ¿se puede mantener dicha distinción? Se abren nuevos interrogantes.

Atendiendo a la literalidad del artículo 2.a) de la Ley Jurisdiccional, ninguna actuación del Gobierno puede quedar excluida de control judicial en función de



su naturaleza, siendo este posible siempre que posean elementos reglados, en tanto impliquen afectación de derechos fundamentales o causen algún daño que pueda generar responsabilidad patrimonial.

Debe repararse en que la ley procesal no se refiere, de manera expresa, a los actos políticos, pero evidentemente los tiene en cuenta en la expresión "*cualquiera que fuese su naturaleza*", lo que tampoco se entiende muy bien porque los de naturaleza administrativa ya se contemplan en el artículo 1.1 conforme al cual "*Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo*", de donde se deduce que el artículo 2.a) está pensando, aun sin denominarlos, más bien eludiendo hacerlo, en los actos de naturaleza política.

Siendo esto así, la regulación legal permite afirmar, de manera concluyente, que, respecto de los actos administrativos, el control judicial es pleno y, en cuanto a los actos políticos, cabe en todo caso en relación con los elementos reglados, indemnizaciones y derechos fundamentales.

Pero qué ocurre fuera de estos tres supuestos. ¿Podríamos afirmar la existencia de inmunidad judicial? En el caso de la iniciativa legislativa, uno de los supuestos más genuinos de acto político, el TC y el TS ya han sentado la exclusión de su control judicial, aunque, volviendo al punto de partida de este estudio,



el Tribunal Superior de Justicia de Navarra la ha sometido al control de la jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto a su ejercicio.

Ello nos lleva a formularnos otra pregunta. ¿Realmente hay supuestos que podrían quedar fuera de los previstos en el artículo 2.a) de la Ley Jurisdiccional, que se circunscribe a los derechos fundamentales, los elementos reglados y las indemnizaciones? Veámoslo.

En lo referente a las indemnizaciones, podemos decir que poco aporta su mención en el precepto, dada la unificación de todo el régimen indemnizatorio en la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración en las leyes administrativas; en la actualidad, en lo sustantivo, en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y en lo procedimental, en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Mucho mayor interés y complejidad tiene la alusión a los elementos reglados, por cuanto el planteamiento dependerá de la propia noción que se tenga de su concepto. En la doctrina administrativa, en el estudio de las potestades discrecionales de la Administración, esto es, aquellas en las que goza de libertad para elegir sí desarrolla o no el contenido de la potestad y de elección entre varias soluciones posibles, suelen distinguirse, junto con los elementos discrecionales en los que existe tal libertad de apreciación, una serie de elementos reglados, como son el supuesto de hecho, la competencia y el



procedimiento, o el fin. Y se fija como límite de la discrecionalidad la interdicción de la arbitrariedad, lo que exige una motivación suficiente de la decisión discrecional.

Pues bien, en su aplicación al ámbito que nos ocupa de los actos políticos, se puede admitir pacíficamente que el control judicial podrá referirse a cuestiones como las relativas a la competencia o al procedimiento para su adopción. O a aquellos requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para tomar la decisión, volviendo de nuevo al concepto jurisprudencial de los conceptos judicialmente asequibles.

¿Pero qué pasa con el control del fin y de la consecuente desviación de poder? ¿Y con el deber de motivación? ¿También son aplicables a los actos políticos? Con la motivación, la autoridad ha de hacer expresa alusión del fin y de las razones que justifican la decisión tomada. Todo poder es conferido por el ordenamiento como instrumento para la consecución de un fin de interés público, lo que implica, consecuentemente, para la autoridad, la prohibición de actuar con una finalidad impropia, de manera que, si desatiende la finalidad específica prevista en la norma habilitante, incurre en un vicio de desviación de poder determinante de la nulidad de la decisión.

De este modo, si resulta exigible al acto político la adecuación al fin y la necesidad de motivación, de manera que aplicamos al acto político todas las técnicas de control de la discrecionalidad, ¿habría alguna



diferencia entre los actos administrativos discrecionales y los actos políticos?

En ese caso, si hacemos la equiparación, podríamos decir que el control judicial del acto político es equiparable al del acto administrativo discrecional y, en ese sentido, un control pleno, pero ello podría conllevar, también, como advertía ORTEGA ÁLVAREZ¹⁴, un riesgo de sustitución del poder ejecutivo por el poder judicial y de anulación, en definitiva, de aquél. Si, por el contrario, no cabe exigir motivación y adecuación al fin en los actos políticos ¿no podríamos encontrarnos con actuaciones arbitrarias de un poder público prohibidas por el artículo 9.3 CE?

¿Cómo salir de la encrucijada? Pues volviendo a los planteamientos de GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ¹⁵. Para ellos, como se ha dicho, en el marco constitucional y jurídico administrativo actual, la categoría del acto de Gobierno es totalmente inútil, en tanto que los actos administrativos y los políticos no tienen una diferencia de naturaleza que los haga someterse a distintos regímenes de control.

¹⁴ Ortega Álvarez, L. Prólogo, en Garrido Cuenca, N. El acto de Gobierno, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, pp. 34 y ss.

¹⁵ García de Enterría y Fernández, T.R. Curso de Derecho Administrativo. 15ª ed. Civitas, Thompson Reuters, Madrid, 2011, T. I, p. 604



Como afirma MARCHECO ACUÑA¹⁶, la diferencia entre los actos de Gobierno y los administrativos es únicamente una cuestión de gradación de la discrecionalidad, teniendo en cuenta la distinta densidad normativa con que son regulados unos y otros. Las facultades del Gobierno, en tanto derivadas directamente de la Constitución, son reguladas por lo general con mucho menor detalle que las reservadas por la ley o los reglamentos a la Administración. Por tanto, la discrecionalidad política gozaría de un plus respeto de la administrativa, los parámetros de control mucho más reducidos y su alcance, en consecuencia, mucho menor, pero no inexistente.

Finalmente, en cuanto al tercer elemento contemplado en el artículo 2.a) de la Ley Jurisdiccional, la protección de los derechos fundamentales, cierra el sistema, ampliando las facultades judiciales con un control pleno que permitiría incluso entrar a enjuiciar el fondo discrecional del acto.

En este caso, como sostiene DÍEZ SÁNCHEZ¹⁷, la tutela judicial efectiva exigirá el enjuiciamiento del fondo, el juicio de ponderación de los componentes «políticos» de ese acto a la luz de los derechos

¹⁶ Marcheco Acuña, B. "El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el derecho español", *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2, 2015, pp. 45 y 46

¹⁷ Díez Sánchez, J.J. "El control jurisdiccional de los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 26, enero 2012, pp. 70 y 71



fundamentales que puedan estar en juego. Será necesario enjuiciar si el acto lesiona o no derechos fundamentales y si dicha lesión es prevalente o no sobre los bienes que con el acto político se pretenden amparar, sin que el tribunal pueda sustituir el criterio político, aunque se requerirá de todos modos entrar en la valoración de las circunstancias que motivan la decisión.

Interesa, en este momento, la cita de la STS de 3 de diciembre de 1998, dictada en el Rec. 3490/1994, en relación con la convocatoria de elecciones al Parlamento de Andalucía, por cuanto contiene el mejor resumen o conclusión de lo que venimos afirmando:

“La idea de los elementos reglados por sí sola no resulta suficientemente sólida para asentar un control riguroso de los actos políticos, puesto que el legislador puede obviar ese control con solo eliminar la regulación de los citados elementos. Del mismo modo no basta la existencia de un elemento reglado para que sin más pueda afirmarse que el acto es susceptible de control, será necesario, además, que concurran otros elementos de conexión con el ámbito administrativo suficientemente relevantes que presuponga un control jurisdiccional, no político, por afectar a derechos de terceros, de tal manera que permitan controlar tal aspecto del acto político y otorguen a aquellos un interés legítimo en la revocación del acto en cuestión.

Lo anterior determina que la técnica del examen de los elementos reglados debe complementarse con otras tales como las del control de la discrecionalidad que nos enseña que debe prestarse especial atención a



la motivación de las decisiones y a comprobar si concurre algún indicio de falta de razonabilidad en la decisión, y la técnica del control de los principios y valores constitucionales, reconociendo el carácter capital de los derechos fundamentales a los que deben sacrificarse, siempre que se de el principio de proporcionalidad exigible, cualesquiera otros derechos”.

A la vista de lo expuesto podemos ya concluir la escasa utilidad que ofrece la distinción entre actos políticos y administrativos a efectos de su control judicial, que será pleno respecto de los actos políticos en el caso de vulneración de un derecho fundamental y en otro caso tendrá un alcance más limitado que el de los actos administrativos, como consecuencia de la mayor discrecionalidad de que goza el acto político, si bien serán aplicables las mismas técnicas de control.

Y todo ello sin que la actuación judicial pueda implicar la suplantación del poder ejecutivo, debiendo respetarse los principios de separación de poderes y de equilibrio entre los mismos en los que se asienta nuestro sistema constitucional y nuestro Estado democrático de derecho.

Así se expresa en la ya citada STS de 3 de diciembre de 1998, sobre convocatoria de elecciones al Parlamento de Andalucía: *“Así, en cuanto al aspecto de dirección política del acto en cuestión ha de tenerse en cuenta a la hora de aplicar las diversas técnicas de control el principio de división de poderes, lo que supone aceptar una serie de limitaciones al acto judicial de control consistente en atender a la función*



constitucional de cada órgano y así en los actos de relación entre poderes, en este caso ejecutivo y legislativo, es patente la imposibilidad de una interferencia judicial que no lleve consigo una alteración del equilibrio de los controles político-estatutarios”.

IV. OTROS CONTROLES

El estudio del control jurisdiccional del acto político debe completarse con la mención, aunque sea somera, a los demás instrumentos de control establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, que son el control parlamentario y el Tribunal Constitucional.

Respecto al primero, conforme al artículo 108 CE, el Gobierno es responsable políticamente ante el Congreso de los Diputados. La CE establece, en sus artículos 109 a 111, diversos instrumentos de control, como las peticiones de información, las comparecencias, interpelaciones, preguntas y mociones. Y los artículos 112 y 113 prevén, respectivamente, la cuestión de confianza y la moción de censura.

Debe advertirse, no obstante, que no se trata de un control realizado bajo parámetros jurídicos, sino que se sitúa en el ámbito de la responsabilidad política, que, en última instancia, podría dar lugar a la retirada al Gobierno de la confianza parlamentaria.

En segundo término, habría que hablar del control del Tribunal Constitucional, que difiere en su naturaleza del control jurisdiccional ordinario de



legalidad de la actuación del Ejecutivo, como garante de su sumisión a la Constitución. En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene competencias en relación con el correcto desempeño de funciones constitucionales del Gobierno, como la aprobación de Decretos-Leyes. También conoce de los conflictos competenciales que surjan entre el Estado y una Comunidad Autónoma o de estas entre sí. Por último, conocerá de las violaciones de derechos fundamentales a través del recurso de amparo.

V. CONSECUENCIAS PENALES

Faltaría por abordar una última cuestión. Se ha dicho que a efectos de su control jurisdiccional resulta indiferente la categorización de la actuación del Gobierno como acto administrativo o político, al quedar sujeto al mismo régimen de control, si bien no de la misma intensidad dado el diferente grado de discrecionalidad existente en una y otra actuación. ¿Pero qué ocurre con la responsabilidad penal?

Recientemente el Tribunal Constitucional ha dictado varias sentencias en relación con el caso de los ERE de Andalucía, estimando, en parte, los recursos de amparo interpuestos, entre otros, por Magdalena Álvarez, exconsejera de Economía y Hacienda (STC 93/2024), Manuel Chaves, expresidente de la Junta de Andalucía (STC 99/2024) y Jose Antonio Griñán, exconsejero de Economía y Hacienda y expresidente de la Junta de Andalucía (STC 100/2024).



La Sra. Álvarez y los Sres. Chaves y Griñán, junto con otros ex altos cargos de la Junta de Andalucía, fueron condenados por un delito de prevaricación por la Audiencia Provincial de Sevilla, condena confirmada por el Tribunal Supremo, por haber participado en la elaboración y aprobación de los proyectos de ley de presupuestos de diversos ejercicios, que establecieron un nuevo sistema de presupuestación que tenía por objeto eludir la aplicación de la normativa de subvenciones y que conllevó que terceras personas sustrajeran dinero público.

La cuestión nuclear estribaba en la determinación de si la iniciativa legislativa en materia presupuestaria tenía naturaleza de acto político o de actuación administrativa, a efectos de poder ser constitutiva del delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, conforme al cual comete tal delito *"la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo."* Se observa, por tanto, la trascendencia de la distinción.

Pues bien, la Audiencia Provincial de Sevilla y el Tribunal Supremo habían considerado que la participación en la elaboración y aprobación de los proyectos de ley *"no son actos de Gobierno inmunes al control de la jurisdicción penal, sino 'resoluciones en asunto administrativo', a los efectos del artículo 404 del Código penal"* pudiendo, y siendo en el caso concreto, constitutivos de un delito de prevaricación por no respetar la normativa presupuestaria.



El Tribunal Constitucional, por su parte, estima que *“La prerrogativa del Poder Ejecutivo de presentar proyectos de ley es un acto político que se incardina dentro de las funciones de Gobierno que la Constitución le atribuye. Este es el motivo por el que este tipo de actos tienen una naturaleza jurídica diferente de aquellos que adopta el Gobierno en el ejercicio de sus funciones administrativas que, por mandato de lo establecido en el art. 106 CE, son objeto de control por los tribunales”*. Por tanto, no pueden constituir delito de prevaricación y aprecia la vulneración del derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 CE.

Sin embargo, al fallo de la mayoría le acompañan varios votos particulares que sostienen la naturaleza administrativa de la actividad previa al ejercicio de la iniciativa legislativa, de la elaboración del proyecto de ley, susceptible de control judicial, también en la jurisdicción penal. Si bien lo diferencian de la decisión de elevar a las Cortes un proyecto de ley, que sí consideran acto de Gobierno.

El matiz estaría, por tanto, en la distinción entre la actividad preparatoria de la iniciativa legislativa, que sí sería de naturaleza administrativa, sujeta a un procedimiento administrativo y susceptible, por consiguiente, de control judicial, y el ejercicio de la iniciativa legislativa, que constituiría un acto político que gozaría de inmunidad judicial, como han entendido en ocasiones anteriores el TC y el TS.

Buscándole acomodo o coherencia con lo que venimos afirmando, podríamos decir que en la



preparación de la iniciativa legislativa el Gobierno goza de menor discrecionalidad, en cuanto que existe un procedimiento regulado administrativamente que debe cumplimentar, otra vez los conceptos judicialmente asequibles, mientras que en el acto de decisión política que supone el ejercicio de la iniciativa legislativa posee la máxima discrecionalidad exenta de control judicial.

VI. CONCLUSIÓN

Podemos concluir que la cuestión del control judicial de los actos políticos ha sido a lo largo de la historia y sigue siendo en la actualidad de naturaleza compleja y controvertida, propiciada por el propio legislador, y que ha dado lugar a interesantes debates doctrinales y jurisprudenciales.

La naturaleza dual del Gobierno, como órgano político que tiene atribuidas funciones de dirección política, y como órgano superior de la Administración al que le corresponde el ejercicio de potestades administrativas, determina el dictado de actos políticos y de actos administrativos, cuya diferenciación no resulta sencilla y que, además, a efectos de su control judicial, carece de interés, al quedar sujetas ambas actuaciones a las mismas técnicas de control.

A este respecto, reviste gran utilidad, como parámetro de control del acto político, la doctrina de los conceptos judicialmente asequibles acuñada por el TS, entendidos como aquellos requisitos o condicionamientos establecidos por la ley para la



adopción de la decisión política y que son susceptibles de control judicial.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Díez Picazo, L.M. "La estructura del Gobierno en el Derecho Español", Documentación Administrativa, No. 215, 1988

Díez Sánchez, J.J. "El control jurisdiccional de los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno", Revista Jurídica de Castilla y León, 26, enero 2012

Embid Irujo, A. "La justiciabilidad de los actos de gobierno (de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)" en: VV.AA. Estudios Sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, vol. III

García de Enterría, E. "La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", Revista de Administración Pública, 38, 1962

García de Enterría y Fernández, T.R. Curso de Derecho Administrativo. 4ª ed. Civitas, Madrid, 1983, v. I

García de Enterría, E. Democracia, Jueces y Control de la Administración, 4ª ed, Thomson- Civitas, Madrid, 2000



García de Enterría y Fernández, T.R. Curso de Derecho Administrativo. 15ª ed. Civitas, Thompson Reuters, Madrid, 2011, T. I

Marcheco Acuña, B. "El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el derecho español", Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, 2, 2015

Ortega Álvarez, L. Prólogo, en Garrido Cuenca, N. El acto de Gobierno, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998

Parejo Alfonso, L. "El Gobierno de la Nación y los Gobiernos de las Autonomías", Documentación Administrativa, No. 188, 1980

Sánchez Agesta, L. y Goig Martínez, J. M. "Título IV. Del Gobierno y La Administración", Comentarios a la Constitución Española de 1978, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1998

Santamaría Pastor, J. A. "Gobierno y Administración. Una reflexión preliminar", Documentación Administrativa, No. 188, 1980

Santamaría Pastor, J. A. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa. Comentario, Iustel, Madrid, 2010



LOS PLANES DE INSPECCIÓN Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL¹

D^a Carmen Martín Fernández

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo
(acreditada a Profesora Contratada Doctora por la ANECA)
Universidad de Córdoba

Resumen: La Administración goza de potestad inspectora para vigilar que los particulares cumplen sus deberes, pero es incapaz de inspeccionar a todos. Su falta de medios le obliga a elegir qué sujetos o qué actividades van a ser los que finalmente padezcan la inspección. Parecería lógico que el parámetro que guiara

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía ProyExcel_00903 y del Proyecto PID2022-138118NB-I00 del Ministerio de Ciencia e Innovación y ha sido fruto de las comunicaciones que defendí en el XVIII Congreso de la AEPDA y en el Seminario de Teoría y Método celebrado en la UAM el 24 de noviembre de 2023. Ambas comunicaciones fueron publicadas y este trabajo representa una reelaboración derivada de la fusión de ambas aportaciones.



la decisión administrativa fuera el potencial defraudador de los individuos. Por eso, algunas normas prevén la realización de mapas o perfiles de riesgo. La inteligencia artificial ha adquirido en este sentido un papel muy relevante: los algoritmos permiten predecir cuáles serán los sectores o los sujetos más proclives al fraude o al incumplimiento. No son pocos, sin embargo, los problemas jurídicos que el recurso a esta técnica suscita. En este trabajo se pretenden poner de manifiesto junto con algunas posibles soluciones.

Palabras clave: inteligencia artificial, algoritmos, inspección administrativa, perfiles de riesgo.

Abstract: The Public Administration has inspection powers to ensure that individuals comply with their duties, but it is unable to inspect everyone. Its lack of means forces it to choose which subjects or which activities will ultimately be subject to inspection. It would seem logical that the parameter guiding the administrative decision should be the potential of individuals to defraud. For this reason, some rules provide for risk mapping or profiling. Artificial intelligence has acquired a very important role in this respect: algorithms make it possible to predict which sectors or individuals are most prone to fraud or non-compliance. However, the legal problems raised by the use of this technique are not few. This paper aims to highlight them, together with some possible solutions.

Keywords: artificial intelligence, algorithms, administrative inspection, risk profiling.



Sumario: I. LA PLANIFICACIÓN DE LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA. 1. *Utilidad de los planes de inspección. A) Los planes de inspección como ejercicio de la potestad de autoorganización. B) Los planes de inspección como vía para reducir la discrecionalidad inspectora. C) Los planes de inspección como fundamento para la motivación de las decisiones discrecionales de inspección.* 2. *La naturaleza jurídica de los planes de inspección.* 3. *El contenido de los planes de inspección; especial referencia a los perfiles o mapas de riesgo.* 4. *La publicidad de los planes de inspección.* 5. *El control de los planes de inspección.* II. EL RECURSO A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA PLANIFICAR LA INSPECCIÓN. 1. *El tratamiento de información masiva para la elaboración de los perfiles de riesgo y los inconvenientes que representa; especial referencia al peligro de perpetuar los sesgos.* 2. *La publicidad de los algoritmos empleados para la confección de los perfiles de riesgo.* 3. *La necesidad de motivar las decisiones basadas en algoritmos.* 4. *El control de las decisiones basadas en algoritmos.* III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA PLANIFICACIÓN DE LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA

En ocasiones, la Administración ejerce sus potestades sin tramitar ningún procedimiento (García-Andrade Gómez, 2021: 44). La inspección administrativa es ejemplo paradigmático. Son muchos los indicios que llevan a concluir que la inspección administrativa no supone la tramitación de un procedimiento administrativo. Piénsese, simplemente, que las inspecciones no finalizan



con una resolución administrativa (como es lo habitual en los procedimientos administrativos) y que en ocasiones pueden incluso realizarse sin previo aviso y sin la presencia y participación de los interesados.

Cosa distinta es que durante el ejercicio de la potestad inspectora se exijan más o menos requisitos formales (necesidad de previo aviso o motivación del inicio de la inspección, por ejemplo) o que las leyes sectoriales *procedimentalicen* esta actividad (la LGT habla de «procedimiento de inspección» y, conforme a ello, somete a la inspección a muchas de las reglas y principios del procedimiento administrativo propiamente dicho). En todo caso, la inspección constituye pura actividad material de la Administración; lo demás son excepciones legales (Rebollo Puig: 2013: 75) que derivan de la «evolución cada vez más acusadamente formalista» del Derecho Administrativo (García-Andrade Gómez, 2021: 43).

A este carácter generalmente material, se une su connotación limitativa. La inspección es la parte de la actividad administrativa de limitación que está destinada a comprobar si los sujetos cumplen con los deberes impuestos para garantizar los intereses generales. Dado que se trata de una actividad de limitación, rige aquí el principio de legalidad en su máxima expresión, por lo que la Administración solo podrá inspeccionar cuando una Ley se lo reconozca. En el art. 4.2 LRJSP puede encontrarse una habilitación general en este sentido:

«Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos previstos en la



legislación que resulte aplicable, para lo cual podrán, en el ámbito de sus respectivas competencias y con los límites establecidos en la legislación de protección de datos de carácter personal, comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que fueran necesarias».

Su correlato, el deber de los particulares de colaborar con la Administración, está previsto, con carácter general, en el art. 18.1 LPAC:

«Las personas colaborarán con la Administración en los términos previstos en la Ley que en cada caso resulte aplicable, y a falta de previsión expresa, facilitarán a la Administración los informes, inspecciones y otros actos de investigación que requieran para el ejercicio de sus competencias...».

La cuestión es: ¿a quién inspecciona la Administración? Es un hecho indiscutible que no puede inspeccionar a todos los particulares ni el cumplimiento de todas las obligaciones legales o reglamentarias que recaen sobre ellos. Dada su incapacidad y falta de medios, a la Administración no le queda más remedio que seleccionar, esto es, decidir de entre millones de individuos (todos potenciales incumplidores de la legalidad) quiénes serán objeto de inspección. Entra en juego, de esta forma, la discrecionalidad de la Administración y, con ella, aparece «la sombra perenne de la arbitrariedad» (Aguallo Avilés, 1994: 27).



En este sentido, la planificación puede ser una buena aliada para garantizar que la decisión administrativa discrecional no incurra en tal exceso². Ello porque la planificación, aunque discrecional, se ha revelado como un medio idóneo para evitar que la toma de decisiones administrativas pueda responder a intereses particulares. El procedimiento planificador suele constar de las siguientes etapas: obtención y tratamiento de información sobre el estado actual de las cosas (diagnóstico), fijación de objetivos y determinación de los medios para alcanzarlos mediante la ponderación entre alternativas (Rodríguez de Santiago, 2023: 20). Esa ponderación entre alternativas conlleva un juicio administrativo de valor (discrecionalidad). Como

² Explica Vaquer que la potestad de planificación es típicamente discrecional, «ya que su ejercicio requiere unos juicios de diagnóstico de la realidad y de ponderación entre diversos intereses para la fijación de fines y la organización de medios» (2023: 456). Ya lo advirtió Martín-Retortillo, afirmando que la realización de un plan es siempre resultado de «la justa ponderación de necesidades y medios» (1966: 46). Es decir, la Administración para elaborar un plan tiene que llevar a cabo un diagnóstico de la realidad y, con base a ello, determinar los objetivos a alcanzar con una determinada política pública, así como las medidas a adoptar en cada caso para conseguirlos. Normalmente, para tomar esas decisiones, la Administración dispondrá de discrecionalidad y podrá elegir una o varias opciones jurídicas entre muchas posibles y legales. Planificar significa, por tanto, considerar y sopesar alternativas. Se trata, a juicio de Parejo, de un «instrumento en cuya utilización se dispone de un muy amplio margen de libertad para la concreción de fines y objetivos y la determinación de medios o medidas para su realización» (2020b: 25).



resultado de la planificación, surge el plan (Rodríguez de Santiago, 2022: 9). Introduciendo la elaboración de los planes antes de la toma de decisiones discrecionales concretas se realiza «una suerte de motivación-planificación inicial» (Sánchez García, 2019: 117) que reduce la discrecionalidad de que dispondrá la Administración en el futuro. La Administración quedará, así, *autovinculada* a lo que decidió discrecionalmente en un momento anterior (Parejo Alfonso, 2020a: 148).

Veamos todo esto con un poco más de detenimiento.

1. Utilidad de la planificación de la inspección

A) Los planes de inspección como ejercicio de la potestad de autoorganización

Los medios humanos y materiales de que dispone la Administración son limitados. Por eso, la eficacia de la actuación inspectora exige su previa programación. La decisión discrecional que representa la planificación «permite incluir criterios de oportunidad y establecer prioridades y estrategias para aplicar con la máxima eficiencia recursos limitados» (Rebollo Puig, 2013: 106). Hay que distribuir los medios disponibles de forma que «los agentes del sector noten la presencia inspectora» (Fernández Ramos, 2002: 333). Solo así desplegará la inspección su función de prevención general.

La programación de las actuaciones inspectoras «no es más que un simple plan de trabajo, un instrumento de organización interna» (Aguallo Avilés, 1994: 29). Los planes racionalizan las tareas inspectoras, organizan, programan y distribuyen las actuaciones a desarrollar por los equipos de inspección. En este sentido, puede



decirse que los planes de inspección hacen las veces de una especie de autorización general que dicta el órgano superior y que habilita a sus órganos subordinados a actuar (a inspeccionar).

B) Los planes de inspección como vía para reducir la discrecionalidad inspectora

Los planes de inspección contribuyen a reducir la discrecionalidad de que dispone la Administración inspectora³. En puridad, la discrecionalidad inspectora podría plantearse en dos vertientes: el ejercicio en sí de la inspección y en el ámbito de su ejercicio.

Con relación al ejercicio general de la inspección, cabe partir de que «la Administración tiene un deber genérico de inspeccionar aquellas actividades para las que las leyes le han otorgado potestades de inspección y de reacción ante incumplimientos» (Rebollo Puig, 2013: 105). Parece, por tanto, que no hay discrecionalidad alguna en la decisión de si inspeccionar o no: la Administración está obligada a hacerlo.

Reconocido, no obstante, ese deber genérico de inspeccionar, hay que recordar que la Administración no puede inspeccionar a todos y a todo de forma permanente. Surge, entonces, la necesidad de que la Administración determine a quién o a qué inspeccionar,

³ Desde el principio, lo admitió el TS. En su sentencia de 22 de enero de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:12574) reconoció que los planes de inspección (en el caso se trataba de los tributarios) responden «a la necesidad de una actuación ordenada de la Inspección que, al propio tiempo, sea garantía de los contribuyentes frente a posibles acciones discriminatorias».



así como la periodicidad de las inspecciones. Surge, de esta forma, la necesidad de que la Administración ejerza su discrecionalidad: tendrá que elegir de entre muchas soluciones posibles, todas ellas legales (pues, *a priori*, todas las actividades y todos los sujetos sometidos a obligaciones legales o reglamentarias podrían ser inspeccionados), las más coherentes con los principios generales del Derecho y las que más contribuyan a la garantía de los intereses públicos.

No obstante, como sabemos, la discrecionalidad administrativa no es ilimitada. Sus límites vienen constituidos por la interdicción de la arbitrariedad y de la desviación de poder y por el respeto a los principios generales del Derecho. Respecto a estos últimos, nos interesan particularmente ahora los principios de igualdad y de proporcionalidad. En este sentido, la Administración no podrá incurrir en discriminación a la hora de seleccionar los sujetos a inspeccionar y tendrá que determinar las actividades a inspeccionar en función del riesgo de incumplimiento presente en cada sector. A mayor riesgo, el principio de proporcionalidad admitiría inspecciones más frecuentes. Como expresa Rebollo, «lo que conviene es disminuir parcial y prudentemente la discrecionalidad para evitar que sea fuente de abusos y de ineficacia» (2013: 107). La cuestión es cómo hacerlo.

Una primera posibilidad pasaría por introducir mecanismos de decisión totalmente aleatorios. El sorteo eliminaría por completo la discrecionalidad administrativa y con ella, todo posible ápice de arbitrariedad y de discriminación.



Otra opción pasa por recurrir a los planes de inspección. La planificación administrativa se ha convertido, de un tiempo a esta parte, en un instrumento útil para reducir, con carácter general, la discrecionalidad administrativa⁴. De hecho, en muchos sectores los planes son instrumentos preceptivos⁵.

⁴ Esta otra faceta de los planes, como herramienta para reducir la discrecionalidad, no creo que nos tenga que hacer cambiar de opinión sobre su naturaleza jurídica, pero sí que habremos de tenerla en cuenta para determinar cuál debe ser su régimen de publicidad y de control. Lo analizaré más adelante.

⁵ Dice la LGT en su art. 116: «La Administración tributaria elaborará anualmente un Plan de control tributario que tendrá carácter reservado, aunque ello no impedirá que se hagan públicos los criterios generales que lo informen».

Lo mismo disponen la mayoría de las leyes medioambientales. Por ejemplo, el art. 95.1 de la Ley 10/2021, de 9 de diciembre, de Administración Ambiental de Euskadi establece: «Las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, elaborarán periódicamente planes de inspección ambiental...».

También las leyes turísticas suelen contener previsiones similares. Art. 67.1 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía: «El ejercicio de las actuaciones inspectoras se ordenará mediante los correspondientes Planes de Inspección Programada que se aprueben mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de turismo».

Incluso con carácter general, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que ha traspuesto la Directiva de Servicios al ordenamiento español, ha impuesto a las Administraciones en su art. 20 d) que impulsen inspecciones administrativas y controles periódicos, así como el diseño y reforzamiento de



La planificación o programación reconduce la actividad inspectora a criterios objetivos y racionales, garantizando así el respeto al principio de igualdad y evitando actuaciones discriminatorias (Fernández Ramos, 2002: 224 y Pizarro Nevado, 2020: 712). Los planes de inspección, que suelen guiarse por una serie de criterios generales que pueden publicarse para otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos, sirven para que la Administración tome una primera decisión discrecional y ello, a su vez, reduce la discrecionalidad de que la Administración dispondrá en el futuro para decidir concretamente a qué sujetos inspeccionar. En palabras de Aguillo, el plan «no sería otra cosa que un ejercicio de graciosa autolimitación de la Administración» (1994: 30). A decir verdad, como explica Rebollo, los planes, más que reducir la discrecionalidad, la adelantan a una fase anterior y, con ello, la racionalizan (2013: 108). Se evitarían, para empezar, las posibles corruptelas consistentes en no dar una determinada orden de inspección para ocultar algún incumplimiento (Nieto García, 1997: 231). Si el plan aconseja inspeccionar, hay que inspeccionar.

Ahora bien, la existencia del plan de inspección no elimina del todo la discrecionalidad. No solo porque suele ser la Administración la que elabora el plan, sino, sobre todo, porque la Administración puede llevar a cabo actuaciones inspectoras fuera del plan⁶. Es legítimo e,

planes de inspección, en todos aquellos ámbitos afectados por la ausencia de controles previos. Y algo similar dispone el art. 84 ter LRBRL respecto a las entidades locales.

⁶ De hecho, hay planes que se denominan de “inspección programada” para dar a entender que será posible también la



incluso, conveniente que sea así. Por eso, la mayor parte de normas que prevén la planificación, e incluso los propios planes, establecen la posibilidad de que los inspectores lleven a cabo actuaciones *extra plan*⁷ y, a veces, hasta las dotan de prioridad respecto a las actuaciones programadas⁸. Conforme a ello, las normas

inspección no programada o *extraplan*. Es el caso, por ejemplo, del Plan de Inspección *programada* en materia de turismo para el año 2023 aprobado por la Consejería de Turismo, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía (orden de 27 de diciembre de 2022). También algunas normas declaran que los planes son meramente orientativos. Es el caso del art. 47.2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo: «Las actuaciones inspectoras del Servicio Ejecutivo de la Comisión y, en caso de convenio, las de los órganos supervisores de las entidades financieras, serán objeto de un plan anual orientativo que aprobará la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, sin perjuicio de que por el Comité Permanente pueda acordarse motivadamente la realización de actuaciones inspectoras adicionales...».

⁷ La resolución de 20 de septiembre de 2023, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, por la que se aprueba el Plan de Control e Inspección sobre Protección de Datos en el Sector Público Andaluz 2023-2025 señala que tal plan «no limitará los poderes de investigación y correctivos que el artículo 58 del RGPD atribuye al Consejo, que siempre podrá realizar actuaciones de oficio así como las que deriven de la presentación de reclamaciones o de las notificaciones de brechas de seguridad de datos personales» (artículo Segundo, apartado 3).

⁸ Es el caso del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y



suelen clasificar las inspecciones en periódicas o circunstanciales, rutinarias o no rutinarias, ordinarias o extraordinarias, en función de si se realizan en cumplimiento de un plan o programa de inspección o, por el contrario, se llevan a cabo como consecuencia de denuncias, renovación de autorizaciones o permisos o la producción de accidentes (Fernández Ramos, 2002: 331).

C) Los planes de inspección como fundamento para la motivación de las decisiones discrecionales de inspección

Para controlar si la Administración ha respetado los límites de su discrecionalidad, se le exige que motive sus decisiones. El art. 35.1 i) LPAC impone la motivación de «Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales». Aunque el precepto hace referencia a la motivación de los «actos», habría que entender, analógicamente, que también hay que motivar las actuaciones materiales discrecionales. Por ejemplo, un inspector no tendría solo que motivar las concretas órdenes o requerimientos escritos (actos administrativos expresos) dirigidos a un administrado solicitándole una determinada información, sino que tendría también que motivar (o estar en condiciones de motivar) sus visitas

Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Su art. 31.2 establece: «En el desarrollo temporal de actuaciones, la Inspección Provincial dará preferencia a las originadas por accidentes de trabajo o denuncias relativas a riesgos graves e inminentes, las derivadas de órdenes de servicio a las que se confiera carácter urgente y las que correspondan a la programación y objetivos establecidos para la correspondiente Inspección Provincial o unidad especializada por la respectiva autoridad».



de inspección y las actuaciones materiales que se llevan a cabo durante dichas visitas, incluidas las órdenes verbales (actuación material y actos administrativos tácitos o no procedimentales).

La existencia de un plan de inspección facilita mucho esta tarea: muchas veces bastará con que la Administración se remita a lo aconsejado por el plan de inspección⁹.

Más necesaria y compleja será la motivación cuando la Administración decida realizar inspecciones fuera del plan. Habría que expresar las causas que han aconsejado la realización de esa inspección que *a priori* no procedía conforme a lo inicialmente planeado. Por eso, la mayoría de las normas supeditan esta iniciativa de los actuarios a la orden escrita y motivada de su inspector jefe (Montoya López, 2007: 149).

2. La naturaleza jurídica de los planes de inspección

Los planes de inspección son, por lo general, normas internas, pues establecen una serie de criterios que estarán vigentes durante un determinado período de tiempo para ilustrar cómo debe ser durante el mismo la actuación de la Administración. A mi juicio, encajan en la categoría de "instrucciones u órdenes de servicio".

Las instrucciones u órdenes de servicio se subsumen en la categoría más general de *soft law*. Las manifestaciones administrativas que forman parte de tal

⁹ SSTs de 18 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:7592) y de 30 de septiembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:5394), entre otras.



categoría «tienen en común que cumplen la función principal de proporcionar al órgano administrativo que aplica el Derecho criterios adicionales con los que se completan márgenes de indeterminación normativa» (Rodríguez de Santiago, 2021: 157). Su finalidad es contribuir a la toma de decisiones administrativas discrecionales y, para ello, aportan criterios que, junto a los normativos, habrán de ser considerados para la adopción de decisiones concretas.

Las instrucciones no son reglamentos, por lo que no son fuente del Derecho, aunque, como sabemos, puede tener «una eficaz fuerza directiva» (Rodríguez de Santiago, 2021: 15), ya que vinculan a los órganos administrativos a los que se dirigen, que podrían incluso ser sancionados disciplinariamente si se apartaran de sus previsiones.

El Tribunal Supremo viene estableciendo que la diferencia fundamental entre las instrucciones u órdenes de servicio (normas internas) y los reglamentos es que las primeras «no pretenden innovar el ordenamiento jurídico regulando la conducta de los ciudadanos, sus únicos destinatarios son los órganos jerárquicamente dependientes del órgano que las dicta (...), solo a ellos vinculan por su relación jerárquica, de forma que su incumplimiento solo tiene trascendencia en el ámbito doméstico, pues puede acarrear la responsabilidad disciplinaria del funcionario, pero no tiene repercusión alguna en la validez del acto administrativo que se dicte»¹⁰. Si se aprueba una instrucción con otras pretensiones, es decir, con un contenido que excede «de la mera relación jerárquica en el ámbito interno de la

¹⁰ STS de 26 de enero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:215).



Administración» y que innova el ordenamiento jurídico, regulando conductas que afectan a terceros, habrá que concluir que lo que se ha aprobado es un reglamento, con independencia de su *nomen iuris*¹¹.

Como digo, a mi parecer, los planes de inspección son instrucciones u órdenes de servicio, dictadas en ejercicio de la potestad de autoorganización inherente a toda Administración, pues son aprobados por los órganos superiores con competencia en materia de inspección para orientar la conducta de sus subordinados. Con los planes de inspección, los órganos superiores con competencia inspectora fijan las premisas de futuras decisiones, las racionalizan y favorecen, con ello, el tratamiento igual y objetivo de los ciudadanos por parte de sus órganos inferiores, que serán los encargados de ejercitar esa competencia inspectora. Cumplen, así, con la función que el art. 6.1 LJRSP encomienda a las instrucciones: «Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio». Lo entiende así también el Tribunal Supremo, que expresamente ha declarado en alguna ocasión que los planes de inspección son meras normas internas de carácter organizativo¹². Por eso los planes pueden ser aprobados por órganos que carecen de competencia para aprobar reglamentos y no tienen que seguir el procedimiento de creación de estas normas administrativas.

¹¹ STS de 19 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4565). Sobre esto, vid. HUERGO LORA (2024).

¹² STS de 29 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1654).



