

Nº 45
Primer trimestre 2026

Gabilex

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



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



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 45

Marzo 2026

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

Número 45. Marzo 2026

**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

Dª Mª 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. Jaime Pintos Santiago

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

Dª. 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

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha(exc)

D. José Enrique Candela Talavera

Doctor en Derecho (UCLM). Funcionario de la Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional

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

Prof. Derecho Procesal de la UNED

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



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 45

Marzo 2026

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

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

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LAS RELACIONES
Y VISITAS ENTRE HERMANOS: A PROPÓSITO DE LA STS
383/2025

D ^a Francisca Ramón Fernández.....	17
---	----

INVESTIGACIONES INTERNAS EN EL SECTOR PÚBLICO

D. Juan José González López	65
-----------------------------------	----

EL ANÁLISIS DEL RIESGO EN LA AUDITORÍA DE LOS
CONTRATOS PÚBLICOS

D ^a Hortensia García Pérez....	151
---	-----



LA ÚLTIMA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES
JURISDICCIONALES Y DE RECURSOS CONTRACTUALES
EN MATERIA DE ACCIÓN CONCERTADA. EXTREMADURA
Y OTRAS NORMATIVAS AUTONÓMICAS

D. Álvaro Casas Avilés.....237

HOMESCHOOLING Y ESCOLARIZACIÓN OBLIGATORIA
EN ESPAÑA

D. Ignacio Espíldora de Ancos.....313

ANÁLISIS DE CRITERIOS PARA GARANTIZAR LA
PROTECCIÓN DEL USUARIO EN ESPACIOS DE LA
ADMINISTRACIÓN LOCAL

D. Fernando Blanco Silva

D. Rubén Rodríguez Elizalde.....381

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

EL DELITO DE ODIO ANALÓGICO CONTRA REO

D. David Miras Estévez..421

RECENSIÓN

RECENSIÓN DEL LIBRO de los profesores RODRÍGUEZ-
ARANA MUÑOZ, J., y RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO,
Ma C., "LA DIMENSIÓN TEMPORAL EN LOS CONTRATOS
PÚBLICOS (SOBRE LA DURACIÓN Y LA PRÓRROGA EN
LA CONTRATACIÓN PÚBLICA)",

D. José Enrique Candela Talavera.....433

BASES DE PUBLICACIÓN451



EDITORIAL

En el número 45 de la Revista Gabilex se incluyen en la sección nacional seis artículos doctrinales, una reseña de jurisprudencia y una recensión, todos ellos de indudable interés y actualidad, por la relevancia práctica de las materias tratadas y el rigor con el que se abordan.

Abre la sección nacional el trabajo de D^a Francisca Ramón Fernández, "El interés superior del menor en las relaciones y visitas entre hermanos: a propósito de la STS 383/2025", que ofrece un análisis especialmente valioso de la proyección del interés superior del menor en un ámbito tan sensible como es el mantenimiento y protección de los vínculos fraternos, aportando criterios útiles para la interpretación y aplicación judicial y administrativa en contextos de crisis familiar y de protección de menores.

A continuación, D. Juan José González López aborda "Investigaciones internas en el sector público", estudio de extraordinaria utilidad en el contexto actual de fortalecimiento de los sistemas de integridad, en el que se examinan los principales retos de las investigaciones internas desde una perspectiva garantista, con atención a su encaje organizativo, sus fases y los elementos



esenciales para asegurar la eficacia y la seguridad jurídica.

Seguidamente, D^a Hortensia García Pérez presenta “El análisis del riesgo en la auditoría de los contratos públicos”, en el que profundiza en la identificación, valoración y tratamiento de riesgos en la contratación pública como eje metodológico para una auditoría más preventiva y orientada a resultados, conectando controles, evidencias y trazabilidad del expediente.

El artículo de D. Álvaro Casas Avilés, “La última doctrina de los tribunales jurisdiccionales y de recursos contractuales en materia de acción concertada. Extremadura y otras normativas autonómicas”, aporta una visión completa y comparada, particularmente oportuna, sobre la evolución doctrinal y los criterios decisorios en una figura que plantea debates intensos sobre su naturaleza, límites y garantías.

En quinto lugar, D. Ignacio Espíldora de Ancos, en “Homeschooling y escolarización obligatoria en España”, examina con detalle las tensiones entre libertad de enseñanza, deber de escolarización y el marco constitucional y legal vigente, ofreciendo claves interpretativas en un debate que sigue concitando atención social y jurídica.

Cierra la sección nacional el trabajo conjunto de D. Fernando Blanco Silva y D. Rubén Rodríguez Elizalde, “Análisis de criterios para garantizar la protección del usuario en espacios de la Administración local”, que sistematiza estándares y propuestas para reforzar la



tutela de las personas usuarias en el ámbito local, con una aproximación práctica orientada a mejorar la calidad del servicio público y la confianza ciudadana.

La reseña de jurisprudencia, a cargo de D. David Miras Estévez, titulada "El delito de odio analógico contra reo", aporta un estudio preciso y esclarecedor sobre la delimitación del tipo penal y su tratamiento jurisprudencial.

Finalmente, D. José Enrique Candela Talavero realiza la recensión de la obra de los profesores Rodríguez-Arana Muñoz, J., y Rodríguez Martín-Retortillo, M^a C., "La dimensión temporal en los contratos públicos (sobre la duración y la prórroga en la contratación pública)", destacando los aportes esenciales de un trabajo que resulta especialmente pertinente para uno de los puntos más sensibles de la gestión contractual: la correcta configuración, ejecución y control del tiempo contractual.

Como es habitual, el número se completa con las Bases de publicación, con el objetivo de seguir impulsando la calidad científica y la participación de la comunidad académica y profesional en la Revista Gabilex.

El Consejo de Redacción



REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LAS RELACIONES Y VISITAS ENTRE HERMANOS: A PROPÓSITO DE LA STS 383/2025¹

D^a Francisca Ramón Fernández

Catedrática de Derecho civil

Universitat Politècnica de València

Resumen: El presente trabajo se centra en la postura del Tribunal Supremo, en la sentencia 383/2025, donde se discute el interés superior del menor en las relaciones entre hermanos, en este caso, entre dos hermanas, que tienen el padre en común, y la existencia o no de justa causa para impedir las relaciones personales entre ellas,

¹ Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación de Excelencia Generalitat Valenciana (Proyecto Prometeu 2021/009, 2021-2024), y Proyecto de I+D+i 2023-2025 (PID2022-136439OB-I00) financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ FEDER, UE, y PROYECTO CIPROM 2024 Prometeu 2025 para grupos de investigación de excelencia, Algorithm Law (2025-2029).



teniendo en cuenta el interés en que se establezca la relación por parte de una de ellas, y al margen de la situación penal en la que se encuentra el progenitor común. Si a eso se une una situación de violencia familiar o violencia de género, el denominado interés superior de menor y las relaciones entre hermanos puede derivar en conflictos judiciales donde los hijos pueden tener unas consecuencias que no les corresponden por lo que hayan realizado sus padres. La citada sentencia manifiesta que ese interés que va más allá del interés de los progenitores, y que deben ser exonerados los hijos de cualquier tipo de culpa por lo que hayan hecho los progenitores, ya que no deben pagar “justos por pecadores”.

Abstract: This paper focuses on the position of the Supreme Court in ruling 383/2025, which discusses the best interests of the child in sibling relationships, in this case, between two sisters who share a common father, and the existence or absence of just cause to prevent personal relationships between them, taking into account the interest in establishing the relationship on the part of one of them, and regardless of the criminal situation of the common parent. If a situation of domestic violence or gender-based violence is added to this, the so-called best interests of the child and sibling relationships can lead to legal conflicts where children may suffer consequences that are not theirs for what their parents have done. The aforementioned ruling states that this interest goes beyond the interest of the parents, and that the children must be exonerated from any type of blame for what their parents have done,



since they should not have to pay "for the sins of the guilty."

Palabras clave: interés superior del menor; visitas entre hermanos; violencia; delitos sexuales

Key words: best interests of the child; sibling visits; violence; sexual offenses

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: UN CONCEPTO DISCUTIDO Y DISCUTIBLE. III. LA STS 383/2025, DE 23 DE ENERO DE 2025: EL MENOR NO TIENE CULPA DE LO QUE HAYA REALIZADO EL PROGENITOR. RÉGIMEN DE VISITAS ENTRE HERMANOS. IV. CONCLUSIONES. 1. La violencia de género y la instrumentalización del menor. La STS 383/2025, de 23 de enero: su análisis y situación del menor afectado. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En las relaciones entre los progenitores y los descendientes uno de los aspectos que da lugar a la intervención judicial es el régimen de visitas entre los mismos cuando la situación familiar deriva en un conflicto. Sin embargo, las relaciones que se pueden establecer en las denominadas nuevas formas familiares², por ejemplo, en el caso de familias

² DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *El Derecho de familia hoy: nuevas tendencias legales y jurisprudenciales*, Reus, Madrid, 2025.



reconstituidas³ donde además de hijos en común existen hijos de otras parejas o matrimonios anteriores, suele complicarse por diversos motivos, como puede ser que uno de los progenitores viva en un lugar diferente, falta de acuerdo en torno al régimen de visitas, entre otros.

Si a eso se une una situación de violencia familiar o violencia de género, el denominado interés superior de menor y las relaciones entre hermanos puede derivar en conflictos judiciales donde los hijos pueden tener unas consecuencias que no les corresponden por lo que hayan realizado sus padres. Ahí es donde radica su interés superior, ese interés que va más allá del interés de los progenitores, y que deben ser exonerados de cualquier tipo de culpa por lo que hayan hecho los progenitores, ya que no deber pagar «justos por pecadores».

En este trabajo nos proponemos detenernos en un caso resuelto por el Tribunal Supremo muy recientemente en la sentencia 383/2025, y que nos muestra cómo los hijos deben quedar al margen de lo que hayan realizado sus padres en el pasado, y que ese interés superior del menor se erige como piedra angular para mantener una relación de hermandad, en el sentido literal de la expresión.

³ CARRILLO LERMA, C.: *Las familias reconstituidas: las relaciones familiares entre el cónyuge del progenitor y el hijo menor no común*, Universidad de Murcia, Murcia, 2020. Disponible en: <https://digitum.um.es/digitum/handle/10201/101464> (Consultado el 16 de marzo de 2025).



El motivo de abordar el análisis de este caso es la peculiaridad del mismo, además de ver cómo el Alto Tribunal se pronuncia más allá del interés de uno de los progenitores y contempla como prioritario que una de las hermanas desee mantener contacto con su hermana de vínculo sencillo, más allá de lo que hubiera pasado en la familia, ya que se pone el foco en su persona, y no en el progenitor que está cumpliendo condena.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: UN CONCEPTO DISCUTIDO Y DISCUTIBLE

El artículo 39 de la Constitución establece la protección de las personas menores de edad por parte de los poderes públicos, y también el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la menor edad y en los demás casos que legalmente proceda.

Esta protección también se contempla en distintos tratados internacionales como es la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁴, que fue ratificada por nuestro país en el año 1990⁵.

⁴ Disponible en:

<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

(Consultado el 22 de marzo de 2025).

⁵ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).



La protección del menor también se establece en la Observación General número 12, de 2009, sobre el derecho a ser escuchado⁶; en la Observación General número 13, de 2011⁷, sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia, y la Observación General número 14, de 2014⁸, sobre que el interés superior del niño y de la niña sea considerado primordialmente.

El Tratado de Lisboa⁹, en su artículo 3 expresa la protección de los derechos niño y es uno de los objetivos de la política común.

El Consejo de Europa también dispone de distintos instrumentos para garantizar los derechos de los menores como es el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 2007,

⁶ Disponible en: <https://acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf> (Consultado el 22 de marzo de 2025).

⁷ Disponible en: <https://bienestaryproteccioninfantil.es/observacion-general-no-13-2011-del-comite-de-los-derechos-del-nino-derecho-del-nino-a-no-ser-objeto-de-ninguna-forma-de-violencia-crc-c-gc-13/> (Consultado el 22 de marzo de 2025).

⁸ Disponible en:

https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documento_s_ficha.aspx?id=3990 (Consultado el 22 de marzo de 2025).

⁹ Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2007/306/Z00001-00271.pdf> (Consultado el 22 de marzo de 2025).



Convenio de Lanzarote¹⁰, el Convenio sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de 2011, Convenio de Estambul¹¹, el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos o el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, de 2001¹²; además de incluir en la Estrategia del Consejo de Europa para los derechos del niño (2016-2021)¹³ un llamamiento a todos los Estados miembros para erradicar toda forma de castigo físico sobre la infancia.

¹⁰ Disponible en: <https://rm.coe.int/una-herramienta-munidal-para-proteger-a-los-ninos-y-ninas-de-la-violen/1680ad1518> (Consultado el 22 de marzo de 2025). Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010).

¹¹ Disponible en: <https://rm.coe.int/1680462543> (Consultado el 22 de marzo de 2025). Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014).

¹² Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/convention-on-cybercrime.html> (Consultado el 22 de marzo de 2025). Instrumento de ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 (BOE núm. 226, de 17 de septiembre de 2010).

¹³ Disponible en: <https://rm.coe.int/estrategia-del-consejo-de-europa-para-los-derechos-de-los-ninos-y-las-/1680931c9a> (Consultado el 22 de marzo de 2025).



Está relacionado con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en concreto con el objetivo 16.2 referente a «Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños.» dentro del Objetivo 16 de promover sociedades, justas, pacíficas e inclusivas. Las niñas, por su edad y sexo, muchas veces son doblemente discriminadas o agredidas.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil¹⁴, en su artículo 2.2 se refiere al interés superior del menor e indica que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

¹⁴ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996. Modificada por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015), y por Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021). Cfr. GARCÍA MAYO, M.: «Interés superior del menor y régimen de visitas tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 40, 2023, págs. 16 y sigs.



No define qué es el interés superior del menor¹⁵, pero sí que da unas pautas para su aplicación, de forma que

¹⁵ Sobre ello: BERROCAL LANZAROT, A. I.: «El interés superior del menor y el canon de razonabilidad reforzada en situaciones de riesgo y desamparo: actuaciones de protección, acogimiento y adopción (I)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 806, 2024, págs. 3395 y sigs.; CALDERÓN LOZANO, A.: «Interés superior del menor ante las más graves violencias: Exposición de dos casos y su estrategia jurídica», *Cuadernos de RES PÚBLICA en derecho y criminología*, núm. 5, 2025, págs. 1 y sigs. Disponible en:

<https://www.upo.es/revistas/index.php/respublica/article/view/11425> (Consultado el 16 de marzo de 2025); DEB RANI, A.: «Principio de interés superior del menor», *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado CEJUP*, núm. 1, 2024, págs. 114 y sigs. Disponible en: <https://cejup.es/wp-content/uploads/2024/05/No-1-2024-REVISTA-CEJUP-ABRIL-PENAL-CIVIL-FINAL.pdf> (Consultado el 16 de marzo de 2025); DELGADO SÁEZ, J.: «El principio del interés superior del menor como pilar fundamental de la guarda y custodia de los hijos menores», en *La minoría de edad como factor de vulnerabilidad: desafíos presentes y futuros en el ámbito del Derecho privado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, págs. 417 y sigs.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: «Garantizando el interés superior del menor: La evolución en la protección jurídica en la infancia y la adolescencia», en *El Estado constitucional democrático: Libro en homenaje a Javier Jiménez Campo*, ARAGÓN REYES, M. y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (Coord.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, págs. 367 y sigs. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2025-02/a->



menciona unos denominados criterios generales que son: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior; c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia, y d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del

[1221-2456-el-estado-constitucional-democratico-accesible.pdf](#) (Consultado el 11 de marzo de 2025).

PIZARRO MORENO, E.: «El interés superior del menor, nuevo canon del derecho de familia», *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 100, 2023, págs. 85 y sigs.; ZARRALUQUI NAVARRO, L.: «El concepto “arraigo” y el interés superior del menor en derecho de familia», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 1010, 2024.



mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

Estos criterios serán ponderados atendiendo a unos elementos generales entre los que se incluye la madurez; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad; el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; y aquellos otros elementos de ponderación que sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Estos elementos se ponderarán conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el



interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

Toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente; b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados; c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto de interés o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. Se presumirá que existe un conflicto de interés cuando la opinión de la persona menor de edad sea contraria a la medida que se adopte sobre ella o suponga una restricción de sus derechos; d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y



futuros, y las garantías procesales respetadas, y e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.

Como vemos, la ausencia de violencia es uno de los elementos que se mencionan en el texto legal indicado, al igual que se indica en la Ley Orgánica 8/2015 los perjuicios que una conducta de esa naturaleza genera en el menor, aludiendo a la violencia de género: «Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma».



De igual modo, la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños (2019/2166(INI))¹⁶ que en el apartado N indica: «Considerando que los niños también pueden sufrir la denominada “violencia presenciada” en el hogar y el entorno familiar, al asistir a cualquier tipo de maltrato a través de actos de violencia física, verbal, psicológica, sexual y económica contra personas de referencia o significativas desde el punto de vista afectivo; que esta violencia tiene consecuencias muy graves para el desarrollo psicológico y emocional del niño, por lo que es esencial prestarle la debida atención en las separaciones y los acuerdos de custodia parental, garantizando que el interés superior del menor sea la consideración primordial, en particular para determinar los derechos de custodia y visita en los casos de separación; que la violencia presenciada no siempre es fácil de reconocer y que las mujeres víctimas de violencia doméstica viven en un estado de tensión y dificultades emocionales; que, en los casos relacionados tanto con la violencia doméstica como con cuestiones de protección de la infancia, los tribunales deben remitirse a expertos con conocimientos y herramientas para evitar tomar decisiones contra la madre que no tengan debidamente en cuenta todas las circunstancias».

En el caso de intervención judicial, el artículo 94 del Código civil, modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio,

¹⁶ Disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/39878c2f-ab15-11ec-83e1-01aa75ed71a1/language-es> (Consultado el 15 de marzo de 2025).



por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica,¹⁷ tiene en cuenta la situación de violencia y el interés del menor, al indicar que «no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las parte y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitados de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno filial.

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior.

Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del

¹⁷ BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021.



menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad».

La sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre de 2022¹⁸ indica que «cuando está en juego el interés del menor debe huirse de decisiones regladas o uniformes incluso en aquellos supuestos especialmente graves y que deberán ser tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos, en que un progenitor esté incurso en un proceso penal, por atentar contra el otro progenitor —sea cónyuge, pareja sentimental o no mantenga relación sentimental o conyugal alguna— o contra sus hijos, o existan indicios fundados de ello.

Dicha prevención resulta de que no todos los delitos tienen la misma relevancia, gravedad y alcance sobre la relación paterno o materno filial, sino que serán las concretas circunstancias del caso, la gravedad y naturaleza del delito cometido, la culpabilidad del autor, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, entre otras, las que normalmente revelarán si el interés del menor impone que se suspendan de modo absoluto las relaciones con alguno de los progenitores o con ambos. Conforme a los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citados (SSTEDH Gnahoré c. Francia, § 59, y Jansen c. Noruega, § 88-93), solo excepcionalmente estará justificado el cese absoluto de dichas relaciones en casos cuya

¹⁸ BOE núm. 253, de 21 de octubre de 2022.



gravedad o especial naturaleza o circunstancias concurrentes lo aconsejen. Esto es, la suspensión absoluta del régimen de visitas, comunicaciones y estancias vendrá exigida cuando se persiga garantizar la integridad y seguridad del menor, la suspensión resulte estrictamente necesaria para el logro de dicha finalidad, y sea adecuada y proporcionada para alcanzarla al no existir alternativas menos restrictivas, de menor intensidad, graduación o progresividad para preservar la seguridad y bienestar del menor».

Como observamos de la normativa y la jurisprudencia el interés superior del menor es un concepto en el que intervienen diversas circunstancias para su correcta aplicación, y que se superpone a cualquier otro interés siempre privilegiando lo que sea mejor para dicho menor, en el que también hay que atender a su capacidad y madurez. La cesación de relaciones entre progenitores y menor, debe ser en supuestos estrictamente necesarios, y siempre que se considere que es en su beneficio y bienestar. Las medidas sumamente restrictivas no son las más deseadas, salvo que con ellas se consiga ese fin.

Desde luego, el interés superior del menor no es convertir al menor en moneda de cambio¹⁹ para el

¹⁹ ELIA FLORIS, M. y REBOLLO REVESADO, S.: «Práctica alienadoras familiares y su abordaje desde la mediación familiar, la coordinación de parentalidad y el orden jurisdiccional», *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, núm. 61, 2023, págs. 95 y sigs. Disponible en:



beneficio de determinadas situaciones, y ello en concurrencia con el derecho del propio menor, siempre que sea posible, a ser oído y escuchado. Ello tiene especial relevancia en el caso de la custodia compartida, en la que en ocasiones no es favorable al interés superior del menor²⁰, o en los casos de violencia, teniendo en cuenta lo que indica la legislación aplicable.²¹

Por último, recientemente se ha aprobado el Real Decreto-ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés

<https://revistas.upsa.es/index.php/familia/article/view/847/595> (Consultado el 16 de marzo de 2025).

²⁰ Véase más ampliamente: BLASQUEZ HERNÁNDEZ, Y. A.: «La guarda y custodia compartida como figura que garantiza el interés superior del menor», *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, vol. 9, núm. 27, págs. 77 y sigs. Disponible en:

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-51362024000200077 (Consultado el 16 de marzo de 2025); VALAREZO BRAVO, L. I.: «Análisis del régimen de visitas y el interés superior del menor, una retrospectiva internacional», *Latam: revista latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades*, vol. 5, núm. 3, págs. 1902 y sigs. Disponible en:

<https://latam.redilat.org/index.php/lt/article/view/2152> (Consultado el 12 de marzo de 2025).

²¹ NICASIO JARAMILLO, I. M. y PIZARRO MORENO, E.: «Supuestos jurisprudenciales de aplicación del interés superior del menor en caso de violencia de género», en *Estudio multidisciplinar del interés superior del menor: una aproximación psicológica, sociológica y jurídica*, LÓPEZ DE LA CRUZ, L. y SANCHEZ MEDINA, J. A. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 245 y sigs.



superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias²², en el que se indica que las personas menores de edad extranjeras no acompañadas gozan en España de los derechos que para las personas menores de edad establecen la legislación española, la Unión Europea, y los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por España. Y las distintas Administraciones Públicas implicadas deben velar, en definitiva y en todo momento, por el interés superior del menor, como principio rector que ha de servir de guía a toda política pública en la materia.

Continúa indicando que la urgente necesidad está en la perentoriedad de la atención de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas, en la inmediata prevalencia del interés superior del menor, y su consideración legal de grupo especialmente vulnerable, siendo objetivo de los poderes públicos la plena integración de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas en la sociedad española, mientras permanezcan en el territorio del Estado español.

También se hace referencia al interés superior del menor respecto a la protección de datos personales en la reciente Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de

²² BOE núm. 67, de 19 de marzo de 2025. Véase también el Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 280, de 20 de noviembre de 2024).



medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia.²³

III. LA STS 383/2025, DE 23 DE ENERO DE 2025: EL MENOR NO TIENE CULPA DE LO QUE HAYA REALIZADO EL PROGENITOR. RÉGIMEN DE VISITAS ENTRE HERMANOS

1. La violencia de género y la instrumentalización del menor

La violencia de género puede afectar al menor que se encuentra dentro del entorno familiar. Pueden ser víctimas directas porque recaiga sobre ellos la violencia; o bien víctimas indirectas porque esa violencia recaea sobre el progenitor, pero sufren de la violencia que se están infringiendo a otra persona.

Esta violencia puede tener varias formas de infringirse: violencia sobre la mujer y el menor (que puede ser descendiente de ambos progenitores o ser hijo solo de la mujer) se ve afectado porque hay un entorno familiar violento; y la violencia que se ejerce sobre uno de los miembros de la pareja, y no hay hijos comunes, pero sí de ambos miembros de la pareja que conviven con esta situación de violencia.

La regulación de la violencia de género es extensa. Vamos a mencionar la más relevante. Así, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica²⁴; la

²³ BOE núm. 3, 3 de enero de 2025.

²⁴ BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003.



Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género²⁵; Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género²⁶; Ley 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género de la Comunidad Autónoma de Andalucía²⁷; Ley 3/2018, de 22 de junio, de modificación de la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid²⁸; Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género²⁹; Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer³⁰; Ley 3/2019, de 20 de marzo, de modificación de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia³¹; Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista de la

²⁵ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

²⁶ BOE núm. 188, de 4 de agosto de 2018.

²⁷ BOE núm. 207, de 27 de agosto de 2018.

²⁸ BOE núm. 292, de 4 de diciembre de 2018.

²⁹ BOE núm. 314, de 29 de diciembre de 2018.

³⁰ BOE núm. 53, de 2 de marzo de 2019.

³¹ BOE núm. 117, de 16 de mayo de 2019.



Comunidad Autónoma de Cataluña³²; Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género³³; Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia³⁴; Ley 14/2021, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género³⁵; Decreto-ley 26/2021, de 30 de noviembre, de modificación de libro segundo del Código civil de Cataluña en relación con la violencia vicaria³⁶; Ley 15/2021, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género³⁷; Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género³⁸; Ley 11/2022, de 20 de septiembre, contra la violencia de género de La Rioja³⁹; Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la igualdad de mujeres y hombres y vidas libres de violencia machista contra las mujeres de la Comunidad Autónoma del País Vasco⁴⁰; Ley 10/2023, de 7 de agosto, de modificación de la Ley 5/2008, de 24 de abril, del

³² BOE núm. 11, de 13 de enero de 2021.

³³ BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2021.

³⁴ BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021.

³⁵ BOE núm. 226, de 21 de septiembre de 2021.

³⁶ BOE núm. 18, de 21 de enero de 2022.

³⁷ BOE núm. 54, de 4 de marzo de 2022.

³⁸ BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2022.

³⁹ BOE núm. 238, de 4 de octubre de 2022.

⁴⁰ BOE núm. 89, de 14 de abril de 2023.



derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista⁴¹; Real Decreto 664/2024, de 9 de julio, por el que se regulan las ayudas económicas a víctimas de violencias sexuales, y por el que se modifica el Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género⁴²; Ley 2/2024, de 14 de junio, de modificación de la Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una sociedad libre de violencia de género en Castilla-La Mancha.⁴³

Precisamente la Ley Orgánica 1/2004 establece, en su artículo 19.5, el derecho a la asistencia social integral que se canalizará a través de los servicios sociales y se atenderá a los menores de edad que estén bajo la patria potestad o guarda y custodia de la víctima. Se deberá de contar con personal especializado para atender al menor, para prevenir y evitar las situaciones que comporten un daño psíquico y físico a los menores que viven en entornos familiares donde se produce violencia de género.