La atribución de esta naturaleza jurídica no impide reconocer que los planes de inspección pueden resultar relevantes para otros sujetos ajenos a la esfera organizativa de la Administración. De hecho, los planes de inspección pueden afectar claramente a los particulares en cuanto sufran las actuaciones inspectoras realizadas conforme a ellos, puede que su vulneración sea considerada un indicio de discriminación o de arbitrariedad, etc. (Rebollo Puig, 2023: 219). Nada de ello altera su naturaleza jurídica: siguen siendo instrucciones internas, aunque algunos de sus efectos puedan exceder del ámbito doméstico típico de estas actuaciones administrativas. Lo ha reconocido el Tribunal Supremo:

«Las meras instrucciones (...) con fundamento en la potestad de autoorganización que es inherente a toda Administración Pública (...) se reservan para el ámbito interno, doméstico, de la propia Administración, haciendo abstracción de la sujeción general de la ciudadanía a la potestad reglamentaria, aunque ciertamente esas órdenes internas tengan vocación de regir en las relaciones de los respectivos órganos administrativos para con los ciudadanos dentro del ámbito establecido por la norma legal o reglamentaria que regule una determinada actividad prestacional o de relación con ellos»¹³.

Veremos las consecuencias que puede conllevar esto último en los siguientes epígrafes.

¹³ STS de 19 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4565).



3. El contenido de los planes de inspección; especial referencia a los perfiles o mapas de riesgo

El contenido de los planes de inspección varía en función del sector, de su complejidad y de las necesidades de cada ámbito y de cada momento. No obstante, de la consulta de los planes de inspección y de los criterios generales que se encuentran publicados puede concluirse que su contenido suele ser el siguiente:

- Diagnóstico de la situación.
- Objetivos del plan y, en su caso, líneas prioritarias de intervención.
- Posibles programas de desarrollo del plan.
- Medidas a adoptar, es decir, actuaciones inspectoras que se van a llevar a cabo.
- Destinatarios del plan: qué sectores, qué actividades, qué sujetos y qué obligaciones van a ser inspeccionados.
- Área geográfica del plan.
- Duración o vigencia del plan.
- Evaluación del plan¹⁴.

Durante todo el procedimiento de elaboración del plan la Administración tiene que tomar decisiones discrecionales. Especial relevancia reviste la decisión relativa a los sujetos o actividades que serán inspeccionados. De esa decisión dependerá quiénes

¹⁴ La evaluación es un aspecto inherente a la programación. Por eso, algunas normas ordenan la elaboración de memorias sobre el grado de ejecución de los planes y programas.



serán los sujetos que finalmente padezcan la limitación que supone la inspección.

Para tomar esas decisiones, la Administración puede estar orientada por una serie de criterios de selección y líneas de acción prioritarias definidos por el legislador¹⁵. Tales criterios, de existir, son «las grandes coordenadas conforme a las cuales la Administración, mediante la Inspección (...), con un mayor o menor margen de maniobra, habrá de concretar sobre qué sujeto o categoría de sujetos recaerá la comprobación e investigación» (Aguallo, 1994: 71).

Con esos criterios generales o sin ellos, la Administración ha de decidir en qué sector o en qué sujetos concentrar sus esfuerzos. En su juicio ponderativo, parecería lógico que el parámetro que guiara la decisión final fuera el potencial defraudador de los individuos (Aguallo Avilés, 1994: 103). Es decir, creo que con carácter general hay

¹⁵ Ocurre, claramente, en el ámbito tributario (art. 116 LGT). En algún sector, quizás no se aprueben de forma clara y expresa esos criterios generales, pero sí que puede el legislador determinar prioridades para la inspección. Por ejemplo, la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía dispone en su art. 63 a) que es función de la inspección de turismo «La comprobación y control del cumplimiento de la normativa vigente en materia de turismo, especialmente la persecución de las actividades clandestinas». Cuando la ley regula la planificación de la inspección (art. 67) no establece nada similar a unos criterios generales, pero puede entenderse que la Administración andaluza, a la hora de confeccionar sus planes de inspección, debe partir del objetivo prioritario consistente en perseguir las actividades clandestinas.



que aceptar que las actuaciones inspectoras «se acometen sin que ni siquiera exista una sospecha de incumplimiento sino para vigilar en general la observancia de las normas» (Rebollo Puig, 2013: 71); pero, para determinar de entre todos los posibles sujetos a inspeccionar quiénes van a ser finalmente los inspeccionados, parece lógico y proporcionado optar por incluir en la muestra a los más proclives al fraude. Precisamente por eso, algunas normas prevén la realización de un mapa de riesgos que ayude a la Administración a decidir a quién inspeccionar. Los mapas de riesgos permiten una detección más precisa de los incumplimientos y una utilización más eficiente de los recursos.

Para su elaboración, es necesario contar con información veraz y exhaustiva. Es la Administración la que tiene que determinar qué criterios van a guiar esa recopilación de datos. Una vez recabada la información, procede tratarla. Normalmente, ese tratamiento se realiza con herramientas tecnológicas, que ayudan a determinar en qué sectores hay más riesgo de ilegalidad. Lo analizaré en epígrafes posteriores. Ahora solo me interesa señalar que el procesamiento de los datos, sea manual o tecnológico, no conlleva discrecionalidad. Más bien, supone la realización de una interpretación del "riesgo". El "riesgo" es un concepto jurídico indeterminado y, para su determinación, decía García de Enterría, la Administración no puede utilizar su discrecionalidad. O se produce el riesgo, o no se produce, *tertium non datur* (1962: 172). Se trataría, en su caso, de discrecionalidad técnica, pues consistiría en interpretar un concepto jurídico indeterminado sobre la base de unos criterios



técnicos y profesionales y basándose en un saber profesional y científico.

La elaboración de estos mapas o perfiles de riesgo conlleva una gran reducción del margen de apreciación de la Administración: tendrá que indagar a los sujetos que forman parte de los mismos. Fuera de esos grupos de riesgo, donde la existencia de ilegalidades no aparece tan claramente, el deber de inspeccionar de la Administración se difumina. Surge, entonces, la posibilidad de que la Administración decida practicar nuevas inspecciones *extra plan* y, con ella, nuevamente, la discrecionalidad y la necesidad de motivar sus decisiones.

4. La publicidad de los planes de inspección

Si aceptamos que los planes de inspección son instrucciones de servicio, hay que aceptar, con carácter general, su privacidad. Esto, además, es lo más coherente con la finalidad de la inspección, que es descubrir ilegalidades. Siempre se ha aceptado que la inspección conjugue la certeza de su producción (para el fin de prevención general) con la imprevisibilidad del momento en que se materializará su ejercicio (para asegurar la eficacia de la actuación inspectora). En definitiva, parece lógico aceptar, con carácter general, el carácter secreto de los planes de inspección¹⁶.

¹⁶ Algunas normas prevén expresamente el carácter secreto de los planes de inspección. Es lo que hace, por ejemplo, el art. 170.7 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de



A pesar de todo, la publicidad de los planes de inspección es posible, sobre todo, teniendo en cuenta el derecho de los ciudadanos a la transparencia de la actuación administrativa. Ello, además, casa con lo previsto para las instrucciones en el art. 6 LRJSP: su publicación es posible cuando se considere conveniente.

Quizás, incluso, podría entenderse que esta publicidad es necesaria, dada la repercusión de los planes de inspección sobre los sujetos inspeccionados. Explica Vaquer que este tipo de planes, pese a su carácter interno, «pueden desplegar cierta eficacia *ad extra*» (2023: 452). En este sentido, Aguallo se mostraba un firme defensor de la necesaria publicidad de los planes de inspección (en el ámbito tributario, que tiene más mérito). Decía:

«si los planes tienen alcance sobre la esfera jurídica de los administrados, resulta evidente que éstos deben estar en situación de poder controlar ante los órganos jurisdiccionales la conformidad de la actuación inspectora –tanto en la elección de los criterios como en la ejecución del plan– al fin que la justifica, impidiendo un eventual “exceso de

aplicación de los tributos: «Los planes de inspección, los medios informáticos de tratamiento de información y los demás sistemas de selección de los obligados tributarios que vayan a ser objeto de actuaciones inspectoras tendrán carácter reservado, no serán objeto de publicidad o de comunicación ni se pondrán de manifiesto a los obligados tributarios ni a órganos ajenos a la aplicación de los tributos».



poder”, y a los principios de igualdad, no arbitrariedad y proporcionalidad» (1994: 122).

Ante tal panorama, para decidir si procede publicar los planes o no, habría que poner en una balanza todos los intereses en juego. Fundamentalmente, son tres los intereses generales que se encuentran en tensión: por un lado, la eficacia de la actuación inspectora, que puede aconsejar en algunos casos la privacidad de los planes, y, por otro lado, la transparencia de la actuación administrativa y la seguridad jurídica de los ciudadanos, que exigen una cierta publicidad. A mi entender, la solución a este conflicto de intereses pasaría por acoger la solución de Fernández Ramos:

«en términos generales parece exigible la publicidad de los criterios generales que debe respetar la Administración a la hora de programar sus actuaciones. En cambio, parece razonable mantener la confidencialidad de las informaciones referentes a los métodos de trabajo de los inspectores y a los límites de intervención de los servicios, cuya publicidad perjudicaría la investigación de los servicios de inspección» (2002: 340).

De esta forma, la publicación de los criterios generales que van a orientar la planificación otorga seguridad jurídica a los ciudadanos y permite que la potestad inspectora cumpla con su función de prevención general; mientras que los concretos planes mantendrían su carácter reservado y, con ello, se garantizaría la finalidad última de la inspección administrativa, que es detectar las ilegalidades.



No creo que, como sostuvo Aguallo (1994: 188), la privacidad de los planes de inspección impida el control de la actuación inspectora ni de su sometimiento a la Ley y al Derecho. Entre otras cosas porque una cosa es la publicidad del plan y otra su posible accesibilidad. Cuando haya un ciudadano que acredite un derecho subjetivo o un interés legítimo para acceder al contenido del plan, habrá que poner en la balanza, no solo la transparencia pública y la seguridad jurídica, sino también ese concreto derecho o interés, que tendrá un peso adicional y quizás decisivo para que la balanza se incline a su favor en detrimento de la eficacia administrativa. En estos casos puede que proceda otorgar un acceso parcial al plan, en la medida necesaria para que el sujeto pueda comprobar si la decisión de la Administración fue legal o arbitraria.

5. El control de los planes de inspección

Si consideramos que los planes de inspección son instrucciones de servicio, hay que concluir que, *a priori*, no son recurribles. Fundamentalmente, porque no encajan en el concepto de actividad administrativa impugnabile (art. 25.1 LJCA). De hecho, como sabemos, los concretos planes o programas no se publican. Solo suelen ser objeto de publicación los criterios generales de planificación. Habrá, por tanto, que esperar a que la decisión concreta basada en la planificación y materializada en una resolución o actuación administrativa material vulnere alguna posición jurídica.

Esta es la regla general que viene proclamando el Tribunal Supremo con relación a las instrucciones u órdenes de servicio. Después de mantener que son actos



o normas internas sin vinculación para los terceros administrados, sostiene que tales sujetos, ajenos a la esfera organizativa de la Administración, en absoluto quedan sometidos a la interpretación efectuada en la instrucción, pudiendo expresar su disconformidad *al impugnar los actos de aplicación*¹⁷. Hay que concluir, por tanto, que la corrección jurídica de los criterios contenidos en las instrucciones u órdenes de servicio podrá ser examinada «con ocasión de los actos aplicativos que de los mismos pudieran hacerse, susceptibles de la correspondiente impugnación y de control jurisdiccional»¹⁸. Será cuando la Administración dicte o realice actos de aplicación de la instrucción u orden de servicio «cuando ésta tendrá eficacia *ad extra* e incidirá en los derechos de los ciudadanos, y es, por ello, en la impugnación de tales actos que la acojan en la que podrá cuestionarse su acierto o desacierto»¹⁹.

No obstante, la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos podría aconsejar encontrar alguna vía de impugnación directa de los planes de inspección, al menos, cuando éstos puedan lesionar sus derechos fundamentales. Es lo que, en alguna ocasión, ha mantenido el Tribunal Constitucional para permitir el recurso directo contra las instrucciones u órdenes de servicio, tanto en vía contencioso-administrativa como en sede de amparo constitucional, no solo por parte de

¹⁷ SSTs de 15 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4553), de 26 de enero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:215) y de 19 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4565).

¹⁸ STS de 24 de abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1669).

¹⁹ STS de 26 de enero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:215).



los funcionarios destinatarios de las mismas, sino de cualquier ciudadano²⁰.

II. EL RECURSO A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA PLANIFICAR LA INSPECCIÓN

1. El tratamiento de información masiva para la elaboración de los perfiles de riesgo y los inconvenientes que representa; especial referencia al peligro de perpetuar los sesgos

La *Data Science* destaca por su enorme utilidad para realizar el tratamiento de enormes volúmenes de datos. A través de algoritmos y heurísticas se pueden generalizar comportamientos y realizar inferencias. Es por ello, que estas herramientas están sustituyendo cada vez más al criterio de los inspectores. Como explica Huergo, «la utilización de algoritmos ayuda a objetivar decisiones, desplazando, en todo o en parte, a factores subjetivos que tradicionalmente vienen utilizándose para tomar decisiones» (2021: 82).

Los sistemas de IA son capaces de predecir, mediante fórmulas matemáticas, dónde se concentrará el riesgo de fraude²¹. Precisamente por eso, algunas normas

²⁰ *Ad exemplum*, SSTC 47/1990, de 20 de marzo, y 150/1994, de 23 de mayo. Sobre este tema, vid. Bacigalupo Saggese, 2005: 565-571 y Moreno Rebato, 1998: 173-178.

²¹ Los sistemas de IA empleados con esta finalidad podrían encajar en la categoría de sistemas de alto riesgo del Reglamento europeo de Inteligencia Artificial (Anexo III, apartado 6).



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

prevén ahora la realización de mapas o perfiles de riesgos que ayuden a la Administración a decidir a quién inspeccionar. Estas predicciones sustituyen al tradicional “ojo crítico” de los inspectores.

Para la elaboración de estos mapas de riesgo, es necesario contar con información veraz y exhaustiva²². En general, toda utilización de la IA precisa de un análisis de *big data* (Miranzo Díaz, 2023: 59). Lo relevante es tener en cuenta que es la Administración la que tiene que determinar qué criterios van a guiar la recopilación de datos. Esto no corresponde determinarlo a la IA, sino a los seres humanos que componen los órganos administrativos con competencia para inspeccionar (Cotino Hueso, 2023: 270). Sus decisiones podrían llevar los resultados a direcciones muy diferentes y por eso es

²² En España, una de las Administraciones que cuenta con más datos es la Agencia Tributaria. Una fuente de información esencial es el Plan Nacional de Captación de Información que cada año define, impulsa y coordina la Oficina Nacional de Investigación del Fraude. También supone un importante suministro de datos el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales de la OCDE, que continúa avanzando en la mejora de la transparencia y del intercambio de información para fines fiscales. Por eso, la Agencia Tributaria es una de las Administraciones pioneras en la utilización de la IA en nuestro país. La AEAT utiliza la herramienta Hermes, que, a través de algoritmos, permite predecir cuáles serán los sectores donde se concentrará el riesgo de fraude. La herramienta «aprovecha la riqueza de los datos existentes en las bases de la AEAT para producir informes de riesgo estandarizados» (González de Frutos, 2020: 147). En definitiva, Hermes utiliza un modelo predictivo que, con base en datos pasados, permite anticipar dónde se concentrará el fraude en el futuro.



especialmente importante ser cautelosos durante la selección del conjunto de datos.

Con datos de mala calidad, la precisión del sistema puede verse afectada y puede incrementarse el riesgo de decisiones discriminatorias (Gamero Casado, 2021: 274 y 282). Se suele decir: «*Garbage in, garbage out*», «basura entra, basura sale» (Cotino Hueso, 2023: 271). Consciente de ello, la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01) establece en su art. 9 c) como una de las prioridades de la UE en el ámbito de la IA «velar por que los sistemas algorítmicos se basen en conjuntos de datos adecuados para evitar la discriminación y permitir la supervisión humana de todos los resultados que afecten a la seguridad y los derechos fundamentales de las personas». Lo mismo exige el Reglamento europeo de Inteligencia Artificial en su art. 10 con relación a los sistemas de IA de alto riesgo.

Para determinar qué datos serán utilizados, creo que la Administración tiene que hacer dos cosas. En primer lugar, prescindir de los datos que pudieran dar lugar, en momentos posteriores, a discriminación. Sería el caso de la información relativa al sexo, nacionalidad o religión de los administrados. De esta manera, se evitaría la discriminación directa (Soriano Arnanz, 2021: 15). En segundo lugar, renunciar a todas aquellas informaciones personales que, indirectamente, podrían dar lugar a discriminación (Soriano Arnanz, 2021: 19). Imaginemos un sistema de inteligencia artificial que, para determinar el riesgo de defraudación tributaria, utiliza como datos el código postal o el nivel de ingresos del contribuyente.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Esta información personal puede ser un proxy de la etnia o la clase social.

Aun desechando este tipo de información, puede suceder que el algoritmo, al basarse en datos pasados, contribuya a perpetuar prejuicios, derivando en discriminación (Ponce Solé, 2023: 200 y Soriano Arnanz, 2021: 12). Pensemos en los mapas de riesgo confeccionados por la Administración Tributaria: si el sistema parte de que, por ejemplo, los cantantes tienen mayor propensión a defraudar (datos pasados), la Administración los inspecciona más y halla más fraude, lo que retroalimenta la hipótesis de partida. En estos casos será fundamental realizar correcciones en el algoritmo (Huergo Lora, 2021: 81). Una posibilidad residiría en renunciar a aquella información que presenta una baja correlación con el resultado que se está buscando.

No obstante, no hay que llamarse a engaño. Los sesgos siempre han existido. Por ejemplo, la AEAT, de modo consciente o inconsciente, siempre ha discriminado: «Los contribuyentes censados están más controlados que la economía sumergida. Las grandes empresas están más controladas que las medianas, la industria más que la agricultura, los trabajadores por cuenta ajena más que los autónomos, etc.» (González de Frutos, 2020: 156). Lo que ocurre es que como los seres humanos estamos sesgados también lo están los algoritmos que confeccionamos. Como sostuvo O'Neill, «los modelos son opiniones expresadas en forma de matemáticas» (2016: 21). El aspecto positivo es que el sistema de inteligencia artificial hace más visibles los sesgos, cosa que no ocurría cuando era el criterio de los inspectores el que



determinaba a quién había que inspeccionar. Entonces era mucho más difícil detectar patrones discriminatorios. No solo eso, la IA aparece como un refuerzo de la igualdad ante la ley: parece que con ella el procedimiento se hace más objetivo y menos vulnerable a la discrecionalidad del funcionario (García-Herrera Blanco, 2020: 301).

En todo caso, lo importante es evitar este tipo de escenarios indeseables, sobre todo teniendo en cuenta que uno de los derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Digitales es el «derecho a la igualdad y a la no discriminación en el entorno digital» (art. VIII). Para ello, será fundamental el control humano ejercido por el titular del órgano administrativo competente para decidir en cada caso²³. Ese ser humano será el responsable último de la decisión, por mucho que la misma se haya basado en lo aconsejado por un algoritmo, por lo que será el encargado de detectar las disfuncionalidades del sistema y de apartarse del mismo cuando sea necesario. Esto casa con la garantía de supervisión humana que establece el art.14 del Reglamento europeo de

²³ Junto a ello, es importante construir un sistema garantista en torno a los algoritmos que pase por su aprobación, certificación y auditoría. Deben existir grupos interdisciplinarios de expertos, informáticos y juristas, que verifiquen periódicamente que el funcionamiento de las aplicaciones de IA se ajusta a la norma (Berning Prieto, 2023: 125, Gamero Casado, 2021: 282 y Valero Torrijos, 2019: 91). En este sentido, puede resultar fundamental la labor de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA) y del Consejo Asesor de Inteligencia Artificial (CAIA).



Inteligencia Artificial para los sistemas de IA de alto riesgo.

En el ámbito de la inspección, a decir verdad, los problemas son menores, pues no se trata de sistemas automatizados de toma de decisiones, sino que los planes de inspección son un paso previo a la decisión y la información algorítmica se utiliza como fundamento de esos planes, como plasmación de un mayor conocimiento técnico. Los resultados arrojados por el sistema de IA son una especie de ayuda de carácter técnico a la toma de la decisión, que sigue correspondiendo a un humano. El inspector que detecte que el plan de inspección está sesgado deberá ponerlo de manifiesto para que se realicen las correcciones oportunas y mientras tanto deberá apartarse del mismo y acudir a su criterio científico y profesional para determinar a quién inspeccionar. Hay, por tanto, intermediación humana entre el resultado que arroja el algoritmo y la concreta decisión administrativa.

2. La publicidad de los algoritmos empleados para la confección de los perfiles de riesgo

Los algoritmos son una herramienta que, de un tiempo a esta parte, viene utilizando la Administración. En ocasiones la usa como un instrumento auxiliar en la toma de decisiones, en otros casos para instaurar procesos automatizados de selección o incluso de decisión. Es, por eso, que no creo que pueda instaurarse un régimen jurídico único para todos los algoritmos. No creo que pueda mantenerse que los algoritmos son reglamentos (Boix, 2020). Los algoritmos no son todos iguales (Vestri, 2021: 373). Los algoritmos son algoritmos



(Huergo, 2020: 64) y dependiendo de para qué se utilicen habrán de regirse por unas reglas o por otras.

En el ámbito concreto de la inspección, por ejemplo, creo que habría que dar publicidad a la propia existencia del sistema de inteligencia artificial con que se han elaborado los perfiles de riesgo²⁴, así como a los datos de que se ha nutrido, pero manteniendo el carácter secreto del código fuente de los algoritmos (Berning Prieto, 2023: 114 y Gamero Casado, 2021: 282), pues de él depende el resultado final y ya hemos dicho que el concreto plan de inspección debe ser reservado.

No creo que el carácter secreto del código fuente del algoritmo impida el control del sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho. El art. 13.2 f) RGPD exige a la Administración que cuando utilice datos personales para la elaboración de perfiles facilite a los interesados «información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado». Conforme a ello, la AEPD, en su documento “Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción” (2020), aclaró que no hace falta realizar una explicación técnica y detallada del algoritmo, lo que podría ser incluso contraproducente, sino que la Administración explique, con lenguaje natural, en qué consiste el sistema de inteligencia

²⁴ Conocer que la Administración está utilizando un sistema de inteligencia artificial para decidir es otro de los derechos que contempla la Carta de Derechos Digitales (art. 13.2).



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

artificial²⁵. Ningún sentido tiene, por tanto, dar publicidad o acceso al código fuente. El propio Reglamento europeo de Inteligencia Artificial configura el acceso al código fuente del algoritmo como «la última medida a disposición de las autoridades para analizar la conformidad de un sistema de IA de alto riesgo (y no

²⁵ Dice la AEPD: «Cumplir con esta obligación ofreciendo una referencia técnica a la implementación del algoritmo puede ser opaco, confuso, e incluso conducir a la fatiga informativa. Debe facilitarse información que permita entender el comportamiento del tratamiento. Aunque dependerá del tipo de componente IA utilizado, un ejemplo de información que podría tener relevancia de cara al interesado, sería:

- El detalle de los datos empleados para la toma de decisión, más allá de la categoría, y en particular información sobre los plazos de uso de los datos (su antigüedad).
- La importancia relativa que cada uno de ellos tiene en la toma de decisión.
- La calidad de los datos de entrenamiento y el tipo de patrones utilizados.
- Los perfilados realizados y sus implicaciones.
- Valores de precisión o error según la métrica adecuada para medir la bondad de la inferencia.
- La existencia o no de supervisión humana cualificada.
- La referencia a auditorías, especialmente sobre las posibles desviaciones de los resultados de las inferencias, así como la certificación o certificaciones realizadas sobre el sistema de IA. En el caso de sistemas adaptativos o evolutivos, la última auditoría realizada.
- En el caso de que el sistema IA contenga información de terceros identificables, la prohibición de tratar esa información sin legitimación y de las consecuencias de realizarlo».



otros) con los requisitos que impone el Reglamento de IA» (Rodríguez Cembellín, 2025). Lo fundamental será, como veremos en el epígrafe siguiente, que la Administración motive y explique sus actuaciones basadas en algoritmos. Recordemos, con Martín Delgado, que «no necesariamente ha de equipararse transparencia y motivación con apertura total del sistema algorítmico» (2023: 172).

3. La necesidad de motivar las decisiones basadas en algoritmos

El hecho de que el plan de inspección se haya confeccionado mediante herramientas de IA no cambia nada la exigencia de motivación. Explica Martín Delgado que «el uso de sistemas algorítmicos ni libera de la exigencia de motivar ni supone un cambio sustancial en cuanto al contenido de la motivación» (2023: 165). La Administración tendrá que expresar en lenguaje natural qué criterios selectivos se han considerado para elaborar el plan de inspección y los mapas de riesgo y cuál ha sido el resultado, sin tener que explicar el proceso técnico interno para llegar al mismo (Martín Delgado, 2023: 172 y Cotino Hueso, 2023: 296 y 297)²⁶.

²⁶ Art. 86.1 del Reglamento europeo de Inteligencia Artificial: «Toda persona que se vea afectada por una decisión que el responsable del despliegue adopte basándose en los resultados de salida de un sistema de IA de alto riesgo que figure en el anexo III, con excepción de los sistemas enumerados en su punto 2, y que produzca efectos jurídicos o le afecte considerablemente del mismo modo, de manera que considere que tiene un efecto perjudicial para su salud, su seguridad o sus derechos fundamentales, tendrá derecho a



El problema surge cuando la Administración basa su decisión en algoritmos de redes neuronales, de caja negra o black box. En estos casos los modelos de regresión empleados son tan complejos que los responsables de las tomas de decisiones pueden tener serias dificultades para interpretar los resultados que arrojan (Huergo Lora, 2021: 85, Gamero Casado, 2021: 274 y Miranzo Díaz, 2023: 67). Esta situación «imposibilita a la Administración justificar el motivo que le ha llevado a adoptar una determinada decisión» (Serrano Antón, 2020: 52). Este riesgo ya lo advirtió el Parlamento Europeo en su Resolución de 16 de febrero de 2017 [2015/2103(INL)]: «ha de ser posible justificar cualquier decisión que se haya adoptado con ayuda de la inteligencia artificial y que pueda tener un impacto significativo sobre la vida de una o varias personas».

Dado que sobre la Administración pesa la obligación de explicar el funcionamiento del sistema de IA que ha utilizado, creo que debe resignarse a utilizar unos modelos de regresión más sencillos, que no supongan la utilización de tecnología *deep learning*, aunque ello suponga una merma de su precisión, pues solo estos modelos arrojarán datos interpretables que hagan posible la motivación de las decisiones administrativas. Hay que recordar que toda decisión administrativa inspectora que no se encuentre debidamente motivada y que sea ajena a toda razón capaz de justificarla sería una decisión arbitraria (Montoya López, 2007: 82). Explica

obtener del responsable del despliegue explicaciones claras y significativas acerca del papel que el sistema de IA ha tenido en el proceso de toma de decisiones y los principales elementos de la decisión adoptada».



Desdentado Daroca que «lo que caracteriza al acto arbitrario no es solo su disconformidad con el Derecho, sino, también y fundamentalmente, carecer de fundamento alguno» (1997: 153). Es importante, por tanto, que la Administración utilice sistemas de IA cuyos resultados puedan ser interpretados por ella para que sirvan de fundamento y motivación de sus decisiones²⁷.

No obstante, quizás haya que excepcionar esta regla general cuando se trate de algoritmos que, como los analizados en este trabajo, simplemente indiquen dónde se concentra el riesgo de infracción o de delito, pues en estos supuestos lo relevante es que los algoritmos acierten y ayuden a prevenir la comisión de ilícitos. Además, en la práctica no se exige motivar por qué se inicia una inspección (Huerdo Lora, 2022: 306), así que no tendría sentido hacerlo ahora simplemente porque la decisión de inspeccionar se base en una predicción algorítmica y no en una sospecha o intuición humana.

4. El control de las decisiones basadas en algoritmos

Lo sostenido con anterioridad respecto al control de los planes de inspección no se ve alterado por el hecho de que la Administración emplee herramientas de IA para confeccionar los planes de inspección. Como señala Miranzo, lo importante es que la implantación y uso de la inteligencia artificial no mermen las posibilidades de control de los administrados (2023: 143). Por lo tanto,

²⁷ Dice Vestri que «la inteligibilidad de los algoritmos y de las reglas técnicas de los mismos actúa como garantía del derecho de defensa» (2022: 18).



el sistema de IA empleado para la confección de los perfiles de riesgo no será impugnabile autónomamente, sino que habrá que esperar a que exista una concreta decisión administrativa que ponga de manifiesto que tal sistema es ilegal, por el motivo que sea (por ejemplo, porque está sesgado y conlleva actuaciones inspectoras discriminatorias de la Administración). No hay que descartar, no obstante, que un concreto plan de inspección sea susceptible de impugnación autónoma cuando pueda estar vulnerando derechos fundamentales: en ese caso, puede que la impugnación del plan de inspección se fundamente en la ilegalidad del sistema de IA empleado, pero ello no significará que tal sistema sea impugnabile en sí mismo.

Por otra parte, la dificultad que encontrará el administrado para combatir las decisiones administrativas basadas en algoritmos no será una novedad, sino un problema clásico: la dificultad de combatir la discrecionalidad técnica de la Administración. De hecho, podría decirse que el sistema de IA contribuye a reducir esta dificultad, pues, como he dicho, el sistema de IA debe ser siempre explicable²⁸, mientras que el funcionamiento del cerebro humano no siempre lo es. En cualquier caso, como sostiene Huergo, «si el juez llega a la conclusión de que los elementos que se le suministran

²⁸ De nuevo aquí resulta fundamental la auditoría del algoritmo y la labor que desarrollarán la AESIA y los demás órganos administrativos que se crearán para controlar la utilización de la IA por el sector público. La ENIA proclama que «Se debe garantizar la trazabilidad de los sistemas de IA. Esto significa garantizar que las decisiones ejecutadas por sistemas algorítmicos puedan ser auditadas, evaluadas y explicadas por las personas responsables».



no le permiten saber si “el algoritmo” discrimina o no, o si utiliza parámetros que no deberían tenerse en cuenta en esa decisión administrativa, creo que la respuesta más probable será anular la decisión» (2021: 92).

III. CONCLUSIONES

- 1) Los planes de inspección son planes de actuación que organizan cómo se desenvolverá el ejercicio de la potestad inspectora de la Administración. Son, en este sentido, un instrumento fundamental al servicio de la potestad autoorganizatoria para la distribución de recursos materiales y humanos.
- 2) El procedimiento de planificación en el ámbito de la inspección supone que la Administración inspectora haga uso de su discrecionalidad para determinar qué sujetos, actividades u obligaciones legales serán inspeccionados, a través de qué medios y con qué periodicidad.
- 3) El plan de inspección puede servir a la Administración como fundamento o motivación de sus concretas decisiones inspectoras. Cuando para la redacción del plan de inspección se utilicen herramientas de IA, la Administración tendrá que motivar y explicar con lenguaje natural por qué ha inspeccionado en cada caso.
- 4) Para confeccionar los planes de inspección, la Administración puede elaborar mapas de riesgos que le ayuden a determinar cuáles son los sectores o ámbitos más proclives al



incumplimiento normativo. Durante la confección de tales mapas no se estará ejerciendo la discrecionalidad administrativa, sino que se estará interpretando el concepto jurídico indeterminado de "riesgo". Si acaso, son un instrumento para ejercer la discrecionalidad técnica. Dicha discrecionalidad técnica la pueden ejercer los inspectores, atendiendo a su criterio científico y profesional, o puede dejarse en manos de herramientas de IA, las cuales pueden predecir dónde se concentrará, en el futuro, el riesgo de fraude.

- 5) Los planes de inspección son instrucciones que aprueban los órganos superiores con competencia inspectora para guiar y orientar las futuras actuaciones de los inspectores.
- 6) Los inspectores pueden actuar al margen del plan. Ahora bien, estas inspecciones extraplan tienen que ser motivadas y requieren ser autorizadas por el Inspector-Jefe. Dada su existencia, suele hablarse de inspección programada y no programada. La segunda es, a veces, incluso prioritaria respecto a la primera. Sucede esto cuando media denuncia o se produce un accidente, entre otros supuestos.
- 7) Los planes concretos de inspección, que se materializan en instrucciones u órdenes de servicio, no requieren ser publicados. No obstante, se podrán publicar si se estima conveniente (art. 6.2 LRJSP). En todo caso, respecto a ellos habrá que garantizar el acceso a



la información pública de los ciudadanos, aunque la propia Ley de transparencia permite limitar tal derecho cuando pueda suponer un perjuicio para «Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control» (art. 14.1 g de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno).

- 8) Si el plan de inspección se ha elaborado utilizando herramientas de IA, la Administración debe hacer pública la propia existencia del sistema de IA y los datos que utiliza.
- 9) Los planes de inspección no son recurribles directamente, pues no encajan en el concepto de actividad administrativa impugnabile del art. 25 LJCA. Sí serán recurribles las concretas actividades inspectoras basadas en el plan y, para conseguir su anulación, podrá alegarse que el plan es ilegal porque, por ejemplo, el sistema de IA que lo confeccionó estaba sesgado y conducía a actuaciones administrativas discriminatorias. No obstante, no hay que descartar la impugnación autónoma del plan de inspección cuando el mismo pueda suponer una vulneración de derechos fundamentales.
- 10) El sistema de IA empleado para la confección del plan de inspección no es autónomamente recurrible: habrá que recurrir la concreta actuación administrativa inspectora o el plan de inspección.



IV. BIBLIOGRAFÍA

AGUALLO AVILÉS, A. (1994), *El contribuyente frente a los planes de inspección*, Marcial Pons, Madrid.

BACIGALUPO SAGGESE, M. (2005), "Sobre la impugnabilidad 'directa' de las instrucciones administrativas", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n. 26, pp. 565-571.

BERNING PRIETO, A. D. (2023), "La naturaleza jurídica de los algoritmos", en GAMERO CASADO, E. (Dir.), *Inteligencia Artificial y Sector Público: retos, límites y medios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 96-130.

BOIX PALOP, A. (2020), "Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, n. 1, pp. 223-270.

COTINO HUESO, L. (2023), "Discriminación, sesgos e igualdad de la inteligencia artificial en el sector público", en GAMERO CASADO, E. (Dir.), *Inteligencia Artificial y Sector Público: retos, límites y medios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 260-351.

DESDENTADO DAROCA, E. (1997), *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, Cizur Menor.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2002), *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*, Editorial Comares, Granada.



GAMERO CASADO, E. (2021), "El enfoque europeo de inteligencia artificial", *Revista de Derecho Administrativo*, n. 20, pp. 268-289.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1962), "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", *Revista de Administración Pública*, n.º 38, pp. 159-208.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2021), *Las actuaciones administrativas sin procedimiento: relaciones jurídicas en el Estado de Derecho*, Marcial Pons, Madrid.

GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (2020), "El uso del big data y la inteligencia artificial por las Administraciones tributarias en la lucha contra el fraude fiscal. Particular referencia a los principios que han de regirla y a los derechos de los contribuyentes", en SERRANO ANTÓN, F. (dir), *Fiscalidad e Inteligencia Artificial: Administración Tributaria y contribuyentes en la era digital*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 297-317.

GONZÁLEZ DE FRUTOS, U. (2020), "Inteligencia Artificial y Administración Tributaria", en SERRANO ANTÓN, F. (dir), *Fiscalidad e Inteligencia Artificial: Administración Tributaria y contribuyentes en la era digital*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 135-166.

HUERGO LORA, A. (2024), *Las circulares e instrucciones y su posible impugnación contencioso-administrativa*, Almacén de Derecho. Disponible en: <https://almacendederecho.org/las-circulares-e->



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

instrucciones-y-su-posible-impugnacion-contencioso-administrativa

HUERGO LORA, A. (2022), "Inteligencia Artificial y sanciones administrativas", en REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J. y CANO CAMPOS, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo sancionador 2022*, Civitas, Cizur Menor, pp. 275-309.

HUERGO LORA, A. (2021), "Administraciones Públicas e Inteligencia Artificial: ¿más o menos discrecionalidad?", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 96-97, pp. 78-95.

HUERGO LORA, A. (2020): "Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo", en HUERGO LORA, A. (Dir.), *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 23-87.

MARTÍN DELGADO, I (2023), "La aplicación del principio de transparencia a la actividad administrativa algorítmica", en GAMERO CASADO, E. (Dir.), *Inteligencia Artificial y Sector Público: retos, límites y medios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 132-194.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1966), "Antecedentes del concepto de plan y referencia a la legislación de fomento del siglo XIX", *Revista de Administración Pública*, n. 49, pp. 39-48.

MIRANZO DÍAZ, J. (2023), *Inteligencia artificial y Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid.



MONTOYA LÓPEZ, M. P. (2007), *Los planes de inspección: naturaleza, contenido, publicidad y eficacia*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.

MORENO REBATO, M. (1998), "Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico", *Revista de Administración Pública*, n. 147, pp. 159-200.

NIETO GARCÍA, A. (1997), *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona.

PAREJO ALFONSO, L. (2020a), "El procedimiento administrativo de la planificación", en PAREJO ALFONSO, L. y VAQUER CABALLERÍA, M. (dirs.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo, Vol. II: Tipos de procedimientos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 139-219.

PIZARRO NEVADO, R. (2020), "Represión penal y administrativa de los ilícitos ambientales", en *Memento Práctico Medio Ambiente 2021-2022*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 705-794.

PONCE SOLÉ, J. (2023), "Seres humanos e inteligencia artificial: discrecionalidad artificial, reserva de humanidad y supervisión humana", en GAMERO CASADO, E. (Dir.), *Inteligencia Artificial y Sector Público: retos, límites y medios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 196-225.

REBOLLO PUIG, M. (2013), "La actividad inspectora", en DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (coord.), *Función inspectora*,



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 55-116.

REBOLLO PUIG, M. (2023), "La potestad reglamentaria", en REBOLLO PUIG, M. (coord.), *Derecho Administrativo, Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, 5ª Edición, Tecnos, Madrid, pp. 215-254.

RODRÍGUEZ CEMPELLÍN, D. (2025), "Enforcement of the AI Act (Articles 74 to 84)", en HUERGO LORA, A. y DÍAZ GONZÁLEZ, G. M. (dirs.), *The EU Regulation on Artificial Intelligence: A Commentary*, CEDAM, en prensa.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2021), *Sistema de fuentes del Derecho Administrativo: la dirección de la Administración a través del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2022), "Una escala de la planificación en atención a la función directiva de los planes. El ejemplo de los planes contra la despoblación", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, n.6, pp. 7-49.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2023), *Planes administrativos: una teoría general del plan como forma de actuación de la Administración*, Marcial Pons, Madrid.

SÁNCHEZ GARCÍA, A. (2019), "La planificación de los contratos públicos como posible fuente de transparencia administrativa: el caso italiano", *Revista Española de la Transparencia*, n. 8, pp. 101-119.



SERRANO ANTÓN, F. (2020), "Fiscalidad y Robótica: funcionalidades disruptivas en el Derecho tributario", en SERRANO ANTÓN, F. (dir), *Fiscalidad e Inteligencia Artificial: Administración Tributaria y contribuyentes en la era digital*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 19-55.

VALERO TORRIJOS, J. (2019), "Las garantías jurídicas de la Inteligencia Artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena Administración", *Revista catalana de Dret Públic*, n. 58, pp. 82-96.

VAQUER CABALLERÍA, M. (2023), "Planificación administrativa", en VELASCO CABALLERO, F. y DARNACULLETA GARDELLA, M. (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, pp. 447-463.

VESTRI, G. (2022), "El acceso a la información algorítmica a partir del caso Bono Social vs. Fundación Ciudadana Civio", *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 61, pp. 1-22.

VESTRI, G. (2021), "La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica. Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 56, pp. 368-398.



LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: ANÁLISIS DE IMPLANTACIÓN EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Dr. Fernando Blanco Silva

Ingeniero industrial y técnico superior en prevención de riesgos laborales (Xunta de Galicia)

Resumen: El presente artículo analiza la implantación de la prevención de riesgos laborales en la administración pública. Desde la aprobación de la Ley 31/1995 la inmensa mayoría de las empresas ha introducido esta disciplina en el ámbito de la gestión interna asumiendo la seguridad y salud de los trabajadores aunque en las administraciones públicas aparecen algunas particularidades interesantes.

Las administraciones públicas son un entorno de trabajo seguro, con unos riesgos de los trabajadores propios más reducidos, pero aparecen responsabilidades subsidiarias sobre los trabajadores que trabajan en los recintos de las propias administraciones públicas (coordinación de actividades empresariales) o cuando una administración pública encarga obras. En el artículo se propone una solución para minimizar los riesgos en estos dos últimos casos particulares.



Abstract: This paper analyzes the implementation of occupational risk prevention in Spanish public administration. Since the approval of Law 31/1995, the vast majority of companies have introduced this discipline in the field of internal management, assuming the safety and health of workers, although some interesting particularities appear in public administrations.

Public administrations are a safe work environment, with lower risks for their own workers, but subsidiary responsibilities arise for workers who work in the premises of the public administrations themselves (coordination of business activities) or when a public administration asks building works. The paper proposes a solution to minimize the risks in these last two particular cases.

Palabras clave: Ley 31/1995, prevención de riesgos laborales, coordinación de seguridad y salud, equipos de protección individual y obras.

Keywords: Law 31/1995, prevention of occupational risks, health and safety coordination, personal protective equipment and works.

Sumario

1. Introducción: La normativa en prevención de riesgos en España
2. Implantación de los contenidos generales en P.R.L. en las administraciones públicas para garantizar la seguridad de sus trabajadores
3. El Real Decreto 67/2010 de adaptación de la legislación de PRL a la Administración General del Estado



4. Problemática de las administraciones públicas: Riesgos psicosociales, la coordinación de riesgos y las obras de construcción

4.1. Los riesgos psicosociales

4.2. La coordinación de actividades empresariales

4.3. Obras de construcción

Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN: LA NORMATIVA EN PREVENCIÓN DE RIESGOS EN ESPAÑA

La prevención de riesgos laborales es una disciplina con décadas de antigüedad, cuya primera referencia en España podemos fijarla en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 (Ley Dato en honor del ministro que la impulsó) que por primera vez aborda la obligación de establecer una previsión social por parte del empresario en caso de accidentes aunque se limita a quince sectores en los que se estaban produciendo más accidentes como minas, industrias, trabajos de construcción, obra civil o metalurgia (García González, 2015).

A lo largo del siglo XX se han aplicado diferentes normas que regulan el ámbito laboral, y de alguna manera la protección de los trabajadores, aunque no es hasta la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971 cuando de forma inequívoca se establece un marco (aunque limitado) de la PRL. Esta Ordenanza surge debido a que durante los años sesenta, en España se alcanzaron elevadísimas cuotas de siniestrabilidad laboral que serían el triple de las actuales en forma de



una “epidemia de lesiones por accidentes de trabajo”, con un coste sanitario y social que no se podía permitir un país que busca salir de la autarquía y acercarse a sus homólogos occidentales (Castejón & Benavides, 2021).

Pese a que el artículo 40.2 de la C.E. ya encomienda en 1978 a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo no es hasta dos décadas después de asentarse la democracia en España cuando se aprueba la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, una ley cuyo cambio más disruptivo es que de forma inequívoca imputa al empresario la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su cargo (Blanco Silva et al, 2022). Además de esta responsabilidad del “patrón” esta Ley se caracteriza por abordar de forma integral la prevención de riesgos en España, que aún estando en vigor la Ordenanza General de 1971 la normativa era dispersa, incompleta y con bastantes lagunas jurídicas, siendo en algunos casos necesario recurrir al derecho laboral para resolver las responsabilidades de cada participante. En su artículo 2. Objeto y carácter de la norma la ley aclara que su objeto es “promover la seguridad y salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo”, siendo un concepto global el de la prevención, ya que no se limita a los trabajadores al servicio de un empresario tradicional sino que se concibe con un carácter “universal” incluyendo en su concepción tanto a trabajadores como las relaciones propias del personal funcionario o laboral al servicio de la administración pública, o incluso a las condiciones de trabajo de los autónomos con ciertas limitaciones;



además también regula la comercialización de equipos de trabajo o equipos de protección individual seguros para los usuarios.

En el artículo 3. Ámbito de aplicación se establece que se incluirán los trabajadores asalariados por cuenta ajena incluidos en el Estatuto de los Trabajadores, así como el personal al servicio de las Administraciones Públicas "con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente Ley o en sus normas de desarrollo". Las peculiaridades que establece la Ley respecto a los trabajadores públicos las encontramos en:

- No es de aplicación estricta a ámbitos "estratégicos" como son la policía, seguridad, resguardo aduanero, fuerzas armadas y Guardia Civil o a los servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública, aunque en estos "subsectores" se establece que "esta Ley inspirará la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y salud de los trabajadores que prestan sus servicios en las indicadas actividades" (art. 3.2)
- Derecho de los trabajadores públicos a una protección eficaz en materia de seguridad y salud como obligación del empresario-administración, al igual que el resto de trabajadores (artículo 14.1).
- Las particularidades de la representación colectiva de los trabajadores públicos en el ámbito de la prevención, en comparación con la representación sindical en la empresa privada a través del delegado de prevención (artículo 34.3). El delegado de prevención también presenta diferentes particularidades en el caso de las administraciones públicas respecto a la empresa privada ordinaria (artículos 35 y 37), así como el significado del



incumplimiento laboral en el ámbito de la PRL que pueda cometer un trabajador público dentro de su relación contractual con la propia administración.

Además de estos contenidos referidos a los trabajadores públicos esta Ley hace continuas referencias al papel de las administraciones públicas en cuanto a la obligación de implantar una conciencia preventiva y regular las relaciones entre el trabajador y su empleador, mediante las funciones que tiene la autoridad laboral, inspección de trabajo o las comunidades autónomas como órgano competente, y en las que no profundizaremos por no ser objeto del presente artículo.

La Ley 31/1995 supuso la implantación de un modelo preventivo que afectó a toda la sociedad, hoy se ve como natural el cumplimiento de toda la normativa en PRL y ha provocado una brutal caída en el número de accidentes y fallecimientos por accidentes laborales a lo largo de los últimos años, que las administraciones públicas no permanecen ajenas.

Con posterioridad a la Ley 31/1995 se ha desarrollado múltiple normativa de aplicación que la completa en forma de Reales Decretos, siendo alguno de ellos:

- Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Este es el más significativo porque es el único que desarrolla de forma global la Ley 31/1995 de PRL, ahondando en las distintas obligaciones que implica, a diferencia del resto que es específico de una actividad o subsector.



- Real Decreto 485/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo
- Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo
- Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual
- Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo
- Real Decreto 1216/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca
- Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción
- Real Decreto 614/2001, de 8 de junio, sobre disposiciones mínimas para la protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente al riesgo eléctrico
- Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales

Adicionalmente a estos reales decretos del ámbito de la PRL debemos citar que hay otras normativas que afectan de forma muy significativa a la seguridad y salud de los



trabajadores, como son los reglamentos de seguridad industrial (Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión, reglamentos de alta tensión, normativa de ascensores...), prevención de la legionelosis o incluso el propio diseño de los edificios según el Código Técnico de la Edificación. En algunos casos aparecen normativas parcialmente solapadas, como es el caso de los reglamentos de instalaciones eléctricas y el Real Decreto 614/2001 de prevención de riesgo eléctrico o las exigencias para los lugares de trabajo que establece el Real Decreto 486/1997 y las ordinarias de la edificación que marca el Código Técnico de la Edificación (aprobado por el Real Decreto 314/2006).

En general la prevención de riesgos va buscar adaptar el trabajo a las mejores condiciones del trabajador, procurando evitar tanto las enfermedades derivadas del trabajo como los accidentes laborales. Así "la prevención se relaciona con la acción de anticiparse, actuar antes de que algo suceda con el fin de impedirlo o para evitar sus efectos. En suma, hablamos de una actividad dirigida a evidenciar las situaciones de riesgos y evitar que lleguen a materializarse, adoptando si fuera necesario, las medidas de protección frente a los riesgos efectivos y concretos; elevando en consecuencia, el nivel de seguridad en la actividad laboral" (Collado Luis, 2008).

2. IMPLANTACIÓN DE LOS CONTENIDOS GENERALES EN PRL EN LAS ADMINISTRACIONES



PÚBLICAS PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD DE SUS TRABAJADORES

La aprobación de la Ley 31/1995 de PRL obliga a que la administración pública cumpla los requisitos generales de garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores, establecidos en un total de ocho capítulos, asumiendo la administración el papel de "empresario", aunque existe una casuística muy importante. La obligación concreta de garantizar la seguridad del trabajador se establece en el artículo 15. Principios de acción preventiva, que incluye la relación de principios a aplicar para alcanzar este objetivo:

- a) Evitar los riesgos.*
- b) Evaluar los riesgos que no se puedan evitar.*
- c) Combatir los riesgos en su origen.*
- d) Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud.*
- e) Tener en cuenta la evolución de la técnica.*
- f) Sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro.*
- g) Planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.*
- h) Adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual.*
- i) Dar las debidas instrucciones a los trabajadores.*



Adicionalmente a estas medidas la Ley 31/1995 establece otras obligaciones como son (Carrasco Sánchez, 2006):

- Integrar la prevención en el sistema general de la empresa a través del Plan de Prevención (artículo 16), incluyendo la gestión de la PRL como una función directiva más, adoptando una estructura interna que garantice esta seguridad de los trabajadores. Para esto existen modalidades como que el propio empresario asuma la prevención (empresas hasta 9 trabajadores), designación de trabajadores propios, constituir un servicio de prevención propio o mancomunado o externalizar la prevención de riesgos en la empresa a un servicio de prevención ajeno o a una Mutua de Accidentes de Trabajo.
- Disponer de recursos preventivos en la empresa cuando se realizan trabajos peligrosos o cuando este recurso es obligatorio según normativa de aplicación. El recurso preventivo es un trabajador especializado, que puede ser empleado de la misma empresa o externo, y que nos garantiza la seguridad del trabajador.
- Derecho de formación del trabajador en materia de PRL mediante las actividades formativas que procedan, en particular existe el curso básico de PRL de 50 horas de duración regulado por el Real Decreto 39/1997.
- Derecho de información, consulta y participación a través de los representantes sindicales. Aquí debemos citar la constitución del Comité de Seguridad y Salud como órgano paritario entre la parte social (los delegados de prevención) y la empresarial.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- Vigilancia de la salud del trabajador como un derecho del mismo, en el que sólo se podrá obligar a que el trabajador supere la revisión anual en aquellos puestos de trabajo en los que ésta sea imprescindible, y además garantiza la privacidad de los resultados.
- Protección de las trabajadoras embarazadas y lactantes, protección de trabajadores menores de edad y son sensibilidades especiales (discapacitados, problemas físicos...)
- Derecho a la paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente

Además de estos derechos del trabajador debemos tener claro que éste tiene también un deber de colaboración y lealtad con el empresario, en el cumplimiento de las órdenes en el ámbito de la PRL al igual que en el resto del desempeño laboral, y el incumplimiento será considerado como un incumplimiento laboral según el Estatuto de los Trabajadores vigente.

En las administraciones públicas aparecen peculiaridades que la Ley 31/1995 no prevé en su contenido original, basadas en la naturaleza pública del empleador así como de la relación laboral de sus trabajadores con éste (tanto de funcionarios como de personal laboral o estatutario), aunque en los tres grupos es necesario garantizar la seguridad y salud del trabajador. Además estarían los trabajadores públicos excluidos (policía, guardia civil...). No obstante en la práctica apenas existen diferencias entre estos grupos (Instituto Nacional de Administración Pública, 2012).

Pese a la importancia de la PRL en las últimas décadas en España el Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2013) únicamente hace referencia



explícita a este sector al citar la representación de los trabajadores (artículo 37. Materias objeto de negociación y artículo 40. Funciones y legitimación de los órganos de representación), así como atribuir los mismos derechos en cuanto a la protección de la seguridad y salud para las personas teletrabajadoras y presenciales (artículo 47.bis. Teletrabajo).

3. EL REAL DECRETO 67/2010 DE ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE PRL A LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

Aunque en la Ley 31/1995 no constaba explícitamente es necesario regular de alguna manera el cumplimiento de la misma para las administraciones públicas, de forma global sólo existe en el caso de la Administración General del Estado (A.G.E.), mientras que las administraciones local, autonómica o institucional deben aprobar su normativa particular. En el caso del Real Decreto 67/2010 de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado, se particulariza el cumplimiento para la administración estatal, y es fácilmente extrapolable a las otras administraciones que lo usan como referencia. El ámbito de aplicación del Real Decreto 67/2010 son los trabajadores de la A.G.E. y organismos públicos vinculados o dependientes de ésta, en sus trabajadores funcionarios como estatutarios y personal laboral a sus servicio, con las excepciones que ya recogía la Ley 31/1995 (policía, militares, Guardia Civil, protección civil en caso de catástrofe...). No obstante la exclusión de estos grupos "no es completa, sino sólo limitada a



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

determinadas actividades muy específicas cuya singularidad justifica la exclusión” (Instituto Nacional de Administración Pública, 2012).

Este Real Decreto más que adaptar la legislación aclara cómo se debe aplicar la Ley 31/1995, en aspectos particulares como:

- Necesidad de integrar el Plan de Prevención de PRL en la gestión ordinaria de cada departamento u organismo dependiente de la A.G.E.
- Participación y representación de los trabajadores a través de los delegados de prevención en los comités de Seguridad y Salud, especificando que será a través de la representación en cada uno de ellos.
- Particulariza las opciones de organizar la prevención mediante la designación de trabajadores, servicio de prevención propio o servicio de prevención ajeno, omitiendo la posibilidad de que el titular del centro asuma la prevención.
- Necesidad del recurso preventivo, aunque esta figura es excepcional en las administraciones públicas, ya que se plantea para entornos de alta siniestrabilidad y la A.G.E. no lo es.

Respecto a los restantes contenidos hay uno especialmente significativo que es la necesidad que el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (hoy Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo) realice un control del cumplimiento de la normativa en PRL por la propia A.G.E. y sus organismos vinculados y dependientes, así el INSST realizará un control periódico de todos los sistemas de gestión de PRL vinculados a la A.G.E. Además las medidas correctoras



serán impuestas por la Inspección de Trabajo en función del Real Decreto 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado.

En la práctica al aplicarse un sistema de autocontrol “la norma relaja las exigencias cuando la AGE actúa como empleador” (Lafuente Pastor, s.f.). Esto se debe a que mientras que el sector privado está expuesto a auditorías externas y sanciones la A.G.E. no debe superar estas auditorías (Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 39/1997) y no existe la posibilidad de autosanción, al coincidir en la misma figura la administración sancionadora.

A su vez algunas administraciones desarrollan decretos similares al Real Decreto 67/2010, como el Decreto 40/2023, de 24 de marzo, del Consell, por el que se regulan los servicios de prevención de riesgos laborales de la Generalitat (Comunidad Valenciana), Decreto 17/2009, de 21 de enero, por el que se aprueba el Plan de prevención de riesgos laborales en la Administración general de la Xunta de Galicia, Decreto 33/1999, de 18 de junio, por el que se regula la organización y funcionamiento del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Administración del Principado de Asturias o el Decreto 313/2003, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía. A nivel local citamos el Acuerdo de 26 de noviembre de 2020 de la Junta de Gobierno de



la Ciudad de Madrid por el que se aprueba el Plan de Prevención de Riesgos Laborales del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos o documentos más específicos como el Manual de prevención de riesgos laborales del Ayuntamiento de Motril o el Plan de Prevención de Riesgos Laborales del Ayuntamiento de Albacete, todos accesibles en la web.

A lo largo de estas últimas décadas la implantación de la cultura preventiva en las administraciones ha sido clara, e incluso los ayuntamientos de menor tamaño disponen al menos de un plan de prevención propio. No obstante esto evidentemente no se produce en todas las administraciones públicas, y debemos citar como ejemplo la Sentencia 167/2012 de la Audiencia Provincial de Valencia condenando al alcalde de Rocafort por accidente laboral de dos trabajadores al colocar el alumbrado navideño; en esta sentencia se considera clave que en ese momento el ayuntamiento no tenía implantadas medidas de seguridad ni se había impartido formación a los trabajadores. Este cumplimiento de la normativa en PRL se supone en todas las administraciones públicas, aunque también es cierto que entre las miles de administraciones existentes nos podemos encontrar una casuística inmensa; así se cita la Sentencia 167/2021 de 7 de marzo de la Audiencia Provincial de Valencia, que condena al alcalde de Rocafort (Valencia) por accidente laboral de dos trabajadores al colocar las luces de navidad, ya que no existían medidas de seguridad suficientes y además los trabajadores carecían de la formación necesaria.



4. PROBLEMÁTICA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LOS RIESGOS PSICOSOCIALES, LA COORDINACIÓN DE RIESGOS Y LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN

Una vez analizado el contexto jurídico de las administraciones públicas vemos que es habitual la existencia de regulación propia que aborde la prevención de riesgos laborales, y además se trata de entornos de trabajo bastante seguros, en los que el trabajo es básicamente administrativo o con escasos riesgos (trabajadores sociocomunitarios, personal subalterno...) ya que los trabajos con un cierto riesgo se han ido progresivamente externalizando, como pueden ser oficios como electricistas, calefactores, limpieza... además las administraciones no suelen ser propietarios de empresas industriales, mineras, agrícolas o del ámbito de la pesca, que son en general los trabajos con mayor incidencia.

Si bien en las administraciones públicas los riesgos por accidente o enfermedades profesionales son menores no debemos obviar el cumplimiento de la normativa en prevención, y consideramos que los focos más importantes son los riesgos psicosociales, la coordinación de actividades empresariales y la realización de obras de construcción por las administraciones, y en los que nos centraremos a continuación.

4.1. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES

Los riesgos psicosociales parecen los más importantes para los trabajadores propios, ya que los otros dos focos citados (coordinación de actividades empresariales y



obras) la responsabilidad de la administración pública es principalmente subsidiaria con trabajadores externos, pero en el caso de estos riesgos es con trabajadores propios. Según Lafuente Pastor un 22% de las personas que prestan sus servicios en las administraciones públicas sufren acoso moral en alguna forma, destacando el acoso y *burnout*; este autor indica algunos motivos entre los que están la ambigüedad de las Relaciones de Puestos de Trabajo, predominio de las potestades de autoorganización, ineficaces mecanismos de promoción o estructuras organizativas marcadamente rígidas y burocratizadas.

El burnout es el exponente mas claro de los riesgos psicosociales, siendo conocido como el Síndrome del Trabajador Quemado o Trabajador Desgastado. Ya a mediados del siglo XX se cita el Burnout en el contexto sanitario como un "sentimiento de baja moral y distanciamiento de los pacientes", descubierto por Schwartz y Mill (Alarcón y Guisado, 2002)

Se establece que el primer antecedente histórico del síndrome de Burnout se encuentra en el estudio realizado por Schwartz y Mill en 1953, quienes describían un sentimiento de baja moral y distanciamiento de los pacientes en enfermeras que trabajaban en un hospital psiquiátrico (Alarcón, Vaz y Guisado, 2002). Veinte años después se concreta el burnout como la sensación de agotamiento, decepción y pérdida de interés por la actividad laboral, que surge especialmente en aquellos que se dedican a profesiones de servicios como consecuencia del contacto diario con su trabajo (Freudemberg, 1974).



El burnout es una respuesta de los trabajadores que trabajaban en contacto con las personas y sufrían un estrés constante y una sobrecarga laboral; en concreto se concibe como un "síndrome tridimensional" que agrupa simultáneamente el agotamiento personal, la despersonalización al atender a otras personas y la baja realización personal (Maslach, 1993).

Ya en 2001 Guadalupe Manzano García alertaba del peligro del burnout como conflicto laboral en las administraciones públicas caracterizándolo como un síndrome que "conlleva los síntomas de agotamiento emocional (sentimientos de una persona emocionalmente exhausta por el propio trabajo), despersonalización (respuesta impersonal y fría hacia los receptores de los servicios) y disminución de la realización personal (sentimientos de competencia y éxito en el trabajo propio con personas) (Manzano García, 2001).

Esta autora hace una muestra muy interesante del burnout entre 250 trabajadores públicos en Euskadi, de los que un 50% prestan servicios en la Excma. Diputación Foral de Vizcaya, un 25% en la Universidad del País Vasco y el 25% restante en el Gobierno Vasco. En el análisis que la trabajadora hace vemos que son más proclives a esta situación aquellas personas que no conviven en pareja y los hombres más que las mujeres; además no encuentra una evidencia empírica que demuestra la relación entre la insatisfacción laboral con la edad y la relación laboral (fijo/no fijo).



4.2. LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES

Aunque la normativa en PRL establece que la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores será del empresario que los contrata existe también una responsabilidad subsidiaria sobre los trabajadores que están trabajando en sus dependencias o realizando obras para ellos. Lafuente Pastor expone la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto a las empresas contratistas o subcontratistas cuando realizan labores en un mismo centro de trabajo o en un centro que se encuentra en la "esfera de control" de la empresa principal, poniendo ejemplos de sentencias que recogen esta responsabilidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2018, re. 144/2017 y de 7/10/2008 sobre recurso 2426/2008), cuando la actividad principal es muy distinta de las actividades realizadas por las empresas externas del ámbito de construcción y mantenimiento de instalaciones eléctricas (en el primer caso la empresa sancionada era una fábrica de chocolate y en el segundo la Junta de Castilla y León).

El Real Decreto 171/2004 de coordinación de actividades empresariales obliga a que cuando una empresa realiza una actividad laboral en las dependencias de un tercero aparezca la coordinación entre ambos, con el fin de minimizar los riesgos derivados de la coexistencia de trabajadores de distintas empresas (la principal y las contratadas externas) bajo un mismo techo, y este Real Decreto 171/2004 considera que aparecen riesgos sinérgicos, que deben ser coordinados bajo la responsabilidad del titular del centro de trabajo. En este Real Decreto se identifican el empresario titular (el titular del centro de trabajo, que sería la administración



contratante) y el empresario principal (el empresario que de alguna manera presta sus servicios al titular), de forma que cuando coexisten dos o más empresas y autónomos en un centro de trabajo aparece la obligación de cooperar en la normativa de prevención. En concreto los artículos 7 y 8 del Real Decreto 171/2004 establecen las siguientes obligaciones del empresario titular (es decir del dueño del del centro de trabajo, en nuestro caso de la administración):

Artículo 7.1. El empresario titular deberá informar a los otros empresarios concurrentes sobre los riesgos propios del centro de trabajo que puedan afectar a las actividades por ellos desarrolladas, las medidas referidas a la prevención de tales riesgos y las medidas de emergencia que se deben aplicar (...)

Artículo 8.1. Recibida la información a que se refiere el artículo 4.2, el empresario titular del centro de trabajo, cuando sus trabajadores desarrollen actividades en él, dará al resto de empresarios concurrentes instrucciones para la prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes y sobre las medidas que deben aplicarse cuando se produzca una situación de emergencia.

2. Las instrucciones deberán ser suficientes y adecuadas a los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes y a las medidas para prevenir tales riesgos.



3. Las instrucciones habrán de proporcionarse antes del inicio de las actividades y cuando se produzca un cambio en los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes que sea relevante a efectos preventivos.

4. Las instrucciones se facilitarán por escrito cuando los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes sean calificados como graves o muy graves.

Estos dos artículos ya establecen la obligación de que se transmita una información sobre los riesgos existentes (aunque limitados estos riesgos existen), y debería quedar además constancia que esta información ha sido facilitada a los empresarios que actúan en dependencias municipales. Estrictamente el Real Decreto 171/2004 sólo exige que estas instrucciones sean transmitidas por escrito cuando aparecen riesgos graves o muy graves, pero debemos considerar que el Real Decreto fue emitido en 2004 en un momento que las tecnologías de la información no estaban tan desarrolladas; aunque no sea obligatorio hoy parece imprescindible dejar constancia que se transmite esta información mediante registros electrónicos o al menos mediante el acuse de recibo de su envío y recepción con un correo electrónico.

4.3. OBRAS DE CONSTRUCCIÓN

El otro ámbito relevante son las obras de construcción, y que además se solapa con la coordinación de riesgos en centros de trabajo. El Real Decreto 1627/1997 que establece las disposiciones mínimas de seguridad en las



obras de construcción particulariza la Ley 31/1995 en este sector, y establece la obligación que el empresario (en este caso el contratista) garantice la seguridad de sus trabajadores, pero al mismo tiempo existe una responsabilidad subsidiaria de la entidad contratante en caso de accidente cuando el empresario no cumple sus obligaciones, por lo que las administraciones deberán ser muy exigentes con el cumplimiento de la normativa en las entidades a las que contraten para hacer obras. En este tipo de obras nos encontramos dos modalidades, las obras propiamente dichas y aquellas tareas de menor entidad cotidianas que podemos identificar como mantenimiento o pequeñas actuaciones, y son los focos de peligro más claros.

Cuando estamos hablando de obras de cierta entidad que se definen en un proyecto el Real Decreto 1627/1997 establece la obligación de elaborar un Estudio de Seguridad y Salud como un documento que forma parte del mismo, que en obras de menor tamaño y complejidad (presupuesto menor a 450.000 €, menos de 20 trabajadores simultáneamente en la obra y duración menor a 500 días que no supongan en conducciones subterráneas, galerías, túneles o presas) puede ser sustituido por un Estudio Básico de menor entidad. En la fase de ejecución es necesario el nombramiento explícito de un coordinador de seguridad y salud como un miembro de la dirección facultativa, siendo un técnico competente (arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico); el coordinador de seguridad y salud asumirá las funciones propias de este puesto entre la que se encuentra aprobar el Plan de Seguridad y Salud que proponga la empresa contratista (pudiendo obligar a



ésta a que lo modifique de ser el caso), siendo imprescindible la aprobación del Plan para iniciarse la obra. En el caso de no nombrarse explícitamente el coordinador estas funciones serán asumidas por la dirección de obra mediante un contrato menor o incluso un anticipo de caja. Las obras ordinarias generan siempre situaciones peligrosas porque aparecen múltiples riesgos imprevistos, pero la administración titular puede cubrir fácilmente su responsabilidad cuando existe una dirección facultativa como responsable inmediata de cualquier accidente que pueda ocurrir, aunque es muy recomendable que por parte de la administración local se establezcan herramientas adicionales de control sobre las empresas contratistas (Mármol Ortuño, Pérez Herrero, 2009) (Jiménez García, 2011).

Las pequeñas obras y mantenimientos que no requieren proyecto son más controvertidas. Se incluyen en este grupo aquellas actuaciones de menor entidad que una administración contrata con una empresa externa la realización de un servicio (desde obra civil a instalaciones energéticas) y por su escaso valor no es preciso realizar una descripción técnica como es un proyecto ni concreta a un director de obra. Podremos encontrar tareas sistemáticas (por ejemplo incluidas dentro de un contrato de mantenimiento como mejora de instalaciones) a otras que de forma repetida se reiteran, desde la instalación de nuevos elementos, mobiliario urbano o cualquier cambio en los edificios o instalaciones existentes. En estos casos es habitual que un trabajador público (normalmente un técnico competente como ingeniero, ingeniero técnico, arquitecto o arquitecto técnico, pero ni siquiera aparece



en todos los casos) solicite los servicios de una contratista de forma directa mediante un contrato menor, y a lo sumo se redacta una memoria descriptiva de la tarea a ejecutar. Lo lógico en estas actuaciones de escasa entidad ni existe un técnico competente que ejerce de dirección facultativa externa aunque esto no libera al personal municipal de su responsabilidad en caso de accidente; esta responsabilidad puede recaer en un técnico competente que simplemente ha intervenido en la contratación administrativa (por ejemplo un simple encargo realizando la visita a la obra para aprobar el pago) o en un trabajador público que sin ni siquiera ser competente un juez considere que tenga responsabilidades en el accidente por no asegurarse el cumplimiento de normativa (por ejemplo cuando no ha exigido que la empresa contratista disponga de un sistema de prevención eficiente). Para esto sería recomendable:

i) Comprobar que todas las empresas que realizan este tipo de trabajos cumplen la normativa en prevención de riesgos (existe una gestión de la PRL, los trabajadores están asegurados, que disponen de los equipos de protección individual, que disponen de formación en PRL...)

ii) Realizar una contratación externa de una coordinación de seguridad y salud genérica que pueda asumir de alguna forma esta responsabilidad de cara a las pequeñas obras. Esta coordinación puede referirse tanto al control de las empresas como a garantizar que estas pequeñas obras que se repiten de forma sistemática cumplan la normativa mediante procedimientos seguros o exigiéndoles a las empresas presenten documentación



específica (relación de trabajadores que intervendrán, sistema de gestión de la prevención, entrega de los EPIs a los trabajadores, formación específica...).

CONCLUSIONES

En el presente artículo hemos particularizado el cumplimiento de la normativa en prevención de riesgos laborales en las administraciones públicas, que aunque se trata de entornos seguros de trabajo es imprescindible que se aplique la Ley 31/1995 y el resto de normativa en vigor. La Administración General del Estado ha aprobado el Real Decreto 67/2010 que particulariza la implantación de la Ley 31/1995 en ésta y en las empresas y organismos vinculados, mientras que el resto de administraciones también aplica órdenes propias con el fin de garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores, aunque existen dos situaciones más expuestas al riesgo que debemos estudiar con mayor interés, como son la coordinación de actividades empresariales y las obras de construcción.

Entre los tres grandes grupos de incidencias laborales los riesgos psicosociales son los más comunes entre los trabajadores públicos, por encima de los accidentes y enfermedades profesionales. Estos se identifican como el burnout, siendo además muy difícil su gestión a diferencia de los que originan accidentes o enfermedades, ya que sus componentes (agotamiento, decepción y pérdida de interés por la actividad laboral) son mucho más difíciles de implantar que las medidas para evitar accidentes o enfermedades profesionales.

En el caso de la coordinación de actividades empresariales la administración pública actúa como



empresario titular, y es responsable de *informar* a los otros empresarios concurrentes sobre los riesgos propios del centro de trabajo que puedan afectar a las actividades por ellos desarrolladas, las medidas referidas a la prevención de tales riesgos y las medidas de emergencia que se deben aplicar, ya que se considera que la coexistencia de empresas provoca unos riesgos adicionales por encima de los riesgos de cada empresa, siendo responsable de facilitar la información a las empresas concurrentes.

Finalmente en las obras tenemos una situación especialmente grave en las pequeñas actuaciones de mantenimiento y lo que hemos denominado obras menores. Aunque la responsabilidad es de la empresa constructora aparece una responsabilidad subsidiaria que puede ser asumida por la propia administración contratante. En las grandes obras existe una dirección facultativa que tiene la responsabilidad inmediata del cumplimiento de la normativa, mientras que en las de menor entidad esta dirección facultativa suele desaparecer, y en caso de accidente la responsabilidad podría recaer en un trabajador público, incluso sin desempeñar las funciones de técnico competente. En estos casos se recomienda como opciones reforzar el control sobre el sistema de prevención de riesgos de las empresas contratistas y el nombramiento de una dirección facultativa genérica para que ejerza de forma sistemática la coordinación de seguridad y salud de estas pequeñas obras mediante procedimientos de control de éstas.



BIBLIOGRAFÍA

Alarcón, J., Vaz, F. y Guisado, J. (2002), Análisis del síndrome de burnout: psicopatología, estilos de afrontamiento y clima social (II), en Revista de Psiquiatría de la Facultad de Medicina Barcelona. Vol. 29, nº1, pp. 8 - 17.

Blanco Silva, F, Sarmiento Díez, O., Baamonde Rial, A. (2022). La prevención de riesgos laborales en la gestión empresarial en España: 25 años de la ley 31/1995. Ciencia, Economía y Negocios, 6(1), 33-55.. Recuperado a partir de

<https://revistas.intec.edu.do/index.php/ciene/article/view/2421/3006>

Carrasco Sánchez, E. (2006). *Prevención de riesgos laborales para aparejadores, arquitectos e ingenieros*. Editorial Tebar.

Castejón, E., & Benavides, F. G. (2021). De la seguridad e higiene a la seguridad y salud: 50 años de prevención de riesgos laborales en España. *Archivos de prevención de riesgos laborales*, 24(2), 99-103. Recuperado a partir de

https://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1578-25492021000200099&script=sci_arttext

Collado Luis, S. (2008). Prevención de riesgos laborales: principios y marco normativo. Recuperado a partir de <https://addi.ehu.es/handle/10810/9686>

García González, G. (2015). Los inicios de la previsión social en España: Responsabilidad patronal y un seguro de accidentes en la Ley de Accidentes de Trabajo de



1900. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 5(2), 1-32. Recuperado a partir de

https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/articulo/view/1428

Instituto Nacional de Administración Pública (2012). *Manual de Prevención de Riesgos Laborales en las Administraciones Públicas*. Coordinado por González Ortega y Carrero Domínguez

Jiménez García, J. (2011). El coordinador de seguridad y salud de obras en construcción y sus responsabilidades. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Recuperado a partir de <https://accedacris.ulpgc.es/handle/10553/12229>

Mármol Ortuño, A. L., & Pérez Herrero, M. (2009). La coordinación de seguridad y salud en la edificación. Recuperado a partir de <https://www.riarte.es/handle/20.500.12251/1176>

Manzano García, G. (2001). Estrés crónico laboral asistencial (burnout) en las administraciones públicas. *Dirección y Organización*, (25). Recuperado a partir de <https://revistadyo.es/DyO/index.php/dyo/article/view/230>

Maslach, C., & Schaufeli, W. B. (1993). Historical and conceptual development of burnout. In *Professional burnout: Recent developments in theory and research*, Eds, Philadelphia, PA, US: Taylor & Francis, p. 1-16.

Lafuente Pastor, V.P. (s/f). Responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales en la Administración Pública. Recuperado a partir de

Gabilex

Nº 41

Marzo 2025



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

[https://uprl.unizar.es/sites/uprl/files/archivos/Congreso PRL/PRL2023/taller tematico iii - _vicente lafuente pastor.pdf](https://uprl.unizar.es/sites/uprl/files/archivos/Congreso_PRL/PRL2023/taller_tematico_iii_-_vicente_lafuente_pastor.pdf)



EL SUICIDIO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO: REVISIÓN JURISPRUDENCIAL Y PERSPECTIVA CRÍTICA

SUICIDE AS AN ACCIDENT AT WORK: A JURISPRUDENTIAL REVIEW AND CRITICAL PERSPECTIVE

D. Nicolás Martínez Ibáñez
Abogado ejerciente

Resumen: El incremento gradual del porcentaje de suicidios entronca con la evolución progresiva, entre otros, de los riesgos psicosociales. Pese a ello, el origen laboral de la conducta parece estar, en cierta forma, silenciado. El presente trabajo pretende abordar las particularidades que ha supuesto y todavía supone la autolisis como contingencia profesional. Se centra la cuestión en el análisis relativo a la regulación expresa del concepto de accidente de trabajo prevista en el art.156 LGSS a fin de valorar no solo la adecuación entre esta y la conducta suicida, sino su evolución al respecto. Del mismo modo, se abordan las contradicciones existentes en los distintos pronunciamientos jurisprudenciales, disgregando las incoherencias advertidas con la propia legislación y revelando las



disparidades entre criterios como elemento determinante en la proposición de pautas más flexibles y adaptadas a la realidad objeto de estudio.

Palabras clave: Suicidio. Accidente de trabajo. Presunción. Nexo de causalidad.

Abstract:The gradual increase in the percentage of suicides is linked to the progressive evolution, among others, of psychosocial risks. Despite this, the occupational origin of the conduct seems to be, in a certain way, silenced. This paper aims to address the particularities that autolysis has meant and still entails as an occupational contingency. The question focuses on the analysis related to the express regulation of the concept of occupational accident provided for in article 156 LGSS in order to assess not only the adequacy between this and suicidal behavior, but also its evolution in this regard. In the same way, the existing contradictions in the different jurisprudential pronouncements are addressed, disaggregating the inconsistencies noticed with the legislation itself and revealing the disparities between criteria as determining elements in the proposal of more flexible guidelines adapted to the reality under study.

Key words: Suicide. Work accident. Presumption. Causal link.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN



II. MARCO NORMATIVO: LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

2.1 Delimitación general del concepto de accidente de trabajo

2.2 Supuestos especiales previstos por el art. 156.2 LGSS: las enfermedades de trabajo

III. ENCAJE DEL SUICIDIO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO

3.1 ¿El suicidio como conducta voluntaria? La respuesta jurisprudencial al respecto

IV. LA CASUÍSTICA DEL SUICIDIO EN LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL ART.156 LGSS

4.1 La presunción de laboralidad en el accidente de trabajo: notas preliminares

4.1.1 El alcance de la presunción en el suicidio

4.2 El suicidio con exclusividad del trabajo

V. EL SUICIDIO DESDE LA ÓPTICA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD: ESTADO DE LA CUESTIÓN

VI. CONCLUSIONES FINALES

VII. BIBLIOGRAFIA



I.INTRODUCCIÓN

La finalidad del Derecho cuyo culmen reside en dar respuesta a las diversas vicisitudes que puedan ocasionarse, supone como mandato imperante en tal función, ser capaz de adaptarse a las exigencias de la realidad social. En este aspecto, no solo confluye la labor legislativa como respuesta inmediata a la evolución de las circunstancias y aspectos propios de cada tiempo, sino la labor interpretativa ejercitada por medio de la jurisprudencia. Esta segunda vertiente, no solo tiene por objeto la interpretación *stricto sensu* de las leyes, ni siquiera se reduce a colmar las posibles lagunas no previstas por el legislador, sino que logra ampliar el espectro interpretativo hacia una tendencia evolutiva: adaptar los criterios a las cuestiones de una realidad cambiante.