Esta misma norma, en su artículo 64, establece una serie de medidas para la protección como son la salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones. De esta forma, la autoridad judicial podrá acordar las siguientes:

⁴¹ BOE núm. 208, de 31 de agosto de 2023.

⁴² BOE núm. 166, de 10 de julio de 2024.

⁴³ BOE núm. 175, de 20 de julio de 2024.



a) Salida obligatoria y prohibición de volver del inculcado por violencia de género del domicilio en el que conviva o tenga su residencia la unidad familiar.

b) Autorizar a la persona protegida para que concierte con una agencia o sociedad pública, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios víctima e inculcado, por el uso de otra.

c) Prohibición de aproximación del inculcado a su víctima, así como la utilización de instrumentos tecnológicos para detectar su incumplimiento. Se fijará una distancia mínima, que en caso de ser rebasada supondrá un apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

d) Prohibición de comunicación del inculcado respecto a la víctima o personas que determine la autoridad judicial, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

El Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁴, en su artículo 544 ter establece una serie de medidas para la protección de las víctimas de violencia doméstica. Así, establece lo siguiente:

El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad

⁴⁴ Gaceta de Madrid, núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.



sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

La orden de protección será acordada por el juez de oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior, o del Ministerio Fiscal.

Sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de esta ley, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

La orden de protección podrá solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Dicha solicitud habrá de ser remitida de forma inmediata al juez competente. En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con



posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente.

Los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

Recibida la solicitud de orden de protección, el Juez de guardia, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al presunto agresor, asistido, en su caso, de Abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal.

Esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 505 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el Título III del Libro IV de esta Ley o, en su caso, con el acto del juicio de faltas. Cuando excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso, la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud.



Durante la audiencia, el Juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el presunto agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado.

Celebrada la audiencia, el Juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de ello, el Juez de instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis.

La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico.

La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública.

Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta ley. Se adoptarán por el Juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima y, en su caso, de las personas



sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertenencia de la adopción de las referidas medidas.

Estas medidas podrán consistir en la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.

Cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado,



sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de treinta días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente.

La orden de protección será notificada a las partes, y comunicada por el Secretario judicial inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A estos efectos se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones.



La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del investigado o encausado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del presunto agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.

La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género.

En aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el investigado o encausado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores.

La Ley Orgánica 1/2004 también, en su artículo 65, establece que la autoridad judicial podrá establecer la suspensión de la patria potestad o custodia de los menores para el inculpado por violencia de género el ejercicio de las mismas, respecto de los menores dependientes de él. En el caso de que no se acordar la suspensión, la autoridad judicial deberá pronunciarse sobre la forma del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho de los menores, según el caso, y adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad,



integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizar un seguimiento de forma periódica respecto de su evolución. El artículo 66, en cuanto a las medidas de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores, la autoridad judicial podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores dependientes de él. En el caso de que la autoridad judicial no acuerde la suspensión, deberá indicar la forma de ejercicio de dicho régimen. Además, se deberán adoptar las medidas garantistas que indicaba el artículo 65, así como la realización de un seguimiento periódico de la evolución.

El Código civil, en su artículo 158 también contempla una serie de medidas que puede dictar la autoridad judicial ya de oficio, o a instancia del hijo, cualquier pariente o el Ministerio Fiscal: medidas de prohibición a los progenitores, tutores u otros parientes o terceros de aproximarse al menor, su domicilio, centro educativo o lugares que frecuente; medidas de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá que progenitores, tutores u otros parientes o terceros establezcan contacto escrito, verbal, visual o por cualquier otro medio incluidos los telemáticos e informáticos, y medidas para apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceros.



2. La STS 383/2025, de 23 de enero: su análisis y situación del menor afectado

Nos merece especial atención la STS 383/2025, de 23 de enero de 2025⁴⁵ en la que se resolvió el caso del derecho de visitas de dos hermanas, por parte de padre, y siendo ambas menores de edad, en el que el progenitor común había sido condenado por un delito de abusos sexuales hacía una tercera hermana, no común. En primera instancia, la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Huelva dictó sentencia de fecha 4 de noviembre de 2022, desestimando la pretensión de la demandante tras la oposición de la parte demandada.

El razonamiento de la sentencia indicó que la oposición de la madre de la menor con su hermana, que solicita la relación, la perjudicaría a aquélla, dado que el padre común, había sido condenado por delitos sexuales a la hermana hija de la codemandada y de una pareja anterior, que se cometieron durante la convivencia de los cuatros, y por el que el progenitor se encuentra en prisión después de estar en busca y captura, además de tener pendientes procedimientos judiciales por delitos de violencia sobre la mujer y quebrantamiento de medida cautelar contra la codemandada, estando el progenitor privado del régimen de visitas para con su hija.

Se indica la nula relación entre las hermanas, la mala conducta de la hija solicitante para con su hermana, habiendo intentado verla de forma violenta, además de

⁴⁵ECLI:ES:TS:2025:383.Id Cendoj: 28079110012025100135.
Ponente: M^a. Ángeles Parra Lucán.



llevar una vida desordenada y suponer una mala influencia para la hija de la codemandada.

No queda acreditado el beneficio, ya que las hermanas no han mantenido nunca una relación cercana y continuada que generase un vínculo entre ellas, no existiendo, por tanto, ningún lazo roto de unión. También se indica que la hermana solicitante sí que ha mantenido relación con su progenitor, interrumpido por la entrada en prisión. Se indica que esa relación entre hermanas sería contraproducente para la hija de la codemandada, y que no desea tener contacto ni con el padre ni con la familia del mismo, por la gravedad de los hechos que han determinado que cumpla condena. Se desestima la demanda considerando que ese régimen de visitas, aunque fuera limitado, influiría de forma negativa en la menor, y no se considera beneficioso para su desarrollo, ni bienestar.

La parte demandante de instancia apeló y se estimó parcialmente su pretensión en la sentencia de 18 de mayo de 2023 de la Audiencia Provincial de Huelva. Se aprobó un régimen de contactos personales entre las dos hermanas a través de los puntos de encuentro familiar de Córdoba y Huelva. Se consideró que ese régimen de visitas tenía que estar tuteladas con presencia de un profesional, para evitar que la hermana mayor pueda incidir en aspectos de hechos pasados que la hermana menor no presencié y que son el motivo de conflicto de las relaciones familiares entre los dos núcleos.

La motivación de la sentencia vino determinada por considerar que lo más favorable siempre para un menor



es el mantenimiento del mayor número posible de relaciones con sus familiares de ambas ramas, y que solamente en atención a circunstancias excepcionales se podrá establecer que no establezca contacto con alguno de los familiares.

En este caso, se había solicitado privar al progenitor de la patria potestad para con la hija que no había sufrido los abusos, a pesar de que no era víctima ni testigo de los hechos.

En el caso resuelto por la apelación, se dilucidaba si no debía establecerse ninguna clase de medida que favorezca la recuperación de la relación entre las hermanas, ambas menores en estos momentos. Alude la sentencia a que dado que la hija de la codemandada tiene 9 años y es influenciable en sus motivaciones, y es todavía pronto para que pueda tomar sus propias decisiones y establecer si quiere o no relacionarse con sus hermanas, tanto de vínculo materno o paterno, queda patente que parte de la declaración de la niña está afectada por la madre o la defensa, habiendo empleado un lenguaje que no es propio de su edad y con explicaciones sobre las razones por las cuales no acepta ningún contacto con su hermana de vínculo paterno que no son comprensibles.

Ahí entendemos que la menor elabora un discurso bajo la influencia de su progenitora, con lo que no representa su voluntad y matiza la sentencia que:

«En general, pudimos comprobar que su discurso era algo forzado y formal cuando se le hacían preguntas a propósito de los hechos que la parte demandada oponía



como causa justificativa de la conveniencia de que la demandante no entre en contacto con ella, y que cuando, más relajadamente, hablaba de otros aspectos de su vida, era cuando sus palabras fluían de una manera más natural y creíble. Venía a explicar X que su padre había sido condenado por maltratar a su madre y a su hermana X, y de eso deducía que en definitiva ya no debía tomar contacto con él y tampoco con su hermana de vínculo paterno; también a ésta le achacaba insultos o actitudes violentas. Pero no hay nada en la causa, ni en sus manifestaciones, que invite a pensar que tiene temor o siente temor de su hermana X, o incluso de su padre. Todo lo que decía no era en realidad tener miedo, aprensión o dudas sobre las consecuencias de una entrevista o contacto con su hermana, sino más bien reflexiones generales -poco naturales en una niña de esa edad- a propósito de las consecuencias que debe tener un acto de maltrato cometido por su padre o por X. No tenemos además constancia de que X haya cometido alguna clase de violencia o tenga algún enfrentamiento con ella, más allá de la evidente discrepancia que tiene con la madre de X, la demandada, con su letrado y con X, respecto a los hechos que dieron origen a la condena penal. También explicaba X que tiene a su disposición un número de teléfono móvil propio, y que su madre y ella residen actualmente con la nueva pareja de la demandada, en la ciudad de Córdoba en compañía de las hijas de la nueva pareja de su madre, que tienen 11 y 14 años de edad».

Se aduce a un supuesto peligro en dichas visitas en el domicilio de la hermana solicitante que se realicen de forma directa o sin supervisión, lo que se motiva para



que se realicen a través del punto de encuentro y siendo tuteladas, eliminado el supuesto peligro.

Incluso la hermana demandante aludió a que ese enfrentamiento personal y la imposibilidad de contacto con su hermana, le motivó para ser madre, por lo que a raíz del nacimiento de su hija consideró que desea tener contacto con su hermana y no perderlo.

Se considera por parte de la sentencia que esa falta de contacto entre las hermanas está afectando a la hermana menor y que es preciso la intervención de profesionales para solucionar los problemas de convivencia y de enfrentamiento familiar que han ido desarrollando a lo largo de los años.

Se menciona el arraigo de la hija y en las relaciones estables que mantenía con el conjunto de allegados y familiares en su ciudad de origen, factor que se debe ponderar, y que favorece la medida orientada a lograr una consolidación del conjunto de relaciones personales de la menor y en su propio beneficio.

Concluye la Audiencia estableciendo un régimen de visitas, pero controladas a través de los profesionales en el Punto de Encuentro, con una periodicidad inicial que podrá luego ir adaptándose según la disponibilidad y la evolución de la relación entre las hermanas. La intervención en las visitas mediante profesionales evitará que una de las hermanas incida en aspectos de hechos pasados que la otra hermana no presencié y que son los que han motivado que haya una mala relación entre las familias.



La parte demandada-apelada recurrió en casación por infracción del artículo 160 del Código civil⁴⁶ y del artículo 39.1.2 y 4 de la Constitución Española, y el interés casacional se fundaba en la existencia de doctrina jurisprudencial contradictoria del Tribunal Supremo sobre la protección y seguridad de los menores, y buscar siempre «el interés superior del menor» en el establecimiento de los regímenes de visitas (aún de abuelos y hermanos).

El Alto Tribunal falla desestimando el recurso de casación contra la sentencia de 18 de mayo de 2023 de la Audiencia Provincial de Huelva.

Se discute el interés superior del menor en las relaciones entre hermanos, en este caso, entre dos hermanas, que tienen el padre en común, y la existencia o no de justa causa para impedir las relaciones personales entre ellas, teniendo en cuenta el interés en que se establezca la relación por parte de una de ellas, y al margen de la situación penal en la que se encuentra el progenitor común.

Consideramos también que debe tenerse en cuenta el principio de autonomía de la voluntad del menor⁴⁷, y su

⁴⁶ Redacción por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio).

⁴⁷ LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: «El status del menor de edad. La autonomía personal del menor en función de su edad y madurez», en *Estudio multidisciplinar del interés superior del*



estado de madurez⁴⁸, que en este caso, queda clara su voluntad de establecer relación con su hermana, además de tratarse ya de una persona adulta que tiene su propia descendencia.

Hay que tener en cuenta que el derecho de relación se ha denegado en distintos casos que menciona la doctrina⁴⁹: inexistencia de contacto especialmente intenso entre el menor y las personas interesadas; en el caso de que los informes elaborados por los equipos psicosociales no consideran que las relaciones resultan beneficiosas para el menor; existencia de situación de conflicto entre los potenciales beneficiarios y los progenitores del menor. La jurisprudencia considera que

menor: una aproximación psicológica, sociológica y jurídica, LÓPEZ DE LA CRUZ, L. y SÁNCHEZ MEDINA, J. A. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 97 y sigs.

⁴⁸ SÁNCHEZ MEDINA, J. A.: «Claves psicológicas para entender el concepto de madurez», en *Estudio multidisciplinar del interés superior del menor: una aproximación psicológica, sociológica y jurídica*, LÓPEZ DE LA CRUZ, L. y SÁNCHEZ MEDINA, J. A. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 27 y sigs.

⁴⁹ MARTÍNEZ CALVO, J.: «El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores», *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, vol. 8, núm. 2, 2019, pág. 89. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7261905.pdf>

(Consultado el 14 de marzo de 2025); MARÍN SALMERÓN, A.: «El respeto y protección del interés superior del menor en la guarda y custodia compartida frente a supuestos de violencia», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 40, 2023, págs. 83 y sigs.



las malas relaciones no es una justa causa para eliminar el derecho de relación ya que se prioriza el interés superior del menor antes que el interés superior de los progenitores, además de que no tienen que coincidir en las visitas, ya que se pueden establecer los encuentros en los puntos de encuentro familiar.

Se indica la STS 4127/2024, de 27 de junio⁵⁰ en el caso de la relación con los abuelos y nietos se puede aplicar

⁵⁰ECLI:ES:TS:2024:4127.IdCendoj:28079110012024101026 . Ponente: Antonio García Martínez. Indica la sentencia que: « (i) que la complejidad de las relaciones entre familiares se evidencia en los asuntos referidos a las relaciones entre parientes más alejados que los progenitores, que pueden verse impedidos de una normal relación con sus descendientes o ascendientes; (ii) que la sala se ha manifestado a favor de estas relaciones y establecido como regla que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, pues, aunque la relación prioritaria es la paterno filial, debe prestarse una especial atención a la relación abuelos-nietos, en interés del propio menor, ya que aquellos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil; (iii) que, no obstante, el precepto permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deban enjuiciar, teniendo siempre como guía fundamental el interés superior del menor, pudiendo limitarse o suspenderse dichas relaciones, en aras de dicho interés, cuando se advierta en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia un



en el caso de las relaciones entre hermanos. Por tanto, se indica que el juez puede emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso y el interés superior del menor, según ya establecieron las SSTs 532/2018, de 27 de septiembre⁵¹, 18/2018, de 15 de enero⁵², y 551/2016, de 20 de septiembre⁵³.

La sentencia destaca el interés de la hermana con mantener contacto con las dos ramas de la familia, y en particular con la hermana por parte de padre, y esta valoración no cambia porque posteriormente haya una sentencia penal de condena al padre por violencia de género, y le haya privado de la patria potestad durante cinco años, ya que la sentencia no se refiere a las relaciones con el padre, sino que pone en valor la relación con la hermana, no solamente por lo favorable que genéricamente puede resultar que haya relaciones familiares por las dos ramas, sino también por el interés concreto y específico de la hermana en mantener esa relación fraternal con la hermana por parte de padre, ya sea su recuperación o el inicio de la misma. El Alto

progenitor; (iv) y que rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso y el interés superior del menor».

⁵¹ECLI:ES:TS:2018:3377.IdCendoj:28079110012018100540 . Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

⁵² ECLI:ES:TS:2018:41. Id Cendoj: 28079110012018100013. Ponente: Eduardo Baena Ruiz.

⁵³ECLI:ES:TS:2016:4091.IdCendoj:28079110012016100530 . Ponente: Antonio Salas Carceller.



Tribunal enfatiza en el principio de autonomía de la voluntad del menor en ese sentido⁵⁴.

Se indica que dicha relación proporciona beneficios y que puede mantenerse de forma indefinida, y que solamente por circunstancias excepcionales debe perturbarse.

No habiendo constancia de que la hermana haya cometido violencia o tenga algún enfrentamiento con su hermana, más allá de la discrepancia con la madre de la hermana, con el letrado y con la otra hermana no común respecto de los hechos que motivaron la condena penal del progenitor.

Quedan bien patentes los sentimientos de la hermana y su voluntad de mantener una relación con su hermana, por lo que la Audiencia no priorizó el interés de la hermana, actualmente ya mayor de edad, sino que tomó en consideración la expresión del verdadero deseo de la hermana de fomentar una relación fraterna que se consideró beneficiosa para la menor.

⁵⁴ Se puede consultar: CAMARASA GIMENO, M. E.: «Autonomía privada de los menores en el Derecho de Familia», *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. extra 20, 2014, págs. 228 y sigs. Disponible en: https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2024/06/AJI20bis_7.pdf (Consultado el 10 de marzo de 2025); CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «Capacidad e interés superior del menor: entre el favor libertatis y el favor minoris», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 40, 2023, págs. 1 y sigs.



El recurso de casación se limita a cuestionar la valoración del interés de la hermana por entender que lo que se busca con la solicitud de visitas a favor de la hermana es esquivar la suspensión del régimen de visitas del padre, pero esta alegación no prospera, ya que no se trata de la comunicación de la niña con el padre, sino con una hermana de la niña por parte de padre, y la sentencia recurrida, tras apreciar el interés de la niña en el establecimiento de un sistema de comunicación entre las hermanas en los términos del artículo 160 del Código civil de asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos no facultan la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores, por lo que la Audiencia ya contempló un sistema de comunicación tutelada y en un punto de encuentro, de tal manera que se evita el riesgo que temía la recurrente-demandada. Esto determina la desestimación del recurso de casación, ya que la sentencia de la Audiencia no es contraria a la doctrina del Tribunal Supremo, ya que ha valorado el interés superior de la hermana.

IV. CONCLUSIONES

Las relaciones entre hermanos en los casos de familias reconstituidas es especialmente complejas. En este caso analizado y resuelto por la STS 383/2025 se pone claramente de manifiesto que el interés superior del menor debe establecerse por encima del interés de los progenitores, en este caso, progenitora. Se trata de un supuesto especialmente interesante porque se producen distintas relaciones paralelas y también porque al final



prima la decisión de la hermana de mantener un contacto que ha sido obstaculizado a lo largo de los años por motivos que han afectado a otro sujeto, en este caso, delitos contra la libertad sexual de otra hermana no común, y que no debe afectar a dos hermanas que se han visto privadas de una relación por motivos personales de los progenitores.

Queda claro que las relaciones entre hermanos deben mantenerse siempre que uno de ellos lo solicite y sea beneficioso para ambos, y que la influencia que puede tener un progenitor con un menor puede ser extraordinaria, al ser sujetos que no han alcanzado la madurez suficiente para comprender actos que han realizado los adultos, y que ya están cumpliendo la pena o sanción correspondiente.

El menor no puede ser utilizado como transacción en los procedimientos, y hay que diferenciar, como hace esta sentencia, que se está refiriendo a una relación entre hermanas que comparten el mismo padre, y no a la relación del padre con su hija.

V. BIBLIOGRAFÍA

BERROCAL LANZAROT, A. I.: «El interés superior del menor y el canon de razonabilidad reforzada en situaciones de riesgo y desamparo: actuaciones de protección, acogimiento y adopción (I)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 806, 2024, págs. 3395-3479.



BLASQUEZ HERNÁNDEZ, Y. A.: «La guarda y custodia compartida como figura que garantiza el interés superior del menor», *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, vol. 9, núm. 27, págs. 77-101. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-51362024000200077 (Consultado el 16 de marzo de 2025).

CARRILLO LERMA, C.: *Las familias reconstituidas: las relaciones familiares entre el cónyuge del progenitor y el hijo menor no común*, Universidad de Murcia, Murcia, 2020. Disponible en: <https://digitum.um.es/digitum/handle/10201/101464> (Consultado el 16 de marzo de 2025).

CALDERÓN LOZANO, A.: «Interés superior del menor ante las más graves violencias: Exposición de dos casos y su estrategia jurídica», *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, núm. 5, 2025, págs. 1-14. Disponible en: <https://www.upo.es/revistas/index.php/respublica/article/view/11425> (Consultado el 16 de marzo de 2025).

CAMARASA GIMENO, M. E.: «Autonomía privada de los menores en el Derecho de Familia», *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. extra 20, 2014, págs. 228-257. Disponible en: https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2024/06/AJI20bis_7.pdf (Consultado el 10 de marzo de 2025).

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «Capacidad e interés superior del menor: entre el favor libertatis y el favor minoris», *La Ley Derecho de Familia: Revista*



jurídica sobre familia y menores, núm. 40, 2023, págs. 1-15.

DEB RANI, A.: «Principio de interés superior del menor», *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado CEJUP*, núm. 1, 2024, págs. 114-127. Disponible en: <https://cejup.es/wp-content/uploads/2024/05/No-1-2024-REVISTA-CEJUP-ABRIL-PENAL-CIVIL-FINAL.pdf> (Consultado el 16 de marzo de 2025).

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *El Derecho de familia hoy: nuevas tendencias legales y jurisprudenciales*, Reus, Madrid, 2025.

DELGADO SÁEZ, J.: «El principio del interés superior del menor como pilar fundamental de la guarda y custodia de los hijos menores», en *La minoría de edad como factor de vulnerabilidad: desafíos presentes y futuros en el ámbito del Derecho privado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, págs. 417-430.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: «Garantizando el interés superior del menor: La evolución en la protección jurídica en la infancia y la adolescencia», en *El Estado constitucional democrático: Libro en homenaje a Javier Jiménez Campo*, ARAGÓN REYES, M. y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (Coord.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, págs. 367-389. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2025-02/a-1221-2456-el-estado-constitucional-democratico-accesible.pdf> (Consultado el 11 de marzo de 2025).



ELIA FLORIS, M. y REBOLLO REVESADO, S.: «Práctica alienadoras familiares y su abordaje desde la mediación familiar, la coordinación de parentalidad y el orden jurisdiccional», *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, núm. 61, 2023, págs. 95-107. Disponible en:

<https://revistas.upsa.es/index.php/familia/article/view/847/595> (Consultado el 16 de marzo de 2025).

GARCÍA MAYO, M.: «Interés superior del menor y régimen de visitas tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 40, 2023, págs. 16-37.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: «El status del menor de edad. La autonomía personal del menor en función de su edad y madurez», en *Estudio multidisciplinar del interés superior del menor: una aproximación psicológica, sociológica y jurídica*, LÓPEZ DE LA CRUZ, L. y SÁNCHEZ MEDINA, J. A. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 97-142.

MARÍN SALMERÓN, A.: «El respeto y protección del interés superior del menor en la guarda y custodia compartida frente a supuestos de violencia», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 40, 2023, págs. 83-90.

MARTÍNEZ CALVO, J.: «El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores», *IUS: Revista de investigación de la*



Facultad de Derecho, vol. 8, núm. 2, 2019, págs. 67-78.

Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7261905.pdf> (Consultado el 14 de marzo de 2025).

NICASIO JARAMILLO, I. M. y PIZARRO MORENO, E.: «Supuestos jurisprudenciales de aplicación del interés superior del menor en caso de violencia de género», en *Estudio multidisciplinar del interés superior del menor: una aproximación psicológica, sociológica y jurídica*, LÓPEZ DE LA CRUZ, L. y SÁNCHEZ MEDINA, J. A. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 245-320.

PIZARRO MORENO, E.: «El interés superior del menor, nuevo canon del derecho de familia», *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 100, 2023, págs. 85-102.

SÁNCHEZ MEDINA, J. A.: «Claves psicológicas para entender el concepto de madurez», en *Estudio multidisciplinar del interés superior del menor: una aproximación psicológica, sociológica y jurídica*, LÓPEZ DE LA CRUZ, L. y SÁNCHEZ MEDINA, J. A. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 27-96.

VALAREZO BRAVO, L. I.: «Análisis del régimen de visitas y el interés superior del menor, una retrospectiva internacional», *Latam: revista latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades*, vol. 5, núm. 3, págs. 1902-1913. Disponible en: <https://latam.redilat.org/index.php/lt/article/view/2152> (Consultado el 12 de marzo de 2025).



ZARRALUQUI NAVARRO, L.: «El concepto “arraigo” y el interés superior del menor en derecho de familia», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 1010, 2024.



INVESTIGACIONES INTERNAS EN EL SECTOR PÚBLICO

D. Juan José González López

Magistrado de la Sección de lo contencioso-administrativo, plaza 2 del Tribunal de Instancia de Tarragona

Resumen: El objeto del presente trabajo son las actuaciones identificables como “investigaciones internas” que se desarrollan en las entidades del sector público. A dicho fin se realiza un análisis conceptual y del ámbito de aplicación de dicha expresión, con especial énfasis en su delimitación respecto de la investigación de delitos, para, seguidamente, abordar distintas regulaciones que proporcionan encaje a estas actuaciones, precisadas, por tal dispersión normativa, de una regulación unitaria o, al menos, de unos principios comunes. A esto último responde el estudio de las facultades de investigación y derechos afectados y de la eventual utilización probatoria de la información



obtenida. Todo ello en el contexto de la conceptualización de las investigaciones internas como un procedimiento *sui generis* orientado al esclarecimiento de conductas posiblemente ilícitas con carácter preliminar al eventual procedimiento en sentido estricto (disciplinario, administrativo sancionador o penal).

Abstract: The object of this work is the actions identifiable as “internal investigations” that are carried out in public sector entities. To this end, a conceptual and the scope of application of said expression analysis is carried out, with special emphasis on its delimitation with respect to the investigation of crimes, to then address different regulations that provide fit for these actions, required, by such normative dispersion, of a unitary regulation or, at least, of some common principles. The latter is answered by the study of the investigative powers and rights affected and the eventual evidentiary use of the information obtained. All of this in context of the conceptualization of internal investigations as a *sui generis* procedure aimed at clarifying possibility illicit conduct as a preliminary to the eventual procedure in the strict sense (disciplinary, administrative, criminal).