El suicidio ha estado marcado por un excesivo hermetismo que ha impedido su análisis en profundidad, quizás por una cuestión de desconocimiento, quizás por el temor a que un debate abierto sobre un tema tan sensible y una voluntad normalizadora se tradujera en un aumento del fenómeno. Sea cual fuere, el prejuicio, presente hasta la actualidad, ha impedido un análisis adecuado, cuestión que ha conllevado la adopción de respuestas tardías y, en ocasiones, poco eficaces.

El presente artículo, pretende abordar, desde la perspectiva laboral y de la seguridad social, el estado actual del suicidio sobre la base de las contingencias



profesionales, concretamente, centrando el objeto de análisis en la consideración de la autolisis como accidente de trabajo. Se pretende realizar un estudio presentando cierto énfasis en la evolución jurisprudencial al respecto, la tendencia actual en la materia y las distintas dificultades que presenta dicha cuestión.

El ensayo empleará un método deductivo partiendo de lo general, de una sucinta referencia al concepto de accidente de trabajo donde se analizará de forma individualizada las posibilidades que en tal sentido otorga el art.156 LGSS con respecto al objeto de estudio; el suicidio, hacia lo particular, cobrando una importancia trascendental el análisis de los distintos pronunciamientos, cuya confrontación permitirá detectar las divergencias existentes en la materia, identificar los criterios interpretativos generales y los problemas procesales que se susciten, enfatizando finalmente sobre la flexibilidad o rigidez presente en dicho fenómeno, ofreciéndose las soluciones consideradas óptimas a cada controversia detectada.

A modo de síntesis, los objetivos propuestos en este estudio se concretan en los siguientes:

- La viabilidad del encaje del suicidio en cada uno de los posibles escenarios planteados por el art.156 LGSS como accidente de trabajo.
- El análisis jurisprudencial al respecto como aspecto que permita, no solo determinar la problemática procesal, esencialmente probatoria, que tal cuestión implica, sino concluir respecto a la tendencia que pueda desprenderse; si existe un avance hacia la consideración del suicidio como



accidente de trabajo, si las posibilidades permanecen abiertas o, si por el contrario, la cuestión se encuentra manifiestamente acotada.

- Otorgar una visión crítica respecto al estado de la cuestión, ofreciendo propuestas de modificación a los criterios interpretativos.

II.MARCO NORMATIVO: LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

La regulación del accidente de trabajo, por cuanto refiere a su definición y apreciación, se localiza en el art.156 LGSS. Dicho precepto otorga una definición general del fenómeno, reconoce una enumeración específica donde ha lugar su apreciación, culminando con una presunción a favor del reconocimiento del accidente de trabajo, así como una serie de supuestos que, a modo de excepción, impiden la consideración de accidente.

Dada la complejidad del precepto se procede a continuación, como aspecto preliminar, a realizar un análisis detallado del mismo, con el fin de sentar las bases que permitan diseccionar adecuadamente el encaje del suicidio como accidente de trabajo.

2.1 Delimitación general del concepto de accidente de trabajo

El punto de inicio se encuentra en la definición general de accidente de trabajo recogida en el art.156.1 LGSS, según el cual tendrá dicha consideración "*toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que se ejecute por cuenta ajena*". Como se observa y coincidiendo con lo



manifestado por *POQUET CATALÁ*¹¹⁹, el concepto resulta tan amplio, que no solo ha permitido mantenerse a salvo de reformas legislativas, sino que, a efectos prácticos, ha desplazado a los tribunales la carga, por medio de la jurisprudencia, interpretativa del mismo.

Si bien el régimen general es que la legislación debe ser lo suficientemente clara, siendo los órganos jurisdiccionales los encargados de dotar de sentido, en una u otra dirección, a aspectos muy concretos, en este supuesto, asistimos a una situación totalmente opuesta; la amplitud del precepto ha provocado, en la práctica, que la consideración o no de la lesión como accidente de trabajo pase por obtener cierto encaje en el marco normativo del art.156 LGSS, como primer filtro, para encontrar la precisa interpretación jurisprudencial que otorgue el sentido deseado, entendiendo como tal su consideración como accidente, como broche de cierre al supuesto.

Siendo por tanto, en cierta medida, equiparables la labor legislativa y jurisprudencial, corresponde analizar detenidamente los elementos exigidos por el apartado primero del mencionado precepto con el fin de ofrecer una delimitación lo más acotada posible del fenómeno.

La expresión "toda lesión corporal", sin perjuicio de que a primera vista pareciera solo concebir lesiones

¹¹⁹ Poquet Catalá, R. (2020). "El suicidio como accidente de trabajo: Análisis de una zona gris", *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, nº 22/2020, pág. 123.



físicas, se interpreta ampliamente incluyéndose de igual forma las lesiones psicológicas¹²⁰.

El requisito "con ocasión o por consecuencia del trabajo" evidencia la conexión necesaria entre el menoscabo sufrido y el desempeño laboral, eso es, la relación de causalidad existente entre la referida lesión y el trabajo¹²¹.

En último término, la lesión y la relación causal, deben estar referidas al desempeño laboral por cuenta ajena. En este aspecto, cabe matizar que el accidente de trabajo no es un hecho exclusivo del trabajador asalariado, sino que la voluntad del precepto es la de separar el concepto de accidente en función del régimen de prestación laboral. Así, sin perjuicio de que no constituya el objeto de este ensayo, también resultaría de aplicación al trabajo por cuenta propia el fenómeno

¹²⁰ STS de 18 de marzo de 1999 (rec.5194/1997): "(...) *por cuanto otra interpretación está basada en un concepto en declive y superado que asimila el accidente con traumatismo o confunde el de lesión sin tener en cuenta que gramaticalmente se estima como lesión el daño corporal procedente de herida, golpe, o enfermedad y más ampliamente cualquier daño o perjuicio, comprendiéndose igualmente dentro de ese concepto de lesión no sólo el daño físico ocasionado en los tejidos sino también el trauma que produce impresiones duraderas en lo psíquico*".

¹²¹ STS de 29 de septiembre de 1986: "(...) *ha de incluirse en el área del accidente laboral en cuanto exista una relación de causalidad, dado que se impone un criterio interpretativo amplio de este concepto y de sus límites, en cuanto no aparezca acreditada la ruptura de relación causal entre el fallecimiento y el trabajo*".



analizado a tenor de lo dispuesto en el art. 316 LGSS o en el art. 3 del RD 1273/2003 de 10 de octubre.

2.2 Supuestos especiales previstos por el art. 156.2 LGSS: las enfermedades de trabajo

Con bien se indica en el apartado precedente, la regulación con respecto al accidente de trabajo se enfoca desde un doble plano de tal forma que se parte de una definición genérica cuya superación faculta, *prima facie*, la consideración de accidente, debiendo acudir, una vez superada esta a los supuestos y excepciones previstas a fin de obtener un resultado concluyente.

El precepto analizado se articula en el sentido de otorgar una definición suficiente del concepto de accidente en su apartado primero, encargándose su apartado segundo de especificar aquellas determinadas situaciones que por su especialidad pudieran resultar problemáticas. Se constituye, de esta forma, esta lista contenida en el apartado segundo como una enumeración aclaratoria en la que partiéndose de la definición genérica se pretende disipar toda duda en cuanto a la consideración de accidente.

Este segundo apartado realiza una equiparación entre el fenómeno de las enfermedades profesionales en la esfera del accidente de trabajo, cuestión que resulta paradójica, sin embargo, que ha sido clarificada por la jurisprudencia, como en el caso de la STSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2006¹²²:

¹²² STSJ de Cataluña, núm. 5885/2006 de 5 de septiembre, rec. 187/2004.



"Entre los grupos de casos considerados por la LGSS de modo expreso como accidentes de trabajo destaca (afirma la sentencia de la Sala de 5 de enero de 2006 EDJ 2006/12666 , remitiéndose a lo manifestado en la de 15 de octubre de 2003 EDJ 2003/236508) el de las denominadas, genéricamente, enfermedades de trabajo, es decir, aquellas enfermedades de origen común que se suceden o manifiestan en el trabajo pero que, sin embargo, no se encuentran formalmente incluidas dentro de las tipificadas como enfermedades profesionales."

Continuando la exposición, por cuanto aquí interesa, con la categorización de las diversas situaciones acogidas:

"Dentro de esta categoría genérica cabe incluir tres supuestos distintos: las enfermedades de trabajo en sentido estricto (esto es las que el art. 115.2.e LGSS atribuye la condición de accidente de trabajo cuando, no estando incluidas en las lista de enfermedades profesionales se contraigan "con motivo de la realización de su trabajo", siempre y cuando "se prueba que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo"; se trata de enfermedades comunes que tienen su causa en el trabajo); las enfermedades de trabajo en sentido genérico que siguen el régimen jurídico de los accidentes de trabajo (esto es, las enfermedades previas que se agravan como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente - art. 115.2.f) LGSS -; y la enfermedad



del trabajo en sentido amplio (aquéllas a las que la LGSS atribuye la condición de accidente de trabajo , al verse "modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes" (art. 115.2.g LGSS)".

Se completa de esta forma la definición de accidente de trabajo ampliando a los requisitos básicos los propios de las enfermedades profesionales, subsumiéndose en el concepto de accidente de trabajo las enfermedades laborales no contempladas en el art.157 LGSS, siempre y cuando el desempeño laboral sea la causa exclusiva de su producción o de su agravamiento, cuestiones que en el ámbito del suicidio, como se razonará, ostentarán un tratamiento particular.

III.ENCAJE DEL SUICIDIO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO

Del análisis efectuado sobre los requisitos exigidos para la consideración de accidente de trabajo, se trata en este punto de determinar, en atención a la regulación prevista en el art.156 LGSS, si el suicidio posee encaje en el mismo. Dicha labor exigirá, no solo evaluar la conducta suicida en la definición genérica de accidente, sino el examen de las exclusiones legalmente estipuladas.

En un análisis superficial, la respuesta a la pregunta sobre si el suicidio debe ser considerado accidente de trabajo deberá ser afirmativa, toda vez que la autolisis supone una lesión corporal cuyo desencadenante puede



ser el desempeño laboral. No obstante, de esta primera aproximación ya se desprende el primer escollo en la asimilación del suicidio al concepto de accidente, pues si bien el suicidio es sinónimo, indudablemente, de una conducta lesiva, la forma en la que dicha lesión corporal se produce, podría no considerarse incluida en la expresión "toda lesión corporal".

Resulta paradójico como una conducta –la suicida– cuyo contenido resulta en la definición del primer requisito exigido en la consideración de accidente, puede traducirse en la incertidumbre aquí manifestada, sin embargo, ello es debido a la interpretación tradicional del concepto de lesión como toda aquella acción o irrupción violenta de un agente exterior¹²³. Dicha definición genera, a priori, dos problemas concretos; en primer término, el suicidio estadísticamente suele ser el culmen a un proceso de agravación psicológica, por contraposición al concepto ordinario de accidente donde es posible determinar el momento preciso de su producción, se trata de un proceso paulatino, que no resulta súbito y resulta discutible sobre si es o no imprevisible. En segundo lugar, el concepto de "agente exterior", eso es, que la consideración de accidente requiera precisamente de un acto ajeno al perjudicado cuestión que superficialmente no se apreciaría en tanto es el propio sujeto quien se causa la lesión.

Desarrollando la cuestión, se exigirá por tanto la superación de los dos obstáculos advertidos a fin de

¹²³ Chacartegui Jávega, C (2007). *El concepto de accidente de trabajo: su construcción por la jurisprudencia*, Bomarzo, pág. 22.



proseguir con el análisis. En este aspecto, en lo relativo al carácter repentino e inesperado de la lesión, la jurisprudencia se muestra clara negando que la categorización de accidente exija el carácter súbito, ejemplo de ello se observa en la STSJ de la Rioja de 3 de junio de 1996¹²⁴, que con cita del Tribunal Supremo, indica que:

"Así, el concepto de lesión , que sugiere la idea de acción o irrupción súbita o violenta de agente exterior o , en la definición de accidente del art. 100 Ley 8 octubre 1980, sobre contrato de seguro "lesión corporal que procede de una causa fortuita espontánea, exterior y violenta , independiente de la voluntad del asegurado", fue ampliado, desde la importante STS 17 junio 1903, iniciadora de línea doctrinal consolidada, a las lesiones de evolución insidiosa o lenta, y tanto a la herida manifestada externamente como a la dolencia sin manifestación externa notaria y trastorno fisiológico y funcional".

Por cuanto refiere al origen de la lesión en un agente exterior, exige distinguir entre el carácter autolesivo del suicidio y el origen del mismo, es decir, implícitamente se hace referencia al nexo de causalidad, donde lo relevante no es si la lesión es provocada por el propio trabajador, sino si el origen del acto lesivo, el trastorno o alteración psicológica que conduce a ello, se deriva de una cuestión relacionada con el desempeño laboral. En este sentido, resulta relevante la STS de 27 de diciembre

¹²⁴ STSJ La Rioja, núm. 137/1996 de 3 de junio, rec. 122/1996.



de 1995¹²⁵, donde valorando la presunción de laboralidad de un accidente, indica que la misma alcanza *"también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos"*

Matizadas ambas cuestiones sobre la base del carácter de la lesión como elemento inicial en el razonamiento relativo al concepto de accidente de trabajo, puede determinarse que pese a que el suicidio evidentemente ostente particularidades, se encuentra incluido en la definición otorgada por el art.156.1 LGSS.

3.1 ¿El suicidio como conducta voluntaria? La respuesta jurisprudencial al respecto

En esta aproximación de lo general a lo particular, habiéndose superado la integración del suicidio en el concepto de lesión, el orden lógico supondría fijar como segundo estadio el análisis de causalidad que permitiera ratificar la consideración de accidente. No obstante, la particularidad de la conducta objeto de estudio, exige valorar si la misma puede incluirse en alguna de las excepciones a su calificación. Ello, porque así lo aconseja el método deductivo aplicado y por una labor de eficiencia, puesto que de nada serviría analizar minuciosamente la relación suicidio-trabajo y su casuística si para dar solución al debate planteado es suficiente con evaluar las excepciones previstas.

Se hace alusión en este instante al obstáculo planteado en el apartado cuarto, del art.156 LGSS, encargado de recoger los supuestos que excepcionan el

¹²⁵ STS de 25 de diciembre de 1995, rec. 1213/1995.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

reconocimiento de la contingencia profesional. Concretamente, se hace referencia a la letra b) del mismo cuyo tenor literal dispone:

"4. No obstante lo establecido en los apartados anteriores, no tendrán la consideración de accidente de trabajo:

b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado."

¿Es el acto suicida un acto doloso, en tanto es el suicida quien tiene la disponibilidad plena del bien jurídico –propio– que decide arrebatar(se)?

Sin ánimo de generalizar y reproduciendo las palabras de *MENENDEZ OSORIO*¹²⁶, según las que *"cada acto suicida tiene sus propias características, diversas, específicas, singulares y particulares, personales y subjetivas"*, se encuentra la respuesta a dicha pregunta en la evolución jurisprudencial al respecto.

Los pronunciamientos judiciales evidencian tres etapas claramente diferenciadas. La primera de ellas, denominada como la etapa negacionista¹²⁷, donde destacan los pronunciamientos del Alto Tribunal número 370/1952 de 31 de marzo y 374/1954 de 25 de octubre. La antigüedad de las resoluciones que impide su análisis directo, obliga a recurrir al análisis efectuado por los

¹²⁶ Menéndez Osorio, F. (2020). "Suicidio: clínica o voluntad de morir", *Cuadernos de Psiquiatría Comunitaria*, Vol.17, Nº1, pág. 13.

¹²⁷ López Fernández, Rubén. (2023). "El suicidio: criterios doctrinales y jurisprudenciales para su calificación como accidente de trabajo"; *Lan Harremanak*, 49, pp. 180-214.



distintos autores¹²⁸. En cualquier caso, lo relevante es que dichas resoluciones desestiman la consideración del suicidio como accidente en atención a la voluntariedad del acto y la destrucción por este motivo del nexo de causalidad requerido. En la misma línea, la STS de 19 de febrero de 1963 fija que *"establecida la voluntariedad de la muerte sufrida por el causante de la recurrente, no existe la relación de causalidad entre el trabajo que efectuaba aquél con el siniestro acaecido"*. En este aspecto, la interpretación de que el suicidio es un acto voluntario y por tanto siendo la misma una conducta dolosa, es decir, intencionalmente buscada por el trabajador, impide a todo término su categorización como contingencia profesional.

La segunda etapa (aperturista), se inicia partir de la década de 1970, así lo reconoce la STS de 25 de septiembre de 2007¹²⁹, la cual será objeto de referencia constante a lo largo del presente:

"Las sentencias del Tribunal Supremo dictadas hasta finales de los años sesenta suelen descartar automáticamente la calificación a efectos de Seguridad Social del suicidio del trabajador como accidente de trabajo, cualesquiera que sean sus circunstancias, incluido el suicidio consumado en tiempo y lugar de trabajo. A partir de 1970 las

¹²⁸ Grau Pineda, C., y Rodríguez Monroy, A. G. (2020). "El suicidio como accidente de trabajo: un repaso a la evolución jurisprudencial hasta la actualidad", en *IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, pág. 99.

¹²⁹ STS de 25 de septiembre de 2007, rec. 5452/2005.



decisiones jurisprudenciales no tienen siempre el mismo signo. En ocasiones se estima la reclamación de las indemnizaciones de accidente de trabajo solicitadas por los familiares sobrevivientes, y en ocasiones se llega a la conclusión contraria. Ello no significa, sin embargo, falta de criterio uniforme sobre el enjuiciamiento de estos litigios. Se trata más bien de la consideración como elementos determinantes de las decisiones adoptadas de ciertos factores circunstanciales y contingentes, que concurren unas veces y están ausentes otras en los casos enjuiciados.”

Dejándose de forma patente la ruptura con la etapa precedente, la controversia se suscita sobre el análisis de las particularidades de cada supuesto para su apreciación como accidente. El pronunciamiento que constituye el inicio de esta corriente es la STS de 29 de octubre de 1970, donde se considera, por vez primera, el suicidio como accidente de trabajo, resultando relevante el iter procesal, pues el suicidio enjuiciado deriva del estado depresivo causado por las innumerables intervenciones y el largo proceso de hospitalización originado en un accidente laboral previo¹³⁰, es decir, hay una conexión directa entre el suicidio y un accidente laboral anterior por lo que la causalidad en este aspecto resulta más estrecha.

Las circunstancias del caso obligan a denominar a esta etapa aperturista, pues si bien dicha sentencia constituye un hito en la materia, no permite afirmar que

¹³⁰ Grau Pineda, C., y Rodríguez Monroy. Op. cit., pág. 110.



el suicidio pueda ser considerado accidente, sino que un suicidio motivado por un accidente laboral previo, puede ser considerado accidente de trabajo. El matiz podría resultar irrelevante, pero su trascendencia es crucial, pues parece desprenderse que su estimación toma como sustento la claridad existente entre el suicidio y una estricta cuestión laboral perfectamente identificable: un accidente anterior, impidiéndose de esta forma extrapolar el resultado del pronunciamiento a otros supuestos, donde la vinculación existe pero no es tan clara o, como suele ser frecuente, se trata de un fenómeno pluricausal donde entran en juego aspectos laborales y aspectos relativos a la esfera privada del trabajador. En cualquier caso, dicha sentencia resulta digna de elogios, pues coloca la primera piedra en la consideración del suicidio como accidente laboral.

En tercer y último lugar, se sitúa la denominada etapa de consolidación. La misma, como bien se anticipaba, está constituida por la STS de 27 de septiembre de 2007, de la que se desprende un cierto ánimo rupturista con respecto a los pronunciamientos anteriores, siendo una de las dos cuestiones objeto de pronunciamiento "*(...) la ruptura o no del nexo causal entre el trabajo y la muerte autoinferida por el trabajador en virtud del art. 115.4 LGSS (EDL 1994/16443) (...no tendrán la consideración la consideración de accidentes de trabajo:... d) los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado)*".

El referido pronunciamiento trae causa de los recursos para la unificación de doctrina interpuestos por las correspondientes mutuas frente al recurso de



suplicación donde se estimada la autolisis del trabajador como accidente de trabajo. Es aquí donde se desprende la voluntad del Alto Tribunal de emitir un pronunciamiento expreso en la materia, pues lejos de inadmitir a trámite los recursos formulados por medio de auto sin mayor justificación que la falta de contradicción exigida, por una remisión directa al art. 225.4 c) LRJS, decide resolver por medio de sentencia.

La relevancia del pronunciamiento indicado, a juicio de este autor, no reside en los razonamientos jurídicos otorgados toda vez que la desestimación se produce finalmente por la falta de contradicción, sino en dos cuestiones que pueden pasar desapercibidas. En primer lugar, las molestias tomadas por el Alto Tribunal de ofrecer una evolución del estado de la cuestión en materia de suicidio, como apuntan muchos autores con cierto ánimo pedagógico¹³¹, sobre todo cuando el asunto podría resolverse por una simple cuestión procesal de falta de contradicción. En segundo lugar, por la

¹³¹ En el mismo sentido se pronuncia López Fernández, R.(2023). "El encaje del suicidio como accidente de trabajo: qué dice la jurisprudencia y cuáles son las principales causas", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 111, número 3, pág. 72, al indicar: "Esta sentencia muestra la voluntad de clarificar cuáles deben ser los criterios con los que resolver estos supuestos, tras poner de manifiesto «una falta de criterio uniforme sobre el enjuiciamiento de estos litigios». Ello se constata ya desde el hecho de que no existe en el caso ningún elemento especialmente reseñable, habiendo podido ventilarse el recurso mediante auto".



conclusión alcanzada tras el relato relativo a los diversos pronunciamientos en la materia:

"Las consideraciones de los apartados anteriores ponen de manifiesto la relevancia que en el enjuiciamiento de los supuestos de suicidio tienen las circunstancias de cada supuesto concreto".

Dicha afirmación pudiera parecer una cuestión más que obvia, sin embargo, su importancia resulta trascendental en la medida que constituye un criterio aperturista que reconoce la casuística indeterminada en lo relativo al suicidio, cuestión que genera a su vez tres implicaciones novedosas.

De un lado, se interpreta una voluntad rupturista con respecto a los pronunciamientos hasta 1970, negando la relación de suicidio como acto voluntario para vincularlo a circunstancias concretas, es decir, se desplaza el carácter disponible de la conducta lesiva como óbice al reconocimiento de accidente de trabajo.

De otro lado, reconoce implícitamente el factor multicausal del suicidio y la necesidad de efectuar un análisis individualizado de cada supuesto a fin de valorar su vinculación con el desempeño laboral, negándose de esta forma cualquier carácter automático como elemento resolutivo de la cuestión planteada.

En última instancia, dota de cierta flexibilidad al necesario vínculo causal entre la autolisis y el desempeño laboral, eso es, en contra de lo dispuesto en el análisis relativo al pronunciamiento de 1970, el nexo causal exigido no debe desprenderse necesariamente de



una relación directa entre el trabajo y la muerte o su intento, sustentado sobre la base de un episodio laboral previo, sino que resulta suficiente con que la conducta traiga causa de la esfera laboral.

En cualquier caso, dicho pronunciamiento rompe con lo hasta el momento concebido, poniendo el acento sobre las particularidades de cada supuesto, alejándose, en cierto modo, de automatismos, pues únicamente el análisis de las circunstancias concurrentes permitirá efectuar el razonamiento adecuado y lógico en cuanto a la determinación o no de la contingencia como profesional.

IV.LA CASUÍSTICA DEL SUICIDIO EN LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL ART.156 LGSS

Como bien se desprende a lo largo del presente, la regulación legal en torno al accidente de trabajo, condensada en el art.156 LGSS, por cuanto refiere a las particularidades de la conducta suicida implica un análisis pormenorizado de cada uno de los subapartados a fin de ser capaz de afrontar cada una de las dificultades que pudieran derivarse.

En este contexto, con la metodología aplicada, habiendo razonado el encaje del suicidio como accidente de trabajo sobre la base de un criterio positivo, es decir, la adecuación de la autolisis con relación a los elementos esenciales de la figura del accidente y descartándose el criterio negativo o de exclusión sobre el cual la voluntariedad del suicidio –pese a sostenerse que no se trata de una conducta voluntaria–, no es asimilable al



concepto de dolo, procede valorar las especialidades que dicho precepto invoca con el fin de inferir si su aplicación resulta plausible en la conducta descrita. Concretamente, se pretende disipar los interrogantes entorno a dos cuestiones:

- La posibilidad de aplicar al suicidio la presunción de laboralidad contemplada en el apartado tercero (art.156.3 LGSS).
- La consideración del suicidio como enfermedad siendo su causa exclusiva el trabajo (art.156.2 e) LGSS).

4.1 La presunción de laboralidad en el accidente de trabajo: notas preliminares

El art.156.3 LGSS, contiene la presunción *iuris tantum* a favor del reconocimiento del accidente sufrido como laboral, toda vez que su producción tenga lugar en tiempo y lugar de trabajo. La implicación de dicha presunción resulta determinante en la medida que libera al trabajador de probar la conexión causal accidente-trabajo, desplazando la carga de la prueba a la parte contraria, generalmente la empresa o mutualidad, que deberá desvirtuar la presunción, bien negando su producción en tiempo y lugar de trabajo, bien acreditando que pese a que su producción resulta idónea con los parámetros exigidos en la presunción, no ha lugar el nexo de causalidad exigido¹³².

¹³² En palabras del TSJ de Andalucía, en su sentencia núm. 1245/2019 de 16 de mayo, rec.2369/2018: "(...) Para destruir la presunción de laboralidad a que nos referimos es necesario



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Siendo la cuestión central la aplicación directa de la presunción, merece la pena detenerse, al menos de forma sucinta, en los elementos determinantes de su apreciación:

- Por lugar de trabajo debe entenderse todo aquel espacio en el que se desempeña la actividad laboral, ampliándose el espectro más allá de la concepción originaria vinculada estrictamente al puesto, extendida al conjunto de las instalaciones del centro de trabajo¹³³ y, en ocasiones, más allá de las mismas¹³⁴.
- Por cuanto refiere a tiempo de trabajo, la definición más precisa se encuentra en el art.2.1 de la Directiva 2003/88/CE cuyo tenor literal dispone que constituye tiempo de trabajo *"todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en*

que la falta de relación lesión/trabajo se acredite de manera suficiente".

¹³³ Ejemplo de lo dispuesto puede observarse en la STS de 22 de diciembre de 2010, rec. 719/2010, donde se considera lugar de trabajo los vestuarios del centro.

¹³⁴ Véase en tal sentido la STS núm. 897/2020 de 13 de octubre, rec. 2648/2018 donde reconoce el aparcamiento de la empresa como lugar de trabajo, o la STSJ del País Vasco núm. 1075/2020, rec. 809/2020 donde estipula que *"pese a que la actividad realizada en el domicilio por el trabajador finado no fuera "preponderante", lo cierto es que al menos una parte de sus obligaciones laborales las realizaba habitualmente desde su domicilio , de manera que debe presumirse (...) lugar de trabajo al producirse el mortal episodio cardíaco también en tiempo de trabajo"*.



*ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales*¹³⁵.

Las definiciones otorgadas de lugar y tiempo de trabajo resultan a todos los efectos excesivamente simplistas, máxime cuando la litigiosidad en cada uno de

¹³⁵ La doctrina judicial se ha encargado de cincelar el concepto, ya de por sí amplio, poniéndolo en conexión con la innumerable casuística. Así, la STS de 4 de octubre de 2012, rec. 3402/2011, advierte que la doctrina debe dulcificarse debiendo considerarse tiempo de trabajo determinados lapsos que si bien no integran la jornada *stricto sensu* son empleados para realización de operaciones indispensables para incorporarse al puesto de trabajo. En relación al tiempo de disponibilidad, la STJUE de 21 de febrero de 2018, C- 518/15, se reconoce que "(...) *el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse tiempo de trabajo*". En relación a los desplazamientos, la STS núm.784/2019 de 19 de noviembre, rec. 1249/2017, no considera tiempo de trabajo el traslado efectuado por un bombero de aeropuerto para efectuar el relevo toda vez que "(...) *En el discutido el trabajador, a bordo del correspondiente vehículo, es trasladado hacia su destino laboral y no está en condiciones de comenzar a realizar actividad alguna (carece de medios para ello, no está equipado todavía)*". Como último ejemplo, que no hace sino evidenciarse la amplitud ya anunciada del concepto analizado, se sitúa la STS núm. 23/2018 de 6 de marzo, rec. 23/2018 que entiende que no cabe considerar tiempo efectivo de trabajo el dedicado a la formación, cuando dicha formación no ostenta un carácter obligatorio, no encajando en el art. 23.1 d) ET.



los conceptos ha provocado multitud de resoluciones que hacen, entre otras cuestiones, que dichos aspectos por su amplitud sean dignos de merecer un estudio propio. Sin embargo, la descripción ofrecida se muestra suficiente en consonancia con el fin pretendido en el presente: valorar si ha lugar la presunción en el suicidio.

Finalizando con este apartado, concretando al máximo el ámbito de alcance de la presunción, ha de recalcar que la misma abarca no solo los accidentes acaecidos en tiempo y lugar de trabajo sino también a aquellas enfermedades que por su propia naturaleza sean susceptibles de tener un origen laboral¹³⁶, efectuándose de esta forma un análisis híbrido en el que se parte de un estudio superficial del nexo de causalidad a fin de valorar si resulta lógico atribuir la enfermedad al desempeño laboral, cuya respuesta afirmativa, faculta la entrada en juego de la citada presunción.

4.1.1 El alcance de la presunción en el suicidio

El hecho de que la autolisis constituya un acto de disposición por parte del afectado, obviando el debate sobre si la conducta realmente es o no voluntaria, ha

¹³⁶ STS núm. 363/2016 de 26 de abril, rec. 2108/2014: "(...) La presunción «*iuris tantum*» del art. 115.3 LGSS (EDL 1994/16443) se extiende no sólo a los accidentes, sino también a las enfermedades, pero ha de tratarse de enfermedades que por su propia naturaleza puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo, sin que pueda aplicarse la presunción a enfermedades que "por su propia naturaleza excluyan una etiología laboral" (SSTS 22/12/10 -rcud 719/10 (EDJ 2010/290732) -; 14/03/12 -rcud 4360/10 -; 18/12/13 -rcud 726/13 -; y 10/12/14 -rcud 3138/13 -)".



generado un tratamiento especial del supuesto, cuestión que se observa, por ejemplo, en la evolución jurisprudencial narrada sobre la consideración de accidente. Corresponde en este punto determinar si ese carácter disponible afecta y, de ser así, en qué medida, a la apreciación de la referida presunción.

La primera respuesta se encuentra en la ya comentada STS de 25 de septiembre de 2007, donde se sitúa como segunda cuestión a resolver sobre "(...) *si alcanza o no a estos supuestos de suicidio del trabajador, y en qué circunstancias, la presunción de laboralidad establecida en el art. 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social*". El fundamento jurídico cuarto de la misma se ocupa de dicha cuestión no otorgando una respuesta expresa y suscitando mayores dudas al respecto:

"Si bien es cierto que la presunción de laboralidad del actual art. 115.3 LGSS puede ser enervada por el carácter voluntario que tiene normalmente el acto de quitarse la vida, no es menos verdad que el suicidio se produce a veces por una situación de estrés o de trastorno mental que puede derivar tanto de factores relacionados con el trabajo como de factores extraños al mismo".

Se reconoce el nexo de causalidad que pueda existir entre la autolisis y el fenómeno laboral, sin embargo, se refleja el escepticismo con respecto a la aplicabilidad de la presunción sobre la base de considerar que la conducta lesiva resulta voluntaria, aunque sin llegarse a negar que la presunción pueda desplegar sus efectos, cuestión que se advierte con la perífrasis "puede ser



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

enervada”, aspecto que supone un escenario condicional.

En cierta forma el Alto Tribunal se muestra contradictorio o no lo suficientemente claro, pues si bien parece no negar categóricamente el juego de la presunción en el ámbito del suicidio, en el supuesto de hecho planteado en la sentencia opta por centrarse en el nexo de causalidad como elemento determinante, no indicando por qué no ha lugar, pese a cumplirse los requisitos, la apreciación del actual art. 156.3L LGSS.

Dicha cuestión objeto de análisis en innumerables artículos, ostenta visiones dispares¹³⁷, no obstante, la

¹³⁷ En este sentido se destaca la opinión de Luque Parra, M. (2007). “El suicidio en tiempo y lugar de trabajo: ¿aplicabilidad de la presunción prevista en el artículo 115.3 del TRLGSS? Comentario a la STS de 25 de septiembre de 2007 (RJ 8316)”, *IUSLabor*, 1/2008, pág. 8, al indicar que: “(...) *no existen razones que justifiquen el trato diferenciado del suicidio en el juego de presunciones citado cuando concurre el elemento del tiempo y lugar de trabajo (...) Siendo así, habría que partir de presumir su etiología laboral cuando acontece en lugar y tiempo de trabajo, admitiendo – obviamente – la prueba en contrario*”. Por el contrario, Sánchez Pérez, J. (2019). “¿Es correcto aplicar la presunción de laboralidad a un acto suicida ejecutado en el trabajo? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/ Granada 65/2019, de 10 de enero”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 440, pág. 220, donde sobre la base de la prueba diabólica que puede suponer quebrar la presunción en el supuesto del suicidio postula que “ni la norma ni la doctrina jurisprudencial permiten en el ámbito del suicidio aplicar de forma automatizada la presunción de laboralidad, pues necesariamente se ha de salvar la excepción del acto



opinión de este autor se inclina por apoyar la plena aplicabilidad de la presunción sobre la base de los argumentos que serán expuestos a continuación.

- La voluntariedad de la conducta

La cuestión de la voluntariedad del suicidio ha sido previamente analizada en el apartado tercero de este ensayo, sobre la premisa, admitida jurisprudencialmente, que la misma no resulta subsumible en el concepto de dolo en aras a excluir su consideración como accidente. No obstante, yendo un paso más allá, merece la pena detenerse a analizar si la conducta suicida, *per se*, resulta o no verdaderamente voluntaria, máxime cuando la duda en torno a la aplicación directa de la presunción recae o podría recaer sobre dicha consideración.

De nuevo la solución a la cuestión resulta compleja por el amplio espectro de conductas suicidas que existen y el necesario análisis médico y clínico del caso, no obstante, lo que no puede es sostenerse la interpretación de que el suicidio constituye un acto voluntario sobre la base del riesgo de un enriquecimiento injusto. En este aspecto, se hace referencia a la tesis consistente en conectar la voluntad suicida y un posible fin último: la obtención de prestaciones sociales, como pudiera ser la de muerte y supervivencia a favor de familiares. Dicha cuestión debe ser mencionada por cuanto la exposición

voluntario, causante del daño a través de la justificación asociada a la prestación laboral de servicios, a través del análisis individualizado que permita justificar o relacionar la acción suicida con un riesgo objetivable directamente provocado por el trabajo”.



al respecto pueda contribuir a desterrar tal pensamiento, pues siendo claramente minoritario, aún resiste.

Negar la aplicabilidad directa de la presunción sobre la base de un posible fraude en la obtención de prestaciones sociales supone, en primer lugar, un vicio de la labor legislativa, en tanto la producción normativa y legal debe tener como objeto el conjunto de la ciudadanía y no los supuestos inusuales. En segundo lugar, supone presumir que todo suicidio tiene como móvil la obtención de un rédito económico, máxime cuando dicho supuesto, en cualquier caso excepcional, pudiera ser combatido con la actividad probatoria suficiente, cayéndose, de esta forma, en el absurdo de negar la presunción de laboralidad por una suerte de presunción de culpabilidad o fraude¹³⁸.

Retomando el análisis de voluntariedad, parece que el mismo recae sobre el dogma de que el suicida voluntariamente decide quitarse la vida, derivando dicha consideración del estigma que aún rodea a la figura. Si se atiende a la definición de voluntario otorgada por la RAE, según la cual es todo acto que nace de la voluntad, y no por fuerza o necesidad extrañas a aquella, se comprueba el escaso encaje de la misma en el acto suicida, al menos, en la mayoría de supuestos.

En primer lugar, no resulta ajeno al suicidio el padecimiento de algún tipo de trastorno mental, siendo que este segundo es el que deriva o induce al primero.

¹³⁸ En la medida que se desprecia la laboralidad del suicidio, por un riesgo más o menos plausible de fraude, se produce una afectación directa al principio de presunción de inocencia constitucionalmente amparado.



¿Puede hablarse de voluntariedad cuando un acto es motivado por una enfermedad previa? Del mismo modo que quien padece una enfermedad terminal cuyo resultado es la muerte, el trastorno mental diagnosticado es capaz de viciar la propia voluntad hasta anularla conduciendo al resultado fatal, por lo que la conclusión, a todo término, debe ser que el afectado, enfermo, no goza de la capacidad de decisión, al menos en su plenitud y, por tanto, la conducta no es voluntaria.

Como segundo escenario, procede abordar el suicidio cometido sin que exista un trastorno previo, es decir cuando el suicidio no constituye el efecto de una enfermedad. La comunidad científica se encuentra dividida con respecto a la consideración del suicidio aisladamente como una enfermedad propia¹³⁹, por tanto, situando la cuestión en el aspecto más desfavorable de cara al análisis, eso es, bajo la consideración de que el suicidio no sea un trastorno, ¿puede hablarse de voluntariedad en la conducta? La decisión suicida adoptada con base a un suceso traumático, a unos

¹³⁹ García-Haro, J., García-Pascual, H., González, M. G., Barrio-Martínez, S., y García-Pascual, R. (2020). "Suicidio y trastorno mental: Una crítica necesaria [Suicide and mental disorder: A necessary critique]", *Papeles del Psicólogo*, pp. 41(1), 35–42, versión online.

Rocamora Bonilla, A. (2023). "La conducta suicida, ¿es un trastorno mental? [The suicidal behavior: Is it a mental disorder?]", *Asociación de Investigación, Prevención e Intervención del Suicidio y Familiares y Allegados en Duelo por Suicidio*.



padecimientos físicos y/o psicológicos¹⁴⁰ que a su vez merman las facultades generales de la persona, impide, de nuevo, hablar de la voluntad como consciencia plena. La decisión suicida tomada como único remedio y alivio al episodio traumático, no puede considerarse voluntaria en tanto se haya condicionada por un mal previo, poner fin al sufrimiento, una necesidad la cual conlleva, en palabras de LOUSADA AROCHENA¹⁴¹, a doblegar la voluntad.

Se trata en este aspecto, acudiendo a la doctrina civilista, de lo que sería equiparable al vicio del consentimiento previsto en el art. 1265 CC, según el cual el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo, deviene nulo, pues una distorsión de la realidad provocada por un hecho traumático o unos antecedentes laborales percibidos como extremos, resulta sinónimo de error, del mismo modo que el sufrimiento imprimido por los mismos puede llegar a intimidar al trabajador hasta el punto de compelerle a

¹⁴⁰ En palabras de Ayala Sánchez, A. (2023). "El suicidio como accidente de trabajo bajo la óptica de Seguridad Social española con algunas notas de Derecho comparado brasileño", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 111, número 3, pág. 156, "no cabe la menor duda, que la complejidad de los factores organizativos y psicosociales que pueden estar presentes en el desempeño de la actividad laboral pueden afectar seriamente a la salud del trabajador, desencadenando una patología que merme las facultades psíquicas que puedan abocarle a la autolisis".