Palabras clave: Investigaciones internas, Sector público

Keywords: Internal investigations, Public sector



Sumario

I. Delimitación conceptual y del ámbito de aplicación de las "investigaciones internas"

II. Encaje normativo

1. Los sistemas internos de información de la Ley 2/2023

2. Procedimientos de aplicación de protocolos de actuación frente al acoso

3. Información o actuaciones previas

4. Otros supuestos de encomienda de labores de investigación

5. Procedimiento administrativo sancionador o disciplinario

6. Las actuaciones pre-procedimentales como procedimiento sui generis

III. Facultades de investigación y derechos afectados

1. Tipos de diligencias de investigación

2. Fundamento del deber de colaborar

3. Derechos fundamentales afectados

3.1. Derechos del sospechoso



3.2. Derecho a la protección de los datos de carácter personal, a la intimidad y al secreto de las comunicaciones

4. Limitación temporal de las investigaciones

IV. Inimpugnabilidad de las actuaciones de investigación y acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador como acto de trámite

V. Utilización del resultado

1. Utilidad indiciaria y probatoria de la información obtenida

2. Validez de la utilización desde la óptica de la entidad en cuyo seno se ha realizado la investigación interna

VI. Bibliografía

I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS "INVESTIGACIONES INTERNAS"

El término "investigación" sitúa las medidas objeto del presente trabajo en el marco reactivo, frente a aquellas otras que por dirigirse a la prevención o a la detección corresponden al preventivo. La prevención en sentido estricto y la detección operan sobre la base de la posibilidad genérica de que se cometan actuaciones



ilícitas en un entorno más o menos amplio, como pueden ser determinadas instalaciones, espacios abiertos o vías de comunicación, o las sospechas más o menos sólidas de que se va a perpetrar o se ha perpetrado una de esas acciones u omisiones, con la particularidad, en este segundo caso, de que no se tiene certeza del hecho que, se sospecha, se ha cometido. La prevención en sentido estricto persigue evitar la conducta; la detección, descubrirla. Es a partir del descubrimiento que se activa la investigación, dirigida a esclarecer el hecho que reviste apariencia ilícita mediante la concreción de los sujetos intervinientes, objetos afectados, etc., con vistas a la adopción de la respuesta procedente, que va desde el archivo, en el supuesto de que la apariencia se desvanezca o la conducta no sea punible, a la sanción¹.

Por su parte, el término "internas" hace referencia no al ámbito en que se desenvuelve la investigación, puesto que no es descartable que se obtenga información de fuentes externas al ente del sector público a que corresponde, sino a la inserción de quienes desarrollan esa labor, que es dicho ente. No se trata de autoridades ajenas, sino de sujetos de éste a los que se confía la averiguación o de profesionales a los que, a través de la cooperación interadministrativa o su contratación, se

¹ Como se señala en NIETO MARTÍN, A. "Investigaciones internas", *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 232, las investigaciones internas son "*una herramienta de cumplimiento de carácter reactivo, que se activa por la existencia de una sospecha de irregularidad*", cuya fuente puede ser el canal de denuncia, pero también otras como noticias de prensa, demandas, etc.



encomienda la labor de investigación en el marco de la organización en que prestan estos servicios.

Las notas anteriores conducen a identificar como objeto de investigación conductas aparentemente constitutivas de responsabilidad disciplinaria, funcional o laboral según la clase de empleado público a que se impute. Ahora bien, aunque éste es sin duda su principal objeto, existen otros tipos de acciones u omisiones a que, sin ser propias de empleados públicos (pese a que puedan estar relacionadas con las realizadas por éstos), pueden proyectarse estas investigaciones, como es el caso de actuaciones de responsables políticos o de sujetos privados que ostentan la condición de contratistas, beneficiarios o agentes de la entidad del sector público en cuestión. Este exceso del marco exclusivamente disciplinario, además de dar cabida a otro tipo de infracciones o actuaciones ilícitas cuyo encaje sería la responsabilidad contable, de "buen gobierno" (Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), patrimonial o contractual, el reintegro de subvenciones, etc., suscita una de las cuestiones más controvertidas en relación con las investigaciones internas en su concepción general (no limitada al sector público): su articulación con la investigación de delitos por las autoridades encargadas de ello (Jueces y Magistrados, Ministerio Fiscal, policía judicial) y, por extensión, con las investigaciones *ad extra* propias de otras autoridades como el Tribunal de Cuentas.



De la regulación en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP en adelante), de los programas de cumplimiento (los modelos de organización y gestión a que se refiere su artículo 31 bis) se ha deducido que las personas jurídicas tienen la facultad de investigar internamente la comisión de delitos en su seno². A este respecto, sin profundizar en el fundamento y titularidad del *ius puniendi* y la virtualidad de que se atribuya o delegue en sujetos distintos del Estado, existen al menos tres razones que justifican el rechazo a la configuración de las investigaciones internas como una alternativa o actuación paralela a la investigación por las autoridades encargadas de la investigación penal:

En primer lugar, aunque pueden concurrir otros intereses particulares o colectivos en la represión de los ilícitos penales, el interés que satisface el ejercicio del *ius puniendi* es público, por lo que éste corresponde al Estado como organización jurídico-política que persigue ese interés³.

2 AYALA GONZÁLEZ, A. "Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?", Indret: Revista para el Análisis del Derecho, 2020, nº 2, pág. 283. No en vano el autor emplea la expresión de "*instrucciones corporativas*", pág. 275, y, si bien matiza su alcance, señala que "*lo cierto es que las corporaciones desarrollan internamente de facto potestades instructoras*", pág. 277.

3 La "privatización" que se advierte en este tipo de fenómenos, como se apunta en NIETO MARTÍN, A. "Investigaciones internas" (...), op. cit., pág. 234, se enmarca en el debate mucho más amplio señalado.



En segundo lugar, la atribución a sujetos no estatales de la investigación de delitos genera el riesgo de que esa actuación no se oriente al esclarecimiento de los hechos y sanción de las conductas ilícitas, sino a ocultar, soslayar o minimizar las consecuencias del ilícito en interés del sujeto privado que realiza la investigación⁴.

En tercer lugar, por más que se extrapolen a las investigaciones internas las garantías propias de la investigación por las autoridades encargadas de la investigación penal (lo que está lejos de ser una realidad), resulta inviable que ambos tipos de investigación sean equiparables en cuanto a éstas, por especialidad e imparcialidad de las autoridades entre otras razones⁵.

4 Aunque en JULIÀ PIJOAN, M. "Un porqué a la observancia de las garantías procesales en las investigaciones internas", Revista vasca de derecho procesal y arbitraje/Zuzenbide prozesala arbitraia euskal aldizkaria, 2021, nº 3, págs. 324-325 se identifique como finalidad de las investigaciones internas la exención o atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica mediante la aportación como pruebas nuevas y determinantes para la indagación de los hechos de las actuaciones llevadas a cabo por ésta, su identificación como "*estrategia de defensa penal de las personas jurídicas*" suscita no poca desconfianza acerca de la orientación y exhaustividad de esas actuaciones.

5 En este sentido, en ALCÁCER GUIRAO, R. "Dimensiones constitucionales de las investigaciones internas corporativas: expectativas de privacidad en la empresa e ilicitud de la prueba obtenida por particulares", Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, 2024, vol.4, pág. 8,



Ahonda en lo expuesto la competencia para la exigencia de responsabilidad por las conductas investigadas, en caso de confirmarse su ilicitud. Normalmente serán acreedoras de responsabilidad disciplinaria, con eventual repetición de la responsabilidad patrimonial en que haya incurrido el ente al que prestan servicios, pero también pueden surgir otras consecuencias, no siempre punitivas, respecto de sujetos que no ostentan la condición de empleados públicos: aplicación del régimen sancionador correspondiente, penalizaciones, exigencia de indemnización de daños y perjuicios, etc. Estas consecuencias, variadas, se desenvuelven necesariamente en el ámbito de la potestad del ente del sector público, sea como Administración o ente dotado de este tipo de potestades, sea como empleador, apoyando la constricción a este ámbito el de las investigaciones internas.

Las razones de oportunidad y conveniencia que se advierten en reconocer facultades a los sujetos en cuyo marco de organización y actividad se originan las conductas ilícitas justifican la exigencia de medidas de prevención y detección, pero no de investigación de delitos, puesto que la dejación de ésta en manos de esos sujetos supone *de facto* una renuncia al ejercicio de una

se afirma que *"Es más, esa "alianza estratégica" entre la empresa y el Estado que conlleva este sistema, en el que la persona jurídica asume funciones de policía, generará prima facie mayores cotas de vulnerabilidad para los derechos y garantías procesales de las personas físicas, en la medida en que la investigación en la empresa se lleva a cabo al margen del proceso penal y, por ello, sin control judicial"*.



función propia del Estado. Ahora bien, ello no implica que deba excluirse la comprobación de las acciones u omisiones conocidas a fin de determinar su naturaleza y alcance⁶. De la clasificación de las investigaciones internas derivadas del canal de denuncias reactivas en confirmatorias o pre-judiciales (las que tienen por finalidad el conocimiento de los hechos delictivos con carácter previo al proceso penal para denunciar los delitos de los que se conozca) y de defensa o para-judiciales (las que tienen por finalidad la averiguación delictiva de forma paralela al transcurso del proceso penal incoado) han de descartarse estas segundas⁷.

6 En este sentido, se ha interpretado, en relación con la previsión del artículo 5.1.h) de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, de que "*Constituyen actividades de seguridad privada las siguientes: La investigación privada en relación a personas, hechos o delitos sólo perseguibles a instancia de parte*", que los detectives privados pueden asumir la dirección de averiguaciones que se suscitan en el seno de una empresa a raíz del conocimiento de unos hechos con fundamento en que no se investiga un delito, sino lo que puede ser un delito, LEÓN ALAPONT, J. *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del Compliance Penal Corporativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 345 y ss.

7 Esta clasificación se realiza en VICARIO PÉREZ, A.Mª. "La Directiva Whistleblowing: un paso más en la privatización del proceso penal. Especial referencia a las entrevistas en las investigaciones internas", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2023, nº 2, pág. 701. Existen clasificaciones similares como la que se recoge en RODRÍGUEZ GARCÍA, N. "Las investigaciones internas como elemento esencial de los «criminal listening program»: haciendo de la necesidad



La delimitación de la investigación de conductas aparentemente delictivas, con el matiz de que no sean sólo perseguibles a instancia de parte, y de conductas que siendo aparentemente ilícitas no revisten caracteres de delito es uno de los aspectos más problemáticos de las investigaciones internas. Con punto de partida en que en el momento en que se tenga constancia de que una determinada acción u omisión puede ser constitutiva de delito debe procederse a su denuncia, querrella o tanto de culpa, se advierte fácilmente que no es ya sólo la identificación de esos caracteres, que exige una calificación jurídica, lo que presenta importantes dificultades (máxime a la luz de la delgada línea que en muchos casos separa el ilícito administrativo o disciplinario del penal), sino también la propia consistencia de los indicios⁸. La *notitia* del ilícito susceptible de dar origen a la investigación puede apuntar claramente a un delito y contar con un sólido soporte indiciario, en cuyo caso no ha de procederse a su investigación en el seno del ente del sector público sino comunicarse la información obtenida y transferir los elementos facilitados a la autoridad correspondiente,

virtud", Revista penal, 2023, nº 52, págs. 207-208, en que se distinguen las "defensivas", las "preliminares" y las "complementarias".

⁸ En este sentido, en DE PRADA RODRÍGUEZ, M. y SANTOS ALONSO, J. "Responsabilidad penal de la empresa: las investigaciones internas", Anuario Jurídico Villanueva, 2014, nº 8, págs. 300 y 301, se identifica como supuesto en que deben intervenir las autoridades nacionales en la investigación interna el de conocimiento por la empresa de la comisión de una infracción penal, por aplicación de los artículos 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 450 CP.



pero no es infrecuente que la comunicación o descubrimiento de unos hechos, que pueden presentarse entremezclados, requiera una compleja labor de deslinde en atención a su calificación jurídica y, además o en su caso, una comprobación más o menos detallada de su veracidad y consistencia, so pena, de no hacerse, de efectuar una derivación al ámbito penal condenada al archivo por su endeblez, fáctica o jurídica.

II. ENCAJE NORMATIVO

El encaje normativo de las investigaciones internas se caracteriza por su dispersión normativa, razón por la cual el análisis siguiente se efectúa sin ánimo exhaustivo⁹.

1. Los sistemas internos de información de la Ley 2/2023

Aunque las finalidades de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, son, a tenor de su artículo 1, otorgar una protección adecuada a los informantes sobre alguna de las acciones u omisiones contempladas en su artículo 2 y fortalecer la cultura de la información o comunicación como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público, su objeto excede el ámbito de la

⁹ La carencia de una regulación detallada se señala en GALLEGU SOLER, J.I. "Investigaciones internas corporativas: de la práctica a la teoría", *Un modelo integral de Derecho penal: libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, 2022, pág. 1152.



denuncia o comunicación para adentrarse en el de la comprobación o "investigación", a la que proporciona soporte normativo, también en el marco interno. Así, el artículo 13 de la Ley detalla las entidades obligadas en el sector público a contar con un sistema de información que, como dispone el artículo 5.2.i), debe incluir "*un procedimiento de gestión de las informaciones recibidas*". Por lo que interesa al presente trabajo, el artículo 9.2 prevé como contenido mínimo de este procedimiento la determinación del plazo máximo para dar respuesta a las "actuaciones de investigación" (letra d)), la posibilidad de mantener la comunicación con el informante y, de considerarse necesario, solicitar a éste información adicional (letra e)), información y audiencia a la persona afectada (letra f)), con expresa exigencia del respeto a la presunción de inocencia y honor de las personas afectadas (letra i)). Se aprecia sin dificultad que, a expensas de la regulación complementaria por las correspondientes Administraciones, la Ley 2/2023 establece un procedimiento común de investigación de las conductas comprendidas en su ámbito de aplicación, esto es, acciones u omisiones que puedan constituir infracciones del Derecho de la Unión Europea en los términos detallados en la letra a) del apartado primero del artículo 2 y "*acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave*", con las excepciones que se prevén en los apartados siguientes¹⁰.

¹⁰ Esta previsión se corresponde con la definición de las investigaciones internas que, en relación con el canal de denuncias, se formula en JULIÀ PIJOAN, M. "Un porqué a la



Son varias las consideraciones que cabe hacer:

Las conductas a que se aplica la regulación son muy amplias, al incluir cualquier acción u omisión que pueda ser constitutiva de infracción penal o administrativa grave o muy grave Sin matizaciones en lo tocante al delito, sólo quedan fuera las infracciones administrativas leves. Y a la duda de si el término "*administrativas*" comprende las faltas laborales ha de darse una respuesta positiva, dado que la regulación del régimen disciplinario de los empleados públicos se encuentra en 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 (TREBEP en adelante), y el artículo 2.2 abunda en la idea de que la regulación de la Ley no excluye la materia laboral¹¹.

La Ley incluye conductas constitutivas de infracción penal, lo que aparentemente permite la investigación interna de delitos públicos, pero también dispone como contenido mínimo del procedimiento de gestión de las

observancia (...)", op. cit., pág. 323: "*comprobación, que efectúa la persona jurídica -por medio de sus abogados internos o externos-, de determinados hechos con apariencia delictiva o irregular puestos en su conocimiento, mediante sus canales de denuncia*".

11 En cambio, queda claramente fuera de su ámbito de aplicación el régimen disciplinario de las entidades puramente privadas a sus empleados, como se señala en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ en adelante) de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 921/2024, de 3 de junio (rec.647/2024).



informaciones recibidas la *"Remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito. En el caso de que los hechos afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, se remitirá a la Fiscalía Europea"* (letra j)). De ello se desprende que, al margen de su identificación como tales en la comunicación, cuando los hechos comunicados no ofrezcan dudas sobre su aparente carácter penal y presenten un sustrato fáctico sólido, la aplicación del procedimiento debe limitarse a enviar acuse de recibo al informante y disponer la inmediata remisión al Ministerio Fiscal¹².

El procedimiento de gestión es preferente pero no excluyente, porque así lo establece la Ley para el sistema interno de información en su conjunto (artículo 4.1). Esto es relevante, puesto que la aplicación del procedimiento propio de este sistema es, como su propia denominación indica, de gestión de las comunicaciones recibidas. Es decir, es un procedimiento que se activa a raíz de una

12 En este sentido se pronuncian MORENO HUERTA, J.D. "Protección de los informantes y proceso penal a propósito de la Ley 2/2023. Derechos constitucionales en juego", Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 2024, nº 75, y GIL ANTÓN, A. "El derecho a la protección de datos en los sistemas de información según la Ley 2/2023 (Ley del Informante)", Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, 2024, nº 64, que extrae de la regulación "el *designio del legislador de suspender automáticamente las investigaciones que se estuvieran efectuando en el seno del Sistema interno de información, cuando se aprecie que las acciones u omisiones denunciadas pudieran constituir delito*".



comunicación, de modo que no es aplicable de oficio y, por tanto, depende de la decisión del informante de acudir a esta vía.

La Ley sujeta la intervención del informante a la decisión del instructor del procedimiento y es garante respecto de las personas afectadas. En relación con éstas, no se enuncia la posibilidad de proponer diligencias, pero cabe entenderla incluida en la audiencia, como derecho propio del de defensa. Tampoco se enuncian las concretas diligencias de investigación.

Más allá de la remisión al Ministerio Fiscal, la Ley 2/2023 no se ocupa de la finalización del procedimiento, con el añadido de que el artículo 13.5 establece que *"Las decisiones adoptadas por los organismos públicos con funciones de comprobación o investigación en relación con las informaciones no serán recurribles en vía administrativa ni en vía contencioso-administrativa"*. Una previsión como ésta, proyectada sobre actuaciones administrativas, se revela aparentemente inconstitucional, mas este óbice es parcialmente salvable concebido el "procedimiento" de gestión de las informaciones recibidas como una suerte de actuación preliminar que, de forma asimilable a los actos de trámite, es impugnabile en el marco del procedimiento a que se vincule el resultado de éste, sin perjuicio de otras vías, como la civil para solicitar indemnización por daño al honor¹³. Por una parte, los incumplimientos del

13 Argumenta al respecto MÍGUEZ MACHO, L. "Obligaciones para las entidades locales derivadas de la entrada en vigor de la Ley 2/2023, de protección del informante", Consultor de los



régimen previsto en la norma se reconducen por ésta al régimen sancionador que establece y al disciplinario de la correspondiente Administración (artículo 61)¹⁴. Por otra, aunque la Ley no lo dice, la forma propia del acto finalizador del procedimiento es la de informe. Este

ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, 2023, nº extra 2: *"aunque se utiliza el término de «procedimiento», no se trata propiamente de un procedimiento administrativo de los regulados por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, ya que no termina con la adopción de un acto administrativo de carácter resolutorio que pueda ser recurrido. Se trata más bien de un procedimiento interno para articular lo que, en términos del art. 55 de la mencionada Ley 39/2015, sería una información o actuaciones previas (...)".* A la jurisdicción civil se remite en MAGARIÑOS YÁNEZ, J.A. *La denuncia y la protección de las personas denunciantes. Análisis crítico de la Ley 2/2023 y perspectivas de futuro*, Tecnos, Madrid, 2024, pág. 134, en lo relativo a las decisiones de entidades privadas, que sería el régimen aplicable a las entidades del sector público que no tienen la condición de Administración Pública.

14 Ha de tenerse presente que, como señala la STSJ Illes Balears, Sala de lo Social, 362/2024, de 15 de julio (rec.153/2024), *"Más allá de si la conducta imputada al trabajador demandante encaja en el ámbito de aplicación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, nos parece relevante destacar que en esta norma se admiten las comunicaciones anónimas, que generan una obligación de comprobar la verosimilitud de los hechos que se exponen y si estos encajan en su ámbito de aplicación"*.



informe puede servir de denuncia a los efectos de inicio de un procedimiento sancionador o disciplinario o penal, en cuyo caso, o bien no se emplea en el marco de éstos la información recabada, de forma que su eficacia se limita a la de cualquier denuncia, o se incorpora, en cuyo caso deberá ser cuestionable como prueba incorporada al proceso. De no formularse denuncia, cabría plantearse la procedencia de impugnar el informe, pero lo adecuado es que lo impugnado sea el archivo de la denuncia que pueda formular el denunciante con vistas al inicio de un procedimiento sancionador o disciplinario o que se haya solicitado en el marco del procedimiento de la Ley 2/2023.

Sin embargo, debe admitirse necesariamente la vía de impugnación respecto de aquellas decisiones que condicionan el régimen de protección del denunciante, cual es el caso del archivo de la denuncia inicial (artículo 35.2.a) de la Ley 2/2023)¹⁵. Aunque el procedimiento no se identifique como tal en sentido estricto, resulta necesario aplicar el régimen de los actos de trámite cualificados a fin de impedir un ámbito de impunidad en relación con decisiones que afectan al estatus de los ciudadanos, que en este supuesto actúan como informantes.

¹⁵ MAGARIÑOS YÁNEZ, J.A. *La denuncia (...)*, op. cit., pág. 137.



2. Procedimientos de aplicación de protocolos de actuación frente al acoso

Los protocolos de actuación frente al acoso son instrumentos incardinados en la prevención frente a conductas que, además de tipificables como falta disciplinaria o ilícito penal, se presentan como riesgo laboral. Sin perjuicio del contenido mucho más amplio de estos protocolos, a efectos del presente trabajo interesa el concerniente a la aplicación de medidas de comprobación y averiguación (investigación, en definitiva) de las conductas, lo que pasa por el procedimiento de actuación correspondiente¹⁶. La panoplia plasmada en los protocolos de las diferentes Administraciones Públicas y demás entes del sector público no impide advertir una serie de características

16 No en vano, en SIERRA HERNÁIZ, E. "Los protocolos por acoso sexual y por razón de sexo como modelo de canal de denuncia en la empresa", Revista penal, 2023, nº 52, pág. 258, se argumenta: *"Si bien es cierto, tal y como ha quedado expuesto en apartados anteriores, existen importantes diferencias entre los bienes jurídicos protegidos y las finalidades perseguidas en la regulación de los Protocolos de acoso sexual y por razón de sexo y los sistemas y canales de información en la empresa que justifican un tratamiento diferenciado también lo es que comparten elementos comunes de carácter objetivo y subjetivo, por lo que sería oportuno que compartiesen un contenido mínimo y común en el procedimiento de recepción, tratamiento y resolución de la denuncia o información partiendo de las siguientes premisas"*.



que presentan una notable similitud con el procedimiento de gestión analizado en el epígrafe anterior¹⁷:

En general no se contempla su inicio por propia iniciativa del órgano competente, de manera que el escrito inicial opera como presupuesto necesario para que el procedimiento se inicie.

No es excluyente de otras vías administrativas o judiciales.

Se aleja de la noción clásica de procedimiento administrativo, al ser previo al inicio de procedimientos en sentido estricto o procesos y finalizar con un informe.

Se caracteriza por la reserva y confidencialidad. No se excluye taxativamente el acceso a la información, pero se atiende a las notas antedichas, vinculadas a la finalidad del procedimiento, al aplicar los límites propios de otros intereses dignos de protección¹⁸.

No se detallan exhaustivamente las actuaciones que deben desarrollarse en el marco de la investigación de los hechos denunciados, aunque sí algunos de los contenidos o informaciones que han de recabarse y se

17 Al respecto, ÁLVAREZ LOSA, C. y GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J. "Acoso laboral en el ámbito funcional. Cuestiones procedimentales y procesales", Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, 2021, nº 25, págs. 41 y ss.

18 STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 426/2016, de 6 de julio (rec.26/2015).



prevé la información con carácter general a las partes implicadas.

A diferencia de lo que sucede en la Ley 2/2023, no se excluye la impugnación de los “actos” dictados en el marco del procedimiento, pero, salvo en algún protocolo, no se prevé expresamente dicha posibilidad¹⁹. Se ha admitido, verbigracia, la impugnación de la inadmisión a trámite de la denuncia²⁰.

3. Información o actuaciones previas

Han de diferenciarse la información o actuaciones previas que se prevén con carácter general para todo tipo de procedimientos (se entiende que iniciados de oficio) y atención particularizada a los de naturaleza sancionadora en el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP en adelante), y la información reservada que se contempla en el artículo 28 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado. Si bien el artículo 25.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de

¹⁹ Protocolo general de prevención y actuación frente a todos los tipos de acoso en el trabajo en la Administración de la Comunidad de Madrid y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, que establece que “*todas las resoluciones a que se refiere este procedimiento indicarán el tipo de reclamación o recurso que procede contra ellas y el plazo para interponerlo*”.

²⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de octubre de 2017 (rec.13/2017).



Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP en adelante), dispone la aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo del Capítulo que tiene por rúbrica "*Principios de la potestad sancionadora*", no se cuenta con una previsión semejante respecto del procedimiento para su ejercicio, por lo que, a pesar de la ausencia de una disposición de contenido similar a la octava de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha de estarse a la interpretación estricta de la expresión "sancionador" que se menciona en el artículo 1.1 LPACAP.

Los términos en que se describe el propósito de las actuaciones previas en la LPACAP (determinar los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros) conducen a identificarlas como investigadoras, bien que con un carácter y alcance preliminar a la investigación que, como se expondrá, se desarrolla, o al menos puede desarrollarse, en el marco del procedimiento sancionador. Por su parte, el artículo 28 del Real Decreto 33/1986 no define ni concreta en qué consiste la "información reservada", pero se ha interpretado en el mismo sentido que las actuaciones previas. Se trata, en definitiva, de determinar si existen elementos suficientes para iniciar un procedimiento sancionador o disciplinario mediante el despliegue de



una actividad encaminada a verificar y, en su caso, concretar la información facilitada o con que se cuenta.

Aunque su regulación se encuentra en la del procedimiento sancionador o disciplinario, este tipo de actuaciones se sitúa al margen del procedimiento formal o en sentido estricto, pues precisamente se orientan a determinar si procede o no la iniciación del procedimiento²¹. Al no formar parte del procedimiento, no interrumpen la prescripción, que la LRJSP establece que se produce con la *"iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora"* (artículo 30.2), de forma semejante al artículo 20.2 del Real Decreto 33/1986 (iniciación del procedimiento), ni le son aplicables las previsiones relativas a la caducidad del procedimiento, cuyo plazo comienza desde la fecha del acuerdo de iniciación (artículo 21.3.a) LPACAP).

A su carácter pre-procedimental y potestativo ha de atribuirse la escasa regulación de este tipo de actuaciones. El Real Decreto 33/1986 se limita a establecer su carácter potestativo y la LPACAP únicamente se ocupa de añadir la competencia para su realización, asignada a los órganos que tengan atribuidas las funciones de *"investigación, averiguación e*

21 Se afirma en NÚÑEZ SÁNCHEZ, F., "Artículo 55. Información y actuaciones previas", *Régimen jurídico del sector público y procedimiento administrativo común*, Cizur Menor (Navarra), 2016, pág. 461: *"Con la nueva LPACAP puede afirmarse que las actuaciones previas no forman parte del procedimiento administrativo, por cuanto de la mera interpretación literal del artículo 55 de la LPACAP se desprende esta conclusión"*.



inspección en la materia y, en defecto de éstos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento". No se fija un límite temporal (seguramente por no interrumpir la prescripción), no se concretan las actuaciones que pueden efectuarse ni la participación de las personas que aparezcan como posibles responsables de los hechos a que responden esas actuaciones, y tampoco se especifica la forma de terminación de las actuaciones y su eventual utilización en el marco del procedimiento que, en su caso, se inicie.