¹⁴¹ Lousada Arochena, F. (2023). "El suicidio como accidente de trabajo: ¿qué hay que probar y cómo probarlo?", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 4/2023, pág. 5.



quitarse la vida, situaciones ambas que se traducen en una voluntad sometida y condicionada que a todos los efectos hace que no resulte libre.

Como tercer supuesto, puede asumirse el acto suicida como un acto impulsivo o de arrebato. A este respecto, puede situarse como ejemplo hipotético, el suicidio ocurrido con ocasión de un enfrentamiento laboral¹⁴². Es preciso matizar el carácter hipotético del supuesto, pues resulta complejo creer que el enfrentamiento aludido derive en un suicidio "reactivo", sosteniendo de nuevo que sería el propio enfrentamiento el que situaría al trabajador en una tesitura tal que no ostentaría sus plenas capacidades cognitivas, no obstante, el desconocimiento médico del fenómeno obliga a valorar tal posibilidad con el ánimo de abarcar el máximo número de escenarios posibles. Admitiendo en un escenario teórico el suicidio como arrebato, acudiendo a la jurisdicción penal, se observa como el art.21.3ª CP reconoce dicho estado como una circunstancia atenuante, que disminuye el juicio de imputabilidad en tanto existe una afectación directa en la capacidad¹⁴³.

¹⁴² Salvando las diferencias, la STSJ de Andalucía núm. 65/2019 de 10 de enero, rec. 1123/2018, analiza el suicidio provocado por un trabajador siendo el detonante del mismo la discusión acaecida con el cliente y la situación de estrés provocada en el trabajador.

¹⁴³ La STS (Penal) núm. 44/2018 de 25 de enero, rec. 10445/2017, en el análisis del atenuante indica: "(...) La STS 161/2017, de 14 de marzo (EDJ 2017/18509) con cita de la STS 357/2005, de 20 de abril (EDJ 2005/108789), recuerda que el fundamento de la atenuante del art. 21.3 CP se encuentra en la disminución de la imputabilidad que se



Por tanto, si la conducta antijurídica realizada es merecedora de un menor reproche penal tomando en consideración el estado en el que se encuentra el autor, resultaría lógico defender que el suicidio con las características descritas tampoco pueda considerarse un acto voluntario, al menos en su plenitud. Es más, el art.20.1º CP, el cual contiene la modulación del arrebató u obcecación en su nivel máximo, bajo la figura del trastorno mental transitorio, considera que dicho estado exime de responsabilidad penal, lo cual resulta coherente con la anulación de la voluntad hasta ahora esgrimida y su operatividad en el suicidio.

La cuestión de la voluntariedad de la conducta aducida como argumento en la no apreciación de la presunción, parte sino del estigma en torno a la figura, de una postura extremadamente reduccionista sobre la cual la facultad de disponer de la propia vida convierte al acto en voluntario y consciente, obviando múltiples factores como los argumentados que se oponen a tal consideración.

- La dificultad probatoria

El segundo de los argumentos para no conceder el privilegio de la presunción al suicidio se sustenta sobre

produce por la ofuscación de la mente y de las vivencias pasionales determinados por una alteración emocional fugaz (arrebató) o por la más persistente de incitación personal (obcecación) pero siempre produciéndose por una causa o estímulo poderoso (...) la circunstancia atenuante prevista en el art. 21.3 del CP (EDL 1995/16398) da entrada a aquellas situaciones emocionales en los que el autor, sin llegar a perder el control de sus actos, se ve sometido a una presión espiritual que le impulsa a actuar"



la dificultad probatoria que entrañaría quebrar la misma. Se trata de una cuestión que resulta comprensible, pues una vez que ha lugar la muerte cualquier debate en lo relativo a la motivación de la misma resulta extremadamente complicado. Sin embargo, dicha dificultad no puede suponer una diferenciación en la aplicación de los preceptos que regulan el accidente de trabajo. La decisión de aplicación o no de los preceptos legales no puede hacerse depender del concreto supuesto de hecho, ni mucho menos puede hacerse depender de la práctica procesal por cuanto a los elementos probatorios refiere, de lo contrario, cualquier presunción legalmente prevista vería sometida su aplicación a las circunstancias del caso concreto.

Se es consciente de la dificultad probatoria que entraña quebrar la presunción de laboralidad en términos generales no solo en lo referente al suicidio, razón añadida que impide su excepcionalidad.

Una clara evidencia de lo manifestado se observa al efectuar la comparativa con el tratamiento que se ofrece a otro tipo de enfermedades, por ejemplo, el infarto de miocardio. Al respecto, el Tribunal Supremo en unificación de doctrina¹⁴⁴ ha determinado que el

¹⁴⁴ STS núm. 59/2020 de 23 de enero, rec. 432/2017: "(...) lo relevante para estar amparado por la presunción es que el episodio de manifestaciones clínicas que propician la baja médica surgen mientras se está trabajando: *"al haber debutado esa sintomatología con entidad invalidante, que ha motivado la incapacidad temporal, en tiempo y lugar de trabajo, entraría en juego la presunción de laboralidad del Art. 156.3 LGSS (EDL 2015/188234)"*.



síndrome coronario se ve alcanzado por la presunción toda vez que se produzca en tiempo y lugar de trabajo. Es más, la presunción no se excluye ni aunque el trabajador padeciera con anterioridad la enfermedad, ni siquiera cuando la primera manifestación de la misma tuviera ocasión fuera de la jornada, siendo el elemento determinante que la crisis ocurra en tiempo y lugar de trabajo¹⁴⁵.

La comparativa entre ambos casos –suicidio e infarto– no hace sino evidenciar la ausencia de distinción entre los supuestos, por cuanto refiere a la dificultad probatoria, máxime cuando el episodio cardiaco termina en fallecimiento del trabajador, lo que conduce a afirmar que la diferencia de tratamiento no solo no resulta justificable, sino que es contraria a la ley.

Atendidas las razones por las que se considera directamente aplicable la presunción de laboralidad en el ámbito del suicidio, resta analizar los pronunciamientos judiciales actuales al respecto.

¹⁴⁵ STS núm. 325/2018 de 20 de marzo rec. 2942/2016: "(...) *La presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo (...)* Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del artículo 115.2.f) LGSS como factor desencadenante de una crisis (...) y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del art. 115.3. y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección".



De esta forma, en la STSJ de Castilla la Mancha de 15 de febrero de 2024¹⁴⁶ la respuesta se muestra tajante al considerar que aunque "(...) *la muerte por suicidio se produzca en tiempo y lugar de trabajo no constituye por sí sola una circunstancia suficiente para permitir la calificación profesional*". Dicho pronunciamiento resulta interesante no solo porque niega de forma categórica la apreciación de la presunción en el ámbito del suicidio, sino porque dicha negativa toma como base el pronunciamiento del Alto Tribunal de 2007, en virtud del cual interpreta la Sala que la inaplicación de la presunción en los supuestos de suicidio constituye un criterio jurisprudencial asentado, postura totalmente contraria a la expresada a lo largo del presente. En idéntico sentido, la STSJ de Extremadura de 29 de noviembre de 2022¹⁴⁷, con cita de su sentencia de fecha de 13 de octubre de 2011 (rec. 407/2011), según la cual el carácter voluntario del suicidio quiebra la presunción, de nuevo, ofrece un razonamiento totalmente opuesto al análisis de voluntariedad efectuado, criterio igualmente sostenido por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en sus sentencias de 20 de junio de 2012¹⁴⁸ o, más recientemente, de fecha 24 de febrero de 2022¹⁴⁹.

¹⁴⁶ STSJ Castilla la Mancha, núm. 232/2024 de 15 de febrero, rec. 2060/2022.

¹⁴⁷ STSJ Extremadura, núm. 796/2022 de 29 de noviembre, rec. 577/2022.

¹⁴⁸ STSJ Galicia, núm. 3550/2012 de 20 de junio, rec. 2827/2009.

¹⁴⁹ STSJ Galicia, núm. 923/2022 de 24 de febrero, rec. 2897/2021.



En este punto, resulta interesante citar el avance o evolución observada entre las resoluciones del TSJ de Madrid de 16 de mayo de 2023¹⁵⁰ y la de 30 de octubre de 2023¹⁵¹, pues si bien la primera reitera que la voluntariedad del acto quiebra la presunción en consonancia con los pronunciamientos anteriores, la segunda, centrando el debate sobre si el suicidio se produce en tiempo y lugar de trabajo, concluyendo en sentido negativo, expresa la imposibilidad de aplicación de la referida presunción, lo cual da a entender que de cumplirse los requisitos –lugar y tiempo– la operatividad de la misma resultaría automática, hecho que evidencia la tendencia evolutiva al respecto, especialmente, cuando entre ambas sentencias apenas median cinco meses de diferencia.

De la otra cara de la moneda, la STSJ de Canarias de 22 de noviembre de 2023¹⁵² pese a centrarse el litigio sobre la interpretación de la póliza de seguro por accidentes y la exclusión de la cobertura por suicidio, la Sala razona en sus fundamentos jurídicos decimosexto y decimoséptimo la plena aplicabilidad de la presunción en el ámbito del suicidio destacando que "(...) *lo que hace falta, para enervar la presunción de laboralidad del artículo 156.3 de la Ley General de la Seguridad Social (EDL 2015/188234) es prueba suficiente de que la causa de la muerte derivó de la exclusiva y deliberada voluntad del trabajador fallecido. Algo que ha de admitirse es en*

¹⁵⁰ STSJ Madrid, núm. 348/2023 de 16 de mayo, rec. 105/2023.

¹⁵¹ STSJ Madrid, núm. 619/2023 de 30 de octubre, rec. 96/2023.

¹⁵² STSJ Canarias, núm. 903/2023 de 22 de noviembre, rec. 844/2022.



principio bastante difícil si no hubo testigos directos de los hechos, pero que podría haberse deducido a partir de un conjunto de pruebas indiciarias". Del mismo modo se pronuncia la STSJ de Cataluña de 9 de enero de 2023¹⁵³:

"Al quedar cubierto el carácter laboral por la presunción del art. 156.3 LGSS (EDL 2015/188234) y no existiendo referencia alguna en los hechos probados, ni constancia en las actuaciones que las causas reales del suicidio fueran ajenas al desempeño del trabajo (...) el recurso no puede ser estimado".

También merece la pena mencionar por su explicitud, pese a no gozar de la misma actualidad que las ya comentadas, la STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de febrero de 2016¹⁵⁴ donde en su fundamento jurídico quinto, indica que "(...) ocurrido el evento en el centro de trabajo, y en horario de trabajo, y con elementos existentes en las instalaciones del centro de trabajo, es fácilmente presumible la relación entre la decisión autolítica llevada a efecto por el trabajador fallecido el día 11-12-2011, y el trabajo que venía prestando, por las propias peculiaridades del mismo, incluíble así dentro de la presunción del artículo 115,3 LGSS".

Del estudio de las resoluciones citadas, se puede colegir la disparidad de criterios al respecto, los cuales impiden siquiera vislumbrar un atisbo de unificación. Tampoco se puede aventurar con estricta referencia a los

¹⁵³ STSJ Cataluña, núm. 4/2023 de 9 de enero, rec. 4841/2022.

¹⁵⁴ STSJ Castilla-La Mancha, núm.123/2016, rec. 1672/2014.



pronunciamientos de los últimos tres años la tendencia mayoritaria, existiendo cierta equidad en uno y otro sentido.

En un segundo plano, se desprende el excesivo peso otorgado a la STS de 25 de septiembre 2007 en los pronunciamientos que se inclinan por interpretar una voluntad de morir como óbice a la presunción, cuestión que pone de manifiesto un cierto carácter inmovilista respecto al análisis de la conducta suicida, así como la necesidad imperante de un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo que sea capaz de resolver de forma expresa la cuestión.

4.2 El suicidio con exclusividad del trabajo

De la previsión contenida en el art. 156.2 e) LGSS, se desprende una nueva vía que faculta la consideración del suicidio como accidente laboral toda vez que conste acreditado el vínculo de exclusividad con la ejecución laboral. El tenor literal del precepto, según el cual se hace recaer el peso total de la declaración de la contingencia como profesional en la relación de exclusividad, ya adelanta la difícil tarea, máxime en aquellos supuestos en los que el litigio no verse sobre una concreta dolencia física, palpable y ciertamente tangible, capaz de asociarse con mayor facilidad con el desempeño laboral.

Es por ello que la posibilidad de aplicar dicho precepto al suicidio exige, como paso previo, el análisis relativo a la interpretación del término "causa exclusiva" del trabajo, si se trata o no de un concepto flexible o por el contrario constituye un condicionante rígido e inamovible



debiendo estar a su tenor literal, a fin de valorar su efectivo encaje.

El concepto de exclusividad cuya interpretación resulta pacífica, al menos en lo relativo a los accidentes ordinarios, exceptuándose de los mismos el suicidio, debe entenderse como la necesaria acreditación de que el accidente objeto del litigio debe haber sido ocasionado por causa única del trabajo, no se atiende a una ponderación de factores con cierta confluencia de la esfera laboral, sea esta preponderante al resto o no, sino que exige su adaptación literal, eso es, que traiga ocasión singular del ámbito laboral.

Al respecto, especialmente ilustrativa se muestra la STSJ de Castilla y León de 14 de julio de 2021¹⁵⁵ en la que interpretando el concreto artículo expresa:

"(...) las enfermedades que no teniendo la consideración legal de enfermedad profesional, contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

Hemos subrayado la palabra clave, que viene a exigir un requisito imprescindible para la calificación de la enfermedad como accidente de trabajo, ya que es ahí donde, en la mayor parte

¹⁵⁵ STSJ Castilla y León, núm. 360/2021 de 14 de julio, rec. 327/2021.



de los casos litigiosos, falla la pretensión que se formula con este amparo legal”.

No solo manifiesta la clave –causa exclusiva–, ya anticipada en la consideración de accidente bajo dicha modalidad, sino que incide en que el error en su apreciación constituye el lastre de muchos de los recursos presentados para, a posteriori, realizar un análisis negativo sobre el alcance del concepto de exclusividad:

“En este concreto tipo legal de accidente laboral del Art. 115-2-e) LGSS no basta, por tanto, con que el trabajo sea elemento que incide en la génesis de la enfermedad, sino que ha de ser el único factor causal de la misma, por lo que no tiene esa calificación legal cuando la enfermedad es fruto de la confluencia de varias causas, alguna de las cuales proviene del trabajo, pero no otras (...) la gripe se contrae por contagio del virus que la causa, pudiendo ser múltiples las personas que contagian, pero si se demuestra que fue un compañero de trabajo, la causa de la misma es única, derivada del trabajo, sin más elemento causal, por lo que ha de calificarse como accidente de trabajo (...)”.

La consideración del accidente exige situar el trabajo no solo como la causa que ocasiona el mismo sino como la única de la cual se deriva, excluyendo el carácter subjetivo.



En igual sentido es concebido por la STSJ de Cantabria de 30 de enero de 2019¹⁵⁶ al indicar que corresponde a quien pretende la determinación de la contingencia profesional probar no solo el nexo trabajo-lesión, debiendo apreciarse un carácter objetivo¹⁵⁷ entre el accidente y la prestación laboral, sino de la misma forma, el carácter exclusivo del trabajo como causa determinante de la enfermedad al afirmar que *"(...) el elemento decisivo es entonces el medio laboral, conflictos pasados y actuales, de manera genuina y exclusiva, como único factor causal de la enfermedad"*.

Bajo la rigidez de este escenario la consideración del suicidio como accidente laboral sobre la hipótesis de enfermedad del trabajo, posee pocos visos de prosperar toda vez que en la mayor parte de los supuestos la conducta suicida viene desencadenada por un conjunto de factores múltiples y ajenos a la esfera laboral, de tal forma que negando la exclusividad con el trabajo, pese a que este tenga un impacto fundamental en el acto final, es decir, aun siendo la cuestión estrictamente laboral el

¹⁵⁶ STSJ Cantabria, núm. 79/2019 de 30 de enero, rec. 865/2018.

¹⁵⁷ En este sentido, la STSJ de Andalucía, núm. 2514/2022 de 28 de septiembre, rec. 3392/2020, al pronunciarse sobre el carácter profesional o común de la baja por ansiedad, determina que no ha quedado acreditado la exclusividad requerida en tanto *"(...) no son los hechos objetivos, sino la forma de vivenciarlos por el actor, la causante de ese trastorno que, por tanto, no se ha de calificar como derivado de accidente de trabajo"*, determinándose de esta forma la necesaria correlación objetiva entre el accidente de trabajo pretendido y la prestación laboral.



aspecto preponderante y detonante en la toma de la decisión, la tesis no prosperaría.

No obstante lo dispuesto, lo hasta ahora analizado ha permitido concluir que el suicidio, por la conducta que comporta, ostenta particularidades ajenas a cualquier accidente tradicionalmente analizado, muestra de ello se observa en los sentencias dispuestas según las cuales, con atención a la especialidad del supuesto, se niega la aplicabilidad de la presunción de laboralidad, por tanto, con el fin de otorgar una respuesta definitiva, en la medida de lo posible, situándose la jurisprudencia como eje nuclear de la cuestión, procede, de nuevo, realizar un análisis de los pronunciamientos actuales al respecto de tal manera que se pueda verificar si la particularidad del suicidio ha supuesto una flexibilización del régimen de exclusividad comentado.

Al respecto se asiste nuevamente a una confrontación entre pronunciamientos, distinguiendo entre aquellos que consideran que la operatividad del precepto reside en una interpretación literal y restrictiva del concepto de exclusividad –tendencia mayoritaria– y otros que optan por ofrecer una interpretación ciertamente elástica, quizás más acorde con el criterio fijado en el art.3 CC, eso es, teniendo en cuenta el contexto laboral y el aumento e impacto de los riesgos psicosociales –tendencia residual–. Se centra la atención en este último enfoque, toda vez que el primero, el enfoque tradicional, ya ha sido previamente abordado y el hecho de que el litigio verse sobre el suicidio no supone aportación



novedosa alguna¹⁵⁸. De esta manera, se destacan pronunciamientos tales como STSJ de Madrid de 30 octubre de 2023¹⁵⁹ en la que a la hora de valorar el trastorno depresivo que desencadena en el suicidio como accidente de trabajo centra su atención en la relación de causalidad existente con las funciones desempeñadas:

“Dicho esto, es necesario demostrar que el trastorno depresivo o ansioso que sufría el fallecido, y que fue el desencadenante del suicidio, tenía su causa última en su actividad laboral, (...) el suicidio se produce por una situación de estrés o de trastorno mental que puede derivar tanto de factores relacionados con el trabajo como de factores extraños al mismo; de forma que si la causa de la ansiedad, el estrés que padecía el trabajador y que fue el desencadenante de la conducta suicida era laboral, estaremos ante un accidente de trabajo (...)

Y a juicio de la Sala, los datos que obran en el relato fáctico de la sentencia recurrida permiten considerar que existió una clara conexión o

¹⁵⁸ La totalidad de las resoluciones analizadas con relación al suicidio cuya postura opta por una aplicación literal del art. 156.2 e) LGSS no suelen contener novedad alguna con respecto a aquellas donde la controversia gira respecto de accidentes ordinarios, en tal sentido se citan, entre otras, la STSJ de La Rioja núm. 134/2021 de 9 de septiembre, rec. 127/2021, o la STSJ de Cantabria núm. 523/2023 de 7 de julio, rec. 329/2023.

¹⁵⁹ La resolución indicada ha sido previamente citada en la nota al pie número 33.



relación de causalidad entre la acción suicida y el trabajo, que harían aplicable el apartado e) del art.156.2 LGSS”.

A juicio de la Sala, de forma más que razonada, apartándose de la rigidez de la exclusividad manifestada, siendo plenamente consciente del carácter multicausal de la conducta suicida y ponderando la afectación de factores tanto laborales como extralaborales, sitúa el peso del examen sobre la base de la incidencia directa del trabajo en las circunstancias que abocan al suicidio, en este caso, el cuadro depresivo ansioso que conduce al mismo, de tal forma que siendo la última causa de carácter laboral la aplicabilidad del precepto resulta plena. De igual forma, la STSJ de Navarra de 19 de septiembre de 2019¹⁶⁰ basa su decisión para no considerar el suicidio como accidente laboral en el carácter preponderante del factor causal del mismo, de tal forma que de la prueba practicada, las escasas referencias en relación al trabajo como detonante de la idea suicida, desvirtúa la aplicabilidad del art. 156.2 e) LGSS.

Si bien ambos pronunciamientos parecen flexibilizar el criterio de la exclusividad, no permiten extender el razonamiento al ámbito del suicidio con carácter general, dado su carácter circunstancial y residual. El elemento fundamental a la hora de resolver la controversia se sustenta sobre el padecimiento de un proceso anterior estrictamente vinculado con el trabajo, concretamente un trastorno depresivo desencadenante del suicidio. Por

¹⁶⁰ STSJ Navarra, núm. 277/2019 de 19 de septiembre, rec. 269/2019.



tanto, pese a la existencia de nuevos factores que aboquen al suicidio, tales como circunstancias personales ajenas a la esfera laboral, es dicho trastorno el elemento preponderante del mismo. El sustento de la decisión tiene como base la existencia en algún punto de una relación de exclusividad plena con el trabajo como elemento fundamental, por lo que la flexibilización del criterio parece encontrarse en una relación de exclusividad inicial como factor determinante del suicidio con independencia de que en la decisión final confluyan aspectos externos al trabajo, lo que hace cuestionarse la imposibilidad de extender dicho criterio cuando no exista un antecedente que confirme el criterio de exclusividad.

Con base en lo expuesto, en la especialidad del suicidio, donde en la mayor parte de los supuestos confluyen factores de diversa índole, la aplicación restrictiva del art.156.2 e) LGSS impediría su apreciación. En muchas ocasiones porque la relación del suicidio con la esfera laboral está supeditada a una exteriorización por parte del trabajador, hecho de por sí complicado dado el estigma aún presente en lo que concierne a la salud mental. En otras, porque a pesar de mediar la exteriorización de dicha vinculación con el trabajo, la misma podría ser enervada en el supuesto de que el trabajador tenga problemas personales o haya atravesado circunstancias traumáticas, siendo necesario no solo acreditar la conexión con el desempeño laboral, sino la prueba negativa destinada a determinar que las dificultades ajenas al trabajo no han incidido de manera alguna en la conformación de la decisión suicida, pues no resultaría ilógico que la compilación de indicios relativos a dificultades de la vida personal (fallecimiento



de personas del entorno, rupturas, circunstancias económicas desfavorables etc.), terminaran desacreditando la conexión exclusiva necesaria. De esta forma, la aplicación del art. 156.2 e) LGSS resultaría residual, salvo que tuviera calado una interpretación más laxa del término "causa exclusiva", en el sentido de dirigir la atención al fenómeno, laboral o no, preponderante en la decisión suicida.

En caso de mantenerse dicha interpretación, la única posibilidad de sortear la rigidez del precepto pasaría por fundar la pretensión de laboralidad del accidente en la categoría general del art.156.1 LGSS, con referencia expresa a la doctrina de la ocasionalidad relevante. Dicha doctrina se configura sobre la base de una circunstancia negativa y otra positiva. En cuanto a la primera, se incide en que el elemento que produce el accidente no se trata de una cuestión inherente a la prestación laboral, mientras que la segunda sitúa el trabajo como elemento necesario sin el cual el accidente no se habría ocasionado. Ejemplo de esta doctrina se observa en la STS de 13 de diciembre de 2018¹⁶¹ donde la misma es empleada en la determinación como accidente de trabajo de la caída sufrida por una trabajadora durante el periodo de descanso ex art.34.4 ET, en el que decide voluntariamente abandonar las instalaciones de la empresa para tomarse un café. En síntesis, la *ratio decidendi* en aplicación de la referida doctrina considera que si bien media una decisión voluntaria y razonable de parte de la trabajadora –circunstancia negativa–, no es menos cierto que es la prestación laboral –y la imposición del descanso obligatorio para jornadas que

¹⁶¹ STS núm. 1052/2018 de 13 de diciembre, rec. 398/2017.



excedan de seis horas-, la que genera el evento - circunstancia positiva-, hasta el punto de que si se extrae el elemento relativo al trabajo, el accidente no se hubiera producido, afirmándose que no existe ruptura del nexo de causalidad.

En aplicación de la mencionada doctrina al supuesto del suicidio, se sitúa como circunstancia negativa, todos aquellos padecimientos que el trabajador pueda sufrir y que resulten ajenos a la esfera laboral, es decir, todas las circunstancias estrictamente personales que pudieran engendrar la idea autolítica, situando como circunstancia positiva los elementos estrictamente laborales que no solo configuran la idea sino que constituyen el móvil principal de la misma. Se trata por tanto de adaptar la doctrina al supuesto del suicidio en el que las variables a tener en cuenta resultan múltiples, siempre y cuando sea posible detectar un elemento vinculado con la esfera laboral que desencadena el acto o que es el que mayor peso tiene en la adopción de la decisión.

Con respecto a la doctrina enunciada, si bien no se conoce resolución que la aborde desde la óptica del suicidio, no resultaría disparatado su argumentación al caso, toda vez que se sitúe la esfera laboral como el elemento consustancial al acto suicida y de suprimirse todo factor laboral implicado el resultado autolítico desapareciera. De esta forma, en un ejemplo ficticio en el que el trabajador previamente diagnosticado con un cuadro depresivo no vinculado con su actividad, con circunstancias personales difíciles, como pudiera ser una separación, que se enfrenta durante un periodo



determinado a un clima laboral hostil, la posibilidad de situar el elemento laboral como detonante del suicidio facultaría la apreciación de accidente laboral, siempre que sea posible acreditar que con la eliminación de dicho ambiente hostil resulte adecuado considerar la evitación del resultado¹⁶².

V. EL SUICIDIO DESDE LA ÓPTICA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD: ESTADO DE LA CUESTIÓN

Como último escalón en el estudio del suicidio como accidente de trabajo, corresponde analizar la relación de causalidad. Con el fin de ofrecer un punto de vista práctico, siendo que el nexo de causalidad resulta ampliamente casuístico, se ofrece una síntesis de los factores más frecuentes tomados en cuenta por los

¹⁶² En conexión con el ejemplo dispuesto, la STS de 24 de febrero de 2014, rec. 145/2013, matiza aún más la referida doctrina al indicar "(...) respecto de la definición del accidente laboral, la doctrina científica destaca la exigencia general de relación de causalidad entre el trabajo y la lesión que impone la definición contenida en el número primero; bien de manera estricta ["por consecuencia"] o bien en forma más amplia o relajada ["con ocasión"], de manera que en este último caso ya no se exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente, sino que es suficiente la existencia de una causalidad indirecta, quedando excluida del carácter laboral - tan sólo- la ocasionalidad pura (...) en el segundo caso ["con ocasión"], propiamente se describe una condición (...) bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida de trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquélla".



diversos pronunciamientos para considerar, o no, acreditado el nexo exigido.

- Un padecimiento anterior vinculado con la relación laboral

En este aspecto, el nexo de causalidad se sitúa en un episodio anterior cuya vinculación con el trabajo resulta indubitada, pudiendo ser los mismos un accidente o periodo de incapacidad previos o bien un hecho traumático que sin haber alcanzado la consideración de accidente o sin haberse discutido el origen de la contingencia resulte factible, desde un punto de vista objetivo, relacionarlo con el resultado suicida.

En cuanto al primer escenario, es decir, una situación de incapacidad anterior como hecho determinante, el mismo puede abordarse desde una doble perspectiva, bien como el agravamiento de un padecimiento previo ex art. 156.2 f) sea este de origen laboral o no, bien como circunstancia laboral de la que se deriva *ex novo* la voluntad suicida.

La STSJ de Valencia de 10 de noviembre de 2020¹⁶³, si bien no analiza el supuesto de suicidio, realiza una síntesis más que ilustrativa de ambas perspectivas descritas al resolver la calificación de la contingencia del trastorno depresivo ocasionado a consecuencia de un accidente *in itinere* previo. El pronunciamiento, resolviendo el carácter laboral del accidente, toma en consideración que los antecedentes psiquiátricos previos de la actora nada tienen que ver con la baja por

¹⁶³ STSJ Valencia, núm.3953/2020 de 20 de noviembre, rec. 284/2020.



depresión discutida, constando acreditada la estabilidad mental y emocional en el momento de los hechos, existiendo una relación incuestionable entre el accidente –atrapamiento con la puerta del autobús– y la nueva baja, aludiéndose a un hecho laboral como causa que agrava una patología anterior. Igualmente, deja entrever que con independencia del historial médico, el accidente reviste tal entidad que siendo considerado como un hecho traumático el mismo habría sido suficiente para desencadenar el nuevo proceso de baja.

En el ámbito del suicidio, la STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2022¹⁶⁴ en la línea de la anterior sentencia, resuelve que el intento autolítico de la actora al precipitarse de un sexto piso, debe ser considerado de origen laboral, pues el brote psicótico, nada tiene que ver con la patología psiquiátrica previa, situando el hecho desencadenante en los riesgos psicosociales, concretamente la elevada exigencia profesional y la presión laboral enfrentada.

En el contexto de un fenómeno laboral anterior que origina la conducta suicida, se destaca la STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de febrero de 2023¹⁶⁵. Resulta interesante pues el fenómeno de origen se sitúa en el proceso de incapacidad temporal por enfermedad común, donde no se discute la etiología de la misma. Pese a ello, sobre la base de la prueba practicada, se desprende que dicha baja tiene un claro origen laboral, estando vinculada a una reacción ansioso-depresiva

¹⁶⁴ STSJ Cataluña, núm. 1095/2022 de 17 de febrero, rec. 5493/ 2021.

¹⁶⁵ STSJ Castilla-La Mancha, núm.161/2023 de 6 de febrero, rec. 2114/2021.



reactiva a conflicto laboral en el que el trabajador muestra temor por reincorporarse, interesándose el cambio de puesto de trabajo. En el supuesto la relación entre la incapacidad y la actividad laboral resultaba evidente a la luz de los informes clínicos emitidos durante la misma, hasta el punto de que el propio servicio externo de prevención, en el examen previo a la reincorporación, determina la aptitud del trabajador recomendando valorar un cambio de puesto. Finalmente, el fallecimiento del trabajador ante la forzosa reincorporación en el mismo puesto, otorga el matiz último para su consideración como accidente de trabajo. En cualquier caso, de dicho pronunciamiento puede extraerse la posibilidad de que un incidente previo catalogado de etiología común, pueda ser relacionado como laboral, cuestión que permitiría indiciariamente un principio de prueba en la consideración del suicidio como contingencia profesional, así como la posibilidad de considerar el suicidio como el agravamiento de un padecimiento anterior.

Para finalizar, en el ámbito de un fenómeno traumático previo relacionado con el desempeño laboral, cuya vivencia es el desencadenante de la conducta suicida, puede citarse la STSJ de Cataluña de 26 de octubre de 2015¹⁶⁶, donde se declara como accidente laboral el suicidio de un trabajador de la banca a consecuencia del expediente disciplinario abierto por violación del secreto profesional. Se sitúa como hecho determinante del nexo causal la consulta que el propio

¹⁶⁶ STSJ Cataluña, núm.6352/2015 de 26 de octubre, rec. 4319/2015.



trabajador realiza a un abogado, que ante las advertencias de las responsabilidades civiles y penales que su actuación podría aparejar, añadido a la más que posible pérdida del empleo –cuestiones ambas intrínsecamente relacionadas con la apertura del expediente y, por tanto con la relación laboral– abocaron al mismo al suicidio.

- Manifestación indubitada del trabajador

En este aspecto, se trata de analizar la respuesta otorgada por los órganos jurisdiccionales en aquellos supuestos en los que el trabajador, previo al suicidio, redacta personalmente una carta de despedida donde sitúa el trabajo, sino como única, como la causa preponderante de la decisión.

En el sentido comentado, se parte de la STSJ de Valencia de 1 de septiembre de 2008¹⁶⁷ donde su fundamento jurídico segundo revela que lo determinante reside en la posibilidad de establecer una relación de causalidad entre el trabajo y el fallecimiento aunque el mismo haya tenido lugar a través de la figura del suicidio. En este supuesto ostenta una importancia trascendental la nota manuscrita manifiestamente expresiva de la incidencia de los problemas laborales en la decisión de quitarse la vida. No obstante, si bien a la misma parece otorgarse el peso fundamental en la resolución del litigio y, por tanto, en la calificación del accidente como laboral, se hace preciso indicar la existencia de informes médicos donde se dejaba constancia de las preocupaciones expresadas en la

¹⁶⁷ STSJ Valencia, núm.2713/2008 de 1 de septiembre, rec. 3739/2007.



misma, así como un contexto expreso de crisis económica coherente con las inquietudes expresadas en la carta.

Otro pronunciamiento, donde se resuelve como contingencia profesional el suicidio del trabajador motivado por un accidente laboral previo desencadenante de un cuadro ansioso-depresivo, es el reflejado en la STSJ de Andalucía de 3 de marzo de 2011¹⁶⁸. El Tribunal basa su decisión en la prueba practicada según la cual resulta posible afirmar que el cuadro reactivo, sumado a la ausencia de patologías previas, tiene su origen en el accidente previo, elemento determinante en la conducta suicida. Si bien existe una nota manuscrita por el propio trabajador de la cual se puede desprender que su principal temor era no recuperar sus plenas facultades –con anterioridad al accidente sufrido–, y su preocupación relacionada con el trabajo, el análisis de la misma ostenta un lugar secundario en la valoración del supuesto. En este caso, la nota permite constituir un indicio a favor de la laboralidad, no obstante, la cuestión determinante reside sobre la posibilidad de atribuir el cuadro clínico al accidente previo como móvil del suicidio, de tal forma que la existencia o no de una carta de despedida no supondría gran variación en el sentido de la resolución.

Como último pronunciamiento, se destacada la STS de Valencia de 3 de noviembre de 2015¹⁶⁹, la cual

¹⁶⁸ STSJ Andalucía, núm. 580/2011 de 3 de marzo, rec. 1148/2010.

¹⁶⁹ STSJ Valencia, núm. 2240/2015 de 3 de noviembre, rec. 449/2015.



consideró accidente de trabajo, el suicidio de un funcionario del Ayuntamiento. La ausencia de problemas familiares o económicos del trabajador –por no probados– añadido a la nota de despedida donde expresa lo presionado que estaba en el trabajo, permite inferir que el ánimo depresivo tenía como causa inmediata el mismo, acreditándose el nexo de causalidad.

En síntesis, de las resoluciones analizadas, bajo la responsabilidad de que su escaso número, añadido a su desfase temporal, habiendo transcurrido desde la más reciente casi diez años, impiden extraer una conclusión empírica, parece desprenderse que la manifestación de la voluntad del trabajador por medio de la nota o carta de despedida es un indicio de relevancia indudable, no obstante, no constituye un elemento al que se le dote de suficiencia plena, debiéndose acudir en ciertos aspectos al análisis de los precedentes previos del trabajador, bien desde una perspectiva negativa a fin de verificar la ausencia de un cuadro clínico ajeno al trabajo del cual pudiera derivarse el suicidio, bien desde un plano positivo donde se desprenda que los padecimientos reflejados fueron comunicados previamente, como pudieran ser informes psicológicos anteriores donde se evidencia el malestar laboral.

En cualquier caso, tal postura, es decir, la de exigir un elemento adicional a la nota manuscrita, se muestra coherente con la corriente que niega la atribución al suicidio de la presunción de laboralidad. Pues teniendo dicha tendencia su fundamentación en tratar de impedir el fraude en las prestaciones de los causantes, resultaría contradictorio con esta postura sostener que la nota



manuscrita fuera criterio suficiente para afirmar el nexo de causalidad.

- Factores psicosociales: estrés y acoso

El incremento exponencial de los riesgos psicosociales se sitúa como un factor de riesgo más que propicio en el suicidio. Si se hace expresa referencia a aquellos estrictamente vinculados con el desarrollo de la actividad, es decir los riesgos ordinarios, se observa que el sistema de trabajo instaurado apremia al trabajador sometién-dole a unos ritmos de productividad difícilmente soportables. No cabe duda que aspectos tales como la excesiva carga de trabajo o el propio nivel de autoexigencia, muchas veces macerado por el mercado laboral, suponen una clara afectación a la salud mental. Igual conclusión se alcanza con los denominados "riesgos extraordinarios", aquellos aspectos ligados con el comportamiento de los miembros que componen el entorno laboral, actitudes intimidatorias, déspotas y, en más casos de los deseados, con ánimo persecutorio, quiebran la voluntad del trabajador.

Los tribunales conscientes del peso de tales factores en la relación laboral, efectúan la correspondiente ponderación de las circunstancias, constituyéndose los mismos como un indicio de peso en la relación suicidio-trabajo. Así, la STSJ de Cataluña de 11 de abril de 2014¹⁷⁰ toma en consideración las circunstancias que rodean el suicidio del actor, de profesión bombero,

¹⁷⁰ STSJ Cataluña, núm. 2848/2014 de 11 de abril, rec. 972/2014. En su hecho probado séptimo, se recoge que el trabajador vivía su profesión de forma obsesiva con un alto nivel de autoexigencia.



donde la carta manuscrita en la que expresa la preocupación por un incendio pasado, con un cierto ánimo obsesivo, añadido a la ausencia de otras causas que pudieran haber dado pie al suicidio determina la consideración de accidente laboral. En igual sentido resuelve la ya comentada STSJ de Madrid de 30 de octubre¹⁷¹ donde se determina la contingencia profesional con base en el estrés estrictamente laboral y la situación de acoso por parte de la Directora Financiera, siendo relevante el descarte de la incidencia de la situación particular del trabajador, fallecimiento de su padre un año antes y la enfermedad (Alzheimer) de su madre, en la muerte.

Abordando supuestos exclusivamente enfocados en el acoso como elemento generador del suicidio, la cuestión no requiere de análisis particular, pues en tales supuestos no existe un tratamiento peculiar del mismo que difiera de otras causas posibles de accidente, destacando que dicha conducta –el acoso–, de acreditarse, ostenta un importante peso en el sentido de la resolución, quizás porque de los riesgos psicosociales resulta el más tangible. Si bien en muchas ocasiones, casi siempre, fuera de la esfera jurídica, aspectos laborales tales como estrés, ansiedad o carga excesiva de trabajo, pueden, por error, llegar a normalizarse, el hostigamiento al trabajador o el trato vejatorio son explícitamente señalados como conductas que no deben ser soportadas. La mayor gravedad de tales circunstancias más allá de la condena social, se ha traducido en un elemento de peso en los tribunales, ejemplo de ello se observa en la STSJ de Galicia de 4 de

¹⁷¹ Véase en tal sentido la nota al pie número 33.



noviembre de 2011¹⁷² donde se constata que las humillaciones provocaron la idea de suicidio como *"intento de eliminar el objeto perturbador de su conciencia, provocado por su jefe por su trabajo"*, acreditándose la contingencia profesional pese a producirse la muerte estando extinta la relación laboral.

En síntesis los pronunciamientos basados en los riesgos psicosociales, previo análisis del requisito de causalidad exigido, tienden al reconocimiento del suicidio como accidente laboral, no solo por cumplirse el nexo causal con el trabajo, sino por tratarse de circunstancias que objetivamente resultan idóneas para trasladar al trabajador a un estado límite y, en muchas circunstancias, afectar a su propia *psique* hasta el punto de no ser capaz de tomar decisiones plenamente consciente o considerar el suicidio como la única alternativa para finalizar con la agonía. Es por ello que no resulta aventurado afirmar que en tales supuestos el reconocimiento de la contingencia como profesional parte de un lugar más favorable, hasta el punto de que en muchas ocasiones las circunstancias ajenas al ámbito laboral, pese a resultar razonable su posible influencia en la conducta autolítica, pasan a un segundo plano.

VI. CONCLUSIONES FINALES

El estudio efectuado en las páginas precedentes permite ofrecer una visión detallada del estado de la cuestión del suicidio en cuanto a su consideración como

¹⁷² STSJ Galicia núm. 5016/2011 de 4 de noviembre, rec. 551/2008.



accidente de trabajo, reflejando igualmente la evolución del fenómeno sobre la base de los distintos pronunciamientos.

El análisis efectuado, con un claro componente crítico, arroja a juicio de este autor, una conclusión inequívoca: el estigma en torno al suicidio como límite a las plenas garantías en su consideración como accidente. Dicha conclusión a su vez posee múltiples implicaciones susceptibles de ser sintetizadas en los siguientes:

I. La voluntariedad del suicidio

Gran parte de los pronunciamientos analizados, incluso actuales, siguen manteniendo un discurso centrado en el suicidio como conducta voluntaria, siendo que la evidencia clínica, al menos de una parte de la comunidad científica, permite calificar al suicidio como un trastorno independiente que, como tal, se halla privado de la intencionalidad consciente como sinónimo de la voluntariedad mencionada. El fenómeno multicausal del acto autolítico parece desplazarse a un segundo plano, siendo el carácter disponible de la conducta el elemento protagonista.

De nada sirve enfatizar que el suicidio puede derivarse de múltiples factores si en una interpretación reduccionista todo pasa, al menos en un primer análisis, sobre un acto disponible de la persona. Indirectamente se obvian los diversos factores influyentes o determinantes sobre la prerrogativa de la disponibilidad de la propia vida, aspecto que se traduce en múltiples limitaciones a la hora de analizar el fenómeno desde el punto de vista jurídico de la seguridad social.



La tendencia actual debe optar por alejarse del sentido expuesto, comprendiendo la realidad del fenómeno, eso es que, al menos, con carácter general, nadie decide libremente arrebatarse la vida, debiendo centrar el supuesto en la multitud de variables que abocan a la toma de la decisión. Solo de esta forma se entenderá superado el estigma al respecto y su ofrecerá un tratamiento jurídico adecuado al fenómeno.

II. La excepción a la regulación legal

Concretamente, se hace referencia a la reticencia en la aplicación de la presunción de laboralidad dispuesta en el art.156.3 LGSS. De nuevo, sobre la óptica de la voluntariedad de la conducta, como barrera a posibles conductas fraudulentas, se suprime la aplicación de una presunción, pareciendo por el sentido de los pronunciamientos que la misma ostentara una consideración *iuris et de iure*, es decir, que su aplicabilidad supondría necesariamente la consideración del acto como accidente laboral, cuando lejos de ello, lo único que supone es un desplazamiento de la carga probatoria a quien postula la no contingencia profesional.

La cuestión no solo genera un impacto directo al negarse *contra legem* una posibilidad que la regulación otorga, sino que en un segundo plano exige, sobre quien pretende su consideración como accidente, una carga probatoria excesiva, debiendo acreditar que el acto se encuentra íntimamente relacionado con la esfera laboral y, en determinadas ocasiones, obligando a desvirtuar la incidencia de aspectos ajenos al trabajo, obligándose a destruir la acumulación de indicios y por ende rozándose la denominada prueba diabólica.



III. La necesaria toma de conciencia del fenómeno

La realidad del fenómeno exige primar la protección del mismo en el régimen de la seguridad social sobre la rigidez, no poco frecuente, advertida en las resoluciones que se pronuncian al respecto.

Debe preponderar la idea de la ocasionalidad relevante a fin de garantizar el reconocimiento de la contingencia profesional cuando el elemento determinante en la producción del fenómeno sea la cuestión laboral. De otra forma, el carácter puricausal del fenómeno jugaría directamente en su contra, pues no son menores los pronunciamientos en los que media un debate excesivo en relación a la posible influencia de cuestiones privadas ajenas a las laborales.

No se pretende en ningún caso coartar o comprimir las posibilidades probatorias de los detractores de la consideración como contingencia profesional, lo que se pretende es que la existencia de circunstancias privadas que hayan podido influir en la autolisis no se conviertan en un elemento indiciario que aleje su catalogación como accidente, siendo la premisa en tal sentido clara: la acreditación en virtud de la cual el suicidio se haya visto motivado mayoritariamente por la esfera laboral, exigirá su reconocimiento como contingencia profesional, sin que la misma pueda verse puesta en entredicho o modulada por circunstancias que pese a que su influencia no resulte discutida ostenten claramente un carácter secundario.



VII. BIBLIOGRAFIA

Ayala Sánchez, A. (2023). "El suicidio como accidente de trabajo bajo la óptica de Seguridad Social española con algunas notas de Derecho comparado brasileño", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 111, número 3, pp. 141-166.

Chacartegui Jávega, C. (2007). *El concepto de accidente de trabajo: su construcción por la jurisprudencia*, Bomarzo.

García-Haro, J., García-Pascual, H., González, M. G., Barrio-Martínez, S., & García-Pascual, R. (2020). "Suicidio y trastorno mental: Una crítica necesaria [Suicide and mental disorder: A necessary critique]", *Papeles del Psicólogo*, versión online, 41(1), pp. 35-42.

Grau Pineda, C., & Rodríguez Monroy, A. G. (2020). "El suicidio como accidente de trabajo: un repaso a la evolución jurisprudencial hasta la actualidad", en *IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, pp. 91-111.

López Fernández, R. (2023). "El suicidio: criterios doctrinales y jurisprudenciales para su calificación como accidente de trabajo", *Lan Harremanak*, 49, pp. 180-214.

López Fernández, R. (2023). "El encaje del suicidio como accidente de trabajo: qué dice la jurisprudencia y



cuáles son las principales causas”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 111, número 3, pp 64-91.

Lousada Arochena, F. (2023). “El suicidio como accidente de trabajo: ¿qué hay que probar y cómo probarlo?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 4/2023, pp.1-8.

Luque Parra, M. (2007). “El suicidio en tiempo y lugar de trabajo: ¿aplicabilidad de la presunción prevista en el artículo 115.3 del TRLGSS? Comentario a la STS de 25 de septiembre de 2007 (RJ 8316)”, *IUSLabor*, 1/2008.

Menéndez Osorio, F. (2020). “Suicidio: clínica o voluntad de morir”, *Cuadernos de Psiquiatría Comunitaria*, Vol.17, Nº1, pp.10-24.

Poquet Catalá, R. (2020). “El suicidio como accidente de trabajo: Análisis de una zona gris”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, nº 22/2020.

Rocamora Bonilla, A. (2023). “La conducta suicida, ¿es un trastorno mental? [The suicidal behavior: Is it a mental disorder?]”, *Asociación de Investigación, Prevención e Intervención del Suicidio y Familiares y Allegados en Duelo por Suicidio*.

Sánchez Pérez, J. (2019). “¿Es correcto aplicar la presunción de laboralidad a un acto suicida ejecutado en el trabajo? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 41

Marzo 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Andalucía/ Granada 65/2019, de 10 de enero", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 440, pp. 213-220.



**LA OBLIGACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS
PÚBLICOS DE RESIDIR EN EL MUNICIPIO DONDE
TRABAJAN**

**THE OBLIGATION OF PUBLIC OFFICIALS TO
RESIDE IN THE MUNICIPALITY WHERE THEY
WORK**

Leopoldo J. Gómez Zamora

Director de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey
Juan Carlos

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha (exc.)

Mirian Sánchez Pérez

Funcionaria del Cuerpo Superior de Administradores
Civiles del Estado

Resumen: El trabajo analiza la obligación de los funcionarios públicos de residir en el municipio donde trabajan, desde sus primeros antecedentes hasta la normativa vigente. Se destaca cómo los avances en telecomunicaciones y transportes han influido en esta obligación, haciéndola en parte obsoleta. Sin embargo, se reconoce que ciertos destinos aún requieren residencia cercana para garantizar la presencia física en un tiempo breve. La normativa de 1964, aunque



derogada por el Estatuto Básico del Empleado Público, sigue aplicándose en algunas administraciones hasta que se dicten nuevas leyes de función pública. La jurisprudencia ha señalado que esta obligación no contraviene el derecho a elegir libremente la residencia, siempre que esté justificada por razones del servicio. Se concluye que la obligación de residir sigue vigente en ciertas administraciones, en las que no se ha regulado expresamente la materia, si bien enfocándose en garantizar el cumplimiento de las funciones y horarios, sin imponer una limitación de residencia física innecesaria.

Palabras clave: funcionarios públicos, obligación de residir, empleado público.

Abstract: The paper analyzes the obligation of public officials to reside in the municipality where they work, from its early antecedents to current regulations. It highlights how advances in telecommunications and transportation have influenced this obligation, making it partly obsolete. However, it is recognized that certain positions still require close residence to ensure physical presence in a short time. The 1964 regulation, although repealed by the Basic Statute of Public Employees, continues to apply in some administrations until new public function laws are enacted. Jurisprudence has indicated that this obligation does not contravene the right to freely choose residence, as long as it is justified by service reasons. It is concluded that the obligation to reside remains in force in certain administrations where the matter has not been explicitly regulated, focusing on



ensuring the fulfillment of functions and schedules without imposing unnecessary physical residence limitations.

Key words: Public officials, Obligation to reside, public employee.

Sumario: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.- 1. Introducción.- 2. Evolución de la obligación de residir en el municipio donde se prestan servicios.- 3. La vigencia de la obligación recogida en la ley de funcionarios civiles del estado de 1964.- II. LA LEGALIDAD Y LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA OBLIGACIÓN DE RESIDIR EN EL TÉRMINO MUNICIPAL DONDE RADIQUE LA OFICINA.- 1. Posibilidad de establecer la obligación de residir a los empleados públicos.- 2. Ámbito subjetivo de la obligación.- 3. Las leyes de función pública y las normas reglamentarias de desarrollo sobre la obligación de residir.- 4. La obligación de residencia en normas especiales.- III. CONCLUSIONES

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La normativa de función pública ha venido reconociendo ciertas limitaciones a algunos derechos de los funcionarios públicos, en aras al correcto funcionamiento del servicio u otros intereses generales. Esta



configuración de la relación estatutaria ha ido sufriendo adaptaciones con el paso del tiempo.

En este trabajo se tratará sobre la obligación de residir en un determinado municipio de los empleados públicos. Se abordará brevemente su evolución para analizar el estado actual de dicha obligación en la normativa vigente.

Desde los primeros antecedentes de esta obligación de residir hasta nuestros días han evolucionado mucho, tanto los medios de telecomunicación como los transportes y las infraestructuras, dejando en parte obsoleta una obligación general de residir en un determinado municipio. Actualmente, se pueden recorrer distancias más largas que hace unos años en menos tiempo y el teletrabajo es una realidad que permite el trabajo a distancia; no obstante, sigue pudiendo haber ciertos destinos que requieren una residencia cercana al lugar de trabajo para garantizar la presencia física del empleado público en un tiempo breve (por ejemplo, ciertos destinos de policía o sanitarios).

La normativa en materia de función pública ha ido evolucionando con el tiempo. Existe una particularidad y es que a pesar de que actualmente rige una norma de carácter básico de 2015 sobre el empleo público, se aplican algunos preceptos de normativa anterior y, en algunos casos expresamente derogada, de 1964 o 1984. En la medida de que no ha habido un desarrollo por la normativa estatal o autonómica de ciertos aspectos sobre empleo público. Aunque los problemas que se



planteen sean residuales, merece la pena esclarecer la realidad jurídica de algunas situaciones o regulaciones en relación a la obligación de los empleados públicos de residir en un determinado municipio.

2. EVOLUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE RESIDIR EN EL MUNICIPIO DONDE SE PRESTAN SERVICIOS

Como primer antecedente significativo sobre la regulación del deber de residencia de los funcionarios, encontramos el Decreto de Bravo Murillo, de 18 de junio de 1852, que recogía el deber de servir el destino que se le asigne al empleado público donde quiera que este se halle radicado¹ afirmando «los empleados de la Administración pública contraen la obligación de servir sus destinos en cualquier punto que se les señale de la Península e islas adyacentes...» (art. 41)².

Señalaba Ramón Parada³ que los funcionarios tienen el deber de *consagrarse a la función* que la Ley de 1964 expresaba como «el fiel desempeño de la función o cargo, a colaborar lealmente con sus jefes y compañeros, cooperar al mejoramiento de los servicios y a la consecución de los fines de la unidad administrativa, en

¹ GARCIA-GALLO, Concepción. EL ESTATUTO DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS -SEGUN LOS REALES DECRETOS DE 1844 Y 1852

² TOLIVAR ALAS, Leopoldo. Las distancias, hoy, ante el viejo deber de residencia.

<https://www.administracionpublica.com/las-distancias-hoy-ante-el-viejo-deber-de-residencia/>

³ PARADA, Ramón. Derecho Administrativo II, Organización y empleo público. Marcial Pons 2004



la que se hallen destinados» añadiendo que «Para asegurar su mejor cumplimiento se establece la obligación de los funcionarios de «residir en el término municipal donde radique la oficina, dependencia o lugar donde presten sus servicios, aunque por causas justificadas, el Subsecretario del Departamento podrá autorizar la residencia en lugar distinto siempre que sea compatible con el cumplimiento de sus funciones» (art. 76 y 77).

Es el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, el que recoge entre los deberes e incompatibilidades de los funcionarios públicos, el de residir en el término municipal donde radique la oficina, dependencia o lugar donde presten sus servicios. El artículo 77 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, establece expresamente el deber del funcionario público del siguiente modo: «1. Los funcionarios deberán residir en el término municipal donde radique la oficina, dependencia o lugar donde presten sus servicios.

2. Por causas justificadas, el Subsecretario del Departamento podrá autorizar la residencia en lugar distinto, siempre y cuando ello sea compatible con el exacto cumplimiento de las tareas propias del cargo».

La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, no modificó esta norma. Reguló, por ejemplo, los conceptos retributivos que, a pesar de su modificación por la normativa posterior, se



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

siguen aplicando ampliamente por las Administraciones Públicas.

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREPBE) derogaron la normativa anterior, pero dejaron algunos aspectos vigentes que hasta que se produjera un desarrollo por las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo; se mantendrán en vigor en cada Administración Pública

3. LA VIGENCIA DE LA OBLIGACIÓN RECOGIDA EN LA LEY DE FUNCIONARIOS CIVILES DEL ESTADO DE 1964

Centremos el análisis en la vigencia de la obligación de los funcionarios de residir en el término municipal donde radique la oficina, dependencia o lugar donde presten sus servicios prevista en el artículo 77 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado.

Esta norma preconstitucional se vio modificada, que no completamente derogada por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública y mantuvo su vigencia, siendo aplicada en lo que se refiere a la residencia con cierta normalidad, como



una obligación más de los funcionarios [Vgr. STC 308/1994 de 21 de noviembre⁴].

Existe un punto de inflexión cuando el EBEP deroga expresamente el precepto en su disposición derogatoria única⁵, con el alcance establecido en la disposición final

⁴ FJ 4º Sentencia Tribunal Constitucional (Segunda), S 21-11-1994, nº 308/1994, rec. 2052/1991. El fundamento de la excepción, por tanto, se halla, en la propia legislación de funcionarios del Estado, que, tradicionalmente, ha venido exigiendo el deber de residencia efectiva y real en el lugar de su destino. En este sentido, el art. 77 de la Ley de Funcionarios del Estado de 1964, dispone que "los funcionarios deberán residir en el término municipal donde radique la oficina, dependencia o lugar donde presten sus servicios". Por consiguiente, la Ordenanza, al eliminar de los aprovechamientos forestales a los funcionarios que no se hallen destinados en la propia localidad, parte de una premisa legítima, cual es la preceptiva residencia en el término municipal de destino de los funcionarios, y la imposibilidad legal, en principio, y salvo excepciones, y por causas justificadas (art. 77,2 de la citada Ley), de que la residencia legal y habitual pueda encontrarse en un lugar distinto al de destino. Por consiguiente, y a diferencia de lo que ocurre con los demás ciudadanos no funcionarios y con los funcionarios que tienen su destino en la propia localidad de Vadillo, aquellos a los que se refiere el precepto impugnado, en virtud de una norma legal, se encuentran obligados a residir no sólo de una manera formal, sino también real, habitual y en el lugar donde desarrollan su profesión, fuera, por tanto, de Vadillo.

⁵ **Disposición derogatoria única.**

Quedan derogadas con el alcance establecido en el apartado 2 de la disposición final cuarta, las siguientes disposiciones:



cuarta⁶. Lo que se hace, en lo que aquí interesa, es derogar expresamente el artículo 77 del Decreto 315/1964 sobre la obligación de residir, pero se mantiene el vigor el precepto en cada Administración Pública hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo.

En idéntico sentido el TREBEP reproduce la derogación con el mismo alcance [por la disposición derogatoria

a) De la Ley de Funcionarios Civiles del Estado aprobada por **Decreto 315/1964**, de 7 de febrero, los artículos 1, 2, 3, 4, 5.2, 7, 29, 30, 36, 37, 38, 39.2, 40, 41, 42, 44, 47, 48, 49, 50, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 68, 71, 76, **77**, 78, 79, 80, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 102, 104 y 105. (...)

⁶ **Disposición final cuarta. Entrada en vigor.**

1. El presente Estatuto entrará en vigor en el plazo de un mes a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

2. No obstante lo establecido en los Capítulos II y III del Título III, excepto el artículo 25.2, y en el Capítulo III del Título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

La disposición final tercera 2 del presente Estatuto producirá efectos en cada Administración Pública a partir de la entrada en vigor del Capítulo III del Título III con la aprobación de las Leyes de Función Pública de las Administraciones Públicas que se dicten en desarrollo de este Estatuto. Hasta que se hagan efectivos esos supuestos la autorización o denegación de compatibilidades continuará rigiéndose por la actual normativa.

3. Hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto.



única a)⁷ del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, con el alcance establecido en el apartado 2 de la disposición final cuarta⁸]. Se da en este caso una situación francamente curiosa; existen normas sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos (entre las que podríamos mencionar el artículo 77 del Decreto 315/1964) que han sido expresamente derogadas dos veces, que son preconstitucionales y que siguen aplicándose hoy en día, en tanto no se opongan a lo establecido en el EBEP y no se hayan dictado las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo. Algunas de estas disposiciones se mantendrán en vigor en cada Administración Pública como normas vigentes, a pesar de haber sido derogadas expresamente dos veces, si no son sustituidas por otras.

⁷ **Disposición derogatoria única.**

Quedan derogadas con el alcance establecido en el apartado 2 de la disposición final cuarta, las siguientes disposiciones: a) De la Ley de Funcionarios Civiles del Estado aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, los artículos 1, 2, 3, 4, 5.2, 7, 29, 30, 36, 37, 38, 39.2, 40, 41, 42, 44, 47, 48, 49, 50, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 68, 71, 76, **77**, 78, 79, 80, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 102, 104 y 105.

⁸ **Disposición final cuarta. Entrada en vigor.**

(...) 2. Hasta que se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Podemos predicar una mala salud de hierro de la obligación de residir en el municipio de los funcionarios públicos ya que el artículo 77 del Decreto 315/1964, en principio no se opone al EBEP y que como veremos, no se ha regulado expresamente en contra de la obligación de residir en todas las normativas de desarrollo.

Respecto a la primera cuestión _el hecho de no contravenir la normativa básica aplicable_ el Estatuto Básico del Empleado Público, establecía en los artículos 52 y 53 los deberes de los empleados públicos y los principios éticos, respectivamente, sin hacer mención al deber de residir en el municipio. Similar redacción encontramos en los artículos 52 y 53 del texto refundido de del Estatuto Básico del Empleado Público. La norma vigente ya únicamente emplea el término "residencia" para regular ciertos permisos, sin que se trate el tema de la obligación de residir específicamente. Es decir, la normativa básica actual no regula este deber de residencia, pero tampoco puede afirmarse que se oponga a él, por lo que habrá de estarse a lo que señalen las normas de desarrollo, cuestión que se analizará más adelante. Se puede ver con mayor detenimiento:

El TREBEP articula la regulación básica en materia de empleo público y regula cuestiones relacionadas con la residencia en varios apartados, sin tratar específicamente lo que aquí nos ocupa:

Como requisito de acceso al empleo público de nacionales de otros Estados establece que, en determinados casos, los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles (art. 57.4 TREBEP).



En relación con el permiso de un día por traslado de domicilio sin cambio de residencia (art. 49 b) TREBEP).

Al regular la movilidad del personal funcionario de carrera, estableciendo que las Administraciones Públicas, de manera motivada, podrán trasladar a sus funcionarios, por necesidades de servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares. Cuando por motivos excepcionales los planes de ordenación de recursos impliquen cambio de lugar de residencia se dará prioridad a la voluntariedad de los traslados. Los funcionarios tendrán derecho a las indemnizaciones establecidas reglamentariamente para los traslados forzosos (art. 81.2 TREBEP).

También se establece el traslado forzoso como sanción a una falta disciplinaria (art. 96.1 d) TREBEP).

No nos detendremos en estos aspectos por tener una relación muy colateral a lo que aquí tratamos.

A diferencia de lo que señalaba la Ley de 1964, el TREBEP no menciona entre los deberes de los empleados públicos el de residir en el término municipal en el que se prestan servicios. Lo que se establece es que «los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad,



integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes» (art. 52 TREBEP). Señalando como principio de conducta que el desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará de forma diligente y cumpliendo la jornada y el horario establecidos (art. 54.2 TREBEP).

Recapitulando, el TREBEP, como normativa aplicable, no regula el deber de residencia, pero tampoco puede afirmarse que se oponga a él.

La doctrina jurisprudencial ha aplicado el precepto en diversas ocasiones, lo cual viene a demostrar que no es contrario a la normativa básica vigente. Por ejemplo, la Sentencia nº 764/2021 del TSJ Asturias (Contencioso), sec. 1ª, de 15 de julio de 2021 (rec. 686/2020) hace una apreciación *obiter dicta* sobre el deber de residencia, señalando que está derogado pero que en todo caso no elimina la obligación de presencialidad en la prestación de servicios:

Por lo demás y pese a que el deber de residencia que preveía el artículo 77 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado fue ya derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del EBEP no por ello cabe concluir que haya desaparecido la obligación de presencialidad en la



prestación de servicios. Dicha obligación resulta consustancial no solo en los puestos cuyo contenido no puede llevarse a cabo con plenitud mediante el modelo de Administración electrónica (artículo 38 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) sino también en aquellos en los que una racional y razonada planificación de recursos humanos imponga la presencialidad del funcionario, tal y como aquí acontece. En estos casos es evidente que la elección del lugar de residencia no puede perjudicar el puntual cumplimiento del deber relativo a la prestación del servicio, de forma presencial si dicho servicio lo exige, agotando para ello la corresponsabilidad parental, contratando cuidadores externos o, en definitiva, haciendo uso de todos los instrumentos necesarios para la conciliación de la vida profesional y familiar que, contrariamente a lo sugerido por la demandante, no se limitan al teletrabajo.

De lo visto hasta ahora se podría llegar a la conclusión de que el artículo 77 del Decreto 315/1964 resulta aplicable, pero esto tampoco puede ser afirmado de manera unívoca, al menos no sin matices. Como establece el artículo 3 del Código Civil, las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. Debemos tener en consideración esta evolución normativa y realidad social que ha ido poniendo el acento en el cumplimiento de los deberes,



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

jornadas y horarios por encima de la fijación de la residencia en una determinada localidad.

La propia Administración General del Estado ha ofrecido una interpretación integradora a través del documento C25/ 4_1 del Boletín de consultas en materia de Recursos Humanos (BODECO)⁹ en el que se resuelve la consulta relativa a la *aplicación del deber de residencia a funcionario que reside en municipio situado en un país vecino de la Unión Europea*, del siguiente modo:

No obstante, a la luz de la Norma Fundamental, el deber de residencia será admisible siempre y cuando el mismo esté impuesto, bien por una norma con rango de ley, o bien se pueda deducir de la necesidad de la eficacia en el desempeño del cargo o de la singularidad de la función pública que se desempeñe. (...)

En consecuencia, a sensu contrario, los preceptos de la normativa anterior, aun derogados, mantendrán su vigencia "hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo" y "en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto".

Por tanto, ha de entenderse que el deber de residencia previsto en el artículo 77 de la ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, en tanto no se opone a lo previsto en el EBEP, continúa

9

https://funcionpublica.digital.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rj-pdp/regimen-juridico/bodeco/BODECO-serie-1/Boletin25/Materias25/4/C25_4_1 (consultado el 18 de marzo de 2025)



vigente, siempre que se interprete en los términos expuestos, es decir, en todo caso, la residencia en localidad o municipio distinto, deberá garantizar el estricto cumplimiento de jornada, horario y funciones propias de su cargo, y no podrá suponer la alteración del régimen jurídico que les resulte de aplicación (incompatibilidades, permisos, licencias, indemnizaciones por razón del servicio), obteniendo un trato más beneficioso que el que le correspondería de tener fijada su residencia personal en el mismo lugar que su residencia oficial.

En el caso de que el funcionario resida en municipio situado en país vecino de la Unión Europea deberá, aplicarse el criterio señalado anteriormente, es decir que la residencia no comprometa el estricto cumplimiento de la jornada, horario y funciones de su cargo así como no altere el régimen jurídico que le resulte de aplicación.

Esta interpretación se puede reputar como lógica y acorde con las reglas hermenéuticas de aplicación del ordenamiento jurídico, en la medida que garantiza el cumplimiento de las obligaciones sin imponer una limitación innecesaria. La clave estará, no en residir en un determinado municipio, sino en garantizar el estricto cumplimiento de jornada, horario y funciones propias de su cargo, y no podrá suponer la alteración del régimen jurídico que les resulte de aplicación (incompatibilidades,



permisos, licencias, indemnizaciones por razón del servicio).

Existen otras resoluciones judiciales que, reconociendo la posibilidad de limitar la libertad de residencia de los funcionarios, hacen una interpretación de la norma, teniendo en cuenta la realidad del momento en que ha de ser aplicada y la relevancia del cumplimiento de las obligaciones. Podemos mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 21 de diciembre de 1993 (rec. 327/1992), anterior al EBEP, que ya en la década de los 90 señalaba «El art. 77,1 Ley de funcionarios de 1964 dispone efectivamente que estos "deberán residir en el término municipal donde radique la oficina, dependencia o lugar donde presten sus servicios" y este precepto no fue derogado por la L 30/1984 de 2 agosto, de Reforma de la Función Pública, (...) la posibilidad de que el deber de residencia fuera dispensado cuando el lugar distinto elegido fuera compatible con el exacto cumplimiento de las tareas propias del cargo, lo que pone de manifiesto que este cumplimiento es lo que sustancialmente importa, la evolución posterior, aún la legislación referida a la Administración del Estado, pone el acento en la "puntualidad y la asistencia" -L 30/1984, art. 31 -, el "horario de trabajo y asistencia" -Reglamento de 1986, arts. 7 y 8- y en la "jornada de trabajo" -arts. 50 g), 59 y 60 Ley de la Función Pública Canaria-, siguiendo con ello una evolución que tiene en cuenta la perfecta posibilidad de que, con las comunicaciones y medios actuales esos deberes sustanciales cuyo cumplimiento interesa puedan satisfacerse cabalmente residiendo en municipios próximos al de prestación del servicio y



mientras este se realice en los días y horas reglamentarios ninguna otra restricción innecesaria procede imponer al funcionario, sin que, por tanto, hayan de buscarse fundamentos en lo que disponen los arts. 19 y 139,2 CE , por cuanto ambos garantizan el derecho a elegir libremente la residencia y circular por el territorio nacional, pero no se oponen a que una vez elegida esa residencia libremente, con la misma libertad se adquieran vínculos, públicos o privados, que exijan la permanencia, en los términos convenidos o reglamentarios, dentro del mismo, bajo la sanción que para el incumplimiento de unos u otros vínculos proceda, sin que puedan invocarse esos preceptos para incumplir arbitrariamente las obligaciones válida y libremente asumidas».

II. LA LEGALIDAD Y LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA OBLIGACIÓN DE RESIDIR EN EL TÉRMINO MUNICIPAL DONDE RADIQUE LA OFICINA

1. POSIBILIDAD DE ESTABLECER LA OBLIGACIÓN DE RESIDIR A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Hemos analizado la evolución normativa de la obligación, digamos en su aspecto formal. Queda por ver, someramente, la aplicación material de la limitación.

La jurisprudencia ha señalado que el deber de residir en un determinado municipio no choca con el derecho a elegir libremente la residencia, reconocido a los españoles en el artículo 19 de la Constitución Española.



El Tribunal Constitucional ha descartado que sea contrario al derecho a elegir libremente la residencia, reconocido a los españoles en el artículo 19 de la Constitución Española¹⁰, el deber de residencia en la localidad donde se prestan los servicios que afecta a los funcionarios, pues se trata de una limitación que, además de depender de la libre decisión del ciudadano de entrar en una determinada relación con la Administración, cuenta con un fundamento razonable, pues se basa en la necesidad de asegurar el adecuado cumplimiento de las obligaciones laborales [STSJ Región de Murcia (Contencioso), sec. 1ª, 26 de enero de 2001, nº 34/2001, rec. 936/1998].

En similar sentido, aunque en relación a otros derechos, el Tribunal Constitucional ha declarado que existen ciertos derechos que pueden verse limitados en el caso de los funcionarios públicos. La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 187/2015, de 21 de septiembre de 2015 afirma que «Estos límites pueden venir dados por la garantía del principio de jerarquía al servicio del correcto funcionamiento del servicio, ya sea, dirá la STC 101/2003, FJ 4, por el grado de jerarquización o disciplina interna a que esté sometido cada tipo de funcionarios, ya lo sean en calidad de funcionarios o de ciudadanos, ya en razón de otros factores que hayan de apreciarse en cada caso. Así, existen determinados colectivos que, en virtud de la función que desempeñan al servicio de un objetivo constitucionalmente relevante, quedan sometidos a limitaciones específicas y

¹⁰ Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19 CE)



jurídicamente más estrictas (STC 102/2001, de 23 de abril, FJ 3)».

Puede colegirse que la obligación de residir regulada en el artículo 77 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, podría ser una limitación de derechos de los funcionarios públicos conforme con el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, es posible establecer este tipo de limitaciones a los funcionarios públicos en las normas correspondientes si tiene una justificación adecuada.

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA OBLIGACIÓN

La Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 se aplicaba a los funcionarios de la Administración pública de carrera (que se integraban en Cuerpos generales y Cuerpos especiales) o de empleo (eventuales o interinos) como personas incorporadas por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo.

El Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 extiende su aplicación al personal funcionario y, en lo que proceda, al personal laboral, pudiendo regular algunos aspectos del personal investigador, personal estatutario de los Servicios de Salud y docente. Es decir, el concepto de empleado público es más amplio que el de funcionario de la norma del 64. En Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto



refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, continúa esa aplicación extensiva de la norma a los empleados públicos incluyendo diversos colectivos. Aplicándose al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas algunos de los preceptos de la norma, junto con la legislación laboral y las normas convencionalmente aplicables.

El concepto de empleado público hoy en día se extiende a: los funcionarios de carrera; funcionarios interinos; personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y personal eventual. Las obligaciones o limitaciones impuestas por leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se aplican a los empleados públicos que se encuentren dentro de su ámbito subjetivo.

Cabe preguntarse si podría aplicarse el artículo 77 del Decreto 315/1964 de manera supletoria al personal laboral y, sin duda, encontraríamos dificultades para fundamentar la obligación de residir en un determinado municipio en dicho precepto sin que se contemple en otra normativa laboral o de desarrollo.

3. LAS LEYES DE FUNCIÓN PÚBLICA Y LAS NORMAS REGLAMENTARIAS DE DESARROLLO SOBRE LA OBLIGACIÓN DE RESIDIR

Como se viene sosteniendo, el artículo 77 del Decreto 315/1964 puede entenderse completamente derogado en aquellas Comunidades Autónomas en las que se han aprobado leyes de Función Pública dictadas en desarrollo del Estatuto Básico y que regulan la materia, pero existen otras en las que no se hace una mención



específica, sino que se establecen los deberes de los empleados públicos de manera muy similar al EBEP.

Existen un grupo de Comunidades con normas claras que no imponen la obligación de residir ni de recabar autorización:

La norma aplicable a todo el personal al servicio de la Administración regional de Madrid y a las demás Instituciones de la Comunidad de Madrid, conforme al artículo 77 g) de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la **Comunidad de Madrid**, señala como deberes de los funcionarios: *La residencia en el término municipal donde preste su función o en cualquier otro que permita el estricto cumplimiento del horario de trabajo sin menoscabo de las tareas que tenga asignadas*. Se pone el acento en el cumplimiento de las funciones y no en el deber de residencia en un determinado municipio.

También **Castilla-La Mancha** tiene una regulación concreta sobre el aspecto tratado, en el artículo 110 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha afirma: «1. El personal empleado público de las Administraciones públicas de Castilla-La Mancha no está obligado a residir en la localidad donde desempeñe su trabajo, salvo en los casos debidamente justificados en que, por razón de servicio, la obligación de residencia sea necesaria.

2. La residencia en una localidad distinta de la de destino no exime del estricto cumplimiento de la jornada y el horario de trabajo ni de las demás obligaciones inherentes al puesto de trabajo».



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Expresamente señala que los empleados públicos no están obligados a residir en la localidad donde desempeñen su trabajo, salvo en los casos debidamente justificados, aclarando que esta circunstancia no exime del estricto cumplimiento de los deberes propios del puesto.

La Ley 2/2023, de 15 de marzo, de Empleo Público de la **Comunidad Autónoma del Principado de Asturias**, reconoce en el artículo 137.4 entre los deberes de los empleados públicos que «Con carácter general, el personal empleado público no estará obligado a residir en el concejo en que radicará su centro de trabajo».

El Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un Texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en **Cataluña** en materia de función pública, tras expresar que el personal de la Generalidad debe cumplir estrictamente la jornada y el horario de trabajo, que reglamentariamente se determinarán; afirma en el artículo 108.3 que «El personal al servicio de la Generalidad no estará obligado a residir en la localidad donde desempeñe su trabajo, salvo en los casos en que, por razón de servicio, la obligación de residencia sea necesaria. Ello no podrá ser obstáculo para el estricto cumplimiento de la jornada y el horario de trabajo».

Podemos afirmar que, en los supuestos descritos, los empleados públicos que se encuentren en el ámbito de aplicación subjetivo de la norma no tienen obligación de residir en la localidad donde desempeñan su servicio, pero sí de cumplir con el resto de obligaciones.



Existe otro conjunto de Comunidades cuya norma tiene una redacción más genérica y similar al EBEP, sin aclarar nada sobre dicha obligación. En estas leyes de empleo público no se recoge la obligación de residir, tampoco puede afirmarse que esté en contra de las mismas, pero puede interpretarse que lo relevante no es el lugar de residencia sino el cumplimiento del resto de obligaciones (horario, jornada, etc).

La Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de **Galicia** establece, en su artículo 74, unos deberes vinculados a un código de conducta que se centra en el principio de legalidad (art. 74 a. Respetar la Constitución, el Estatuto de autonomía de Galicia y el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico) o en el atribuciones según el principio de dedicación al servicio público (74 d) y en el cumplimiento de los deberes *desempeñar con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden, resolviendo, en su caso, los procedimientos o expedientes de su competencia dentro de plazo y cumpliendo la jornada y horario establecidos* (74 j). Es una redacción similar a la del EBEP. Esta norma sí define y distingue (Disposición adicional primera c)¹¹ a efectos de la propia norma en

¹¹ "Localidad: el correspondiente término municipal. A efectos de permisos, se entenderá por término municipal el de la residencia del personal funcionario. Se exceptúa el caso del personal estatutario, para el cual esta expresión se entiende que hace referencia a la correspondiente área de salud, excepto en el caso de los permisos por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica de un familiar, en el cual se aplicará el régimen general previsto en el primer inciso de este apartado."



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

relación con los permisos la localidad de residencia, que para el personal funcionario será el "área de salud".

La Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de **Castilla y León** describe los deberes de los funcionarios (art. 63 e) incluyendo el de *cumplir el régimen de jornada y horario establecidos*, sin hacer mención expresa a la residencia.

La Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública **Valenciana** tampoco hace mención entre las obligaciones (art. 99) a la residencia.

La Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de **Andalucía** no menciona nada al establecer los deberes si bien apela en términos generales a las obligaciones del ordenamiento jurídico (art. 33.2) remitiéndose a los deberes, principios éticos y de conducta regulados en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, así como en cualquier otra normativa estatal de carácter básico, en la Ley 5/2023 y en el resto del ordenamiento jurídico. Siendo dichas obligaciones aplicables al personal contratado por las entidades instrumentales del sector público andaluz.

Tampoco hay novedad en la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de **Extremadura** que apela a deberes generales (art. 67), posibilitando que los órganos competentes de las Administraciones Públicas de Extremadura puedan aprobar Códigos de Conducta específicos que desarrollen lo previsto en el apartado anterior para colectivos de empleados públicos en los que por las peculiaridades del servicio que presten así sea necesario.



Podemos encontrar algunas resoluciones judiciales, anteriores al EBEP, que sí admitieron la aplicación supletoria de esta obligación de residir, por ejemplo, la Sentencia del TSJ Andalucía (Sevilla) (Contencioso), sec. 3ª, de 25 de mayo de 1999 (rec. 864/1997), la cual dispone que los funcionarios de la Administración local tienen las obligaciones determinadas por la legislación sobre función pública de la correspondiente Comunidad Autónoma y, en todo caso, las previstas en la legislación básica del Estado sobre función pública. No obstante, en lo relativo al régimen sancionador, sólo en el caso de que la Legislación autonómica guarde silencio sobre los tipos infractores que den lugar a responsabilidad disciplinaria de los funcionarios de aquella Administración, habrá que acudir a la normativa reguladora del régimen disciplinario, de los funcionarios de la Administración del Estado. Y como quiera que la Ley 61/85 de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, no establecía tipificación de las conductas infractoras, determinantes de responsabilidad disciplinaria, se concluía la plena vigencia del deber de residencia para los funcionarios del Ayuntamiento, y también, con la aplicabilidad a estos del tipo previsto en el art. 8, e) del R.D. 33/1986.