La jurisprudencia no presenta un planteamiento doctrinal claro. Así, se ha calificado la información reservada o información previa de "*actividad de carácter interno*" previa al inicio del procedimiento sancionador, lo que da pie a identificarla como actuación extra-procesal al margen de la regulación del procedimiento administrativo²². Sin embargo, la posibilidad de que el denunciante impugne el archivo de la información y la atribución al denunciado de la condición de interesado

22 La calificación citada se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS en adelante), Sala de lo Contencioso-Administrativo, 572/2020, de 28 de mayo (rec.453/2018). Por su parte, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 272/2006, de 25 de septiembre (rec.3791/2003), de que se hacen eco otras posteriores, afirma respecto de la información reservada que "*no tiene carácter sancionador (sino que mediante la misma se pretende la averiguación de unos hechos para, en su caso, incoar un expediente disciplinario)*".



conforme al artículo 4 LPACAP avalan su concepción procedimental²³.

La atribución o exclusión de carácter procedimental en sentido estricto condiciona las garantías del denunciado. Así sucede con los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, que en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC en adelante) 142/2009, de 15 de junio (rec.2406/2006), se consideran aplicables a la información reservada, aunque se matice que no procede la *"traslación mecánica y acrítica de las garantías y conceptos propios del orden penal, pues la amplitud de las garantías del art. 24 CE en uno y otro contexto no puede ser la misma"*, lo cual es una apreciación predicable del procedimiento administrativo sancionador o disciplinario que, proyectada sobre las actuaciones previas, implica atribuirles una dimensión procedimental²⁴.

23 STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1181/2023, de 25 de septiembre (rec.8072/2020). El Alto Tribunal llega a afirmar que *"Asimismo, al tiempo de los hechos enjuiciados estaba vigente el artículo 53.1 de la Ley 39/2015 que regula los derechos de los interesados en un procedimiento administrativo, naturaleza que no puede negarse a la información previa o reservada, según el caso, sin que exista excepción expresa en la norma para su acceso"*.

24 Dicha Sentencia cuenta con un Voto Particular en que se argumenta que *"Resulta improcedente, por ello, la invocación por los recurrentes de los derechos a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables (art. 24.2 CE) puesto que estos derechos se proyectan, exclusivamente, sobre el proceso penal y los procedimientos administrativos sancionadores."*



En cuanto a su valor probatorio, se admite, a pesar de las particularidades de su práctica, siempre que se incorporen al procedimiento sancionador o disciplinario que se incoe²⁵. Ello plantea que, si se considera que los derechos propios del procedimiento sancionador no son aplicables a las actuaciones previas, e incluso en caso de hacerlo, el carácter inquisitivo de éstas genera el riesgo de su utilización como medio para preconstituir el subsiguiente procedimiento sancionador o disciplinario sin los obstáculos que para la eficacia de la investigación suponen esas garantías²⁶.

Esta debió ser, a mi entender, la razón de decidir de la Sentencia, máxime cuando no consta, ni se ha alegado, un uso desviado por la Administración de la facultad de iniciar la información preliminar".

25 En este sentido, STC 56/1998, de 16 de marzo (rec.4241/1994).

26 En MARTÍN DELPÓN, J.L. "La información reservada en el ámbito disciplinario: una laguna en las garantías del procedimiento sancionador", Revista Española de Derecho Militar, 2018, nº 109-110, pág. 236, en que se niega que el encartado, en caso de que estuviera identificado, pueda acogerse a las garantías que la Constitución Española (CE en adelante) otorga a quien se ve inculcado por la presunta comisión de un ilícito y que exista otro límite temporal que la prescripción, se rechaza que la información previa sea utilizada subrepticamente como una acusación adelantada, para evitar lo cual se reclama que *"Desde el momento en el que existan indicios racionales de que los hechos han podido existir y, sobre todo, desde el momento en el que dichos hechos sean imputados formalmente a un administrado, la Administración sancionadora debe encauzar*



En línea con lo razonado anteriormente, cabe entender que la información o actuaciones previa y la información reservada se presentan como una actuación que, al menos cuando es previa al procedimiento sancionador en sentido estricto (distinto del disciplinario), excede del ámbito puramente interno (en su concepción de ámbito en que se desenvuelve) para configurarse como una investigación preliminar que reviste forma procedimental pero no forma parte del procedimiento administrativo en sentido estricto, con todo lo que ello supone.

4. Otros supuestos de encomienda de labores de investigación

Bajo esta rúbrica se da cabida a todos aquellos casos en que, sin un soporte normativo específicamente dirigido a articular la investigación, como sucede en la Ley 2/2023 y la regulación de la información o actuaciones previas e información reservada, o una previsión procedimental mediante protocolo al efecto, se articula una actuación verificadora o inquisitiva que merece la calificación de investigación interna.

Habitualmente se emplea la fórmula de solicitud de informe sobre unos determinados hechos de que se ha tenido conocimiento o se llega a este resultado como consecuencia del encargo efectuado de investigarlos. En principio, los informes deben emitirse en el marco de un

convenientemente las actuaciones y reconducirlas a un procedimiento administrativo, incorporando aquellas investigaciones que se han practicado en la información previa, las cuales nunca deberían tener carácter incriminatorio".



procedimiento (artículo 79 LPACAP), sea por su carácter preceptivo o porque "*se juzguen necesario para resolver*" el procedimiento. No es lo que sucede cuando el informe se requiere para esclarecer los hechos, no sólo desde un punto de vista fáctico, sino también jurídico, pues se sitúa al margen de un procedimiento en curso, con independencia de que finalmente pueda incorporarse al que, en su caso, se inicie.

Al no contar con apoyo normativo más allá de las previsiones genéricas relativas a los informes, las competencias del órgano al que se encomienda la investigación, entendidas en un sentido amplio, y el deber de colaboración del personal de la entidad del sector público implicado más o menos tangencialmente y de otros sujetos que se relacionan con la entidad, la labor del órgano o empleado que se ocupa del esclarecimiento se desenvuelve en un contexto de notoria incertidumbre jurídica. No es de extrañar, por ello, que, aunque formalmente no se incardine en una información reservada o actuaciones previas, la práctica de estas investigaciones se acomode *de facto* a este tipo de acciones y revista las características propias de ellas.

En este apartado abierto de otros supuestos de encomienda incluimos las investigaciones internas desarrolladas en las sociedades mercantiles públicas y restantes entidades del sector público que, por no ostentar la condición de Administración Pública, se rigen primordialmente por el Derecho privado y están sujetas



a responsabilidad penal²⁷. Ello las hace propicias a la implantación de programas de cumplimiento normativo (*compliance*), de forma similar a las entidades netamente privadas, uno de cuyos elementos esenciales son las investigaciones internas²⁸.

5. Procedimiento administrativo sancionador o disciplinario

Frente a las fórmulas de investigación abordadas hasta este subepígrafe, caracterizadas por enmarcarse en actuaciones no calificables de procedimiento (al menos no en sentido estricto), las que se exponen en el presente corresponden a los procedimientos regulados para el ejercicio de la potestad sancionadora o disciplinaria.

27 Dispone el artículo 31 quinquies.1 CP que “*Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas*”. Ha de matizarse que la exclusión contenida en este precepto no se corresponde exactamente con la de Administraciones Públicas del artículo 2.3 LRJSP, ya que las sociedades mercantiles estatales, que no son entidades derecho público, sino privado (artículo 2.2.b) LRJSP), excepcionalmente pueden tener atribuido el ejercicio de potestades administrativas (artículo 113 LRJSP).

28 Dado lo limitado del presente trabajo, no nos detendremos en ello, al ser básicamente extrapolables los estudios realizados en relación con el sector privado.



El procedimiento sancionador o disciplinario puede incoarse de resultas de una iniciativa, denuncia, petición u orden que detalle todas las circunstancias precisas para declarar la responsabilidad del señalado como infractor, además de proporcionar los medios de prueba que sustenten tal declaración, de modo que la instrucción del procedimiento sirva esencialmente a posibilitar la defensa por el inculpado, pero lo habitual es que, al acordarse el inicio del procedimiento, sólo se cuente con un conocimiento parcial o limitado de los hechos y resulte preciso su esclarecimiento a fin de verificar la concurrencia de infracción y la identificación del autor y su culpabilidad. Por ello se prevé que la indicación de los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder se realiza *"sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción"* (artículo 64.2.b) LPACAP), se contempla la posibilidad, excepcional, de que, si en el momento de dictar el acuerdo de iniciación no existen elementos suficientes para la calificación inicial de los hechos que motivan la incoación, la calificación se efectúe en una fase posterior mediante la elaboración de un pliego de cargos (artículo 64.3 LPACAP) y la fijación de los hechos probados, su exacta calificación jurídica, la infracción que en su caso constituyan la persona o personas responsables y la sanción que se proponga en la propuesta de resolución (artículo 89.3 LPACAP). Otro tanto sucede en el procedimiento disciplinario (artículos 35 y 42 del Real Decreto 33/1986). En ambos tipos de procedimiento se prevé una labor investigadora articulada a través de los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de



los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución (artículo 75.1 LPACAP) y práctica de los medios de prueba acordada (artículo 77 LPACAP) y de cuantas diligencias sean adecuadas para la determinación y comprobación de los hechos y en particular de cuantas pruebas puedan conducir a su esclarecimiento y a la determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción (artículo 34.1 del Real Decreto 33/1986)²⁹.

Más allá del tipo, condiciones y alcance de las diligencias que se practiquen en el procedimiento sancionador o disciplinario frente a las adoptadas en las actuaciones abordadas en los subepígrafes precedentes, una diferencia sustancial entre la investigación que tiene uno u otro marco radica en el punto de partida de cada una. Frente a las sospechas o indicios más o menos sólidos e imprecisos que dan lugar a las actuaciones investigadoras pre-procedimentales, la investigación propia del procedimiento sancionador o disciplinario está precedida por un acuerdo de inicio cuya adopción implica que el órgano competente ha apreciado la existencia de un hecho que justifica esa iniciación. Precisamente el procedimiento sancionador o disciplinario puede ser la consecuencia de una de las actuaciones descritas, bien

²⁹ Esta labor investigadora, que puede comprender la práctica de actuaciones complementarias (artículo 87 LPACAP), se relaciona con el principio acusatorio reflejado en la vinculación del órgano competente para sancionar a los hechos resultantes de la instrucción, como se explicita en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1382/2020, de 22 de octubre (rec.4535/2019), y se plasma en el artículo 90.2 LPACAP.



sea porque en ellas se advierta la apariencia de una conducta ilícita sancionable, bien sea porque el órgano competente estimó que, antes de iniciar el procedimiento sancionador o disciplinario, era conveniente el esclarecimiento de los hechos de que hubo tenido conocimiento.

La exigencia de un sólido asiento indiciario se relaciona con el despliegue en el procedimiento sancionador o disciplinario de todas las garantías propias del inculpado sin matizaciones o exclusiones apoyadas en la naturaleza no procedimental, en sentido estricto, de las actuaciones previas, procedimientos de aplicación de protocolos o sistemas de gestión de denuncias expuestos. La persona contra la que se dirige alguno de estos procedimientos se reviste del estatus de interesado (inculpado) en toda su plenitud, con aplicación consiguiente de los derechos reconocidos en el artículo 53 LPACAP y 94 y 98 TREBEP. Se equilibra, de este modo, el hecho de que las pruebas de cargo practicadas en el seno de estos procedimientos resultan aptas para desvirtuar la presunción de no existencia de responsabilidad y justificar, en consecuencia, la imposición de la sanción correspondiente, frente a las actuaciones indicadas, que no pueden conducir a la penalización de la conducta investigada.

6. Las actuaciones pre-procedimentales como procedimiento sui generis

La conclusión que se extrae del régimen de las investigadoras internas realizadas al margen del procedimiento sancionador o disciplinario es que su



desarrollo se incardina en un marco que no es procedimiento en sentido estricto pero que tiene carácter procedimental, aunque sea *sui generis*, y como tal ha de abordarse. Esta singularidad se refleja en distintas circunstancias:

- Este tipo de procedimientos son preliminares al procedimiento administrativo sancionador, disciplinario o penal, ya que su finalidad es esclarecer los hechos de que se ha tenido conocimiento a fin de determinar si procede o no el inicio de alguno de éstos.
- Al no ser procedimientos en sentido estricto, su regulación es limitada en su contenido o apoyo normativo, pues sólo se regulan algunos aspectos o se deja su concreción a instrumentos que no tienen carácter normativo, como sucede con los protocolos.
- La terminación de estos procedimientos, al no ser estrictamente tales, concluye con un informe que sirve de propuesta o denuncia a efectos del eventual procedimiento sancionador, disciplinario o penal o de archivo de las actuaciones.
- El régimen de recursos resulta poco claro, se excluye o se supedita al eventual procedimiento sancionador, disciplinario o penal.
- La información obtenida, más allá de servir de fundamento a la propuesta de inicio de un procedimiento sancionador, disciplinario o penal, se incorpora al eventual procedimiento a través de alguna de las diligencias que éste prevé. En coherencia con ello, su



valor probatorio es el que corresponda al medio de prueba por medio del cual se incorpora.

La dispersión normativa que aqueja a esta categoría procedimental (*sui generis*) responde a la imprecisión que padece la calificación de los hechos investigados. Las actuaciones previas a un procedimiento sancionador o disciplinario representan un cauce apropiado para el esclarecimiento cuando los hechos apuntan con la suficiente claridad a una responsabilidad administrativa sancionadora o disciplinaria para cuya sanción procede el procedimiento que eventualmente derivará de la actuación previa, y otro tanto sucede con los procedimientos de aplicación de protocolos, que están supeditados a que la conducta que dé lugar a su tramitación se identifique como propia del ámbito del protocolo correspondiente. Pero no son pocos los supuestos en que es difícil determinar, al menos inicialmente, qué tipo de responsabilidad (penal, administrativa sancionadora, disciplinaria, patrimonial, etc.) puede concurrir en los hechos que han de investigarse, por lo que es igualmente complejo decidir por qué tipo de actuación optar. Esta problemática, que no se plantea en el ámbito de la empresa privada, al no estar sometida a los formalismos de la actuación administrativa o del sector público, no se ve solventada por la amplitud de las ilicitudes denunciabiles al amparo de la Ley 2/2023, al tratarse de una vía supeditada a la denuncia que no da respuesta a las situaciones en que se suscita la necesidad de actuar de oficio.



Este escenario parece demandar una regulación unitaria de este tipo de procedimientos *sui generis* que permitiera encauzar genéricamente las investigaciones internas, sin necesidad de vincular las actuaciones previas a un eventual procedimiento administrativo sancionador o disciplinario ni sujetarlas a denuncia. A falta de ello, como sucede actualmente, resulta necesario establecer al menos una serie de principios y requisitos que rijan todas aquellas actuaciones identificables como propias de investigaciones internas, de manera que, al margen de su concreto encaje procedimental, se satisfagan las garantías exigibles para el adecuado respeto de los derechos e intereses afectados y la eficacia de la información obtenida³⁰.

III. FACULTADES DE INVESTIGACIÓN Y DERECHOS AFECTADOS

La cuestión principal que plantean las investigaciones internas es la relativa al impacto de éstas en los derechos de las personas afectadas por las diligencias que se practican en su marco, ya que ese impacto ha de condicionar la regulación y alcance de las medidas de averiguación. Antes de abordar las distintas diligencias y derechos, resulta oportuno hacer una consideración sobre el ámbito normativo de referencia.

De acuerdo con lo expuesto en el epígrafe anterior, la regulación de las actuaciones identificables como propias

30 De los inconvenientes que origina la ausencia de una regulación legal detallada de las investigaciones internas corporativas se advierte en GALLEGO SOLER, J.I. "Investigaciones internas (...)", op. cit., pág. 1152.



de investigaciones internas se halla dispersa en normas que tienen en común su incardinación en el Derecho administrativo y, por remisión de éste o por directa aplicación en el caso de los entes de derecho privado integrantes del sector público, en el Derecho laboral. Ahora bien, la naturaleza investigadora de las actuaciones aconseja acudir al Derecho procesal penal, no como regulación aplicable (salvo en lo relativo al deber de denuncia a las autoridades encargadas de la investigación penal), sino como referencia para analizar el conflicto entre la eficacia de la investigación y los intereses afectados³¹.

1. Tipos de diligencias de investigación

No existe un *numerus clausus* de diligencias, por lo que la siguiente relación es meramente ejemplificativa:

- Entrevistas o toma de declaración a las personas que pueden tener conocimiento de los hechos investigados y entre los que se incluye, en su caso, el denunciado o persona que se revela como aparentemente responsable.
- Registro de despachos, estancias y dependencias.
- Registro de documentos.

31 Por la aplicación del Derecho del trabajo con el Derecho procesal penal como referencia, con las necesarias adaptaciones, se aboga en NIETO MARTÍN, A. "Investigaciones internas" (...), op. cit., pág. 235.



- Registro de ordenadores y otros equipos informáticos propiedad del ente público.
- Acceso a las comunicaciones mantenidas con medios de la empresa.
- Examen de las grabaciones obtenidas mediante medios de videovigilancia.
- Solicitud de información o documentación a personas no integradas en la organización del ente público.

2. Fundamento del deber de colaborar

Antes de abordar los distintos derechos fundamentales afectados, es preciso analizar una cuestión esencial para que puedan prosperar las investigaciones internas: la colaboración de quienes tienen en su poder documentación de interés o conocen información relevante para el esclarecimiento de los hechos.

En el ámbito laboral del sector privado se ha situado el fundamento de este tipo de investigaciones en el poder de dirección regulado en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET en adelante)³². Más concretamente, en lo tocante a la respuesta a preguntas formuladas en el marco de la investigación interna, en el deber de diligencia con respecto a las órdenes o instrucciones

³² DE PRADA RODRÍGUEZ, M. y SANTOS ALONSO, J. "Responsabilidad penal (...)", op. cit., págs. 295 y 296.



adoptadas por el empresario en el ejercicio de sus facultades de dirección (artículos 5.c) y 20.2 TRET)³³.

La apelación al poder de dirección es extrapolable al empleo público, aunque con el importante matiz del distinto fundamento de ese poder y su proyección sobre las dos principales clases de empleados públicos: funcionarios, cuya relación con la Administración para la que prestan servicios es estatutaria (artículo 9.1 TREBEP), y personal laboral (artículo 11.1 TREBEP)³⁴. En ambos casos el empleado se sitúa en un contexto organizativo que tiene como uno de sus principios rectores la jerarquía (artículos 103.1 CE y 3.1 LRJSP). Ello se refleja en los principios éticos, que incluyen la *"lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores"* (artículo 53.3 TREBEP), y principios de conducta, entre los que se cuenta la obediencia *"a las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes"* (artículo 54.3 TREBEP), con correlato en la infracción muy grave de *"desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de*

33 VICARIO PÉREZ, A.Mª. "La Directiva Whistleblowing (...)", op. cit., pág. 704.

34 Dejamos al margen al personal eventual, al que, como dispone el artículo 12.5 TREBEP, le es aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, pero que se caracteriza por la su libre nombramiento y cese y por la confianza o asesoramiento especial que delimita sus funciones.



un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico” (artículo 95.2.i) TREBEP). Existe, por tanto, el deber de cumplir las instrucciones recibidas que, en lo tocante a las investigaciones internas, se relaciona con la colaboración requerida para que se proporcione información, sea mediante entrevista, informe o entrega de documentación, o se facilite el acceso a ésta. Ahora bien, la colaboración indicada debe desenvolverse en el marco de la legalidad, que opera a la vez como límite de la obediencia (al permitir desatender las órdenes manifiestamente contrarias al ordenamiento jurídico) y como sustento de la propia actividad investigadora, de modo que la cooperación exigida debe ser adecuada a la finalidad perseguida por la Administración.

Distinto es el caso de los sujetos que no tienen la condición de empleados públicos. La obligatoriedad de colaborar con la Administración depende, en coincidencia con éstos, de su vínculo con la Administración o entidad del sector público, que difiere de la relación de servicios propia del funcionario y laboral propia del trabajador. En unos supuestos se tratará de un vínculo contractual, sea regido por la normativa patrimonial o por la contractual del sector público, en otros del correspondiente al beneficiario de ayudas públicas con la entidad concedente o de cualquier otra forma de colaboración público-privada. Las facultades de investigación y su correlativo deber de colaboración se enmarcan en las reconocidas a la Administración en relación con la actividad de los contratistas, beneficiarios o colaboradores, gozando de ellas en la medida en que se ajusten a su carácter medial respecto de la finalidad a



que responde el vínculo. Esto es, verbigracia la solicitud de información a un contratista, aunque obedezca al propósito de investigar unos hechos aparentemente ilícitos, debe ampararse y constreñirse a las potestades administrativas relativas a la adjudicación o ejecución del contrato (artículo 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014).

En línea con lo anterior, la previsión genérica del artículo 4.2 LRJSP puede emplearse a los fines de las investigaciones internas, pero sólo en tanto en cuanto el requerimiento o medida adoptada se incardine en la verificación del cumplimiento a que, de acuerdo con la legislación aplicable, se vinculan esas potestades y medios. O, visto de otro modo, se trata de utilizar las facultades de inspección, control o supervisión propias de los distintos ámbitos de actividad de la Administración para obtener información que, a la vez que satisfacen esas finalidades de verificación (y sólo si las satisfacen) aportan datos de utilidad para el esclarecimiento de los hechos aparentemente ilícitos. En definitiva, confluye la inspección correspondiente al ámbito sectorial con la investigación interna.



3. Derechos fundamentales afectados³⁵

La primera cuestión que ha de abordarse es la concerniente a si las investigaciones internas son susceptibles de afectar a derechos fundamentales. La articulación de las investigaciones internas como actuaciones al margen del procedimiento en sentido estricto con una finalidad limitada (esclarecer los hechos y determinar si procede el inicio de un procedimiento) ha dado lugar a una tendencia doctrinal y jurisprudencial que las percibe como una acción inocua para los derechos de los afectados o que no precisa de limitaciones específicas. Así, en los casos en que no existe una regulación aplicable, se ha afirmado que no se sujetan a restricciones temporales y que las diligencias practicables son las que estime convenientes el órgano encargado de las actuaciones previas o información reservada, sin atribuirles impacto en el afectado³⁶. Este planteamiento se antoja una contrapartida a la ausencia de eficacia sancionadora de estas actuaciones, que ni siquiera interrumpen la prescripción. Dado que la realización de estas investigaciones no impide que el plazo de prescripción continúe corriendo, la opción por éstas en lugar de por el inicio de un procedimiento (por otra parte sujeto a

35 Al respecto, JULIÀ PIJOAN, M. "Un porqué a la observancia (...)", op. cit., págs. 327 y ss.

36 En este sentido, se ha apuntado en JULIÀ PIJOAN, M. "Un porqué a la observancia (...)", op. cit., pág. 319, el carácter privado, desregulado, de las investigaciones internas como origen de las dudas exegéticas acerca de la vigencia de los derechos fundamentales en éstas.



caducidad como medio, entre otros propósitos, de paliar las consecuencias para el inculpado del efecto interruptivo) aumenta el riesgo de que la falta de diligencia conduzca a la impunidad del infractor merced a la prescripción de la infracción. Parece adecuado, a la luz de esta circunstancia, que no se les asigne mayor trascendencia que el de mera aclaración de los hechos con vistas a la actuación realmente trascendente: el procedimiento. Mas se trata de un planteamiento rechazable.

Es indudable que las investigaciones internas desarrolladas al margen del procedimiento sancionador o disciplinario tienen un alcance mucho más limitado que el de las que se incardinan en éste, principalmente porque, cualquiera que sea su amplitud y resultados alcanzados, no pueden derivar en una sanción que, como se establece legislativamente, no puede imponerse sin un procedimiento (artículos 25.1 LRJSP y 98.1 TREBEP), lo que las investigaciones internas no son. Pero ello no significa que sean inofensivas para los derechos de las personas sujetas a las diligencias que se acuerden, ni mucho menos para el presunto infractor. De hecho, como se expondrá, es perfectamente posible y nada extraño que el procedimiento iniciado tras la investigación interna básicamente se reduzca a incorporar y ratificar lo obtenido en las investigaciones internas. Por otra parte, la incidencia en los derechos fundamentales en atención al tipo de actuación desarrollada (pública o privada) no es dudoso en relación con las investigaciones internas desarrolladas en el seno de las Administraciones Públicas, por su carácter de



poder público. Y tampoco ha de serlo en el caso de las efectuadas en entidades de derecho privado pertenecientes al sector público, ya que los derechos fundamentales también despliegan sus efectos en el ámbito de las relaciones laborales.

Apuntado lo anterior, al igual que sucede con las diligencias de investigación, la relación que sigue no es exhaustiva, ya que la identificación del concreto o concretos derechos fundamentales comprometidos depende del tipo de diligencias que se practiquen y personas que se vean afectadas.

3.1. Derechos del sospechoso

Con esta expresión nos referimos al derecho a ser informado de la acusación formulada contra uno, a la defensa y asistencia de letrado, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia y de defensa en su sentido más amplio (artículo 24 CE), que en el procedimiento administrativo sancionador se recogen en el artículo 53 LPCAP. En línea con lo argumentado previamente, el hecho de que la investigación desarrollada lo sea al margen de procedimientos en sentido estricto, con mayor o menos “informalidad”, no puede erigirse en obstáculo para su reconocimiento y eficacia, a la vez que no impide que deban realizarse ciertas matizaciones a su alcance temporal y material.

Es posible que inicialmente la investigación interna no se dirija contra una persona identificada, lo que lógicamente hace inaplicables los derechos antedichos.



Tan es así que, como sucede en el orden jurisdiccional penal, puede suceder que una determinada persona sea citada y declare como testigo para posteriormente pasar a ser identificada como presunto autor responsable de los hechos aparentemente ilícitos investigados. Esta eventualidad plantea la cuestión del momento a partir del cual empiezan a surtir efectos los derechos indicados, que ha de ser el de imputación a una persona, aunque sea admisible que, al modo del secreto de las actuaciones del proceso penal, se difiera la comunicación formal (sin menoscabo de la garantía de derechos, como el de no autoincriminación a que se hará referencia seguidamente) a un momento ulterior en aras a la eficacia de la investigación³⁷.