4. LA OBLIGACIÓN DE RESIDENCIA EN NORMAS ESPECIALES

Existen normativas específicas que regulan el deber de residencia, por ejemplo, en cuerpos policiales o sanitarios y la jurisprudencia lo ha tratado en relación al reconocimiento de permisos, complementos o como



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

ocurre con la Sentencia del TSJ Madrid (Contencioso), sec. 7ª, de 23 de julio de 2024, nº 949/2024, rec. 730/2022 con accidentes de trabajo, reconociendo, con matices, la posibilidad de establecer limitaciones por las exigencias derivadas de la fundamental y delicada misión que la Constitución encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: «(...) artículo 9.s) de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional que establece la obligación de:

«Residir en el ámbito territorial que se determine en función de la plantilla de destino. A tal efecto, se fijarán los criterios objetivos en base a los cuales será determinado dicho ámbito territorial, donde se autorizará la residencia de los Policías Nacionales, garantizándose, en todo caso, el adecuado cumplimiento del servicio».

En relación a la obligación establecida en el referido artículo 9.s) de la Ley Orgánica, el propio Preámbulo de la Ley afirma que:

«Es reseñable la regulación que se hace en este título del deber de residencia, que trata de buscar un equilibrio entre la libertad de elección del domicilio y las exigencias derivadas de la fundamental y delicada misión que la Constitución encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, estableciéndose para ello como referencia el ámbito territorial que, con arreglo a unos criterios objetivos, se determine respecto de la plantilla de destino».

Pues bien, en primer lugar y al igual que en el precedente al que se ha hecho referencia no consta acreditado el hecho de que la demandante necesitara



autorización expresa y formal para fijar su residencia en el lugar donde la tenía.

En segundo lugar, lo que se deduce del Preámbulo de la Ley Orgánica es que, en todo caso, habrán de ser "las exigencias derivadas de la fundamental y delicada misión que la Constitución encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", las que, en relación al deber de residencia, podrían conllevar alguna limitación a esa libertad de elección del domicilio, resultando relevante en este punto que, si bien en el momento del accidente no constaba tal autorización, si que consta al folio 77 del expediente administrativo que mediante Resolución de 10 de noviembre de 2021 del Jefe de la División de Personal -por delegación del Secretario de Estado de Seguridad-, se autorizó la residencia de la demandante en la localidad de San Cristóbal de la Laguna, por lo que, en buena lógica, habrá de entenderse que las citadas exigencias derivadas de la misión que la Constitución encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no quedaban afectadas por el hecho de que la demandante residiera en dicha localidad.

En consecuencia, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo, con anulación de la actuación administrativa impugnada y el consiguiente reconocimiento del derecho de la actora a que las lesiones sufridas por el accidente en cuestión sean consideradas como causadas en acto de servicio "in itinere", con las consecuencias jurídicas y económicas a que de lugar tal reconocimiento».



En el caso de profesiones sanitarias también se ha declarado legal la obligación de residir establecida por causa justificada. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Contencioso), sec. 5ª, S 17-02-1992 (FJ 2º) reconoce la legalidad de que *los miembros de los equipos de atención primaria deberán residir dentro de la zona básica de salud*. Frente a la alegación de que no puede menoscabarse la libertad total de que cada ciudadano elija y fije su propio domicilio del art. 19.1 de la Constitución "Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional". Pone de manifiesto «el carácter funcional que detentan cuantos prestan servicios en las zonas básicas de salud, es oportuno recordar que son funcionarios y anotar que la Ley 30/1984 (de 2 de agosto, sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública) mantiene en plenitud el contenido del art. 77.1 del texto de la "Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado" (Decreto 315/1964, de 7 de febrero por cuya eficacia "los funcionarios deben residir en el término municipal donde radique... la dependencia o lugar donde prestan sus servicios"; precepto de vigencia tradicional y de obligado cumplimiento en este caso por el carácter básico de la Ley que lo establece.(...) Como colofón puede añadirse que la Constitución Española en su art. 63.1 anota que "sólo por ley... podrá regularse el ejercicio de (los derechos y libertades reconocidos en su capítulo 11, entre ellos los correspondientes al art. 19.1.º) y que son Leyes, tanto la Foral 13/1983, como la 30/1984; pudiendo invocarse la constitucionalidad de esta última respecto de la cual conoció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1987 (de 11 de junio, resolviendo cuestión de inconstitucionalidad núm. 763/1984)».



III. CONCLUSIONES

El deber de residir en el término municipal donde radique la oficina, dependencia o lugar donde presten sus servicios de los funcionarios públicos se recoge en el artículo 77 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado. Dicho precepto está expresamente derogado por el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, si bien podrá mantenerse en vigor como normativa vigente en cada Administración Pública, en tanto no se opongan a lo establecido en el propio Estatuto Básico y no se hayan dictado las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo.

Conforme al artículo 3 del Código Civil y según la interpretación que ofrece el documento C25/ 4_1 del Boletín de consultas en materia de Recursos Humanos (BODECO) ha de entenderse que el deber de residencia previsto en el artículo 77 de la ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 debe interpretarse en el sentido de que debe garantizar el estricto cumplimiento de jornada, horario y funciones propias de su cargo, y no podrá suponer la alteración del régimen jurídico que les resulte de aplicación (incompatibilidades, permisos, licencias, indemnizaciones por razón del servicio), sin que se necesario fijar la residencia en un determinado municipio, si se cumplen el resto de las obligaciones estatutarias.



En el caso de que el funcionario resida en un municipio situado en otro país¹² podrá aplicarse el mismo criterio, mientras la residencia no comprometa el estricto cumplimiento de la jornada, horario y funciones de su cargo, así como no altere el régimen jurídico que le resulte de aplicación.

La jurisprudencia acepta las limitaciones a la libertad de residencia para el personal funcionario dentro de su relación estatutaria, cuando esté justificada por razones del servicio.

Cuando las leyes de Función Pública regulen la materia habrá de estarse a lo dispuesto en ellas, como ocurre con las Comunidades de Madrid, Castilla-La Mancha, Cataluña o el Principado de Asturias; que no impone la obligación de residir en un determinado municipio sino de cumplir la jornada, el horario de trabajo y el resto de obligaciones inherentes al puesto.

En otras, donde no se ha dictado normativa de desarrollo, puede aplicarse el anterior criterio; sin que pueda sostenerse la aplicación del artículo 77 de la Ley del 69 en su tenor literal de una forma clara.

¹² Según el BODECO C25/ 4_1 la consulta se refiere a un país vecino de la Unión Europea, sin que se aprecie circunstancia alguna que imponga esta condición.



LA REFINANCIACIÓN DE EMPRESAS

D^a Cristina Arenas Gil

Graduada en Administración y Dirección de Empresas

Resumen: El presente Trabajo Final de Grado tiene como objetivo analizar el proceso de refinanciación empresarial desde el momento en el que se detectan indicadores de alarma hasta que culmina el proceso de refinanciación de una empresa. Este proceso consta de una serie de etapas que voy a ir analizando una por una.

Se comienza con la detección del problema; cuanto antes se detecten los indicadores negativos, antes podremos empezar a resolverlos. Estos no siempre se presentan de manera repentina, sino que también surgen progresivamente. En esta etapa es primordial que las empresas realicen un presupuesto de tesorería ajustado que al menos les anticipe la disponibilidad en los próximos 12 meses para identificar las causas de la crisis y realizar un plan de acción.

Se sigue con el análisis y la situación real de la empresa en el que se debe disponer de una explicación clara de los motivos que han generado la situación de la empresa para poder establecer medidas correctoras. Posteriormente, es importante saber enfocar y plantear el problema de manera adecuada, por tanto, la empresa ha de tener clara su CIRBE, además de tener presente un documento en el que se manifiesten las bases del



proceso de refinanciación y las líneas de actuación del Plan de negocio con el que se va a guiar.

Para que este proceso sea efectivo es crucial reunirse con las entidades financieras y acreedores para gestionar las condiciones del contrato. Para culminar este proceso se negocia el proceso de refinanciación con entidades financieras y acreedores para equilibrar los intereses de las partes involucradas y se firman los documentos necesarios para finalizar la refinanciación.

Finalmente, para garantizar el éxito, se efectúa un seguimiento de la refinanciación para asegurar que se cumplan de manera efectiva todos los acuerdos que se han firmado e identificar posibles desviaciones.

Palabras clave: Refinanciación, vencimiento deuda, carencia deuda, CIRBE (Central de Información de Riesgos del Banco de España), pool bancario.

Abstract: This Final Degree Project aims to analyze the corporate refinancing process from the moment warning indicators are detected until the refinancing process is completed. This process consists of a series of stages that I will analyze step by step.

The process begins with problem detection; the sooner negative indicators are identified, the sooner they can be addressed. These indicators do not always appear suddenly; they can also emerge progressively. At this stage, it is essential for companies to prepare a detailed cash flow budget that forecasts at least 12 months ahead to identify the causes of the crisis and create an action plan.



The next step involves analyzing the company's real situation, where a clear explanation of the reasons behind the company's situation is necessary to establish corrective measures. Subsequently, it is crucial to properly focus on and approach the problem. Therefore, the company must have a clear understanding of its CIRBE and prepare a document outlining the foundations of the refinancing process and the strategic guidelines of the business plan to be followed.

For this process to be effective, it is vital to meet with financial institutions and creditors to negotiate contract terms. To finish the process, refinancing agreements are negotiated with financial institutions and creditors to balance the interests of the parties involved, and the necessary documents are signed to conclude the refinancing.

Finally, to ensure success, the refinancing process must be monitored to verify that all agreements are effectively implemented and to identify any potential deviations.

Key words: Refinancing, debt maturity, debt race period, CIRBE, banking pool

Sumario

1. Introducción
2. Objetivos
3. La detección del problema
4. Análisis y situación real de la empresa
5. Enfoque y planteamiento del problema



6. Bases de la refinanciación. Aspectos preliminares
7. Reunión con entidades financieras y acreedores
8. Negociación proceso de refinanciación con entidades financieras y acreedores
9. Cierre de la refinanciación y firma de documentos
10. Seguimiento de la refinanciación
11. Conclusión
12. Bibliografía

Índice de tablas

Tabla 1. Informe de riesgos agregado

Tabla 2. Informe de riesgos detallado

Tabla 3. Pool bancario por entidades

Tabla 4. Pool bancario por sociedades

Tabla 5. Cuadro de riesgos individual Sociedad 1

Tabla 6. Cuadro de riesgos individual Sociedad 2

Tabla 7. Ficha detallada Entidad 1

Tabla 8. Ficha detallada Entidad 2



1. Introducción

La motivación para realizar este Trabajo Final de Grado sobre la refinanciación de las empresas nace del interés sobre cómo las empresas afrontan y sobreviven a situaciones de crisis financiera. Durante las prácticas en el área de contabilidad he tenido la oportunidad de efectuar tareas como la gestión financiera, conciliaciones bancarias y control de pagos, lo que me ha permitido valorar y comprender la importancia de contar con una estructura financiera clara y ordenada y adaptada a las situaciones de cada empresa.

Hoy en día vivimos en un entorno económico que se caracteriza por la volatilidad, la globalización y los cambios constantes, por lo que las empresas deben prestar especial atención al entorno y a la propia empresa. Éstas deben ser capaces de detectar con suficiente antelación los indicadores y alertas que puedan comprometer su estabilidad financiera antes de ser incapaces de afrontar sus compromisos financieros. El buen o mal manejo de esta gestión puede marcar la diferencia entre una empresa que logra superar sus dificultades y otra que se enfrenta a la quiebra o cierre definitivo.

La refinanciación es un método que permite a las empresas renegociar sus deudas con la finalidad de mantener el normal desarrollo de sus operaciones, mejorar su liquidez y evitar impagos, así como una posible insolvencia. "Supone aumentar el plazo de devolución del principal adeudado, por lo que el pago de



intereses será mucho mayor. A corto plazo se reduce el pago por préstamos y créditos bancarios, pero a largo plazo el gasto por interés será mucho mayor.” (Fernández, 2016).

Además, la refinanciación tiene un impacto en las relaciones entre la empresa y sus acreedores. También cobran gran importancia proveedores, empleados, entidades financieras, Administraciones Públicas y accionistas. La confianza y el compromiso en estas personas es crucial para el éxito o fracaso de este proceso. Para garantizar una refinanciación efectiva es fundamental tener un enfoque integral que tenga involucrados los intereses de estas partes, pero en especial el de directivos y accionistas, ya que son ellos quienes lideran las negociaciones y toman las decisiones estratégicas de la empresa.

2. Objetivos

El objetivo principal de este trabajo es explicar el proceso de refinanciación de las empresas con un enfoque metodológico, en sus diferentes fases; desde que se detectan indicadores de alarma/alerta hasta que culmina el proceso de refinanciación. Las fases de este proceso son las siguientes:

- La detección del problema
- Análisis y situación real de la empresa
- Enfoque y planteamiento del problema



- Bases de la refinanciación
- Reunión con las entidades financieras y acreedores
- Negociación del proceso de refinanciación con entidades financieras y acreedores
- Cierre de la refinanciación y firma de documentos
- Seguimiento de la refinanciación

A lo largo de este proceso podremos observar distintos objetivos secundarios como sería comparar las diferentes opciones de refinanciación y barajar cual es la más adecuada o desarrollar mediante el análisis práctico de una empresa real dicho proceso.

Por razones de confidencialidad se ha anonimizado el caso práctico, es decir, no se identifica ni la razón social de la empresa en situación de dificultades financieras, ni la relación de entidades financieras involucradas. La información ha sido facilitada por el responsable que llevó a cabo el proceso de refinanciación del Grupo Empresarial.

3. La detección del problema

El primer paso en cualquier proceso de refinanciación es la detección temprana del problema financiero, es decir, el por qué la empresa comienza a tener dificultades. Los empresarios deben disponer de información veraz y de



sistemas de alerta, por tanto, han de ser capaces de detectar rápidamente los indicadores negativos para poder tomar decisiones de manera proactiva y eficiente para evitar que la situación empeore. Los problemas no siempre surgen de manera repentina, sino que también se manifiestan progresivamente.

En esta etapa debemos saber detectar la necesidad. Muchos empresarios creen que para encontrar la necesidad o el problema hay que centrarse y profundizar en la contabilidad, en la cuenta de resultados o en el balance, pero esto es un grave error. El balance de situación y la cuenta de resultados o de pérdidas y ganancias nos dan una foto fija, pero pueden llevarnos a cometer errores y generar tensiones de liquidez.

La mejor solución es elaborar un presupuesto de tesorería a corto y medio plazo. "Un presupuesto de tesorería es un informe financiero que se utiliza para prever el flujo de entradas y salidas efectivo de una empresa en un periodo determinado, por lo general en el corto plazo" (Dobaño, 2024). Estos presupuestos pueden ser semanales (no es muy habitual), mensuales, trimestrales o anuales, siendo los más útiles y mejor ajustados los presupuestos de tesorería mensuales. El presupuesto de tesorería cuenta con cuatro apartados principales: el saldo inicial en bancos, los cobros y los pagos por vencimiento, y la disponibilidad de tesorería o saldo final.

En cuanto al saldo en los bancos, se refiere a los activos financieros líquidos que posee la empresa, es decir, a la cantidad de efectivo disponible que posee una empresa al inicio del periodo en el cual se está efectuando el



presupuesto. El saldo inicial es el dinero disponible que posee la empresa en sus cuentas bancarias al principio del periodo presupuestario. Partiendo de este saldo inicial se le sumarán los cobros, o entradas de tesorería previstas, en los cuales se encuentran:

- Las cuentas a cobrar o facturas emitidas que aún no han sido pagadas por los clientes,
- Los efectos en cartera (no descontados ni anticipados) con vencimiento en el periodo susceptibles de presentar a la entidad financiera en gestión de cobro.
- Las ventas previstas (proyecciones de las expectativas de la demanda o condiciones del mercado),
- Cobros financieros (ingresos que recibe la empresa de operaciones que no están relacionadas con la actividad principal de la empresa),
- Devoluciones de Impuestos (IVA, Impuesto sobre Sociedades, etc)
- Otros cobros previstos.

A estos cobros debemos restarle los pagos, entre los cuales se encuentran los siguientes conceptos:

- Cuentas a pagar: deudas con proveedores o acreedores,



- Compras previstas: adquisiciones que la empresa proyecta hacer en un futuro, y que tengan vencimiento de pago en el periodo,
- Sueldos y salarios: importe neto del pago de nóminas de empleados,
- Seguridad Social tanto a cargo de la empresa como pagos por cuenta de los empleados. En este caso, cada mes se paga la seguridad social correspondiente al mes anterior.
- Pagos a administraciones públicas: son pagos obligatorios como el IRPF de las nóminas o el IVA de las declaraciones periódicas. Estas declaraciones suelen ser mensuales o trimestrales, dependiendo del tamaño de la empresa.
- Pagos financieros: desembolsos que la empresa ha de realizar por obligaciones financieras como cuotas de préstamos, devolución de pólizas a su vencimiento, así como las liquidaciones de intereses correspondientes a operaciones financieras,
- Pagos de estructura: costes fijos recurrentes relacionados con la actividad diaria de la empresa. En este apartado es importante plantear una estructura similar a la cuenta de pérdidas y ganancias (cuentas contables) con el fin de que no nos olvidemos de incorporar ningún pago del periodo.
- Otros pagos previstos.



Finalmente, si al saldo inicial se le suman los cobros y se restan los pagos se obtiene el saldo final del presupuesto en cada periodo proyectado. Hay que considerar también en este punto el importe disponible que la sociedad tenga en las pólizas de crédito concedidas, de la misma forma que el presupuesto de tesorería deberá reflejar las necesidades de devolución de dichas pólizas de crédito a su vencimiento. Es obvio que, si el saldo final proyectado es positivo, se podrán atender todas nuestras obligaciones empresariales, y si el saldo es negativo, se tendrá que obtener liquidez o financiación adicional, bien de los socios de la empresa o bien de las entidades financieras o de los proveedores y acreedores.

Es conveniente tener un presupuesto de tesorería mensualizado al menos de los próximos 12 meses, con independencia de contar con una proyección plurianual, aunque sea menos detallada. De esa forma, si hay alguna necesidad de liquidez, se podrá detectar al menos con un año de antelación y preparar las acciones de financiación o de refinanciación necesarias y oportunas, así como en su caso la desinversión de algún activo financiero o algún activo inmobiliario que genere liquidez para cubrir el gap o déficit de tesorería.

Aunque se ha comentado anteriormente que al menos se debe tener una proyección de tesorería a un año vista, es conveniente proyectar el modelo para cubrir un plazo más amplio que pudiera llegar hasta los dos o tres años. De esa forma se anticiparía cualquier necesidad con mucha antelación. La afirmación anterior se fundamenta en el hecho de que es relativamente fácil financiar las operaciones ordinarias de la Sociedad con tiempo, y con



unos buenos datos, pero es muy difícil financiar las operaciones sin el plazo suficiente y sin una foto adecuada de la sociedad. Se debe tener en cuenta que cada vez las entidades financieras necesitan más plazo para plantear, presentar y aprobar las operaciones, debido a que no existen atribuciones suficientes ni en las oficinas, ni en las zonas ni en las Direcciones Territoriales de los Bancos, y en la mayoría de los casos las aprobaciones de riesgos dependen de comités colegiados en los que intervienen varias personas con las que además la empresa no puede contactar en ningún caso.

Por ello, realizar un presupuesto de tesorería es muy importante para poder asegurar efectivo disponible para que la empresa pueda cumplir con las obligaciones financieras, planificar la toma de decisiones y detectar cualquier brecha entre los cobros y los pagos proyectados.

En el caso de no haber anticipado los problemas de liquidez a tiempo o en el caso de que sean las propias entidades financieras quienes detecten o sospechen esa situación, es habitual que se produzca un cierre de financiación por parte de la banca. Esto supone que las entidades financieras limiten el descuento de efectos de la empresa, que la empresa no puede ceder a la entidad financiera sus cuentas a cobrar como podrían ser anticipos de facturas o efectos a cobrar (letras de cambio, pagarés, etc.). Esto quiere decir que la empresa deberá esperar al vencimiento de la operación para que sus clientes le paguen en el plazo acordado por ambos. El no poder anticipar facturas o descontar efectos, afectará al flujo de caja de la empresa y cabe la



posibilidad de que se generen problemas para atender el pago a proveedores con normalidad a su vencimiento.

Adicionalmente, es habitual que se paraliquen aquellas operaciones en curso de financiación como pueden ser la concesión de préstamos, créditos, hipotecas, *leasings* o *rentings*. En este caso, la Sociedad ya no podrá financiar sus operaciones con normalidad. Llegados a ese punto, generalmente, las entidades financieras deciden que no hay renovaciones de financiación de las líneas de crédito, de descuento o de anticipo de facturas existentes. Se paralizan también los pagos confirmados a los proveedores, cosa que puede provocar problemas en la cadena de suministro, desconfianza y mala reputación. Finalmente, se bloquea la concesión de avales bancarios, sean técnicos (aseguran la entrega de algún bien o servicio) o financieros (aseguran el pago de alguna cantidad a terceros).

Por tanto, si la empresa no hace los deberes a tiempo y no tiene la capacidad de anticipar sus problemas financieros puede provocar una "tormenta financiera perfecta" que agravará su situación y de la que será muy difícil salir.

La principal conclusión de este apartado es que las empresas deben tener un presupuesto de tesorería ajustado que al menos les anticipe la disponibilidad en los próximos 12 meses.

Adicionalmente, la Sociedad debe tener un absoluto conocimiento de las operaciones financieras en vigor clasificadas por tipo de riesgo (riesgo con garantía personal, riesgo con garantía hipotecaria, riesgo indirecto o efectos descontados de terceros, y riesgo de



firma como avales y garantías), por entidad concedente y por vencimiento, donde se pueda apreciar para cada una de ellas el límite concedido, el saldo dispuesto a fecha actual y el saldo disponible. Este último saldo nos da la capacidad inmediata que tiene la empresa para disponer de las operaciones financieras concedidas. Asimismo, nos sirve para prever la fecha de vencimiento de cada operación y su fecha de renovación o cancelación.

En caso de no obtener lo anterior con recursos internos de la empresa, ésta no debe dudar en acudir a profesionales externos que le ayuden a conocer la situación actual de la empresa y obtener información exacta de sus operaciones y unas proyecciones fiables.

4. Análisis y situación real de la empresa

Para conocer y saber explicar a terceros los motivos que han llevado a la empresa a tener problemas financieros hay que elaborar un análisis muy profundo de la situación financiera real de la empresa e identificar si se trata de problemas coyunturales o estructurales.

Los problemas coyunturales son temporales y requieren una gestión adecuada de la tesorería, pero no precisan de un rediseño del negocio, ni probablemente de un proyecto de refinanciación. No obstante, hay que extremar las precauciones: un problema coyuntural es una alerta y conviene proyectar la tesorería por un periodo mayor con objeto de descartar que se convierta en un problema recurrente, cíclico o estructural.



En cambio, los problemas estructurales tienen que ver con los desequilibrios profundos y constantes de la empresa. Estos problemas no pueden resolverse sólo inyectando liquidez o refinanciando la deuda, sino que pueden suponer cambios profundos y significativos en la operativa de la empresa, en el modelo de negocio e incluso en la estrategia empresarial.

Llegados a este punto, conviene conocer los motivos, explicitarlos y tomar decisiones y medidas correctoras para enmendar la situación y ser capaces de trasladar a terceros la situación, como una cuestión normal, evitando generar alarmas innecesarias. En este contexto, las decisiones, aunque sean drásticas, deben tomarse y no se debe pensar que el tiempo mejorará las cosas: el tiempo en estos casos juega en contra de la empresa y tiende a empeorar la situación.

Además de disponer de estados financieros que reflejen la imagen fiel de la Sociedad, del presupuesto de tesorería desarrollado en el punto anterior, se debe disponer de la explicación de los motivos que han generado la situación actual, de la adopción de las medidas correctoras, de un plan de negocio al menos a tres-cinco años y la proyección financiera y de tesorería de éste donde aparezcan claramente determinadas y cuantificadas las necesidades financieras de la sociedad en el periodo proyectado. Realizado en trabajo anterior, las peticiones a los proveedores financieros deben ser claras y concisas. Al realizar las correcciones conviene situarse en un escenario medio que sea realista, huyendo de escenarios optimistas o pesimistas, en su caso.

Se debe ser realista y a su vez conservador en las previsiones, ya que una vez iniciado un proceso de



refinanciación la empresa probablemente no tendrá una segunda oportunidad en el corto plazo para volver a refinanciarse. Los escenarios excesivamente optimistas suelen ser los que más gustan a las entidades financieras, porque suponen para ellas una menor financiación y un menor desembolso, pero son muy arriesgados para la empresa porque pueden acabar no resolviendo su problema real.

5. Enfoque y planteamiento del problema

En esta fase del proceso de refinanciación debemos saber enfocar y plantear de una manera adecuada aquel problema que tiene la empresa investigando en las dos etapas previas.

Para ello, en primer lugar, la empresa ha de tener clara su CIRBE (Central de Información de Riesgos del Banco de España). La CIRBE de la empresa con cada entidad, debe estar cuadrada con los registros de la empresa, en especial con las deudas y obligaciones que supongan riesgo directo o indirecto, ya que en España el riesgo de firma (avales financieros o avales técnicos) no se refleja dentro del balance de situación de la empresa, pero no deja de ser riesgo.

El Banco de España define la CIRBE como “una base de datos que recoge la información de los préstamos, créditos (riesgo directo), avales y garantías (riesgo indirecto) que cada entidad declarante mantiene con sus clientes”. (España, Banco de España, s.f.). Es muy



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

importante que esta información sea revisada, corregida y clara ya que las entidades financieras utilizan estos datos para evaluar el riesgo crediticio de la empresa.

Para una mejor comprensión, se aporta a continuación un ejemplo de CIRBE de una empresa anonimizada a través de su "INFORME DE RIESGOS AGREGADO", donde podemos ver los capítulos anteriormente descritos con el detalle para cada operación del límite concedido y del riesgo dispuesto:

Datos de identificación aportados por el titular: Código						Razón social / Apellidos				SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA				
Datos de las operaciones correspondientes a 10-2024						Garantía Real		Garantía personal		Riesgo Dispuesto			Riesgo disponible	
Tipo producto	Naturaleza Intervención	Solidario Colectivo	Nº participes	Moneda	Plazo resid.	Tipo	Cobertura	Tipo	Cobertura	Situación Operación	Dispuesto Actual TOTAL	DEL QUE: Importes vencidos		DEL QUE: Intereses de demora y gastos
V32	T11			EUR	L09	G19		G10	E14		0	0	0	300
V32	T11			EUR	L10	G19					65	0	0	0
V32	T11			EUR	L10	G20	E15				528	0	0	0
V32	T11			EUR	L10	G20	E14				54	0	0	0
TOTAL EN	EL SISTEMA										647	0	0	300



Tabla 1. Informe de riesgos agregado

Fuente: Central de Información de Riesgo del Banco de España (CIRBE)

Esta imagen es un informe de riesgos agregado en el cual se pueden observar los riesgos concedidos por las entidades financieras. Una característica del informe de riesgos agregado es que cada entidad financiera puede ver para cada Sociedad el global de riesgo y la posición de su entidad con dicha Sociedad, pero no puede ver la del resto de bancos desglosada. Lo que cabe destacar de esta CIRBE es su clasificación entre la garantía real y la garantía personal, donde la garantía real está respaldada por un bien o activo tangible como por ejemplo hipotecas sobre bienes inmuebles y en el caso de que el deudor no pague, el acreedor puede recuperar su dinero mediante la ejecución del bien otorgado en garantía. En cambio, la garantía personal no está respaldada por un bien específico, sino por todos los bienes y derechos de la empresa, o de los avalistas respondiendo tanto la empresa como sus avalistas con todo su patrimonio presente y futuro. Es importante explicar qué es el riesgo dispuesto, que es aquel importe que la empresa ha dispuesto en la línea de financiación que le ha otorgado un banco. Por el contrario, el riesgo disponible es la cantidad de dinero que la entidad financiera ha concedido en la financiación, pero que la empresa aún no ha utilizado.

Como puede observarse, en el informe agregado las cantidades están reflejadas en miles de euros.

Por tanto, en el cuadro anterior, se observan cuatro operaciones financieras (cuatro líneas) en el que la primera operación tiene una garantía personal de tipo



G10 (operación garantizada por una persona física o jurídica distinta de la titular del informe), con un riesgo dispuesto actual de 0 € y un riesgo disponible de 300.000 €. La segunda operación financiera corresponde a una sin garantía real de tipo G19 (operación que no cuenta con garantía real), con un riesgo actual dispuesto de 65.000 € y un riesgo disponible de 0 €. Por último, la tercera y cuarta operación financiera poseen una garantía real de tipo G20 (operación con garantía hipotecaria), con un riesgo dispuesto total de 528.000 € y 54.000 €, respectivamente, y con un riesgo disponible de 0 € en ambas posiciones, lo cual indica que son préstamos. Esto sucede porque normalmente, en los créditos hay riesgo dispuesto y riesgo disponible. En los préstamos, todo el riesgo concedido suele estar dispuesto.

En conclusión, este informe de riesgos agregados muestra que la empresa tiene un total de 647.000 € de riesgo dispuesto, y un total de riesgo disponible de 300.000 €.

A continuación, se muestra como ejemplo, la cabecera de un INFORME DE RIESGOS DETALLADO:



se detalla operación por operación, entidad por entidad. Este informe en concreto refleja que la sociedad trabaja únicamente con dos entidades financieras que son Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y Caixabank, S.A. BBVA tiene un riesgo dispuesto actual de 65.428 € y de 527.700 €, en cambio, no posee riesgo disponible. Esto quiere decir que las operaciones son préstamos o bien que, si son créditos, éstos han sido dispuestos en su totalidad. Por otra parte, en Caixabank la situación es diferente ya que ha dispuesto de un importe de 53.941 €, pero aún le queda riesgo disponible (300.000 €) para que la empresa pueda disponerlo en el momento que lo necesite. Probablemente apunta a que la Sociedad tiene concedida una póliza de crédito con un límite de 300.000 € que no ha utilizado o dispuesto a fecha de hoy.

En conclusión, esta empresa ha dispuesto 647.069 € que ambas entidades financieras le han concedido en préstamos, y aún le quedan 300.000 € de crédito disponible de la financiación concedida.

Que el riesgo dispuesto sea mayor al riesgo disponible, significa que existe más financiación dispuesta que financiación por disponer. En este caso, la empresa ha consumido una gran parte de su capacidad de financiación, un 68%.

Si a una empresa se le agotan las líneas de financiación, la empresa tiene la opción de solicitar una ampliación de las líneas de crédito actuales solicitando la ampliación de los límites, o bien de solicitar líneas de financiación adicionales a sus entidades financieras o a otras nuevas entidades que no forman parte de su *pool bancario*. También es posible buscar nuevas fuentes de financiación renegociando condiciones con acreedores y



proveedores no financieros, o renegociar los plazos y condiciones para poder refinanciar la deuda y obtener mayor flexibilidad a la hora de atender los vencimientos. Como medida adicional siempre se puede hacer una revisión analítica de los costes y gastos de la empresa ajustando o eliminando aquellos que sean superfluos o innecesarios, con objeto de reducir los costes, y consecuentemente, reducir el volumen de pagos.

Cada entidad financiera puede ver en la CIRBE su posición individual con la empresa y el riesgo agrupado del resto de entidades financieras, pero nunca puede ver el detalle de cada entidad financiera competidora, de ahí la necesidad de tener la CIRBE cuadrada entidad a entidad.

Dado lo anterior, es habitual que las entidades financieras soliciten el detalle de la CIRBE entidad por entidad. Aunque no es habitual entregar este detalle en condiciones normales, en caso de acudir a una refinanciación, se debe ser transparentes y aportar esta información, de lo contrario el proceso de refinanciación de la Sociedad podría correr peligro. La transparencia en la información es un factor fundamental a la hora de abordar una refinanciación con el pool de entidades financieras.

Una acción importante que la empresa debe llevar a cabo es la elaboración de un plan de negocio, también llamado IBR. El Independent Business Review (IBR) es un documento que solicitan los acreedores para evaluar y revisar la viabilidad de la empresa en el medio y largo plazo con la finalidad de tener una visión futura de la empresa y poder determinar si es posible superar los



problemas financieros. Este informe puede ser elaborado internamente o bien de forma externa e independiente por un economista o auditor, según sean las necesidades de la empresa o las exigencias de las entidades financieras y de sus acreedores. En este documento, sea interno o elaborado por un experto independiente, la empresa en base al plan de negocio y sus proyecciones financieras (previsión de cuenta de resultados), debe proyectar su tesorería y establecer las necesidades financieras del periodo, que deberán ser materializadas en solicitudes concretas.

En este análisis es fundamental que la empresa establezca un plan de acción para afrontar las dificultades de la mejor forma posible.

6. Bases de la refinanciación. Aspectos preliminares

Cuando se aborda un proceso de refinanciación y se plantea la situación a las entidades financieras, es aconsejable llevar la iniciativa en el proceso, presentando un documento en que antes de abordar la situación económica se manifiesten las bases del proceso de refinanciación y las líneas de actuación del Plan de Negocio que debe guiar el mismo.

A modo de ejemplo, algunas de estas "Bases del proceso de refinanciación" son las siguientes:

1. Manifestar que el escenario actual y futuro es complejo y que requiere esfuerzos que la sociedad está dispuesta a realizar, teniendo el compromiso para ello.



2. Manifiestar que la situación de crisis que se atraviesa es profunda, pero que la sociedad no es la primera que afronta y tiene capacidad para salir de la situación con el apoyo de sus acreedores.
3. Manifiestar, si procede, que no hay tensiones internas dentro de la sociedad, ni dentro de su accionariado, y existe compromiso por parte de todos los agentes internos, hecho que simplificará cualquier proceso de reestructuración.
4. Manifiestar que el equipo gestor aborda la situación de crisis como una oportunidad de negocio para reforzar las bases de la empresa y para poner en marcha nuevas líneas de negocio, haciendo hincapié en que los directivos tienen un compromiso firme con la sociedad, con el proyecto y con el negocio.
5. Manifiestar el compromiso de aprovechar las situaciones que el mercado pueda ofrecer durante el proceso.
6. Reorientar las actividades de la sociedad a las líneas de negocio rentables e hibernar aquellas que no aporten ni valor añadido, ni resultados, ni liquidez a la organización.

Asimismo, las “Líneas de actuación del Plan de Negocio” deben abordar los siguientes aspectos:

1. Garantizar la actividad principal de la empresa y los compromisos de entrega o prestación de servicios pactados con los clientes.
2. Aprovechar las oportunidades que brinda el mercado en cada línea de negocio, detallando por línea cuáles son estas.



3. Determinar qué líneas de negocio secundarias se van a reducir/eliminar y qué líneas de negocio secundarias se van a potenciar o a poner en marcha de nuevo.
4. Compromiso de reducir de forma considerable los costes de estructura y eliminar aquellos costes que sean superfluos o innecesarios en el contexto actual. En este punto es importante incorporar una reducción, aunque sea porcentual, que sea contundente. Es una medida que impacta muy positivamente a las entidades financieras. También es importante manifestar que se adecuará la estructura al plan de negocio, manteniendo una estructura que permita el normal desarrollo de las operaciones.
5. Reducir el nivel de endeudamiento y consecuentemente la carga financiera de la Sociedad, al menos esta segunda a largo plazo, de forma que pueda ayudar a aliviar la cuenta de resultados. En este punto, hay que tener en cuenta que los gastos financieros de la Sociedad forman parte de la cuenta de resultados de las entidades financieras, por ello, en algunas ocasiones ven con buenos ojos el incremento de la carga financiera (devengo de intereses), siempre que estos puedan ser atendidos con normalidad.
6. Realizar desinversiones de activos fijos que supongan una entrada de liquidez, y consecuentemente, una reducción vía amortización del endeudamiento de la sociedad.
7. Reunión con entidades financieras y acreedores



Para que el proceso de refinanciación sea efectivo hay que tener un conocimiento exhaustivo de la posición de la empresa con cada entidad financiera. La empresa debe tener cuadrada la CIRBE con cada Banco o entidad financiera. Se debe contar con un cuadro de riesgos individual por cada entidad financiera. Adicionalmente, se debe disponer de un cuadro general de operaciones o riesgos concedidos por entidad donde se vea cada tipo de riesgo por entidad financiera, con el detalle del límite concedido y el crédito dispuesto a una fecha de referencia. Se recomienda repasar el cuadro de riesgos individualmente con cada entidad y, especialmente, antes de abordar una reunión conjunta con todas ellas. Esta herramienta permite tener una visión clara sobre el estado de las operaciones financieras que posee la empresa y es necesaria para facilitar las negociaciones con el *pool bancario*. Según explica Jose Ramón Fernández de la Cigoña, "El *pool bancario* es un informe detallado que deben presentar las empresas a los bancos cuando necesitan financiación bancaria" (Cigoña, 2023).

En el cuadro del *pool bancario* es importante que se incluyan una serie de conceptos como los que se detallan a continuación, conceptos que más adelante se irán explicando mediante un ejemplo práctico:

- Riesgos con Garantía hipotecaria
- Riesgos con Garantía personal
- Avaes o riesgos de firma

A modo de ejemplo, a continuación, se muestra un modelo de cuadro de *pool bancario* donde se puede observar el detalle de las operaciones financieras de una Sociedad real dedicada a la promoción inmobiliaria. Por razones de confidencialidad se obvia la razón social del



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Grupo inmobiliario y la identificación de las entidades financieras implicadas.