Una vez que tiene lugar la imputación (material), el investigado ha de ser informado de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten como investigado a fin de que pueda proceder a su defensa³⁸.

37 En esta línea, el artículo 9.2.f) de la Ley 2/2023 prevé el *"Establecimiento del derecho de la persona afectada a que se le informe de las acciones u omisiones que se le atribuyen, y a ser oída en cualquier momento. Dicha comunicación tendrá lugar en el tiempo y forma que se considere adecuado para garantizar el buen fin de la investigación"*.

38 A este respecto, se ha planteado una "Miranda empresarial" en el ámbito de las investigaciones internas en el sector privado, NIETO MARTÍN, A. "Investigaciones internas" (...), op. cit., pág. 253.



Entre ellos ocupa un lugar destacado el denominado derecho a la no autoincriminación³⁹

La delimitación del contenido y ámbito de cobertura de este derecho es uno de los aspectos más problemáticos de las investigaciones internas. Por una parte, se discute si el derecho se limita a las declaraciones orales o se extiende a la aportación de elementos probatorios a través de otros medios de prueba, como los documentos y, en relación con ello, el alcance de los deberes del inculpado. Por otra, el momento o tipo de actuación en que se despliega.

Por lo que respecta a la primera cuestión, procede inclinarse por una concepción amplia que comprende cuantas formas de colaboración activa puedan comportar autoincriminación, no necesariamente constreñidas a las manifestaciones orales⁴⁰. Por lo que se refiere a la segunda, debe matizarse el carácter procedimental-sancionador como elemento determinante del ámbito de cobertura del derecho, en el sentido de que ese carácter no debe ser identificado formal, sino materialmente⁴¹. La clave para la aplicación del derecho a la no

39 Se emplea esta expresión por ser la que acostumbra utilizar la doctrina, tanto académica como jurisprudencial, si bien preferimos la de nuevo cuño "derecho a la no colaboración activa" por que se opta en GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J. "Imputación de personas jurídicas y Derecho a la no colaboración activa", *Revista jurídica de Castilla y León*, 2016, nº 40, págs. 38-39.

40 GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J. "Imputación de personas (...)", op. cit., págs. 42 y ss.

41 GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J. "Imputación de personas (...)", op. cit., págs. 54 y ss.



autoincriminación ha de situarse, merced a su fundamento en el rechazo a que el investigado colabore en su represión vía aportación de elementos inculpatórios, en la dimensión investigadora de la actuación en cuestión, de manera que, si esta se dirige al esclarecimiento de un hecho aparentemente ilícito y apunta a una determinada persona como posible responsable, la actuación aparece como investigadora, ínsita en una eventualmente sancionadora, más allá de que formalmente no corresponda a un proceso penal o administrativo sancionador. Así entendido el ámbito de cobertura del derecho, todas las actuaciones enunciadas con anterioridad (actuaciones previas, procedimientos de aplicación de protocolos, investigaciones "informales") son susceptibles de verse afectadas por dicho derecho, desde el momento en que la averiguación se dirija o se señale a un sujeto concreto como posible autor o responsable de los hechos investigados.

La investigación como elemento determinante del ámbito de cobertura del derecho conduce a aplicarlo a cualquier investigación, incluidas las desarrolladas en el marco de empresas del sector privado y las que puedan desarrollar particulares. Ahora bien, de forma similar a lo que sucede respecto de las actuaciones inspectoras (no investigadoras) de las Administraciones Públicas, no debe excederse el ámbito de la investigación para dar cabida en dicho ámbito de cobertura a cualquier rendición de cuentas. La clave radica en el carácter reactivo de la investigación y en la dirección de ésta



contra un sujeto determinado al que se apunta como posible responsable⁴².

La información al denunciado o investigado de su carácter de tal, además de permitirle ejercitar el derecho a la no autoincriminación, da ocasión de que éste solicite acceso al expediente, que, de vincularse a la condición de interesado, se enmarca en el derecho de defensa⁴³. Al respecto, el Tribunal Supremo, en relación con la información previa o reservada, ha fijado como doctrina que *"el funcionario denunciado respecto al que se ha incoado una información previa o reservada, aunque luego no fuere sancionado, tiene derecho a acceder a dicho expediente"*, lo que apoya en la condición de interesado (artículo 4 LPACAP) que atribuye al

42 El apunte en POUCHAIN, P. "Autoincriminación "forzada" en las investigaciones internas", Indret: Revista para el Análisis del Derecho, 2022, nº 4, pág. 88, de que el deber laboral de rendir cuentas, con carácter contractual, es distinto del deber de colaborar inherente a muchos procedimientos públicos de naturaleza sancionadora resulta adecuado si se entiende que uno y otro se enmarcan, respectivamente, al margen de una actuación investigadora y en el seno de ésta.

43 No se aborda por no ser pacífica ni jurisprudencialmente establecida la condición de derecho fundamental del derecho de acceso a la información pública, pero procede dejar constancia del Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de abril de 2024 (rec.1148/2023), en que se identifica como cuestión de interés casacional *"Que se determine si la condición de interesado en un procedimiento administrativo impide el ejercicio del derecho de acceder a la información pública contemplado en el artículo 12 de la Ley 19/2013, de 8 de diciembre, de Transparencia, Información Pública y Buen Gobierno"*.



denunciado y consecuente aplicación del artículo 53.1 LPACAP. Aunque las peculiaridades de las investigaciones internas a que se ha hecho referencia friccionan con la identificación de sus distintos marcos procedimentales como procedimiento en sentido estricto, resulta adecuado aplicar este criterio a las investigaciones internas como manifestación del derecho de defensa, aunque sea con la ponderación necesaria para salvaguardar la confidencialidad propia de estas actuaciones⁴⁴.

44 Esta postura se advierte en la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 426/2016, de 6 de julio (rec.26/2015), en relación con la aplicación de protocolos anti-acoso: *"De acuerdo con las previsiones del protocolo, el proceso de recopilación de la información, que puede comprender la entrevista de los afectados y de testigos, ha de estar presidido, entre otros, por los principios de confidencialidad y sigilo (...) Casi con seguridad por la finalidad preventiva de las conductas de acoso, también para evitar presiones o represalias, en la primera fase del protocolo se exige a los intervinientes una especial obligación de confidencialidad y reserva (...)*

Sea como fuere, del régimen aplicable resulta que la excepción a la denegación al acceso a determinados documentos ha de hacerse de forma motivada y por las razones taxativas dispuestas en la ley, entre ellas, por la presencia de intereses de terceros más dignos de protección, y sin olvidar que la protección del derecho de acceso ha de hacerse, sobre todo, desde la perspectiva de que no se produzca indefensión [cfr. auto del Tribunal Supremo 13/7/06 (recurso de casación 47/2006)]".



La identificación de las investigaciones internas como procedimiento en sentido estricto comporta el reconocimiento de todos los derechos previstos en el artículo 53 LPACAP, entre los que se encuentran los del apartado 1.e) (formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento Jurídico y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución). Sin embargo, con apoyo en la calificación de las investigaciones internas como procedimiento *sui generis* previo, en su caso, a un procedimiento administrativo en sentido estricto o proceso penal, es posible subordinar la intervención del investigado a lo que decida el instructor de la investigación, de modo que la toma de declaraciones, registros, etc., puedan practicarse sin la presencia y participación del autor o autores de los hechos investigados cuando son desconocidos e incluso una vez concretados.

La postura expuesta aparentemente resulta contradictoria con la asociación del derecho a la no autoincriminación con la individualización de la investigación, pero la impresión se desvanece al relacionar la finalidad de la investigación interna con el alcance de cada uno de los derechos involucrados. La investigación interna, cuando se desarrolla al margen de un procedimiento en sentido estricto o proceso se dirige a un esclarecimiento de los hechos que puede conducir al archivo o a la incoación de un procedimiento o proceso en que se despliegan plenamente los derechos propios del inculpado, lo que comporta que el derecho de



defensa no requiera ser garantizado de forma equiparable a lo que sucede en un procedimiento del que puede derivar una sanción. Ahora bien, esto no supone que la investigación interna sea inocua para el investigado, habida cuenta de que, como se expone, lo recabado en ella a menudo se incorpora al procedimiento eventualmente iniciado y puede llegar a surtir efectos como medio de prueba apto para desvirtuar la presunción de inocencia. Por eso es preciso asegurar que el investigado, una vez individualizado, no se vea compelido a colaborar en su incriminación y aportar activamente información o documentación que puede perjudicarle. En cambio, la defensa, en su manifestación de formulación de alegaciones y propuesta de medios de prueba, no necesita esta garantía porque su marco propio es el procedimiento en sentido estricto, al que sólo se llegará si se aprecian indicios suficientes de una conducta ilícita. Es adecuado, sin duda, que se tomen en consideración las alegaciones y medios de prueba que el investigado realice, pero su rechazo o ignorancia no debe invalidar la investigación previa, ya que no se priva al investigado de defenderse en caso de que la investigación conduzca a una imputación desencadenante de un procedimiento (en sentido estricto) o proceso. Y por lo que se refiere a la contradicción, ha de tenerse presente que los medios de prueba susceptibles de desvirtuar la presunción de no responsabilidad son los practicados con arreglo a este principio, que tiene plena eficacia en el marco del procedimiento en sentido estricto o proceso. La omisión de contradicción en sede de investigación interna implicará que las declaraciones, documentos, etc.,



obtenidos en esa fase no puedan servir como prueba de cargo salvo que se sometan a contradicción, lo que en unos casos pasa por dar audiencia al respecto (documentos) y en otros por reiterar la declaración con presencia e intervención del inculpado (declaraciones)⁴⁵.

3.2. Derecho a la protección de los datos de carácter personal, a la intimidad y al secreto de las comunicaciones

La eficacia de estos derechos se proyecta no sólo respecto del presunto infractor, sino también de cuantas personas distintas de éste se vean sometidas al acceso a información calificable de dato de carácter personal. Las posibilidades son múltiples: consulta de registros, registro de equipos informáticos y examen de grabaciones de videovigilancia.

Las actuaciones indicadas cuentan con regulación específica en los artículos 87, 89 y 90 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD en adelante)⁴⁶. Sin profundizar en una materia que excede

45 Es importante destacar que estas consideraciones se hacen sobre la base de la postura de que las investigaciones internas no pueden incluir la investigación de delitos, momento a partir del cual son aplicables todas las garantías del investigado, como advierte la STS, Sala de lo Penal, 980/2016, de 11 de enero de 2017 (rec.1498/2016).

46 A esta regulación debe entenderse hecha la remisión del artículo 20 bis TRET, introducido precisamente por disposición final decimotercera LOPD: *“Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su*



el propósito del presente trabajo, interesa destacar que es común al acceso a los contenidos y tratamiento de los obtenidos que éstos han de responder al control del cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias⁴⁷. Esta vinculación es relevante de cara a las investigaciones internas, ya que, si bien puede servir de fundamento al acceso a información en poder o concerniente tanto a quienes se identifican como posibles autores de los hechos investigados como a terceros, esta eficacia no es equivalente. A diferencia de lo que sucede con los primeros, en que es habitual que exista un aparente incumplimiento de los deberes funcionariales o laborales, pues la investigación deriva de conductas aparentemente ilícitas, el acceso a información relativa a terceros puede aparecer como adecuado no porque apunte a un incumplimiento que, aunque distinto del determinante de la investigación, está conectado con éste (sea por servirle de medio para

disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidación frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

47 Aunque el empleo de la terminología no es muy riguroso, cabe entender que la alusión a las obligaciones estatutarias (artículo 87) y legislación de función pública (artículos 89 y 90) se hace en relación con los funcionarios y la referencia a las obligaciones laborales (con remisión al artículo 20.3 TRET en los artículos 89 y 89) es extensible a los empleados públicos con vínculo laboral, a la vez “trabajadores” y “empleados públicos” (categorías que en los preceptos citados se presentan como distintas, a pesar de esta coincidencia).



la comisión de la conducta ilícita, sea porque afecta a los datos relacionados con ésta), sino porque aporta información útil, pese a que no se enmarca en infracción alguna imputable a la persona afectada, como pueden ser correos recibidos por un empleado remitidos por uno de los investigados. Esta ajeneidad al control que legitima la obtención de la información priva de fundamento el acceso a ésta, sin que proceda invocar razones de interés público, al carecerse de una regulación que permita acceder o alterar la finalidad del tratamiento frente a la específica que lo acota al propósito referido⁴⁸.

Este razonamiento es aplicable a cualquier acceso o tratamiento de información no relativa a empleados públicos (por ejemplo, la correspondiente a expedientes de contratación, subvenciones, etc.). Estas medidas son legítimas en el marco de una investigación interna cuando se enmarcan en el control o verificación del correcto desenvolvimiento de la actividad administrativa o del ente del sector público a que responde el expediente o la documentación obrante en un determinado registro, pero no cuando se realizan para obtener información de interés, pero desconectada de un posible incumplimiento que afecte a ese concreto ámbito de actividad. La investigación interna, a falta de una regulación que otorgue apoyo expreso a los registros a

48 En este sentido, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1565/2024, de 7 de octubre (rec.6949/2022), confirma el rechazo a la apelación al artículo 6.1 LOPD como fundamento del registro de un ordenador, al no justificarse la concurrencia de la excepción al consentimiento en él prevista.



los fines de esa investigación (como sucede, verbigracia, en el artículo 19.5 de la Ley 2/2023 respecto del canal externo de información de la Autoridad Independiente de Protección del Informante), debe ceñirse a lo permitido por la regulación indicada.

No basta, por otra parte, con que en un plano general de reacción a conductas aparentemente ilícitas resulte admisible la adopción de este tipo de medidas para que lo sean en el caso concreto de la investigación interna en cuyo marco pretenden practicarse, sino que es necesario que además se satisfagan los requisitos propios de la medida derivados de la afectación a derechos fundamentales y que pueden sintetizarse en información previa y proporcionalidad⁴⁹.

El deber de información previa se justifica por el carácter contextual de la limitación iusfundamental que se adopta o puede adoptarse. Aunque también despliegan una eficacia preventiva de la comisión de delitos (por el riesgo de que se descubran) su aplicación está orientada principalmente a satisfacer una finalidad privada: verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales. Es el marco de relación (laboral/funcionarial) el que fundamenta una restricción que no tiene lugar con carácter general (no se graba en cualquier parte, como

49 Así se advierte en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 (demanda 61496/08), caso Barbulescu contra Rumanía, sobre control empresarial del uso de medios informáticos, y de 17 de octubre de 2019 (demandas 1874/13 y 8567/13), López Ribalda y otros contra España.



tampoco se puede acceder al contenido de dispositivos informáticos en cualquier situación); de ahí que la calificuemos de contextual⁵⁰. De la contextualidad de la limitación se deriva la necesidad de información previa, que es el medio para que las personas que se ven sometidas a esa restricción conozcan los términos de ésta y, de este modo, puedan acomodar su conducta a ese contexto y minimizar su impacto⁵¹.

A este respecto, el fundamento de este tipo de medidas no puede residenciarse en el consentimiento del

50 Aunque no se califica como tal, cabe entender que esta idea está presente en la configuración de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito laboral realizada por el Tribunal Constitucional. Así, en su Sentencia 170/2013, de 7 de octubre (rec.2907/2011), expone: *"no puede desconocerse tampoco, como dijimos en la STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 4, que la inserción en la organización laboral modula aquellos derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva; reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE). En aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los razonables requerimientos de la organización productiva en que se integra, se ha afirmado que "manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas, no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral" (STC 126/2003, de 30 de junio, FJ 7)".*

51 Frente a esta postura, jurisprudencialmente se mantiene que el conocimiento es elemento legitimador de la injerencia en atención a la expectativa de privacidad. Así, en la STS, Sala de lo Social, 766/2020, de 15 de septiembre (rec.528/2018), en relación con un supuesto de empleo de un receptor del GPS.



empleado (sea expreso o tácito) como excluyente de la expectativa de privacidad⁵². La aceptación del consentimiento como elemento legitimador de las restricciones de derechos fundamentales tiene pleno sentido por la vinculación de los derechos fundamentales con la dignidad, que en su vertiente dinámica se manifiesta en el libre desarrollo de la personalidad, la cual reclama autonomía de la voluntad. Es adecuado, desde esta óptica, que el titular del derecho fundamental, a través de la manifestación de voluntad que supone el consentimiento, justifique la restricción. Ahora bien, el consentimiento, además de no ser apto para delimitar el derecho, cuyo ámbito de cobertura no se configura subjetivamente, sólo es admisible cuando es absolutamente libre, lo que pasa por la ausencia de factores susceptibles de alterar o condicionar su prestación⁵³. Es el caso de las relaciones laborales o funcionariales, en que el poder de dirección que se proyecta sobre los empleados es suficiente para generar en éstos una actitud proclive a consentir, a pesar de que en otras circunstancias no sería ésa su decisión. Y por lo que se refiere al consentimiento tácito deducido de la

52 La postura que se rechaza se mantiene en ALCÁ CER GUIRAO, R. "Dimensiones constitucionales (...)", op. cit., pág. 26.

53 Aunque coincidimos con ALCÁ CER GUIRAO, R. "Dimensiones constitucionales (...)", op. cit., pág. 30, en que debe rechazarse que la empresa pueda *"convertir el lugar de trabajo en un panóptico, ni a desarrollar una supervisión ilimitada y desproporcionada al fin que se persigue"*, rechazamos que pueda apreciarse *"la inexistencia prima facie de una expectativa de privacidad"*.



firma del contrato o aceptación del nombramiento y consecuente prestación de servicios, el hecho de que la alternativa a esa deducción sea la renuncia a la contratación o nombramiento lo convierte en artificioso, ya que el propósito o necesidad de acceder a esa prestación no significa que se acepten todas sus condiciones⁵⁴. Por el contrario, la asunción de las limitaciones se presenta como indeseada y, por ello, precisada del fundamento de la restricción contextual, que ha de someterse, en cualquier caso, al principio de proporcionalidad.

La contextualidad justifica la aplicación preventiva de las medidas, pero no el acceso a la información obtenida, bien sea porque consta en los dispositivos informáticos, bien sea porque la videovigilancia o sistemas de geolocalización hubieron permitido su recabo. El acceso debe fundamentarse a la luz del principio de proporcionalidad en relación con la finalidad que legitima este tipo de restricciones (el control de las obligaciones laborales), la cual debe estar conectada con la conducta investigada en el sentido indicado. Ello implica que no sólo debe existir un incumplimiento imputable a la persona que padece la medida, sino que también deben concurrir indicios que sustenten la actuación

54 En la STS, Sala de lo Penal, 328/2021, de 22 de abril (rec.715/2020), se admite la renuncia excluyente de la expectativa de la privacidad si es expresa, *"sin que pueda equipararse a ésta una pretendida renuncia derivada de la voluntad presunta del trabajador"*.



investigadora⁵⁵. Es decir, se exigen dos condiciones distintas: la indiciariedad para la adopción de la medida en el marco de la investigación interna y la proporcionalidad en lo tocante a la concreta aplicación de ésta⁵⁶.

55 En TRAVÉ SARRADELL, D. "Intimididad y vigilancia en las investigaciones internas derivadas del uso de un canal de whistleblowing", Iuslabor, 2021, nº 1, págs. 60 y ss, se postula una aplicación gradualista en función de la verificación de la denuncia.

56 Si bien se refiere a un control en el marco de la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales, es aplicable lo razonado en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional (STC en adelante) 170/2013, de 7 de octubre (rec.2907/2011): *"Aplicando similar razonamiento al seguido en nuestra STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 7, relativa a la instalación de un circuito cerrado de televisión en el lugar de trabajo, con igual conclusión a la allí alcanzada, ha de afirmarse aquí que el acceso por la empresa a los correos electrónicos del trabajador reunía las exigencias requeridas por el juicio de proporcionalidad. Se trataba en primer lugar de una medida justificada, puesto que, conforme consta en la Sentencia de instancia, su práctica se fundó en la existencia de sospechas de un comportamiento irregular del trabajador. En segundo término, la medida era idónea para la finalidad pretendida por la empresa, consistente en verificar si el trabajador cometía efectivamente la irregularidad sospechada: la revelación a terceros de datos empresariales de reserva obligada; al objeto de adoptar las medidas disciplinarias correspondientes. En tercer lugar, la medida podía considerarse necesaria, dado que, como instrumento de transmisión de dicha información confidencial, el contenido o texto de los correos electrónicos serviría de prueba de la citada*



Se ha mantenido que la obtención de datos obrantes en soportes informáticos requiere autorización judicial, y así se exige en el artículo 588 bis b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, en este caso, además de la habilitación legislativa que proporciona el artículo 87 LOPD, el tipo de restricción, contextual, legitimaría que, a falta de un precepto constitucional que establezca expresamente dicho requisito, la gravedad de la injerencia como fundamento de la exigencia de autorización judicial se vea matizada por el contexto del registro a efectos de exceptuarla. Estas consideraciones anteriores son esencialmente aplicables a los registros sobre la persona del trabajador, sus taquillas y efectos particulares, que, efectuada en el marco de la

irregularidad ante la eventual impugnación judicial de la sanción empresarial; no era pues suficiente a tal fin el mero acceso a otros elementos de la comunicación como la identificación del remitente o destinatario, que por sí solos no permitían acreditar el ilícito indicado. Finalmente, la medida podía entenderse como ponderada y equilibrada; al margen de las garantías con que se realizó el control empresarial a través de la intervención de perito informático y notario, ha de partirse de que la controversia a dirimir en este recurso se ciñe a los correos electrónicos aportados por la empresa como prueba en el proceso de despido que fueron valorados en su decisión por la resolución judicial impugnada: en concreto, los relativos a datos sobre la cosecha de 2007 y 2008. No consta en las actuaciones que el contenido de estos mensajes refleje aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador, sino únicamente información relativa a la actividad empresarial, cuya remisión a terceros, conforme a la Sentencia recurrida, implicaba una transgresión de la buena fe contractual”.



investigación interna, debe respetar la indiciariedad y proporcionalidad referidas⁵⁷.

Distinto es el caso del secreto de las comunicaciones, en que su carácter formal hace exigible autorización judicial cualquiera que sea la política empresarial al respecto y el conocimiento de ésta por los empleados⁵⁸. La

57 Al respecto, dispone el artículo 18 TRET que *"Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible"*.

58 En este sentido, se razona en el Voto Particular que formula el Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré a la STC 241/2012, de 17 de diciembre (rec.7304/2007): *"En definitiva y en atención al carácter formal del derecho y a sus contenidos, la protección que ofrece el art. 18.3 CE ha de incluir los supuestos en los que exista, como en el del presente amparo, la trasgresión de una orden empresarial de prohibición de instalación de sistemas de mensajería electrónica o de empleo de los existentes para un fin ajeno a la actividad laboral, pues el incumplimiento de lo ordenado no habilita en modo alguno interferencias en el proceso o en el contenido de la comunicación, sin perjuicio de que pueda acarrear algún tipo de sanción (...) Para superar esos límites, cualquier intervención empresarial debe producirse con las prevenciones y cánones de la autorización judicial que cita el art. 18.3 CE, en cuya definición nuestra jurisprudencia incorpora la exigencia de una norma legal que habilite la injerencia —"una*



expectativa de privacidad no puede actuar como elemento delimitador del derecho, ni mucho menos como factor que, al margen de su ponderación en el marco de la proporcionalidad en sentido estricto, permita eludir un requisito de raigambre constitucional (la intervención jurisdiccional), puesto que la identificación de una comunicación como propia de canal cerrado no depende de la titularidad del terminal o medio de comunicación, ni de las condiciones de accesibilidad al contenido que hayan podido establecerse sin ser consustanciales a la configuración técnica del medio⁵⁹.

En cuanto a la información de que se dispone en virtud de consentimiento o tratamientos legítimos, su utilización a efectos de la investigación interna implica otro tipo de injerencia distinta del registro u obtención de la información, cual es la alteración de la finalidad del tratamiento. A este respecto, procede destacar que la "limitación de la finalidad" es uno de los principios relativos al tratamiento (artículo 5.1.b) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las

ley de singular precisión" (STC 49/1999, FJ 4)— y dispone que los Jueces y Tribunales podrán adoptar la medida sólo cuando concurran los presupuestos materiales pertinentes (ibídem)".

59 En esta línea, MARTÍNEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2002, págs. 133 y ss. Como se afirma en MARTÍN MORALES, R. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 67, "El titular del derecho al secreto de las comunicaciones es el que efectúa la comunicación, y no el propietario del teléfono desde el que se realiza".



personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 65/46/CE, RGPD en adelante). Desde el punto de vista de las entidades del sector público, la legitimación del tratamiento ulterior con la finalidad indicada ha de situarse en el artículo 6.1.e) RGPD (*"el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento"*) en relación con el 8.2 LOPD. Las competencias son diversas, en función del tipo de infracción, pero se reconducen al eventual ejercicio de la potestad sancionadora o deber de denuncia de ilícitos penales, que constituye una finalidad compatible. Ahora bien, ello no significa que la alteración de la finalidad del tratamiento, como restricción del derecho que integra, se exima de satisfacer los requisitos de indiciariedad y proporcionalidad⁶⁰.

4. Limitación temporal de las investigaciones

La regulación de las distintas actuaciones susceptibles de dar cabida a investigaciones internas ofrece un marcado contraste de los procedimientos de aplicación de

60 En NIETO MARTÍN, A. "Investigaciones internas" (...), op. cit., págs. 243-245, se advierte frente al *data mining* con fundamento en información externa (inteligencia corporativa) desde la óptica del derecho a la protección de los datos de carácter personal.



protocolos frente al acoso y el procedimiento de gestión de informaciones con las actuaciones previas⁶¹.

La no identificación de los procedimientos en que se enmarcan las investigaciones internas como procedimientos en sentido estricto justifica la exclusión de la aplicación del plazo de tres meses previsto en el artículo 21.3 LPCAP para los supuestos de no fijación en la norma reguladora del correspondiente procedimiento de plazo máximo para la notificación de la resolución; plazo que sería de caducidad (artículo 25.1.b) LPACAP), al ser susceptible de producir efectos desfavorables para los investigados⁶². Ahora bien, que la fijación de plazo no

61 Ejemplo de los primeros son el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado y el Protocolo General de Prevención y Actuación frente a todos los tipos de acoso en el trabajo en la Administración de la Comunidad de Madrid y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, que dispone que el informe deberá ser emitido en un plazo máximo de 10 días naturales desde que se presentó la denuncia. En cuanto al segundo, el artículo 9.2.d) de la Ley 2/2023 reclama la *"Determinación del plazo máximo para dar respuesta a las actuaciones de investigación, que no podrá ser superior a tres meses a contar desde la recepción de la comunicación o, si no se remitió un acuse de recibo al informante, a tres meses a partir del vencimiento del plazo de siete días después de efectuarse la comunicación, salvo casos de especial complejidad que requieran una ampliación del plazo, en cuyo caso, este podrá extenderse hasta un máximo de otros tres meses adicionales"*.

62 Con las evidentes diferencias, la exclusión del plazo de caducidad y sujeción al de prescripción es comparable al régimen aplicable a la verificación de las subvenciones (STS,



venga impuesta por la obligación de resolver propia de todo procedimiento administrativo no implica que deba descartarse su establecimiento con fundamento no en esa condición, sino en el límite que supone para estas investigaciones la aparición o presencia de indicios adecuados para la incoación de un procedimiento disciplinario o sancionador en que se despliegan plenamente las garantías del inculpado. Desde esta perspectiva, el exceso del límite temporal no comportaría la caducidad del procedimiento (que no es, al menos en sentido estricto), sino la inadmisibilidad de aquellas actuaciones que se sitúen fuera del marco temporal establecido, de modo similar a la eficacia del plazo de duración de las actuaciones de instrucción.

IV. INIMPUGNABILIDAD DE LAS ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN Y ACUERDO DE INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR COMO ACTO DE TRÁMITE

Otro aspecto en que no se advierte uniformidad de criterio es el de la impugnabilidad de las distintas actuaciones que tienen lugar en el curso de la investigación interna de conformidad con la regulación o diseño del procedimiento en cuestión y, en particular, de la decisión que pone fin a éste. Así, mientras en el caso de las actuaciones previas únicamente se admite la impugnación del archivo, en los procedimientos de aplicación de los protocolos anti-acoso no se excluye la

Sala de lo Contencioso-Administrativo, 286/2021, de 1 de marzo, rec.3057/2019).



de los distintos actos e incluso en algunos se contempla con carácter general, en tanto en la Ley 2/2023, bien que en relación con el canal externo de información de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, se dispone que *"no serán recurribles en vía administrativa ni en vía contencioso administrativa, sin perjuicio del recurso administrativo o contencioso administrativo que pudiera interponerse frente a la eventual resolución que ponga fin al procedimiento sancionador que pudiera incoarse con ocasión de los hechos relatados"* (artículo 20.4).

En una primera aproximación y desde un punto de vista global, la prohibición o exclusión de recursos frente a las actuaciones realizadas en el marco de las investigaciones internas, cualquiera que sea el procedimiento a través del cual se articulen, resulta contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, máxime tratándose de actos propios del sector público en que se ubican las Administraciones Públicas, pues sustrae del control jurisdiccional un determinado ámbito de actividad pública⁶³. Sin embargo, puede justificarse en la medida en que se aborde desde la concepción de la investigación interna como una actuación instrumental respecto del eventual procedimiento sancionador o disciplinario⁶⁴.

63 Un análisis exhaustivo de esta cuestión en lo tocante a la Ley 2/2023, en MAGARIÑOS YÁNEZ, J.A. *La denuncia (...)*, op. cit., págs. 135 y ss.

64 Como se señala en AYALA GONZÁLEZ, A. "Investigaciones internas (...)", op. cit., pág. 285, *"En términos del alto órgano, la instrucción corporativa no será nunca más que, en su caso, preparatorio que precede a lo preparatorio: la investigación"*.



De iniciarse dicho procedimiento, será en el seno de éste en el que se examinará la conformidad a Derecho de las actuaciones desarrolladas en la investigación interna que se pretendan incorporar o utilizar a los fines de la sanción y, como prevé la Ley 2/2023, será con ocasión de la impugnación de la resolución que ponga fin al procedimiento cuando se pueda objetar a esas actuaciones ante la Administración o el órgano jurisdiccional correspondiente. Así entendido el papel de la investigación interna, no se trata de exceptuar la impugnación, sino de postergarla a un momento ulterior, en línea con el régimen de los actos de trámite (artículo 112.1 LPACAP). Ahora bien, este carácter de "trámite" que se atribuye a la investigación interna tiene sentido como fundamento de la exclusión de la impugnación cuando efectivamente la investigación aparece como una etapa previa, de comprobación o verificación, del procedimiento en sentido estricto, tal y como se aprecia claramente en el supuesto de las actuaciones previas, pero se presta a importantes objeciones cuando la investigación concluye en archivo, ya que en este supuesto, al no haber procedimiento ulterior, no existe oportunidad de impugnar lo actuado, que puede haber supuesto un gravamen injustificado o contrario a Derecho por cualquier motivo para el investigado. En este caso la afectación no se asocia a la utilización de lo recabado, pues la investigación finaliza con archivo, sino en la vulneración de derechos padecida por el investigado; de ahí que la reacción puede canalizarse a

interna no es un fin en sí misma y siempre tendrá vocación instrumental".



través no de la impugnación de la actuación concreta con vistas a su “inutilización” (que tiene lugar por la circunstancia de concluir la investigación sin procedimiento posterior), sino de la reclamación de compensación (*in natura* o indemnizatoria) por el perjuicio sufrido. Este planteamiento permite mantener la instrumentalidad de la investigación interna como actuación previa al eventual procedimiento sancionador o disciplinario, en lugar de desnaturalizar su carácter *sui generis* convirtiéndolo en un procedimiento en sentido estricto, a la vez que se salvaguarda la protección de los derechos de los investigados. Ahora bien, estas consideraciones no son aplicables a aquellas actuaciones que inciden en la esfera de derechos de los denunciantes, como es la aplicación de la protección del informante o las medidas cautelares adoptables en el marco de los procedimientos anti-acoso.

Al hilo de lo anterior, es preciso detenerse en la reacción al archivo de la investigación interna o la decisión de remitir la información obtenida con vistas al inicio de un procedimiento sancionador o disciplinario. Concretamente se plantea si ésta debe articularse mediante la impugnación del acto finalizador de la investigación interna, cualquiera que sea la forma que adopte, o la adoptada en el marco del eventual procedimiento en sentido estricto (sancionador/disciplinario) que se incoe, o no, de resultados de la investigación interna. Lo adecuado es que la impugnación se dirija contra la decisión de no iniciar el procedimiento sancionador o disciplinario motivada por una denuncia específica de quien desea que se ejercite la potestad sancionadora como vía para para



hacer valer la legitimación que se ha reconocido para que *“se desarrolle una actividad de investigación y comprobación a fin de constatar si se ha producido una conducta irregular que merezca una respuesta en el marco de atribuciones del órgano competente para sancionar”*⁶⁵. Se evita, de este modo, que la naturaleza de la investigación interna (instrumental respecto del eventual procedimiento sancionador o disciplinario) se desnaturalice otorgando vía de recurso frente a actuaciones que corresponden a una actividad investigadora que no comporta ni puede comportar la imposición de sanciones y que se presenta como una posibilidad (no exigencia) para dicho ejercicio.

En la situación contraria a la precedente, la investigación interna puede concluir con la comunicación del resultado de ésta al órgano competente para el inicio de un procedimiento sancionador o disciplinario (administrativo) o penal. En el primer caso, dicho traslado es identificable como “petición razonada” de acuerdo con el artículo 61.1 LPACAP; en el segundo, de tanto de culpa o denuncia. El hecho de que la decisión se plasme en un acto conclusivo de la investigación interna parece conducir a identificarla como resolución susceptible de impugnación, pero, en línea con lo argumentado anteriormente, el informe en que se fundamenta y adopta esa decisión debe abordarse como

65 STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 68/2019, de 28 de enero (rec.4580/2017).

El no inicio como acto administrativo aparece expresamente en el artículo 62.3 LPACAP.



una actuación instrumental respecto del subsiguiente procedimiento administrativo o penal, lo que desplaza la cuestión al acuerdo de inicio de éste. No en vano, el artículo 61.2 LPACAP prevé que la petición no es vinculante para el órgano y, desde la óptica del investigado, la decisión de remisión por sí sola resulta irrelevante, por cuanto no es susceptible de producirle efectos perjudiciales.

Respecto del acuerdo de inicio, es doctrina consolidada y pacífica la que establece que el acuerdo de iniciación de un procedimiento sancionador o disciplinario es, salvo que incorpore la adopción de medidas provisionales, un acto de trámite no cualificado que, por ser tal, no es susceptible de impugnación autónoma, por lo que la oposición a éste debe alegarse para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento. Sin embargo, resulta oportuno cuestionar la idoneidad de esta calificación en atención a la posibilidad de que el acuerdo venga precedido de una investigación interna, por presentarse en tales casos dicho acuerdo como una consecuencia de la aceptación de la propuesta o valoración de la información obtenida en el marco de la investigación interna.

La adopción del acuerdo de iniciación exige una valoración, indiciaria, de la conveniencia de incoar y tramitar un procedimiento que eventualmente puede determinar la sanción al inculpado. Esta valoración, como cualquier otra, es cuestionable, y un examen externo de la motivación podría conducir a la conclusión de que los indicios con que se contaba no justificaban el inicio del procedimiento; de ahí que proceda plantearse



la necesidad de que sea recurrible autónomamente⁶⁶. Este examen debe realizarse en atención a los criterios que recoge la normativa para determinar si un acto de trámite (lo que indudablemente es) resulta o no cualificado: que decida directa o indirectamente el fondo del asunto, determine la imposibilidad de continuar el procedimiento, produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos (artículo 112.1 LPACAP).

De entrada, ha de descartarse la imposibilidad de continuar el procedimiento, ya que precisamente se trata del acuerdo de inicio de éste, y, en relación con ello, la decisión directa o indirecta del asunto, puesto que, si bien el acuerdo debe recoger una descripción de los hechos, posibles responsables y sanciones, no es hasta la propuesta de resolución, una vez tramitado el procedimiento, que se concreta la imputación. Otro tanto sucede con la indefensión, pues es en el procedimiento sancionador o disciplinario incoado en el que el derecho de defensa debe desplegarse en su máxima amplitud, y con la decisión directa o indirecta del asunto. En cambio, es más discutible el perjuicio a los intereses legítimos. Todo procedimiento sancionador, en la medida en que representa la posibilidad de que se imponga una sanción y justamente se destina a determinar su procedencia ante la constancia de indicios que apuntan a la comisión de una infracción, comporta un coste reputacional para el inculpado. Ahora bien, debe diferenciarse el coste que

⁶⁶ Así, en el proceso penal la admisión de querrela o denuncia es susceptible de impugnación autónoma.



supone un proceso penal con el que comporta un procedimiento sancionador o disciplinario. El carácter de *ultima ratio* del Derecho penal y la consecuente reserva del proceso penal a la represión de las conductas socialmente reputadas como más graves, unido a la limitación temporal de los procedimientos administrativos (sujetos a caducidad frente a las sucesivas prórrogas de la instrucción), justifican que sea descartable la irreparabilidad del perjuicio.

V. UTILIZACIÓN DEL RESULTADO

En este epígrafe se analizan distintas cuestiones relacionadas con el empleo de la información obtenida en el seno de la investigación interna en el eventual procedimiento iniciado de resultados de la investigación.

Utilidad indiciaria y probatoria de la información obtenida

De conformidad con la finalidad de la investigación interna, la información obtenida tiene el valor indiciario de justificar la conveniencia de iniciar el procedimiento sancionador o disciplinario, mas también puede surtir efecto probatorio en el marco del procedimiento que inicialmente se incoe. La clave para que la información obtenida en el marco de la investigación interna despliegue eficacia probatoria en el procedimiento administrativo (sancionador o disciplinario) o penal derivado de la petición, denuncia o traslado acordado en el informe conclusivo de la investigación es que se incorpore a través de un medio de prueba válido y, en



relación con ello y con especial trascendencia, que se garantice el derecho de defensa del presunto infractor.

Al respecto, se puede tomar como referencia práctica la de las actuaciones previas, extensible a los procedimientos de aplicación de protocolos anti acoso y canales de denuncia con las matizaciones oportunas relativas al deber de confidencialidad. Lo habitual es que, bien al inicio del procedimiento, bien por el instructor como diligencia de prueba anterior o en el específico trámite probatorio (artículos 75.1 y 77.2 LPACAP y 34.1 y 37.1 del Real Decreto 33/1986), se adopte el acuerdo de incorporar el conjunto de la actuación previa a modo de expediente administrativo. Esta incorporación plantea problemas desde la óptica probatoria, ya que, como sucede con los expedientes administrativos *stricto sensu*, el material incluye múltiples actuaciones de las cuales sólo algunas son identificables como posibles medios de prueba y, de éstas, diversas en lo tocante a la articulación de su sujeción a contradicción.

La prueba documental no plantea mayores problemas, puesto que basta con que exista un acuerdo expreso de incorporación (que puede entenderse subsumido en el de incorporación del conjunto de la actuación previa), obre efectivamente en el expediente del procedimiento sancionador o disciplinario y el presunto infractor haya podido examinarlo y alegar al respecto. Lo mismo sucede con otro tipo de medios e instrumentos (los del artículo 299.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). En estos casos las objeciones no se suscitan en relación con la incorporación al procedimiento, sino con



su obtención, más concretamente con su eventual ilicitud por vulneración de derechos fundamentales que supondría su nulidad a efectos probatorios. En cambio, las declaraciones, sean del denunciado o investigado, sean de testigos, presentan una complejidad singular, al ser susceptibles de contradicción en la misma práctica del medio de prueba. Respecto de la prueba pericial, la problemática es más aparente que real, puesto que la ratificación de los informes periciales no es requisito para su eficacia probatoria y, por lo que se refiere a los informes técnicos de funcionarios, no se trata propiamente de pruebas periciales, sino de documentales que pueden dar lugar a declaraciones como testigos-peritos⁶⁷.

A diferencia de lo que sucede con los documentos, en que la contradicción supone la sujeción a escrutinio del contenido del medio de prueba, en el caso de las

67 Es necesario señalar que estas consideraciones no son extrapolables al proceso penal, en que, como se indica en MAGARIÑOS YÁNEZ, J.A. *La denuncia* (...), op. cit., pág. 148, "Conviene destacar que el principio de inmediación judicial dará lugar a que, de ordinario, en sede de instrucción se deba reproducir la obtención de todos los elementos indiciarios que se consideren relevantes. En el caso de los testigos y peritos, serán llamados para reiterar su declaración o ratificar su peritaje, respectivamente, ante el juzgado de instrucción. Respecto de los documentos, podrá ratificarse su veracidad, si se estimase necesario. Se hará, necesariamente, expresa exclusión de cualquier material obtenido con vulneración de derechos fundamentales, si bien deberá someterse a un análisis esencialmente casuístico. Posteriormente, toda la actividad probatoria deberá desplegarse en el plenario".



declaraciones del investigado o testigos es la propia práctica de la declaración la que permite la participación del investigado mediante el interrogatorio. Ello provoca que las declaraciones realizadas sin dar la posibilidad de intervención del investigado adolezcan de indefensión y, por tanto, no sean susceptibles de surtir efectos probatorios. Es ésta una característica peculiar de este tipo de medio de prueba, ya que, si bien los informes o dictámenes periciales pueden ser objeto de aclaración o ampliación por sus autores, como testigo-perito o perito según el caso, nada obsta a que estos documentos se incorporen al procedimiento disciplinario o sancionador y desplieguen plenos efectos probatorios a expensas de las eventuales actuaciones complementarias de exposición o explicación que pueda solicitar el presunto infractor y sean admitidas por el instructor. Y es en atención a dicha circunstancia que, con independencia de las declaraciones que se practiquen en la investigación interna, resulta preciso que, salvo que se hayan realizado con todas las garantías propias del derecho de defensa (posibilidad de participación del investigado, posibilidad de asistencia letrada, principalmente), se reiteren en el procedimiento, pues sólo las declaraciones que reúnan estos requisitos serán medio de prueba apto para desvirtuar la presunción de inocencia, quedando relegadas las de la investigación interna al papel de fuente de indicios justificadores de la incoación del procedimiento disciplinario o sancionador⁶⁸.

⁶⁸ Como se ha apuntado, bien que referido a la utilización en el proceso penal de las declaraciones obtenidas en entrevistas



No basta, por otro lado, con la satisfacción del derecho de defensa para que lo incorporado o averiguado en el marco de las investigaciones internas surta eficacia probatoria, pues esa incorporación también se ve condicionada por el límite a la investigación interna que supone la obtención de indicios suficientes para la incoación de un procedimiento sancionador o disciplinario o remisión al orden jurisdiccional penal. Es preciso abordar qué consecuencias tiene para la utilización probatoria de la información recabada en la investigación interna que tal información se consiga mediante la continuación de la investigación interna cuando ya se contaba con un soporte indiciario que, por ser apto para fundamentar la incoación, hacía exigible ésta como medio para asegurar el pleno despliegue de las garantías procedimentales,

En línea con lo que se ha venido manteniendo, el exceso en la realización de la investigación interna debe suponer la exclusión de aquellos medios de prueba o informaciones obtenidas tras resultar procedente la petición de incoación de procedimiento administrativo (sancionador o disciplinario) o penal. Al hilo de ello resulta oportuno hacer algunas consideraciones acerca de la operatividad de los indicios en su doble papel de justificadores de la adopción de medidas investigadoras

realizadas en el marco de investigaciones internas empresariales, de la declaración no se puede extraer directamente ningún valor probatorio, por lo que para que surta eficacia probatoria debe incorporarse con arreglo a un medio de prueba válido, POUCHAIN, P. "Autoincriminación "forzada" (...)", op. cit., pág. 91.



restrictivas de derechos y de fundamentos de la incoación de un procedimiento administrativo o penal. La exigencia de incoación de procedimiento sancionador/disciplinario o penal desde el momento en que se cuente con una base indiciaria adecuada para ello parece chocar con la posibilidad de adoptar medidas restrictivas en el marco de las investigaciones internas, previas a esos eventuales procedimientos, al ser la existencia de indicios una condición con carácter general de esa adopción, pues cabría concluir que la presencia de esos indicios, en lugar de justificar la adopción de medidas, debería motivar la incoación de un procedimiento de los indicados. Frente a ello, ha de acudir a una combinación de la lógica gradualista de la eficacia de los indicios con el carácter contextual de las restricciones de derechos.

El inicio de una investigación interna deriva del conocimiento de unos hechos que, por sí mismo, no justifica la incoación de un procedimiento, pues, si así sucediera, lo apropiado sería incoarlo. Es precisamente la comprobación de su consistencia y, en relación con ello, la averiguación de otros hechos o circunstancias que la apunten o amplíen lo que sustenta la investigación interna, que inicialmente puede que ni siquiera apunte a una persona mínimamente identificada y en el curso de la cual se adopten medidas de las que algunas restringen derechos. La restricción de derechos reclama un apoyo indiciario que, de acuerdo con una concepción gradualista de la intervención indiciaria conforme a la cual ha de existir proporcionalidad entre la gravedad de la limitación de derechos y la consistencia de los indicios,



en principio debe ser más sólido que el preciso para únicamente el inicio de la investigación y lo aproxima o sitúa en el nivel propio de la incoación de un procedimiento sancionador/disciplinario o penal, si no superior. Ahora bien, esta conclusión debe verse matizada, en el concreto ámbito en que se desenvuelven las investigaciones internas, por el fundamento contextual de las restricciones. Esa contextualidad justifica que determinadas medidas que en otro marco deberían enmarcarse en, cuanto menos, un procedimiento en curso (como se exigió jurisprudencialmente en materia tributaria), se vean legitimadas por el entorno funcional/laboral, a pesar de adoptarse con una base indiciaria liviana y, en virtud de ello, inadecuada para que sea exigible la incoación de un procedimiento *stricto sensu*⁶⁹.

69 El criterio jurisprudencial citado se fija en, entre otras, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1231/2020, de 1 de octubre (rec.2966/2019). Al respecto, además de señalar la particularidad de que la inspección se articula a través de un procedimiento en sentido estricto, debe destacarse que actualmente el artículo 113 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone que *"Tanto la solicitud como la concesión de la autorización judicial podrán practicarse, aun con carácter previo al inicio formal del correspondiente procedimiento, siempre que el acuerdo de entrada contenga la identificación del obligado tributario, los conceptos y períodos que van a ser objeto de comprobación y se aporten al órgano judicial"*, y que la posibilidad de adoptar una investigación domiciliaria en el marco de una información reservada cuenta con apoyo legal expreso en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.



2. Validez de la utilización desde la óptica de la entidad en cuyo seno se ha realizado la investigación interna

Aunque la controversia a que alude la rúbrica del presente epígrafe no se plantea con tanta intensidad respecto de las Administraciones Públicas, al no ser penalmente responsables, resulta necesario abordarla no sólo porque es predicable, en toda su amplitud, de las restantes entidades del sector público, sino también porque las Administraciones Públicas pueden ser sancionadas por conductas como las infracciones del orden social o en materia de protección de datos. Procede por ello analizar si, como se ha mantenido, existe un obstáculo a la utilización como prueba del material obtenido en el marco de las investigaciones internas fundado en el derecho de defensa de la persona jurídica en cuyo seno se realiza la averiguación.

Ante todo, resulta preciso diferenciar la denuncia de las actuaciones practicadas en la investigación interna. La exigencia de que se remita la información al Ministerio Fiscal cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito que prevé el artículo 9.2.j) de la Ley 2/2023 sitúa a la persona jurídica en la obligación de autodenunciarse si esa información apunta a una posible responsabilidad penal de ésta. Puesto el foco en lo que se identifica como una auténtica denuncia, la aplicación de este precepto sin matizaciones comporta una contravención del derecho a no autoincriminarse, por lo



que lo adecuado sería exceptuarla en lo tocante a la información subsumible en ese supuesto⁷⁰.

Ahora bien, la interdicción de la autodenuncia no comporta que deba identificarse como contrario a la no colaboración activa el acceso a las actuaciones practicadas en el marco de la investigación interna. Siempre con punto de partida en que la investigación interna ha de excluirse o detenerse tan pronto como se cuente con indicios de comisión de un ilícito penal o suficientemente sólidos, en lo relativo a las infracciones disciplinarias o administrativas, que requieran la incoación de un procedimiento de ese tipo, el desarrollo de la investigación interna, sea puramente voluntaria o enmarcado en las obligaciones de la Ley 2/2023 o de un protocolo, constituye una labor de esclarecimiento cuya fricción con el derecho a la no colaboración activa debe

70 En este sentido, PASCUAL SUAÑA, Ó. "Implicaciones en el derecho a no inculparse de las personas jurídicas del proyecto de ley *whistleblower*", Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, 2022, nº 6, pág. 78, y GIMENO BEVIÁ, J. "El derecho de defensa en la Ley 2/2023 de protección del informante: la otra cara de la moneda", Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, 2023, nº 8, págs. 26-28. Por su parte, en MAGARIÑOS YÁNEZ, J.A. *La denuncia (...)*, op. cit., págs. 114-115, se mantiene que los óbices al respecto *"pueden reducirse si se tiene en cuenta que a la organización receptora de información por el canal no se le obliga a realizar manifestación o declaración alguna en el momento de trasladar la información, y mucho menos una que sea inculpativa"*.



articularse en el seno de la investigación mediante la negativa de la persona jurídica a realizar actuaciones para cuyo rechazo le proporcione amparo este derecho. Entre estas actuaciones no se incluye el acceso por el “investigador” de información de la entidad (cuyo límite es el correspondiente a derechos como el de protección de datos de carácter personal), puesto que lo que se exige al sospechoso es que tolere la medida (que no la obstruya), lo que es sustancialmente diferente a participar activamente⁷¹. Por ende, la admisibilidad de la

71 Debe compartirse la decisión adoptada en Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, 391/2021, de 1 de julio (rec.374/2020), de rechazar el requerimiento de las copias certificadas de los programas de cumplimiento normativo, con fundamento en que *“Sea como fuere, lo que resulta evidente, es que no se puede exigir a una persona física o jurídica contra la que se ha dirigido el proceso penal, la aportación de documentos que sostengan o puedan sostener directamente su imputación. En otras palabras, no es dable imponer a la persona jurídica investigada, la carga de colaborar con su propia inculpación, mediante actuaciones como el requerimiento para aportar elementos probatorios directos de contenido incriminatorio”*. Pero que no quepa requerir, ya que su correlativo es aportar (colaboración activa), no significa que no deba admitirse el acceso a la información mediante la diligencia correspondiente, con sujeción a los límites propios de los derechos distintos del de no autoincriminación que resulten afectados, pues desde esa óptica no existe colaboración activa sino tolerancia de la medida.

Cabe destacar, por otra parte, que el Auto citado se hace eco de jurisprudencia constitucional para distinguir los materiales cuya existencia tiene carácter obligatorio *ex lege* de aquellos que no. A esta cuestión se alude en MORENO HUERTA, J.D.



información incorporada al proceso penal o al administrativo sancionador o disciplinario no dependerá del derecho tantas veces referido, sino de si la investigación interna se ha aquietado a su marco de extensión material y temporal (hasta la existencia de indicios de delito o adecuados para incoar un procedimiento en sentido estricto) y si se ha respetado el derecho a la no colaboración activa en los términos indicados respecto de todos los titulares de éste, persona jurídica incluida, en su caso⁷². Entenderlo de otro modo supondría convertir la investigación interna en un instrumento destinado a gestionar internamente los posibles ilícitos, con el riesgo de ocultación o incluso alteración de fuentes de prueba.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R. "Dimensiones constitucionales de las investigaciones internas corporativas: expectativas de privacidad en la empresa e ilicitud de la prueba

"Protección de los informantes (...)", op. cit., para descartar que, en virtud de los deberes impuestos por la Ley 2/2023, los documentos internos procedentes del canal de denuncias queden amparados por el derecho a no autoincriminarse.

⁷² Lo expuesto justifica que resulte adecuada la afirmación de que *"la empresa no está obligada a colaborar en la investigación pública y denunciar los hechos"*, pero no que el derecho de defensa a que responde requiera que *"la empresa se asegure el dominio sobre los hechos que averigua en el transcurso de la investigación y pueda salvaguardar la documentación que la investigación ha generado"*, NIETO MARTÍN, A. "Investigaciones internas" (...), op. cit., pág. 239.



obtenida por particulares”, Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance, 2024, vol.4.

ÁLVAREZ LOSA, C. y GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J. “Acoso laboral en el ámbito funcional. Cuestiones procedimentales y procesales”, Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, 2021, nº 25, págs. 205-271.

AYALA GONZÁLEZ, A. “Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?”, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, 2020, nº 2, págs. 270-303.