GRUPO

ENTIDAD	DISPUESTO PROMOTOR GARANTIA HIPOTECARIA	DISPUESTO SUELO GARANTIA HIPOTECARIA	DISPUESTO OTROS GARANTIA HIPOTECARIA	PÓLIZAS SUELO GARANTIA PERSONAL	PÓLIZAS CIRCULANTE GARANTIA PERSONAL	DISPUESTO AVALS				TOTAL	% SUBTOTAL RIESGO (SIN AVCTES Y AYTO)
						CLIENTES	SUELO	AYUNTAMIENTO	OTROS		
ENTIDAD 1	54.775.215	36.278.740		3.000.000	12.000.000	1.642.192	841.865	902.985	0	109.440.997	14,34%
ENTIDAD 2	29.043.158	53.986.529	163.220	2.840.000	4.450.000	866.694	16.811.373	2.181.184	0	110.342.158	14,46%
ENTIDAD 3	36.255.411	13.777.476		1.650.000	6.150.000	799.680	6.133.553	3.652.132	7.000	68.425.252	8,97%
ENTIDAD 4	5.794.089	34.355.200	128.483	0	6.000.000	8.870.000	0	0	0	55.147.772	7,23%
ENTIDAD 5	18.363.744	11.314.737		0	6.100.000	0	6.291.324	1.154.485	0	43.224.290	5,66%
ENTIDAD 6	0	23.200.000		0	3.500.000	0	6.000.000	74.724	0	32.774.724	4,29%
ENTIDAD 7	21.599.000	10.675.980	892.867	0	0	0	0	0	0	33.167.847	4,36%
ENTIDAD 8	18.106.822	2.259.327	989.643	0	6.650.000	863.375	2.351.265	0	0	31.220.432	4,09%
ENTIDAD 9	2.634.012	11.843.000		1.915.718	7.000.000	0	2.775.467	381.428	0	26.549.625	3,48%
ENTIDAD 10	0	17.115.435		0	3.000.000	0	3.262.810	0	0	23.378.245	3,06%
ENTIDAD 11	4.168.336	0	14.316.820	4.000.000	2.000.000	0	0	1.679.937	0	26.165.093	3,43%
ENTIDAD 12	4.721.869	9.945.600		0	7.600.000	0	787.574	0	0	23.055.043	3,02%
ENTIDAD 13	0	18.641.400		0	2.000.000	0	0	0	0	20.641.400	2,70%
ENTIDAD 14	20.500.000			0	0	0	0	362.804	690.112	21.552.916	2,82%
ENTIDAD 15	3.939.963	0	1.820.483	160.375	11.250.000	0	0	45.000	1.485.295	18.701.116	2,45%
ENTIDAD 16	12.312.000	5.740.000		0	1.500.000	0	1.379.322	0	0	20.931.322	2,74%
ENTIDAD 17	6.189.954	770.247		0	2.000.000	0	4.867.170	440.827	0	14.268.197	1,87%
ENTIDAD 18	12.080.710	0	0	0	2.461.611	0	0	0	0	14.542.321	1,91%
ENTIDAD 19	4.273.450	6.100.000		0	3.000.000	0	0	0	0	13.373.450	1,75%
ENTIDAD 20	0	10.092.548		1.648.000	0	0	0	0	1.127.005	12.867.553	1,69%
ENTIDAD 21	4.070.567	164.768		0	2.400.000	922.891	0	610.258	131.367	8.299.851	1,09%
ENTIDAD 22	0	4.163.849		0	4.000.000	0	0	0	0	8.163.849	1,07%
ENTIDAD 23	5.066.691	0		0	1.800.000	0	0	0	0	6.866.691	0,90%
ENTIDAD 24	0	3.211.000		0	1.500.000	0	0	0	0	4.711.000	0,62%
ENTIDAD 25	0	0		0	2.000.000	0	0	628.103	0	2.628.103	0,34%
ENTIDAD 26	0	0	394.690	0	2.000.000	0	0	0	0	2.394.690	0,31%
ENTIDAD 27	0	0		0	2.000.000	0	0	0	0	2.000.000	0,26%
ENTIDAD 28	0	0		0	1.500.000	0	0	0	0	1.500.000	0,20%
ENTIDAD 31	0	2.530.000	269.929	0	1.500.000	0	0	0	0	4.299.929	0,56%
ENTIDAD 32	0	0		0	403.824	312.273	0	243.115	0	959.212	0,13%
ENTIDAD 33	275.000	0	995.213	0	300.000	0	0	0	0	1.570.213	0,21%
TOTAL	264.169.990	276.165.836	19.971.348	15.214.093	106.065.435	14.277.105	51.501.723	12.356.983	3.440.779	763.163.292	100%
% SOBRE RIESGO	34,6%	36,2%	2,6%	2,0%	13,9%	1,9%	6,7%	1,6%	0,5%	100,0%	

Tabla 4. Pool bancario por entidades



La información ha sido facilitada por el economista que llevó a cabo la refinanciación de este grupo empresarial.

Esta tabla detalla el riesgo por entidad financiera de un Grupo de Sociedades que, durante la crisis inmobiliaria, tuvo que llevar a cabo un proceso de refinanciación en la que se vieron involucradas 33 entidades financieras.

La tabla clasifica el riesgo bancario en garantías hipotecarias (cabecera color salmón), garantías personales (cabecera color amarillo) y avales (cabecera color verde). Cada fila corresponde a una entidad financiera. En las dos últimas columnas se puede observar el riesgo total por entidad y el porcentaje de riesgo que representa cada entidad sobre el total. De esa forma se obtiene un ABC de financiación por entidad, visualizando qué entidades aportan mayor o menor riesgo.

Hay que saber diferenciar entre garantía hipotecaria, garantía personal y avales. La principal diferencia es que, en las garantías hipotecaria y personal, las entidades financieras entregan el dinero a la sociedad en forma de préstamos o créditos, por lo tanto, estos suponen un riesgo directo desembolsado ya que la empresa ha contraído obligaciones de pago con el banco. En cambio, en los avales, las entidades financieras no entregan dinero a la empresa, sino que, garantizan que se va a cumplir con la obligación de pago futuro, o bien el cumplimiento de la entrega de un bien o un servicio, o el cumplimiento de algún compromiso contractual. Al no implicar una entrega inmediata de



dinero y que el banco asuma responsabilidades de la empresa a futuro, se dice habitualmente que existe un riesgo de firma.

Es importante explicar la diferencia entre los diferentes tipos de avales, entre los que encontramos: avales de clientes, avales de suelo, avales de ayuntamientos, y otros avales. Los avales de clientes son garantías que la empresa tiene que proporcionar a los compradores de los inmuebles para asegurar que las entregas a cuenta que los clientes han desembolsado serán devueltas si el inmueble o la vivienda no es entregada en las condiciones firmadas. Los avales de suelo garantizan las cantidades de pago aplazadas por la compra de solares, es decir, que el comprador se compromete a pagar de forma aplazada al vendedor. Los avales de ayuntamientos y administraciones públicas garantizan que las obras, urbanizaciones o las prestaciones de servicios se efectúan correctamente o que no se produzcan daños. En el caso de no cumplir con las obligaciones, o producirse daños, la Administración Pública y los Ayuntamientos tienen el derecho a ejecutar el aval y cobrar las cantidades avaladas. Otros tipos de avales pueden ser los técnicos, que se conceden frente a otros organismos (públicos y privados) y garantizan el adecuado cumplimiento de una obligación contractual: entrega de un bien o prestación de un servicio.

Explicados estos conceptos, se puede observar que la tabla refleja la cantidad total de dinero que cada entidad ha prestado al Grupo empresarial con la clasificación de su riesgo. Las primeras entidades bancarias son las que mayor riesgo tienen ya que son las que mayor cantidad de dinero han desembolsado.



En este ejemplo práctico, podemos concluir que el Grupo de empresas tiene un riesgo dispuesto de 763.163.292 € distribuidos en 33 entidades financieras, de los cuales, el 73,4% es riesgo con garantía hipotecaria, el 15,9 % es riesgo con garantía personal, y el 10,7% del riesgo está materializado en avales. Además, podemos concluir que este Grupo empresarial tiene un *pool bancario* amplio con el riesgo muy diversificado, observando que la entidad financiera con mayor riesgo concedido representa un 14,46% del riesgo total.

A continuación, se presenta un cuadro-ejemplo de pool bancario, pero en lugar de estar clasificado como el cuadro anterior por entidades financieras, en este caso el riesgo se encuentra clasificado por Sociedades acreditadas (o deudoras) agrupadas por zonas geográficas:



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

	DISPUESTO PROMOTOR GARANTIA HIPOTECARIA	DISPUESTO SUELO GARANTIA HIPOTECARIA	DISPUESTO OTROS GARANTIA HIPOTECARIA	POLIZAS		DISPUESTO AVALES				TOTAL RIE SGO	% TOTAL RIE SGO
				SUELO GARANTIA PERSONAL	CIRCULANTE GARANTIA PERSONAL	CLIENTES	SUELO	AYUNTAMIENTO	OTROS		
SOCIEDAD MATRIZ 1	0	0	0	0	17.600.000	0	0	0	1.485.295	19.085.295	2,5%
SOCIEDAD 1	0	484.000	150.755	0	600.000	0	0	0	0	1.234.755	0,2%
SOCIEDAD 2	0	0	384.454	0	0	0	0	0	0	384.454	0,1%
SOCIEDAD 3	0	0	197.293	0	0	0	0	0	0	197.293	0,0%
SOCIEDAD 4	0	0	161.673	0	0	0	0	0	0	161.673	0,0%
SOCIEDAD 5	0	0	72.636	0	0	0	0	0	0	72.636	0,0%
SOCIEDAD 6	0	0	673.798	0	900.000	0	0	0	0	1.573.798	0,2%
SOCIEDAD 7	0	0	0	0	150.000	0	0	0	0	150.000	0,0%
SOCIEDAD 8	0	3.233.000	2.556.599	160.375	200.000	0	0	0	0	6.149.974	0,8%
SOCIEDAD 9	0	0	191.453	0	0	0	0	0	0	191.453	0,0%
SOCIEDAD 10	0	0	501.142	0	0	0	0	0	0	501.142	0,1%
SOCIEDAD 11	384.000	0	0	0	150.000	0	0	0	0	534.000	0,1%
SOCIEDAD 12	0	2.000.000	235.483	0	0	0	0	0	0	2.235.483	0,3%
SOCIEDAD 13	0	220.000	465.548	0	0	0	0	0	0	685.548	0,1%
SOCIEDAD 14	4.897.000	0	63.694	0	0	0	0	45.000	0	5.005.694	0,7%
SOCIEDAD 15	0	52.776.600	0	0	10.100.000	8.870.000	0	0	0	71.746.600	9,4%
SUBTOTAL SOCIEDADES NORTE	5.281.000	58.713.600	5.654.528	160.375	12.100.000	8.870.000	0	45.000	0	90.824.503	11,9%
SOCIEDAD MATRIZ 2	1.612.963	0	14.316.820	0	0	0	0	0	0	15.929.783	2,1%
SOCIEDAD 16	233.145.045	169.568.875	0	15.053.718	65.065.435	4.061.538	45.501.723	10.938.415	1.955.484	545.290.233	71,5%
SOCIEDAD 17	8.765.445	36.183.361	0	0	9.500.000	1.345.567	0	1.298.844	0	57.093.217	7,5%
SOCIEDAD 18	0	11.700.000	0	0	0	0	6.000.000	74.724	0	17.774.724	2,3%
SOCIEDAD 19	15.032.078	0	0	0	1.800.000	0	0	0	0	16.832.078	2,2%
SOCIEDAD 20	333.460	0	0	0	0	0	0	0	0	333.460	0,0%
SUBTOTAL SOCIEDADES SUR	257.276.028	217.452.236	0	15.053.718	76.365.435	5.407.105	51.501.723	12.311.983	1.955.484	637.323.712	83,5%
TOTAL GRUPO	264.169.990	276.165.836	19.971.348	15.214.093	106.065.435	14.277.105	51.501.723	12.356.983	3.440.779	763.163.293	100,0%
% SOBRE TOTAL RIE SGO	34,6%	36,2%	2,6%	2,0%	13,9%	1,9%	6,7%	1,6%	0,5%	100,0%	

Tabla 4. Pool bancario por sociedades

Esta tabla muestra que el riesgo dispuesto es mayor en las sociedades de la zona sur con un 85,6 % (2,1 % + 83,50%), que el riesgo dispuesto en las sociedades de la zona norte, con un 14,4 % (2,5% + 11,9%).

Adicionalmente se muestra el cuadro de riesgos individual por cada Sociedad del grupo. (Se incorporan 2 a modo de ejemplo).



SOCIEDAD 1

ENTIDAD	LEASING	DISPUUESTO PROMOTOR	DISPUUESTO SUELOS	OTROS PTMOS. (Gar.pers.)	PRES/CTO.SUELO (Gar.pers.)	RESTO CTO	DISPUUESTO AVALES				TOTAL	SIN AVALES ENTREGAS
							CLIENTES	SUELO	AYTO	OTROS		
ENTIDAD 1											0	
ENTIDAD 2											0	
ENTIDAD 3											0	
ENTIDAD 4											0	
ENTIDAD 5											0	
ENTIDAD 6											0	
ENTIDAD 7											0	
ENTIDAD 8											0	
ENTIDAD 10											0	
ENTIDAD 11						1.500.000					1.500.000	
ENTIDAD 12											0	
ENTIDAD 13						3.000.000					3.000.000	
ENTIDAD 14											0	
ENTIDAD 15						1.550.000					1.550.000	
ENTIDAD 16						11.250.000				1.485.295	12.735.295	
ENTIDAD 17											0	
ENTIDAD 18											0	
ENTIDAD 19						300.000					300.000	
TOTAL	0	0	0	0	0	17.600.000	0	0	0	1.485.295	19.085.295	100,00%

Tabla 5. Cuadro de riesgos individual Sociedad 1



SOCIEDAD 2

ENTIDAD	LEASING	DISPUUESTO PROMOTOR	DISPUUESTO SUELOS	OTROS PTMOS. (Gar.pers.)	PRES/CTO.SUELO (Gar.pers.)	RESTO CTO	DISPUUESTO AVALES				TOTAL	SIN ENTREGAS AVALES
							CLIENTES	SUELO	AYTO	OTROS		
ENTIDAD 1											0	
ENTIDAD 2											0	
ENTIDAD 3											0	
ENTIDAD 4				14.456							14.456	
ENTIDAD 5			484.000								484.000	
ENTIDAD 6											0	
ENTIDAD 7											0	
ENTIDAD 8											0	
ENTIDAD 9						600.000					600.000	
ENTIDAD 10											0	
ENTIDAD 11				25.036							25.036	
ENTIDAD 12											0	
ENTIDAD 13				111.263,00							111.263	
ENTIDAD 14											0	
ENTIDAD 15											0	
TOTAL	0	0	484.000	150.755	0	600.000	0	0	0	0	1.234.755	100,00%

Tabla 6. Cuadro de riesgos individual Sociedad 2

Adicionalmente a los cuadros generales del pool, se debe tener una ficha

Adicionalmente a los cuadros generales del pool, se debe tener una ficha detallada por cada entidad financiera que sirva de guía para la negociación y que detalle el capital concedido y el capital dispuesto de cada sociedad, la fecha de vencimiento del préstamo concedido, así como el periodo de carencia de cada operación, es decir, el



periodo de tiempo en el que solo se pagan intereses y no se paga capital.

Se muestran dos cuadros a modo de ejemplo:

SITUACION ENTIDAD 1 GRUPO

RIESGO INICIAL

PRÉSTAMOS PROMOTOR	Sociedad	CAPITAL CONCEDIDO	CAPITAL DISPUESTO	Vencimiento Préstamo	Fin plazo carencia
Préstamos promotor 1	Sociedad 1	13.935.198	13.026.381	04/04/2033	04/04/2010
Préstamos promotor 2	Sociedad 2	1.730.879	1.730.879	04/11/2033	04/11/2008
Préstamos promotor 3	Sociedad 3	25.500.000	13.641.356	04/12/2034	04/12/2009
Préstamos promotor 4	Sociedad 4	646.000	644.542	04/12/2037	Ya en amortización
TOTAL PROMOTOR		41.812.077	29.043.158		

PRÉSTAMOS SUELO

Préstamos suelo 1	Sociedad 1	14.725.000	14.725.000	04/07/2008
Préstamos suelo 2	Sociedad 2	4.600.000	1.712.627	04/01/2011
Préstamos suelo 3	Sociedad 3	12.424.000	0	04/03/2011
Préstamos suelo 4	Sociedad 4	46.503.591	35.342.493	
TOTAL SUELO		78.252.591	51.780.120	

Tabla 7. Ficha detallada Entidad 1

SOCIEDAD ENTIDAD 2 GRUPO		RIESGO INICIAL			
PRÉSTAMOS PROMOTOR	Sociedad	CAPITAL CONCEDIDO	CAPITAL DISPUESTO	Vencimiento Préstamo	Fin plazo carencia
	Préstamo promotor 1	Sociedad 1	224.280	224.280	14/07/2031
Préstamo promotor 2	Sociedad 2	16.000.000	15.694.000	05/10/2019	05/10/2009
Préstamo promotor 3	Sociedad 3	4.429.110	2.108.070	12/03/2010	
TOTAL PROMOTOR		20.653.390	18.026.350		
PRÉSTAMOS SUELO					
Préstamo suelo 1	Sociedad 1	2.005.122	2.005.122	19/05/2009	
Préstamo suelo 2	Sociedad 2	254.205	254.205	14/09/2010	
TOTAL SUELO		2.259.327	2.259.327		

Tabla 8. Ficha detallada Entidad 2

Es importante distinguir entre tres tipos de riesgo: riesgo directo, riesgo indirecto y riesgo de firma.

En cuanto al riesgo directo se diferencia entre riesgo con garantía real, el cual se encuentra respaldado por activos tangibles como pueden ser bienes inmuebles y el riesgo con garantía personal, en el que la garantía de la que responde la operación es la propia Sociedad con su patrimonio, y con sus bienes y derechos presentes y futuros.

En el caso de riesgos con garantía real o hipotecaria, en situaciones de impago el banco puede exigir la ejecución de los bienes afectos directamente a la garantía o hipotecados para saldar la deuda, en todo



o en parte. En caso de impago la entidad podrá iniciar un procedimiento de ejecución hipotecaria y solicitar a través del mismo la subasta del bien que garantiza la operación. Las subastas pueden ser judiciales, notariales o privadas a través de entidad especializada. A dicha subasta, que es pública, pueden acudir terceras personas físicas o jurídicas ajenas a la operación realizando las pujas necesarias. La subasta se adjudica al mejor postor. Celebrada la subasta, puede que el bien se lo adjudique un tercero o que se lo adjudique la entidad financiera como acreedor hipotecario. En caso de la adjudicación por parte de un tercero, el importe de la subasta se entregará al acreedor hipotecario en pago de la deuda, hasta la cobertura de la misma. Si el importe obtenido en la subasta no cubre la deuda, el acreedor hipotecario podrá reclamar al deudor el importe restante. En caso de que la subasta quede desierta y no acudan terceros a la puja, el acreedor hipotecario se podrá adjudicar el bien por el 50% del valor de tasación para subasta establecido en la operación hipotecaria. Si este importe de adjudicación no cubre el 50% de la deuda, el acreedor hipotecario podrá seguir reclamando al deudor el resto de la deuda no recuperada mayorada por los intereses ordinarios, moratorios y las costas del procedimiento. Es por ello que hay que tener en cuenta que en una operación con garantía hipotecaria la entidad financiera a través de la ejecución hipotecaria puede quedarse con el bien en garantía y adicionalmente seguir reclamando el importe restante de la misma, que puede llegar hasta el 50% de la operación más sus intereses y costas, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria fijada.



El riesgo con garantía personal se sustenta en el compromiso individual de la empresa o persona acreditada, lo que significa que en caso de incumplimiento podrían verse perjudicados sus bienes presentes y futuros.

En los riesgos indirectos se incluyen las líneas de descuento, líneas de confirming y líneas de factoring. Las líneas de descuento permiten a la empresa obtener liquidez a corto plazo anticipando el cobro de los efectos en cartera antes de que llegue su vencimiento. Las líneas confirming aseguran el pago a sus proveedores con la ayuda de una entidad financiera, anticipando el dinero a los proveedores. Las líneas de factoring transfieren el riesgo de impago a las entidades financieras cediéndoles sus cuentas a cobrar con el objetivo de obtener liquidez inmediata, y básicamente supone un anticipo del cobro de las facturas a través de su cesión a la entidad financiera.

Por último, en el riesgo de firma encontramos diversos avales: técnicos o de cumplimiento, y financieros o de garantía. Los avales técnicos aseguran que la compañía cumplirá con determinadas responsabilidades contractuales, tales como el cierre de un proyecto o la provisión de bienes o servicios. Los avales financieros tratan de garantizar un compromiso de pago de la Sociedad, comprometiéndose a pagar la entidad financiera al acreedor en caso de impago por parte de la sociedad.

En el proceso de refinanciación debemos ser capaces de plantear una solución conjunta para todas las entidades financieras de forma que todas ellas tengan el mismo tratamiento y ninguna de ellas reciba un trato



privilegiado respecto de las demás. Es posible que, con anterioridad al inicio del proceso de refinanciación, algunas entidades financieras quieran salirse del riesgo de la Sociedad y resolver su posición de forma individual.

8. Negociación proceso de refinanciación con entidades financieras y acreedores

El proceso de refinanciación implica la negociación con entidades financieras y acreedores, donde hay que seguir una serie de pasos con el fin de equilibrar los intereses de las partes involucradas. A continuación, se desarrollan aquellas etapas clave que destacan en este proceso como el pacto de espera, la condición suspensiva, el documento de condiciones y términos (*term sheet*), el contrato de financiación, un documento de garantías, el acuerdo entre acreedores y finalmente, una serie de documentos notariales.

1.- Pacto de espera

El pacto de espera es un acuerdo inicial que se toma en el proceso de refinanciación por el cual se deja en suspenso, durante un periodo perfectamente delimitado (llamado de espera), la eficacia y aplicabilidad de las siguientes cláusulas de las pólizas de crédito, los préstamos bancarios y demás instrumentos de concesión de crédito:

- Vencimiento anticipado y cancelación
- Reducción de crédito
- Pignoración y/o disposición de saldo, valores o activos financieros titularidad del acreditado y/o



prestatario o de sus fiadores o avalistas depositados en entidad bancaria

- Compensación de saldos
- Constitución de nuevas garantías, excepto las ya construidas entre dichas fechas.
- En general todas aquellas que pueden perseguir los mismos fines

Este pacto de espera, habitualmente, supone además:

- Prorrogar automáticamente pólizas de crédito o préstamo que a día de inicio del periodo de suspenso están vencidas o que venzan en el periodo comprendido fijado para la espera (aun cuando en el clausulado del correspondiente instrumento financiero esa facultad no se contemple o esté expresamente rechazada)
- Durante el periodo de espera, no se suspenderá el devengo de intereses ordinarios de las pólizas de crédito, préstamos hipotecarios y demás instrumentos de concesión de crédito (se podría solicitar), durante el periodo de espera, aunque sí su abono (que se realizará una vez alcanzado el acuerdo de refinanciación).
- Durante el periodo de espera no se ejercitarán acciones judiciales o extrajudiciales para exigir el pago de cualquier tipo de pasivo, ya sea contra el deudor principal y/o fiadores y avalistas. Asimismo, se suspenderán las ejecuciones que hubieran sido iniciadas, hasta el final del referido periodo de espera.
- Durante el periodo de espera, no se devengarán intereses de demora ni intereses de los intereses ordinarios vencidos y no satisfechos (renuncia a la



facultad de capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos).

2.- Condición suspensiva

Sujeción de la eficacia de la reestructuración a la firma de todas las entidades de los documentos que instrumentan la propia reestructuración financiera.

3.- Documento de condiciones y términos (*term sheet*)

Establece las condiciones generales de la Reestructuración financiera y financiación adicional. Se pactan las reglas de juego.

4.- Contrato de financiación

Desarrollo del *Term Sheet* estableciendo pormenorizadamente las condiciones de la Reestructuración financiera. Se desarrollan las reglas de juego.

5.- Documento de garantías

Fijación y otorgamiento de garantías para asegurar el cumplimiento del *Term Sheet*: garantías personales, hipotecarias (bienes inmuebles), pignoraticias (saldos financieros, derechos, acciones y participaciones) y de remanente (tratamiento del excedente en la venta de cualquier activo hipotecado, pignorado o sin garantías directas).

6.- Acuerdo entre acreedores

Regulación de determinados aspectos de las relaciones acreedoras y deudoras entre las partes,



principalmente mayorías, ejecución de garantías, aspectos concursales, etc...

7.- Documentos notariales:

Contrato principal de financiación o refinanciación:

Elevación a público del contrato de financiación y de los documentos de garantías. Habitualmente se firma inicialmente por parte de los acreditados y por el Banco Agente o Banco director de la refinanciación.

Adhesiones de entidades financieras:

Documento notarial mediante el cual cada una de las entidades financieras participantes en el proceso se adhiere a la firma del contrato o documento principal de la refinanciación. Suele fijarse un plazo máximo para otorgar las adhesiones de las entidades financieras.

Firma de condiciones suspensivas por entidades financieras:

Documento notarial mediante el cual cada una de las entidades financieras participantes en el proceso sujeta la eficacia y cumplimiento de este, a que el contrato de adhesión sea firmado por un porcentaje de deuda o un porcentaje de entidades financieras, de forma que, si no se alcanza dicho porcentaje, opera la condición suspensiva, y la firma del contrato principal y del otorgamiento de garantías queda sin efecto, y se vuelve a la situación anterior.

Diligencia de cierre:

Documento notarial mediante el cual el notario establece si se ha conseguido el porcentaje de



adhesiones exigidas para la eficacia del contrato principal, tomando este plena validez y eficacia, o si, por el contrario, no se ha conseguido el porcentaje de adhesiones exigidas y opera la condición suspensiva, en cuyo caso el contrato principal decae, no toma eficacia ni validez, y se vuelve a la situación anterior.

Adicionalmente, es importante saber que significa un préstamo sindicado y tener clara la estructura que debe seguir. Tal y como se define en la web del BBVA, "se conoce como préstamo sindicado a aquel en el que se presta una gran cantidad de dinero a una gran empresa por parte de varios bancos o cajas (en lugar de hacerse cargo una única entidad, como ocurre con los préstamos)" (BBVA, s.f.). En los préstamos sindicados intervienen tres partes: prestamista, prestatario y agente. El prestamista es el grupo de entidades que conceden el préstamo, el prestatario es la empresa o empresas que recibe el dinero prestado, y el agente es el interlocutor o banco director que fijan las entidades financieras.

La estructura que debe tener el documento público o privado por el que se concede un crédito o préstamo sindicado es la siguiente:

1. Importe
2. Destino de la financiación
3. Condiciones para la entrega y disposición
 - 3.1. Características de las disposiciones
 - 3.2. Solicitud de una disposición
 - 3.3. Comunicación de aviso de una disposición
 - 3.4. Entrega de los fondos de las disposiciones



4. Condiciones previas o simultaneas a las disposiciones
5. Responsabilidad de las entidades acreditantes de los obligados
 - 5.1. Responsabilidad de las entidades acreditantes. Carácter mancomunado.
 - 5.2. Reglas para la adopción de decisiones de las entidades acreditantes
 - 5.3. Régimen de responsabilidad de los acreditados de los garantes
6. Devengo y periodos de intereses
7. Tipo de interés
8. Liquidación y pago de intereses
9. Intereses indemnizatorios o de demora
10. Capitalización
11. Duración, vencimiento y reembolso
12. Amortización ordinaria
13. Amortización y cancelación anticipada
14. Declaraciones formales de los acreditados
15. Información financiera de los acreditados
16. Otras obligaciones de los obligados
17. Resolución anticipada
18. Indemnización
19. Pagos
20. Compensación
21. Proporcionalidad en los pagos
22. Imputación de los pagos
23. El agente y las entidades acreditantes
24. Garantía personal solidaria
25. Garantías reales hipotecarias
26. Garantías reales pignoraticias
27. Ejecución de las garantías
28. Impuestos
29. Cartas de pago de impuestos



- 30.IVA
- 31.Comisiones de estructuración y agencia
- 32.Costes y gastos
- 33.Ilegalidad
- 34.Variación de circunstancias
- 35.Cesión por parte de las entidades acreditantes
- 36.Acreditación de deuda y acción ejecutiva
- 37.Comunicaciones
- 38.Definiciones
- 39.Ley
- 40.Jurisdicción

9. Cierre de la refinanciación y firma de documentos

Quando se firma un crédito sindicado concedido por varios bancos, hay dos conceptos a tener en cuenta. En primer lugar, el banco agente, que es el banco principal ya que es el que firma los documentos. Y, en segundo lugar, el resto de los bancos, que acuden a la notaría dentro del plazo fijado y se adhieren al préstamo sindicado.

A continuación, se incorpora como ejemplo el texto que tiene que incluir cada banco cuando se adhiere en el expositivo de la escritura y el texto que debe poner en el cuerpo de la escritura.

"En el expositivo



Que entidad financiera es conocedor de que SOCIEDAD 1, S.A. está, junto con el resto de sociedades de su grupo, en un proceso de reestructuración financiera y solicitud de financiación adicional que se completará con la formalización de un préstamo o crédito sindicado por parte de todas o la mayor parte de las entidades que actualmente financian las actividades del grupo.

Al final del texto del clausulado

Asimismo, en virtud del presente documento entidad financiera manifiesta su firme obligación frente a SOCIEDAD 1, S.A. de adherirse a la financiación adicional que el grupo SOCIEDAD MATRIZ 1, al que pertenece SOCIEDAD 1, S.A. está negociando con el conjunto de entidades que financian las actividades propias del grupo. Esta adhesión implica el compromiso inicial de entidad financiera de suscribir el instrumento o instrumentos a través de los cuales se formalice la financiación adicional y que previsiblemente consistirá en un préstamo o crédito sindicado, siempre que la misma reúna las siguientes condiciones: Criterio de reparto aprobado por el sindicato de financiación con importe máximo para entidad financiera de xxxxxxxxxxxx, y vencimiento mínimo a 31 de diciembre de 20XX, cobertura de toda la operación con garantía real y sujeto a la adhesión mínima del 95% del riesgo vivo del grupo. Este compromiso de adhesión se mantendrá vigente hasta el día 31 de julio de 20XX, momento a partir del cual, en caso de no formalizarse la financiación adicional, o no existir al menos un acuerdo de formalización pendiente de ejecución no más allá del 30 de septiembre



de 20XX, entidad financiera quedará liberado de compromiso, siempre que la falta de formalización no se deba a un hecho imputable exclusivamente a entidad financiera.”

Este proceso está planteado para que todos los bancos no tengan la necesidad de acudir a la vez a la notaría, dado que esto a veces no es posible por la dispersión geográfica o por la falta de disponibilidad de algunas entidades. Una vez se han adherido todos los bancos, se hace una diligencia de cierre mediante el cual, queda acreditado que han firmado todas las entidades financieras. A modo de ejemplo se presenta la diligencia de cierre:

“En el expositivo

Que ENTIDAD FINANCIERA X es conocedor de que SOCIEDAD 1, S.A. está, junto con el resto de sociedades de su grupo, en un proceso de reestructuración financiera y solicitud de financiación adicional que se completará con la formalización de un préstamo o crédito sindicado por parte de todas o la mayor parte de las entidades que actualmente financian las actividades del grupo.

En el cuerpo de la escritura

Cláusula nº XXXX



Asimismo, en virtud del presente documento, ENTIDAD FINANCIERA adquiere la obligación irrevocable frente a SOCIEDAD 1, S.A. de adherirse a la financiación adicional que el grupo SOCIEDAD MATRIZ 1, al que pertenece SOCIEDAD 1, S.A., está negociando con el conjunto de entidades que financian las actividades propias del grupo. Esta adhesión implica la obligación para la ENTIDAD FINANCIERA de suscribir el instrumento o instrumentos a través de los cuales se formalice la financiación adicional y que previsiblemente consistirá en un préstamo o crédito sindicado, siempre que la misma reúna las siguientes condiciones:

- *Importe máximo del préstamo o crédito sindicado que corresponde desembolsar a ENTIDAD FINANCIERA XXXXXXXXXXXX €.*
- *Plazo mínimo de reintegro del préstamo o crédito sindicado: 18 meses desde la primera disposición - 31 de diciembre de 20XX.*
- *Garantías de carácter real*
- *Número de entidades concurrentes: un número que como mínimo represente el 98% del pasivo exigible del Grupo.*
- *Términos y condiciones:*
 - *la disposición del crédito se realizará en varias disposiciones en función de las necesidades del grupo;*
 - *la determinación del importe exacto que corresponda aportar a ENTIDAD FINANCIERA al préstamo o crédito sindicado se determinará con arreglo al establecido por el pool bancario.*



- *la entidad agente será una o varias de entre las siguientes: Entidad X, Entidad Y, Entidad Z.*
- *las habituales para este tipo de sindicatos de financiación.*

Esta obligación de adhesión se mantendrá vigente hasta el día 31 de julio de 20XX, momento a partir del cual, en caso de no formalizarse la financiación adicional, o no existir al menos un acuerdo de formalización pendiente de ejecución no más allá del 30 de septiembre de 20XX, ENTIDAD FINANCIERA quedará liberado de esta obligación, siempre que la falta de formalización no se deba a un hecho imputable exclusivamente a ENTIDAD FINANCIERA.

Causas de extinción de la hipoteca

Las siguientes:

- *La no adhesión por parte de ENTIDAD FINANCIERA al préstamo o crédito sindicado al cual se ha obligado a adherirse en virtud de lo establecido en la Cláusula de esta escritura, dentro de los plazos y en los términos allí indicados por causa imputable a ENTIDAD FINANCIERA. En este caso, SOCIEDAD 1, S.A. notificará a ENTIDAD FINANCIERA que la garantía hipotecaria ha quedado extinguida por no haber cumplido ENTIDAD FINANCIERA su obligación de adhesión a la financiación adicional en un plazo de 5 días desde que dicho incumplimiento se haya producido, tras lo cual SOCIEDAD 1, S.A. podrá otorgar por sí mismo, y en virtud del apoderamiento irrevocable que en este momento*



se otorga, la preceptiva escritura de cancelación de la hipoteca que mediante la presente se constituye.”

10. Seguimiento de la refinanciación

Finalmente, para garantizar el éxito de la refinanciación de una empresa, se llega al último paso de este proceso, el seguimiento de la refinanciación. El seguimiento de la refinanciación es clave para asegurar que tanto las entidades financieras como los acreedores cumplan de manera efectiva todos los acuerdos y convenios que se han firmado con la empresa. Esta etapa conlleva la puesta en marcha de mecanismos de control, supervisión y evaluación que garanticen la correcta implementación de las condiciones acordadas y la viabilidad financiera de la compañía a largo plazo. En esta fase se lleva a cabo un seguimiento constante del cumplimiento de los pagos pactados, de las responsabilidades y obligaciones legales, además del desarrollo de los indicadores financieros de la compañía.

Adicionalmente, es importante una comunicación constante entre la empresa, las entidades financieras y los acreedores. Así como de asegurar que la compañía opere de acuerdo con los términos fijados en el contrato de la refinanciación.

Si en cualquier momento del seguimiento se identifica una posible desviación, error o incumplimiento que comprometa la viabilidad del



acuerdo, se deben establecer protocolos para renegociar los términos si resulta necesario para prevenir que empeore la situación financiera de la empresa.

El objetivo principal de este seguimiento es apoyar a la empresa en su proceso de recuperación económica y garantizar su expansión en el mercado.

11. Conclusión

Tras la realización de este Trabajo Final de Grado sobre el proceso de refinanciación de una empresa, se pueden obtener las siguientes conclusiones:

En primer lugar, es muy importante la detección del problema, es decir, la identificación temprana de aquellos indicadores de alarma que nos señalan el mal funcionamiento de la empresa. Por ello, es muy importante efectuar un presupuesto de tesorería ajustado, que nos permite anticipar problemas y establecer un plan de acción adecuado.

Posteriormente, es fundamental realizar un análisis muy detallado de la situación actual en la que se encuentra la empresa para así poder entender las causas que han derivado a una mala situación. Esto implica tener clara y bien estructurada la CIRBE para así poder establecer medidas correctoras efectivas. Tener un enfoque claro y estructurado sobre cómo se plantea el problema influye en la efectividad de las soluciones y facilita la comunicación con las entidades financieras y acreedores, lo que es esencial para la negociación de condiciones



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

favorables. En esta negociación con entidades financieras y acreedores es necesario equilibrar los intereses de todas las partes involucradas con el fin de acordar aquellas bases que permita a la empresa recuperarse y continuar su actividad.

Finalmente, es crucial realizar un seguimiento de post-refinanciación para asegurar que se cumplan todos los acuerdos y condiciones pactadas y así identificar a tiempo cualquier desviación que pueda surgir.

En resumen, para lograr el éxito en un proceso de refinanciación empresarial, es crucial detectar lo antes posible los problemas, efectuar un análisis claro, negociaciones efectivas y llevar a cabo un seguimiento muy cercano.

12. Bibliografía

Azofra Vegas, Fernando. (2009). *El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación*. Uría Menéndez. <https://www.uria.com/es/publicaciones/2216-el-nuevo-regimen-de-los-acuerdos-de-refinanciacion>

BBVA (s.f.). *Consejos para refinanciar las deudas de una empresa*. Salud financiera. <https://www.bbva.com/es/salud-financiera/consejos-para-refinanciar-las-deudas-de-una-empresa/>

BBVA (s.f.). *¿Qué es el «pool bancario»?* BBVA NOTICIAS. <https://www.bbva.com/es/economia-y-finanzas/lo-emprendedor-necesita-saber-del-pool-bancario/>



BBVA ESPAÑA. (s.f.). *Qué es un préstamo sindicado*. BBVA. <https://www.bbva.es/finanzas-vistazo/ef/prestamos/que-es-un-prestamo-sindicado.html>

Carson, Ian. (2024, 30 mayo). *What is a standstill agreement and when are they used?*. Harper James. <https://harperjames.co.uk/article/standstill-agreement/>

CIRBE - cliente bancario, Banco de España. (s.f.). <https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productosservici/relacionados/cirbe/>

Dobaño, Roger. (2024, 28 octubre). *Presupuesto de tesorería: qué es, cómo elaborar y ejemplos*. Autónomos, Empresas y Asesorías. QuipuBlog. <https://getquipu.com/blog/presupuesto-de-tesoreria/#:~:text=presupuesto%20de%20tesorer%C3%A9,%C2%BFQu%C3%A9%20es%20el%20presupuesto%20de%20tesorer%C3%ADa%3F,trimestre%2C%20semestre%20o%20a%C3%B1o>

Fernández De la Cigüña, J. R. (2024, 11 enero). *¿Cómo hacer el pool bancario de tu empresa?* Sage Advice España. <https://www.sage.com/es-es/blog/como-hacer-el-pool-bancario-de-tu-empresa/#:~:text=El%20pool%20bancario%20es%20un,%2C%20leasings%2C%20avales%2C%20etc>

Fernández, Eva. (2021, 22 febrero). *6 pasos para refinanciar las deudas de tu empresa*. Anfix. <https://www.anfix.com/blog/6-pasos-para-refinanciar-las-deudas-de-tu-pyme>



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

González Varadé, Patricia. (2024, 18 abril). *Reestructuración y refinanciación de deuda, diferencias y conceptos*. ILP Abogados. <https://www.ilpabogados.com/reestructuracion-y-refinanciacion-de-deuda-diferencias-y-conceptos/>

LetsLaw. (2021, 16 junio). *Reestructuración y refinanciación de deuda* - Letslaw. <https://letslaw.es/reestructuracion-y-refinanciacion-de-deuda/>

Nopal. (2023, 6 abril). *Señales de que tu empresa necesita una reestructuración* - Nopal. Nopal. <https://nopal.es/2023/04/06/senales-empresa-necesita-reestructuracion/>

Serrano, Manuela. (2020, 4 noviembre). *Concurso de acreedores y refinanciación de deuda: soluciones para momentos de crisis*. Ceca Magán. <https://www.cecamagan.com/blog/concurso-acreedores-refinanciacion-deuda-soluciones-momentos-crisis>

Gabilex

Nº 41

Marzo 2025



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

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

**BASES PARA LA
DIFUSIÓN**



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



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.



III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.



IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la



publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes



que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en



el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra *Verdana*¹³. 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

¹³ 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 autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen:(De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-
A) Tercer epígrafe.- a) Cuarto epígrafe



I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

A) Tercer nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) Cuarto nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