DE PRADA RODRÍGUEZ, M. y SANTOS ALONSO, J. “Responsabilidad penal de la empresa: las investigaciones internas”, Anuario Jurídico Villanueva, 2014, nº 8, págs. 287-306.

GALLEGO SOLER, J.I. “Investigaciones internas corporativas: de la práctica a la teoría”, *Un modelo integral de Derecho penal: libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, 2022, págs. 1151-1165.

GIL ANTÓN, A. “El derecho a la protección de datos en los sistemas de información según la Ley 2/2023 (Ley del Informante)”, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, 2024, nº 64.

GIMENO BEVIÁ, J. “El derecho de defensa en la Ley 2/2023 de protección del informante: la otra cara de la



moneda", Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, 2023, nº 8, págs. 9-34.

GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J. "Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa", Revista jurídica de Castilla y León, 2016, nº 40, págs. 28-60.

JULIÀ PIJOAN, M. "Un porqué a la observancia de las garantías procesales en las investigaciones internas", Revista vasca de derecho procesal y arbitraje/Zuzenbide prozesala arbitraia euskal aldizkaria, 2021, nº 3, págs. 317-353.

LEÓN ALAPONT, J. *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del Compliance Penal Corporativo*, Tirant lo Blancha, Valencia, 2023.

MAGARIÑOS YÁNEZ, J.A. *La denuncia y la protección de las personas denunciantes. Análisis crítico de la Ley 2/2023 y perspectivas de futuro*, Tecnos, Madrid, 2024

MARTÍN DELPÓN, J.L. "La información reservada en el ámbito disciplinario: una laguna en las garantías del procedimiento sancionador", Revista Española de Derecho Militar, 2018, nº 109-110, págs. 199-236.

MARTÍN MORALES, R. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995.

MARTÍNEZ FONS, D. *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2002.



MÍGUEZ MACHO, L. "Obligaciones para las entidades locales derivadas de la entrada en vigor de la Ley 2/2023, de protección del informante", Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, 2023, nº extra 2.

MORENO HUERTA, J.D. "Protección de los informantes y proceso penal a propósito de la Ley 2/2023. Derechos constitucionales en juego", Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 2024, nº 75.

NIETO MARTÍN, A. "Investigaciones internas", *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 231-270.

NÚÑEZ SÁNCHEZ, F., "Artículo 55. Información y actuaciones previas", *Régimen jurídico del sector público y procedimiento administrativo común*, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 459-464.

PASCUAL SUAÑA, Ó. "Implicaciones en el derecho a no inculparse de las personas jurídicas del proyecto de ley *whistleblower*", Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, 2022, nº 6, págs. 71-111.

POUCHAIN, P. "Autoincriminación "forzada" en las investigaciones internas", Indret: Revista para el Análisis del Derecho, 2022, nº 4, págs. 80-111.



RODRÍGUEZ GARCÍA, N. "Las investigaciones internas como elemento esencial de los «criminal listening program»: haciendo de la necesidad virtud", Revista penal, 2023, nº 52, págs. 201-223.

SIERRA HERNÁIZ, E. "Los protocolos por acoso sexual y por razón de sexo como modelo de canal de denuncia en la empresa", Revista penal, 2023, nº 52, págs. 245-259.

TRAVÉ SARRADELL, D. "Intimidación y vigilancia en las investigaciones internas derivadas del uso de un canal de whistleblowing", Iuslabor, 2021, nº 1, págs. 42-65.

VICARIO PÉREZ, A. M^a. "La Directiva Whistleblowing: un paso más en la privatización del proceso penal. Especial referencia a las entrevistas en las investigaciones internas", Revista Brasileira de Direito Processual Penal, 2023, nº 2, págs. 689-722.



EL ANÁLISIS DEL RIESGO EN LA AUDITORÍA DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

D^a. Hortensia García Pérez

Funcionaria del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Resumen: En este trabajo se propone una metodología de auditoría de la contratación pública basada en un enfoque de riesgo para su aplicación al control financiero permanente. Con tal fin, el estudio parte de una definición específica de riesgo en contratos públicos para ordenar sistemáticamente las principales categorías y los factores que determinarán la probabilidad y la magnitud de su impacto. A continuación, se analizan los riesgos de especial consideración: los derivados del paradigma de la 'contratación pública estratégica', de la salvaguarda del principio de integridad y de la consolidación de la licitación electrónica. Por último, a modo de conclusión, se plantea un conjunto de oportunidades de mejora en el control interno para alcanzar un modelo de gestión de riesgos integral y automatizado.

Palabras clave: auditoría pública, riesgo, contratación pública, integridad, fraude, corrupción, ciberseguridad.



Abstract: This article analyzes the methodology of auditing public procurement based on a risk-based approach from the perspective of permanent financial control. The study begins with a specific definition of risk in public contracts in order to systematically organize the main risk categories, as well as the risk factors that determine the probability and magnitude of their impact. It then examines risks of particular concern: those arising from the paradigm of strategic public procurement, the safeguarding of the principle of integrity, and the consolidation of electronic processing. Finally, by way of conclusion, a set of opportunities for improvement in internal control is proposed, based on a comprehensive and automated risk management model.

Keywords: public audit, risk, public procurement, integrity, fraud, corruption, cybersecurity.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. EL RIESGO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: 1. La gestión del riesgo en el modelo de control interno actual, 2. El concepto de riesgo: una definición específica para la contratación pública, 3. Categorización de riesgos en la contratación pública, 4. Los factores de riesgo en la planificación de los trabajos de fiscalización, 5. Modelos de planificación de los trabajos de fiscalización; III. RIESGOS DE ESPECIAL CONSIDERACIÓN EN EL CONTROL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: 1. La contratación pública estratégica, 2. Riesgos de fraude, corrupción y conflicto de interés, 3. La contratación pública electrónica; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA.



I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con las doctrinas administrativas de finales del siglo XX, las funciones del sector público tenían por finalidad el logro de los siguientes tres objetivos: asignar eficientemente los recursos, redistribuir equitativamente la renta y contribuir a la estabilidad económica (Musgrave, 1973¹, apud Sánchez Revenga 2016). En el momento actual estos tres objetivos confluyen en la contratación pública ya desde el propio Preámbulo de la LCSP, pues ésta ha de servir a la consecución de la denominada Estrategia Europa 2020 para alcanzar un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, y un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos.

Según datos del TCE², la UE asume anualmente en contratación pública un desembolso de 2 billones de euros, lo que supone aproximadamente el 14 % del PIB de los 27 Estados miembros. En España, este coste alcanzó en 2024 el 10,92 % de nuestro PIB según los datos reflejados por la OIREscon en su informe anual de supervisión (módulo I) publicado año 2025. En concreto, se registró un importe total de adjudicaciones (sin impuestos) de 218.715,64 millones de euros de acuerdo con los datos abiertos registrados en las distintas plataformas de contratación a 31 de diciembre de 2024.

¹ MUSGRAVE, R.A., *Sistemas Fiscales*, Aguilar, 1973.

² Informe Especial 28/2023 «Contratación pública en la UE – La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021», p. 4.



En el caso de la JCCM, los últimos datos disponibles en el portal de contratación regional reflejan que el número de contratos adjudicados e inscritos en el Registro de Contratos del Sector Público de Castilla-La Mancha durante 2023 fue de 4182, lo que supone un gasto público total de 1088,32 millones de euros, de los cuales un 72 % corresponde a las distintas Consejerías y sus Organismos Autónomos, un 18,03 % a la Universidad de Castilla-La Mancha y un 9.97 % a Entes, Empresas Públicas y Fundaciones dependientes del Sector Público Regional.

Como puede observarse, por su volumen y coste, la actividad pública contractual constituye una relevante modalidad de gestión económico-financiera. Pero además de esta dimensión presupuestaria como gasto público, la contratación pública implica al mismo tiempo conformar la voluntad de los órganos de contratación a través de un complejo conjunto de actos jurídico-administrativos, a los que ahora deben añadirse los correspondientes a la tramitación electrónica de las licitaciones. Por último, ha de considerarse también su dimensión política por la configuración de la contratación pública como una forma de redistribución equitativa, lo que ha dado lugar a un cambio de paradigma denominado 'contratación pública estratégica o sostenible', que se encuentra plasmado en los objetivos transversales del art. 1 LCSP en materia de inserción social, PYMES, medioambiente, etc. Nos encontramos, por tanto, ante una estructuración poliédrica de la contratación pública con múltiples riesgos



interrelacionados que implican constantes retos de control.

A partir de este contexto, se propone una metodología de auditoría basada en un enfoque de riesgo con incidencia en los principios generales de contratación pública para su aplicación al control financiero permanente (en lo sucesivo, CFP), modalidad de control interna preponderante en la actualidad tras sustituir progresivamente a la tradicional función interventora. Para ello, se ha realizado un estudio práctico de las normas internacionales de auditoría y de la legislación comunitaria y nacional, complementado con aportaciones propias basadas en mi experiencia profesional como jefa de sección de la Intervención Adjunta del SESCO y, anteriormente, como responsable del servicio de contratación del Ayuntamiento de Guadalajara.

El trabajo se estructura en dos capítulos. El primero parte de una definición específica de riesgo en contratación pública para ordenar sistemáticamente las principales categorías e identificar los factores que determinarán la probabilidad y magnitud de su impacto. A continuación, en la segunda parte, se analizan de forma pormenorizada los riesgos de especial consideración en cualquier planificación del CFP: los derivados de la contratación pública estratégica, de la salvaguarda del principio de integridad, y de la consolidación de la licitación electrónica. Por último, a modo de conclusión, se plantea un conjunto de oportunidades de mejora en el control interno para alcanzar un modelo de gestión de riesgos integral y



automatizado, que abarque al unísono la contratación pública y las demás modalidades de gasto público.

II. EL RIESGO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. La gestión del riesgo en el modelo del control interno actual

Frente al ejercicio de la función interventora prevista en los arts. 148 y ss. LGP, cuyas actuaciones de control se encuentran tasadas y se circunscriben a un control previo de legalidad, existen otras dos modalidades de control interno: el CFP y la auditoría pública. Ambas se aplican, por el contrario, con posterioridad a la formalización del acto objeto de control, por lo que precisan ser planificadas anualmente mediante las normas internacionales de auditoría adaptadas al sector público³, sistema que se fundamenta en el análisis previo del riesgo conocido como 'enfoque de riesgo'. Ello implica coordinar y dirigir las actividades de control hacia aquellas áreas en las que existe una mayor probabilidad de que se produzcan deficiencias o debilidades; o de que

³ Se trata de las llamadas NIAS-ES-SP, aprobadas por la Resolución de 25 de octubre de 2019, de la IGAE, por la que se aprueba la adaptación de las Normas de Auditoría del Sector Público a las Normas Internacionales de Auditoría. Constituyen un cuerpo legal de 34 normas con sus respectivas Notas Explicativas, más un Glosario de Términos y un Código de Ética.



éstas tengan consecuencias especialmente graves sobre la gestión pública, aunque su probabilidad de ocurrencia no sea elevada. En consecuencia, el CFP y la auditoría pública solo van a diferenciarse en cuanto a su frecuencia. Mientras que el primero se lleva a cabo de manera continuada, la auditoría pública se implementa, sin embargo, a través de actuaciones selectivas sobre determinados entes del sector público institucional, principalmente los de naturaleza jurídico-privada. Al margen de este matiz, para la LGP ambos controles suponen la verificación del funcionamiento del sector público en los aspectos legal y económico-financiero para comprobar que éste se ajusta a los principios de eficacia, eficiencia, economía y buena gestión financiera, y, en particular, al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de equilibrio financiero. Por tanto, si tomamos como referencia estas metas de control más los propósitos que contempla la LCSP en su art.1, encontraremos las cuatro dimensiones de la contratación pública en las que aplicar el enfoque de riesgo:

- a) *Cumplimiento normativo*. Tiene por función la de «garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores».
- b) *Financiera y contable*. Es la dimensión relativa al «objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto».
- c) *Operativa*. Alude a la consecución de los principios de eficacia, eficiencia, economía y buena gestión financiera cuando en el citado art. LCSP se exige la «eficiente



utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa».

d) *Integridad*. A las tres dimensiones anteriores, hay que sumar ahora una cuarta, relacionada con valores éticos intangibles del Estado de Derecho, como es la gestión pública íntegra, reconocida por primera vez como principio general de la contratación pública en la LCSP.

A estas cuatro dimensiones deben incorporarse elementos de TIC y de IA como consecuencia de la transformación digital. Este es el caso de la Intervención General de la JCCM, que se encuentra inmersa en un proceso de modernización de sus métodos de control basado en la llamada 'datificación'⁴. Este cambio supone el tratamiento masivo y estructurado de los datos contenidos en el expediente electrónico para aplicar, a continuación, las técnicas de auditoria sobre análisis de riesgo. De este modo se automatizan los controles sobre riesgos poco significativos o, incluso, se prescinde de ellos. Así ha sucedido en la nueva regulación de los procesos de fiscalización de los anticipos de caja fija, en la designación del representante de Intervención para la comprobación material de las inversiones, o en la

⁴ CASTELLANOS GARIJO, M., «Desafíos del control interno ante la transformación digital» en AAVV, *La perspectiva presupuestaria de la contratación pública* (coord. GARCÍA MOLINERO, A.), Wolters Kluwer, 2020, pp.316-354.



sustitución de los documentos contables por anotaciones contables informáticas y la consiguiente automatización de la toma de razón en contabilidad cuando se trate de expedientes fiscalizados con carácter previo y favorable.

Por tanto, con el desarrollo del expediente electrónico, la mayoría de las comprobaciones que constituyen el contenido actual de la fiscalización de los contratos públicos pasarán a ser realizadas de manera automatizada como controles de sistemas informáticos. Este avance permitirá al órgano interventor centrarse solo en aquellos riesgos y controles que requieran la aplicación de su juicio profesional. Como veremos más adelante para los contratos públicos derivados de los fondos del MRR, una de las obligaciones impuestas por la Comisión a los Estados perceptores es la creación de bases de datos informatizadas que permitan la detección automatizada de indicadores de riesgos de fraude, corrupción y conflicto de interés (CoFFEE y Minerva en el caso español).

2. El concepto de riesgo: una definición específica para la contratación pública

Como punto de partida y de común aceptación, la Real Academia Española define riesgo como contingencia o proximidad de un daño, y opone, como su antónimo, el término seguridad. En el ámbito de la auditoría, las Normas Internacionales para la Práctica Profesional de Auditoría Interna del *Institute of Internal Auditors*, IIA (2017) describen el riesgo como «la incertidumbre que ocurra un acontecimiento que podría tener un impacto en el logro de los objetivos. El riesgo se mide en términos de impacto y probabilidad». En sentido similar, la UNE-ISO 31000 Gestión del Riesgo (2018), señala que el



riesgo «es el efecto de la incertidumbre en la consecución de objetivos». En el ámbito del sector público nacional, la NIA-ES-SP 1200 emplea el tecnicismo 'riesgo inherente' como «susceptibilidad de una afirmación sobre un tipo de transacción, saldo contable u otra revelación de información a una incorrección que pudiera ser material, ya sea individualmente o de forma agregada con otras incorrecciones, antes de tener en cuenta los posibles controles correspondientes».

Esta última acepción es la que inspira la única definición de riesgo que encontramos en nuestra normativa general básica y que se plasma en el art.31 RCIL de la siguiente forma: «El concepto de riesgo debe ser entendido como la posibilidad de que se produzcan hechos o circunstancias en la gestión sometida a control susceptibles de generar incumplimientos de la normativa aplicable, falta de fiabilidad de la información financiera, inadecuada protección de los activos o falta de eficacia y eficiencia en la gestión». El precepto añade, a continuación, que «una vez identificados los riesgos será necesario asignar prioridades para seleccionar las actuaciones a realizar. De esta manera, se realizará una evaluación para estimar la importancia del riesgo, utilizando tanto criterios cuantitativos como cualitativos, y se atenderá a la conveniencia de seleccionar controles con regularidad y rotación, evitando tanto repetir controles en actividades económico-financieras calificadas sin riesgo como que se generen debilidades precisamente por la ausencia reiterada de control». Por último, se obliga a la planificación: «Identificados y



evaluados los riesgos, el órgano interventor elaborará el Plan Anual concretando las actuaciones a realizar e identificando el alcance objetivo, subjetivo y temporal de cada una de ellas».

De las anteriores definiciones podemos obtener algunos elementos comunes que se presentan, además, de manera concatenada en el tiempo hasta configurar un ciclo:

a) *Objetivo*. Es el resultado marcado por una organización para cuya consecución ha de gestionar recursos económicos y humanos. Se encuentra estrechamente ligado a las políticas que establecen los órganos de gobierno y, además, para el caso de las AAPP, a los principios generales del derecho y valores democráticos que han de inspirar su actuación. En definitiva, el objetivo es la génesis de toda organización y su consecución, la legitimación de su subsistencia.

b) *Acontecimiento*. Se trata del evento o acción que, de suceder, afectaría negativamente al logro de un objetivo. En un símil con la definición de condición del derecho civil, constituye el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento de un riesgo. Es decir, alude al componente accidental y permite establecer distintas tipologías en función de su fuente de origen. En el ámbito de la contratación pública, un claro ejemplo sería el conflicto de interés.

c) *Impacto*. Se refiere a las consecuencias del acontecimiento para el caso de que ocurra. En el ámbito de las AAPP, sometidas al principio de vinculación positiva, sería todo incumplimiento normativo susceptible de generar un menoscabo en los recursos



públicos que se emplean para alcanzar los objetivos, su gestión ineficaz o ineficiente, e incluso un daño intangible como es el reputacional, pero sumamente relevante por afectar a los principios y valores de la organización. Por tanto, podemos encontrarnos con impactos tanto cuantitativos como cualitativos. Además, en función del ámbito afectado por el impacto, existen riesgos económicos, de legalidad, operacionales...

d) *Probabilidad*. Es la incertidumbre sobre el acontecimiento. La posibilidad de que se materialice el riesgo y con qué grado de impacto.

e) *Control*. Se trata del proceso de gestión de los riesgos que son connaturales a los objetivos. Necesariamente ha de implicar una identificación de la fuente de origen, la evaluación del impacto y de la probabilidad del acontecimiento, y, como respuesta a ellos, el diseño de mecanismos que los minimicen hasta alcanzar una seguridad razonable en la consecución de los objetivos de la organización. La gestión de riesgos requiere un control planificado en el que, como indicaba el citado art.31 RCIL, los esfuerzos de la organización se centren en mitigar los identificados con mayor impacto y probabilidad.

En la LCSP el término riesgo se emplea hasta en 61 ocasiones frente a las 28 del derogado TRLCSP. Esta circunstancia es consecuencia principal de la transposición de las directivas de contratación pública de



‘cuarta generación’ del año 2014⁵, pues incluyen casi el doble de referencias que las directivas anteriores del año 2004⁶. No obstante, es necesario precisar que la creciente preocupación del legislador nacional por el riesgo obedece también a la normativa de otras instituciones internacionales, tal y como indica el primer párrafo del Preámbulo de la LCSP con referencia expresa a la OCDE⁷. Según esta organización, la gestión del riesgo es uno de los principios que ha de regir en la contratación pública a lo largo de todo su ciclo. Para ello es necesaria la implicación tanto del poder adjudicador como del contratista. En concreto, a través de su Comité de Gobernanza Pública, se ha impulsado la Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública⁸

⁵ Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/2 UE.

⁶ Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2004/17/CE y 2004/18/CE.

⁷ «La legislación de contratos públicos, de marcado carácter nacional, encuentra, no obstante, el fundamento de muchas de sus instituciones más allá de nuestras fronteras, en concreto, dentro de la actividad normativa de instituciones de carácter internacional, como es el caso de la OCDE, de UNCITRAL –en el ámbito de la ONU–, o, especialmente, de la Unión Europea. La exigencia de la adaptación de nuestro derecho nacional a esta normativa ha dado lugar, en los últimos treinta años, a la mayor parte de las reformas que se han ido haciendo en los textos legales españoles».

⁸ Puede consultarse su versión en español en la web del Congreso de los Diputados:



con el objetivo de promover una gestión activa de los riesgos que suponga su evaluación completa: naturaleza, causas, consecuencias y formas de atenuación. Para alcanzar esta meta, los Adherentes han de elaborar herramientas que permitan identificar y gestionar las amenazas concretas a su sistema de contratación pública. Además, esta Recomendación les obliga a fomentar la transparencia mediante la publicación de sus estrategias de gestión de riesgos (p. ej., sistemas de señales de alerta o programas de denuncia de irregularidades), y a concienciar sobre ellas a sus empleados públicos y a cualquier otra persona implicada.

Sin embargo, a pesar de las referencias expresas a la normativa de la OCDE para motivar los cambios que introduce la LCSP, el planteamiento que el legislador nacional aplica al regular el riesgo en contratación pública no es el sistémico que sí veíamos, por el contrario, en el anteriormente citado art. 31 RICIL. Este precepto inspira todo un novedoso modelo de control interno para los órganos de intervención locales que se asimila a la gestión de riesgo en el ámbito de la auditoría privada a través del Marco Internacional de referencia para la práctica del Control Interno Integrado (el conocido como 'modelo COSO'). Siendo más precisos, ni si quiera existiría un planteamiento. La LCSP, en lugar de contemplar el riesgo como un elemento que permea

https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_12/spl_1/pdfs/27.pdf (fecha de la última consulta: 29/09/2025).



todas las etapas del expediente de contratación, alude a él de manera dispersa en su articulado por referencia a distintas categorías según su fuente de origen o ámbito de impacto: riesgos profesionales y laborales, de exclusión social, financieros... Pero, fundamentalmente, hace referencia a dos conceptos jurídicos, exclusivos del derecho de contratación pública, como son el tradicional principio de riesgo y ventura, y el novedoso riesgo operacional y de demanda. Se trata de dos aforismos contrapuestos que motivan la distinción entre los contratos de servicio y las concesiones de servicio, y que también se emplean para preservar su equilibrio financiero. Por otro lado, en el caso de las contrataciones derivadas de la aplicación de los fondos MRR, sí existe una estrategia de gestión del riesgo. Sin embargo, no emana de la LCSP, sino del marco general de gestión de estas ayudas europeas previsto en el Real Decreto-ley 36/2020⁹, cuya metodología, además de identificarse con el citado sistema COSO, avanza en la implementación del llamado 'modelo de tres líneas de defensa' de la IIA¹⁰.

⁹ Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

¹⁰ De acuerdo con este planteamiento, en la primera línea encontramos a los servicios responsables de contratación. A continuación, los órganos de intervención, junto con las asesorías jurídicas, se sitúan en la segunda línea cuando ejerzan el control a través de la función interventora previa a la adopción del acto administrativo. En el caso del ejercicio del CFP o la auditoría pública, las Intervenciones pasan a ubicarse



Como podemos comprobar, aunque nuestra legislación de contratación pública tiene muy presente la existencia de riesgos, no aporta una definición específica para este ámbito del derecho administrativo tan relevante a efectos de gasto público. Por ello, es necesario proponer un concepto propio a partir del cual sistematizar su naturaleza y origen, los momentos dentro del ciclo de tramitación y de ejecución del contrato en los que se pueden presentar, el modo en que van a impactar sobre los intereses y necesidades públicas que se pretenden satisfacer, y, por último, configurar una metodología de control eficaz que los mitigue. Al respecto, siguiendo el anterior esquema sobre los elementos comunes que presentan algunas acepciones empleadas internacionalmente, el riesgo en la contratación pública se definiría como: la probabilidad de que, en el procedimiento de adjudicación de un contrato o en su posterior ejecución, el órgano de contratación y sus distintas unidades de apoyo adopten decisiones, en determinados contextos del operador económico que transgredan los principios generales de la contratación pública, y que los órganos de control interno del poder

en la tercera línea. Finalmente, toda la actuación de las tres líneas de defensa se supervisa en última instancia por los ICEX y por las novedosas oficinas antifraude. Este documento puede consultarse en su versión en español en: <https://www.theiia.org/globalassets/documents/resources/three-lines-model-an-update-of-the-three-lines-of-defense-july-2020/three-lines-model-updated-spanish.pdf> (fecha de la última consulta: 29/09/2025).



adjudicador al que pertenece el órgano de contratación no hayan sido capaces de prevenir, detectar y corregir antes de que se materialicen.

De esta definición, hay que precisar que el origen del riesgo en un contrato público puede proceder de ambas partes incluyendo su entorno. En el caso del órgano de contratación, junto a él encontramos también a los miembros de las mesas, al comité de expertos en la valoración de los criterios subjetivos de las ofertas, así como la relevante figura del responsable del contrato, quien asume dirigir la ejecución de la prestación para garantizar que los intereses públicos queden satisfechos. Para la otra parte, se ha empleado un término más amplio que el de contratista: operador económico. Se define en el art. 2 de la Directiva 2014/24/UE como «una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios». De este modo podemos abarcar a los oferentes de la prestación según se trate de licitadores, candidatos, adjudicatario, contratista, subcontratista...

En cuanto al acontecimiento futuro e incierto que generará el riesgo en un contrato público, este puede materializarse en decisiones tangibles como un acto administrativo (p. ej., una modificación contractual no prevista en los pliegos) o consistir simplemente en una situación fáctica del empresario que tenga implicaciones para la tramitación del expediente (p. ej., el proveedor único por razones técnicas o de exclusividad, su participación mediante UTE, la acreditación de la



solvencia por medios externos de otro empresario, la relación personal del propietario real con un funcionario que genere un conflicto de intereses aparente...), así como producirse en cualquiera de las fases del procedimiento desde su esbozo inicial en el correspondiente plan de contratación¹¹ hasta la finalización de su ejecución por resolución o cumplimiento. No obstante, la necesidad de este intento para proporcionar una definición específica de riesgo en contratación pública no es otra que la de enfatizar que el incumplimiento de los objetivos que ocasionará el advenimiento de un riesgo recaerá siempre, con mayor o menor intensidad, sobre los principios generales que se recogen en el art. 1 LCSP, y que han de utilizarse como parámetro para determinar la materialidad del incumplimiento y el resultado favorable o desfavorable de los informes de fiscalización.

Por lo que respecta a la relevancia de los principios generales, la LCSP incorpora por fin el cambio de perspectiva que desde hace años se había impuesto por las directivas europeas para garantizar el libre mercado entre los países miembros y que, sin embargo, la legislación nacional se resistió a asumir plenamente hasta la derogación del TRLCSP. Tradicionalmente, por influencia francesa, la contratación pública española pivotaba sobre las amplias prerrogativas administrativas que derivaban de la configuración del contrato público

¹¹ Como novedad frente al TRLCSP, el arts. 28.4 LCSP exige programar toda la actividad de contratación pública y dar a conocer anticipadamente los contratos que se proyectan en un determinado año.



como un negocio jurídico propio del ámbito administrativo, distinto de los contratos privados sujetos a las normas comunes del derecho civil y mercantil, siendo ésta última la concepción predominante en Europa. Ello explica que el troncal art. 1 LCSP defina ahora su objeto y finalidad por referencia expresa a la salvaguarda de la competencia y la utilización eficiente de los recursos públicos a través los principios generales de libertad de acceso; publicidad y transparencia; no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; así como el novedoso principio de integridad. Además, hay que precisar que estos principios deben interpretarse y aplicarse en concordancia con la Estrategia Europa 2020, vigente en el momento de la aprobación de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE). Esta política comunitaria ha impulsado un cambio de paradigma, la contratación pública estratégica, que promueve la utilización eficiente de los fondos públicos entendiendo por eficiencia la consecución de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. A dicha estrategia, hay que sumar los seis pilares del art. 3 del Reglamento (UE) 2021/241 por el que se crea el fondo MRR, también relacionados con los objetivos sociales y medioambientales ya previstos en el art. 1 LCSP.

Como inciso final para recalcar la importancia de los principios generales de la contratación pública a efectos de fiscalización y de determinación de la materialidad, es necesario advertir que su prevalencia sobre los tradicionales fines institucionales de los contratos administrativos está plenamente respaldada por la jurisprudencia y la doctrina. En este sentido, la resolución TACRC 147/2015, de 13 de febrero, enfatiza que «en el ámbito de la contratación pública juega una



doble consideración, la defensa del interés público por un lado y el respeto a los principios derivados del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por otro, constituyendo ambos las bases de la regulación en la materia. La evolución de la consideración de uno y otros en la regulación e interpretación de las normas que rigen esta materia ha llevado a desplazar la preponderancia que merecía antes el interés público hacia una mayor consideración de los principios de libre concurrencia, no discriminación, transparencia y proporcionalidad que las normas de contratación pública consideren actualmente como valores principales».

3. Categorización de riesgos

En cuanto a su tipología, es tradicional la sistematización cronológica en función de las sucesivas etapas del proceso de contratación, las cuales discurren en paralelo a los correspondientes momentos de fiscalización y contabilización del gasto público previstos en el art. 73 LGP para la función interventora:

a) Fiscalización previa de la autorización y disposición del gasto en las etapas de preparación, licitación, adjudicación y formalización del contrato; seguidas de la emisión de los documentos contables RC de retención de crédito, A y D de aprobación y compromiso del gasto, o sus distintas acumulaciones¹².

¹² El art. 116.3 LCSP dispone al respecto que en el expediente de contratación: «Deberá incorporarse el certificado de



b) A continuación, en la fase de ejecución del contrato y de acuerdo con la regla del 'servicio hecho'¹³, el órgano interventor procederá a la comprobación material de la inversión (obras y suministros), o a verificar el cumplimiento a satisfacción de la Administración (servicios). Si el resultado es favorable, intervendrá la orden de pago y el pago material, y se emitirán los documentos contables OK y P respectivamente.

Como podemos observar, esta clasificación se corresponde con uno de los tres tipos de auditoría pública (v. § II.1), la de cumplimiento normativo contemplada el art. 164 LGP. Dado que la fiscalización e intervención previas son comprobaciones de legalidad sobre todos los documentos que obligatoriamente han de

existencia de crédito o, en el caso de entidades del sector público estatal con presupuesto estimativo, documento equivalente que acredite la existencia de financiación, y la fiscalización previa de la intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria».

¹³ Conforme a los apartados 1 y 2 del art. 21 LGP: «1. Las obligaciones de la Hacienda Pública estatal sólo son exigibles cuando resulten de la ejecución de los presupuestos, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, de sentencia judicial firme o de operaciones no presupuestarias legalmente autorizadas. 2. Si dichas obligaciones tienen por causa prestaciones o servicios, el pago no podrá efectuarse si el acreedor no ha cumplido o garantizado su correlativa obligación». En un sentido similar, el art. 102.1 LCSP establece que «Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado».



constar en el expediente administrativo según determina el art. 148 LGP, el cumplimiento normativo es la forma clásica de enfocar la gestión del riesgo en contratación pública: cada irregularidad se traduce en un riesgo que hay que controlar. No obstante, cada vez es más frecuente la realización de auditorías operativas enfocadas en la evaluación de resultados, y de auditorías sobre los sistemas TIC, pues, precisamente, la contratación pública estratégica y el principio de integridad persiguen objetivos muy concretos cuya consecución exige respetar en todas estas etapas las pautas básicas de tramitación establecidas en el art.1 LCSP. Por otro lado, debemos contemplar también la regulación específica que se prevé en el art. 22 del Reglamento (UE) 2021/241 para los contratos tramitados con fondos MRR, puesto que esta norma exige, de manera más clara que la LCSP y las directivas de contratación, una gestión por hitos y objetivos y el correspondiente control de su grado de cumplimiento. No obstante, en ambos marcos jurídicos, la utilización de medios electrónicos se configura como la herramienta de control principal. En consecuencia, a los típicos riesgos de incumplimiento normativo han de sumarse ahora los específicos de una Administración pública electrónica.

No obstante, esta identificación de áreas de riesgo por etapas de tramitación sigue siendo aún relevante, pues, como hemos indicado, es la base de los controles de legalidad y se puede encontrar en la vigente «Guía Marco para Control Financiero Permanente de la Contratación Pública», elaborada por la Oficina Nacional de Auditoría de la IGAE. También se utiliza por el TCu para estructurar



sus trabajos e informes de fiscalización¹⁴. En el caso de los OCEX, se observa claramente en la disposición del reciente «Análisis de riesgos en la contratación pública de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (2019-2023)», publicado por la Cámara de Comptos de Navarra en noviembre de 2024. En el caso del manual de «Metodología para la administración de riesgos» del Consello de Contas de Galicia, elaborado como herramienta de ayuda para la prevención de la corrupción en las entidades públicas, se adjunta un catálogo específico de riesgos para la contratación pública que se agrupan, igualmente, por fases del procedimiento, de modo que cada riesgo se identifica con un determinado incumplimiento normativo para el que se propone una medida de prevención. Estos esquemas encuentran su marco común en la GPF-OCEX 4320 «Guía sobre la importancia relativa en las fiscalizaciones de cumplimiento de la legalidad»¹⁵. Esta clasificación

¹⁴ *Vid.* Informe de fiscalización n.º 1555 de la contratación de las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas sin órgano de control externo propio, ejercicio 2021, o el más reciente Informe de Fiscalización n.º 1587 de la contratación celebrada por la Tesorería General de la Seguridad Social, ejercicio 2022.

¹⁵ En concreto, en su Anexo I «Guía de incumplimientos significativos en materia de contratación», pp. 11 a 13. Puede descargarse en el siguiente enlace: https://asocex.es/wp-content/uploads/2022/01/GPF-OCEX-4320_Guia_Importancia_relativa_L6016.pdf (fecha de la última consulta: 29/09/2025). Esta guía también contiene otros anexos similares para subvenciones y gastos de personal.



cronológica de los principales riesgos de incumplimiento no es exclusiva del ámbito de la contratación pública, pues se emplea también para otros ámbitos relevantes del control interno sobre el gasto público, como son las subvenciones y los gastos de personal. Sin embargo, a mi juicio, como profesional del ámbito de la Intervención y, por tanto, usuaria de dichas guías, este criterio presenta los siguientes inconvenientes en su aplicación práctica:

a) La división de las etapas del expediente contractual y, en consecuencia, de su correlativa área de riesgo, está descompensada. La LCSP se centra principalmente en regular las fases preparación, licitación, adjudicación y formalización, que abarcan la mayoría de los preceptos de los Libros I y II, con la salvedad de la Sección 3.ª del Libro II, dedicada a regular con carácter general los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos (arts. 188 a 217). Ello determina, por tanto, que la fiscalización tienda a focalizarse en los incumplimientos previos a la formalización del contrato. Las preguntas binarias (sí cumple o no cumple) que plantean estos catálogos, por su carácter estándar y por tanto estático, no pueden comprender los riesgos particulares que se plantean en la ejecución de la prestación pues éstos no derivan del incumplimiento de la LCSP, sino de la infracción de un marco jurídico intrínseco en los pliegos -fundamentalmente su PPT-, denominado *lex contractus*¹⁶, cuya verificación

¹⁶ Art. 139.1 LCSP: «Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la



determina el control presupuestario y contable a través de la citada regla del servicio hecho.

b) Al centrarse en la legalidad de los expedientes, propician que se pueda generar un solapamiento de los órganos interventores con los servicios jurídicos de asesoramiento al órgano de contratación. En el caso concreto de las EE. LL, el apartado 2º de la DA 3ª indica que, además del informe de fiscalización del Interventor, también será preceptivo el informe jurídico del Secretario en la aprobación de expedientes de contratación, modificación de contratos, revisión de precios, prórrogas, mantenimiento del equilibrio económico, interpretación y resolución de los contratos. Por tanto, es necesario que el control del órgano de Intervención aporte un valor añadido verificando aspectos distintos a los ya comprobados por los servicios jurídicos.

c) Dificultan, a mi juicio, la planificación y rotación de los controles. Ello sucede, especialmente, cuando se opta por sustituir la función interventora en régimen general por la de requisitos básicos, complementándola con un CFP posterior. Estos listados pueden resultar tan extensos y exhaustivos como incumplimientos quieran verificarse siguiendo la LCSP artículo por artículo. Por el contrario, un diseño eficaz de los controles requiere que éstos se dirijan a las áreas con mayor riesgo identificado, para lo cual es necesario tomar en consideración no cualquier incumplimiento de la legalidad, sino solo

licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna».



aquellos cuyo impacto y probabilidad sean relevantes en consideración a la materialidad que venimos planteando: incumplimiento significativo por afectar negativamente a los principios generales del art. 1 LCSP (con especial atención a los derivados de la implementación de la licitación electrónica) o por obstaculizar la consecución de los objetivos sociales y medioambientales que exige la contratación pública estratégica.

En el caso de la función interventora, el alcance y el objeto de la fiscalización ya están determinados por el legislador como veíamos al inicio de este epígrafe al analizar el art. 73 LGP. Además, se trata de un control circunscrito al cumplimiento de la legalidad, por lo que la clasificación tradicional y la respuesta binaria pueden facilitar al Interventor la verificación del expediente. Sin embargo, en el CFP, es el Interventor y no el legislador quien, con base en un análisis previo de riesgos (cuáles son los significativos para la entidad controlada), determina en su plan anual qué comprobaciones son prioritarias. Además, el CFP implica un plus de control sobre la función interventora, pues, junto con la legalidad, se ha de verificar que la gestión se ajusta a los principios de buena gestión financiera y, en particular, al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de equilibrio según determina el art. 157 LGP.

Por tanto, partiendo de nuestra definición específica de riesgo en contratación pública y de los principios generales que se verán afectados, se propone la siguiente clasificación:



a) *Riesgos de legitimidad*. Se trata de un riesgo de mayor amplitud que el de mera legalidad, por estar este último centrado solo en la competencia y los requisitos de tramitación de los actos jurídicos que conforman la voluntad del órgano de contratación. Si, como indicábamos al advertir del solapamiento del informe de fiscalización con el de los servicios jurídicos, existe una necesidad de que las comprobaciones del órgano de intervención aporten un valor añadido, la legitimidad aludiría al enjuiciamiento, desde el punto de vista del principio de buena gestión financiera, de la razonabilidad del ejercicio de las potestades discrecionales y prerrogativas que la LCSP otorga al órgano de contratación para configurar el contrato y orientar su cumplimiento a la satisfacción de los intereses públicos. En consecuencia, este riesgo afecta a la decisión de gasto público y a su justa asignación conforme al art. 1.1 LCSP cuando exige la «eficiente utilización de los fondos destinados realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa». Asimismo, el art. 28.1 LCSP determina que «no podrán celebrarse otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales», y el art. 133.2 LCSP impide que la contratación sea «concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios». Por tanto, nos encontramos ante un riesgo que se manifiesta en la ausencia o deficiente



motivación de las decisiones del órgano de contratación con repercusión en el gasto público, y puede acaecer tanto en la fase de preparación (p. ej., justificación de la necesidad de contratación, insuficiencia de medios, elección de un determinado tipo de procedimiento, tramitación urgente...) como en la de ejecución (p. ej., modificados no previstos en los pliegos). De acuerdo con la doctrina del TCu¹⁷, se trata de una deficiencia muy grave por cuanto la inversión de fondos públicos solo puede justificarse por la existencia de una auténtica, efectiva y concreta necesidad de interés público motivadora de la tramitación de cada expediente y su configuración.

b) *Riesgos de eficiencia*. La eficiencia es un principio que se integra en el de buena gestión financiera y que, de acuerdo con art. 33 del Reglamento Financiero de la UE¹⁸, se refiere a la óptima relación entre los medios empleados, las actividades acometidas y la consecución de los objetivos. Para alcanzar la eficiencia en los contratos públicos, la LCSP contempla dos instrumentos. Por un lado, su art. 28.4 exige la planificación de la contratación pública en un ejercicio presupuestario o

¹⁷ Para el caso específico de la JCCM pueden consultarse las deficiencias y recomendaciones del TCu en el Informe de fiscalización de la contratación de las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas sin órgano de control externo propio, ejercicio 2021 (informe n.º 1551).

¹⁸ Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento europeo y del Consejo de 18 de julio de 2018.



períodos plurianuales. Por otro, los arts. 218 y ss. configuran tres sistemas de racionalización y ordenación de las adjudicaciones para alcanzar economías de escala (acuerdos marcos, sistemas dinámicos de adquisición y las centrales de contratación). Un ejemplo claro de riesgo de eficiencia lo encontramos en la contratación menor, modalidad de compra directa a la que se acude erróneamente para satisfacer necesidades recurrentes que, por el contrario, deberían atenderse tras un procedimiento de adjudicación previamente programado que garantizara la selección de la mejor oferta en concurrencia competitiva. Como vemos, ambos instrumentos conectan con los objetivos de estabilidad presupuestaria y de control del gasto previstos en el art. 1.1 LCSP. Además, en el caso de la planificación de la contratación, existe conexión con la consecución de los fines previstos en el presupuesto por programas. En cuanto al grado de cumplimiento y a los resultados obtenidos, estas metas deberán ser objeto de evaluación y de publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente. En el caso de los contratos derivados de los fondos MRR, éstos se desembolsan en función del grado de avance de determinados hitos y objetivos, por lo que se trata de un área de riesgo clave¹⁹.

¹⁹ A tal efecto, la IGAE cuenta con una «Guía del sistema de seguimiento y acreditación del cumplimiento de hitos y objetivos en el ámbito del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia»:

<https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/Documents/GUIA%20SIST.%20SEGUIM.%20HyO%20MRR%20DEF.pdf>



c) *Riesgos de sostenibilidad financiera*. Al igual que en el caso anterior, esta amenaza se encuentra relacionada con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto. Sin embargo, su dimensión no es macroeconómica ya que solo afecta a la estructura de costes de los contratos. De acuerdo con el art. 103.3 LCSP, el órgano de contratación ha de procurar que el precio que perciba a cambio el contratista, bien de la propia Administración o de los ciudadanos, sea adecuado para el efectivo cumplimiento de la prestación. A fin de mitigarlo, es necesario un correcto cálculo, conforme a precios del mercado, de los costes directos e indirectos del PBL y de los desgloses del VE según prevén los arts. 101 y 102 LCSP respectivamente; así como la adecuada justificación de las ofertas anormalmente bajas. Este riesgo se presenta especialmente en el ámbito de la viabilidad económica de las concesiones y en la determinación del régimen de revisión de precios.

d) *Riesgos de calidad*. Se manifiestan en tres ámbitos. El primero, referido a la contratación pública estratégica (v. § III.1), se concreta en la no obtención de la oferta económicamente más ventajosa mediante la incorporación transversal y preceptiva de criterios sociales y medioambientales que exige el art.1.3 LCSP (p. ej., división en lotes para fomentar el acceso a PYMES, adjudicación a la mejor oferta en términos de calidad-precio, condiciones especiales de ejecución, contratos reservados...). El segundo ámbito se

(fecha de la última consulta: 30/09/2025).



encuentra relacionado con la justificación de la externalización de los servicios públicos mediante una concesión o un contrato de servicios del art. 312 LCSP que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía²⁰. En tercer y último lugar, la calidad implica verificar la correcta ejecución del contrato y el abono al contratista conforme a la regla del servicio hecho. Si, como hemos indicado para el riesgo de sostenibilidad financiera, el precio ha de ser adecuado para el efectivo cumplimiento de la prestación, esta efectividad se encuentra relacionada con la calidad, pues solo la ejecución «de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración» que impone el art. 210.1 LCSP permitirá el válido reconocimiento de la obligación de pago. Esta verificación requiere examinar la adecuada especificación de los requisitos técnicos a través del PPT, su seguimiento por responsable del contrato, el establecimiento y exigencia de penalidades para la corrección de los incumplimientos detectados, y, en el caso específico de los contratos de obra y suministro, de la comprobación material de la inversión.

e) *Riesgos de información y publicidad*. Van a afectar a buena parte de principios generales, pues son riesgos inmanentes a la consecución de los principios de publicidad y transparencia, los cuales, a su vez, resultan indispensables para alcanzar los de libertad de acceso a

²⁰ Una de las actuaciones de control de la Intervención Adjunta del SESCOG programadas para el año 2025 es la evaluación de las derivaciones a la sanidad privada. Todos los planes de auditoría de la Intervención General de la JCCM pueden consultarse en: [Portal de la Intervención General de Castilla-La Mancha](#).



las licitaciones y de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores. La obtención de la mejor oferta y, por tanto, la optimización de los recursos públicos, requieren la mayor concurrencia posible entre los operadores económicos. Para ello, éstos han de tener libre acceso a las licitaciones y un conocimiento prácticamente íntegro del contenido del expediente de contratación²¹, lo que garantizará su participación en condiciones de igualdad y la adecuada interposición del recurso especial en materia de contratación. A tal fin, se impone al órgano de contratación el cumplimiento de concretas obligaciones de publicidad activa que se prevén tanto en la LCSP, fundamentalmente en su art. 63 al regular el perfil de contratante, como en el art. 8.1 a) LTAIBG. Su verificación puede formar parte de controles horizontales (v. § II.5) relacionados con la implantación de la Administración electrónica por tratarse de riesgos comunes a todos los niveles de la

²¹ El principio de publicidad y transparencia encuentra su límite en el deber de confidencialidad del art. 133 LCSP. Ya en el art.21 de la Directiva 2014/24/UE se aludía a la confidencialidad de las ofertas a fin de preservar los legítimos intereses empresariales de los operadores económicos de manera que, pese a las obligaciones de publicidad y al derecho de acceso a la información, no pudieran divulgarse datos relativos, por ejemplo, a secretos técnicos y comerciales. También encontramos otra limitación en el art. 154.7 LCSP relativo a contratos declarados secretos o reservados, o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales.



organización, por ejemplo, en cuanto al cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad.

f) *Riesgos de fraude, corrupción y conflicto de interés*. Afectan a los principios de transparencia e integridad del art. 1.1 LCSP y también a los de buen gobierno del art. 26.2 LTAIBG. A diferencia de los anteriores, se presentan tanto por parte de la Administración como por el contratista. En el epígrafe III.2 de este trabajo detallaremos su análisis y especial incidencia en los fondos MRR.

4. Los factores de riesgo en la planificación de los trabajos de fiscalización

Un factor de riesgo es cualquier elemento, circunstancia o influencia que crea estímulos u oportunidades para que alguno de los riesgos analizados en el epígrafe anterior se materialice. Con ellos se elaborará la 'matriz de riesgos'²² para seleccionar los controles del plan anual de

²² Tras identificar los riesgos de una entidad, se clasificarán individualmente como bajo/leve, medio/grave o alto/muy grave. Para ello, se evaluará su probabilidad y magnitud de impacto en función de los factores de riesgo que cada amenaza presente. Esta valoración se representa gráficamente en la matriz de riesgos, que permite visualizar rápidamente los riesgos clasificados como muy graves, sobre los que se priorizarán los controles del órgano de intervención. Según indica el art. 31 RCIL: «Una vez identificados los riesgos será necesario asignar prioridades para seleccionar las actuaciones a realizar. De esta manera, se realizará una evaluación para estimar la importancia del riesgo, utilizando tanto criterios cuantitativos como cualitativos, y se atenderá a la conveniencia de seleccionar controles con regularidad y rotación, evitando tanto repetir controles en actividades



CPF. Su análisis es un elemento clave en cualquier planificación y ejecución de los trabajos de fiscalización, pues la utilidad y calidad de nuestro informe vendrá determinada por la capacidad para representar fielmente una evaluación de la verdadera actividad contractual desarrollada por el ente auditado.

De acuerdo con la GPF-OCEX 1315-R, los factores de riesgo influyen en la probabilidad de que exista una incorrección o en la magnitud de la posible incorrección si ésta llegara a existir. Dado que el sometimiento de la Administración a la legalidad es un presupuesto básico del Estado de derecho -a diferencia de lo que sucede con los particulares, cuya vinculación a la ley es negativa-, la incorrección, por tanto, se equipararía en una primera aproximación a una infracción normativa en cuya producción los factores de riesgo intervendrían como un elemento catalizador. No obstante, los órganos de intervención han de tener en cuenta la reciente sentencia del TJUE, de 8 de junio de 2023, recaída en el asunto C 545/21, que interpreta el concepto de irregularidad previsto en el art. 2.7 del Reglamento (CE) 1083/2006²³

económico-financieras calificadas sin riesgo como que se generen debilidades precisamente por la ausencia reiterada de control».

²³ Reglamento (CE) n.º 1083/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión y se deroga el Reglamento (CE) n.º 1260/1999. Su art. 2 establece que «a efectos del presente Reglamento, los siguientes términos se



y aprecia su existencia hasta en «comportamientos que puedan calificarse de “actos de corrupción” llevados a cabo en el contexto de un procedimiento de adjudicación de un contrato público que tenga por objeto la realización de obras cofinanciadas por un fondo estructural de la Unión [...] incluso cuando no se haya demostrado que tales comportamientos tuvieran una incidencia real en el procedimiento de selección del licitador y no se haya constatado ningún perjuicio efectivo en el presupuesto de la Unión». En consecuencia, la irregularidad ya no solo se circunscribe a una infracción en el sentido de un incumplimiento normativo consumado por acción u omisión, sino que alcanza ahora toda potencialidad o apariencia de incumplimiento.

Por ello, para determinar los factores de riesgo en la contratación pública debemos partir de una perspectiva más amplia ya que, hasta ahora, la LCSP únicamente consideraba la eventualidad de una infracción en su art. 64.2 para apreciar un conflicto de interés en -se añade el subrayado-: «cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su

definen según figura a continuación: “irregularidad”: toda infracción de una disposición del Derecho comunitario correspondiente a una actuación u omisión de un agente económico y que tenga, o que pueda tener, por consecuencia causar un perjuicio al presupuesto general de la Unión Europea al cargarle un gasto injustificado».



imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación».

Siguiendo la metodología de las normas internacionales de auditoría²⁴, como ejemplos estandarizados de factores de riesgo se indican la complejidad, la subjetividad, el cambio, la incertidumbre y la susceptibilidad de incorrección debida a sesgo de la dirección u otros factores de riesgo de fraude. El punto de partida para identificarlos es el conocimiento de la entidad que fiscalizaremos: de su entorno (incluido el control interno) y del marco normativo aplicable. Comenzaremos nuestro análisis por este último al ser el de mayor utilidad para identificar los factores de riesgo específicos en contratación pública.

De acuerdo con su art. 3, la LCSP se aplica con distinta intensidad según se trate de Administraciones públicas, PANAPs u otras entidades del sector público que no sean poderes adjudicadores. Asimismo, debemos tener en cuenta los contratos y negocios jurídicos excluidos de la LCSP conforme a sus arts. 4 y ss., más las especialidades de los financiados con los fondos MRR, cuyas notas distintivas se van desgranando en cada epígrafe este trabajo. La complejidad de la normativa aplicable constituye, por tanto, el primero de los factores de riesgo que tendremos que considerar en nuestra matriz.

²⁴ Además de la citada GPF-OCEX 1315-R, también hay que tener en cuenta, aunque se aplique solo a la auditoría privada, la importantísima NIA-ES 315-R, ya que es la piedra angular del enfoque de riesgo.



Afectará sobre todo a la probabilidad y magnitud de los riesgos de legitimidad, publicidad e información. Su origen es externo al ente auditado y viene determinado no solo por la propia extensión de la LCSP que ha ampliado sustancialmente las directivas europeas. Las irregularidades pueden derivar también de la normativa autonómica que haya desarrollado la LCSP, de otros ámbitos del derecho administrativo que inciden en la tramitación del expediente (p. ej., normativa presupuestaria, transparencia y buen gobierno, Administración electrónica...), más toda la legislación sectorial que configure las características técnicas de la prestación según el PPT. Junto con esta dispersión normativa, la LCSP sufre constantes cambios que generan una gran inseguridad jurídica ²⁵, a cuya mitigación tampoco contribuye la multitud de juntas consultivas y tribunales administrativos especiales. Tan importante es la consideración de este factor de riesgo que, según la tabla incluida en la GPF-OCEX 4320 para la clasificación de los incumplimientos en función de su importancia relativa, los debidos a una interpretación controvertida de la norma que pudieran afectar a los principios generales del art.1 LCSP se categorizarán como significativos o graves y el informe de fiscalización resultará favorable con salvedades.

En cuanto al conocimiento de la entidad y su entorno, esta etapa es menos dificultosa para los órganos de intervención, pues son parte integrante de acuerdo con

²⁵ A fecha de elaboración de este trabajo, según el BOE han sido publicadas 30 modificaciones del texto inicial, 12 de ellas producidas tan solo en el año 2020 con ocasión del COVID-19.



el ya citado modelo tres líneas de defensa de la IIA (v. § II.2). Ello también les facilitará la evaluación del sistema de control interno de los servicios de contratación y del seguimiento por responsable del contrato durante la ejecución de la prestación (primera línea de defensa). En este momento, procede la identificación de los factores de riesgo internos de carácter institucional y de los estados financieros. Los primeros, son aquéllos derivados de la estructura y funcionamiento organizativos de la entidad, y del denominado en auditoría privada *tone at the top*. Esta expresión hace referencia al liderazgo ético que ejerce la alta dirección, que también podemos predicar para el caso del operador económico. En términos de derecho público, se identifica con los valores que proclama el paradigma político del 'buen gobierno' o 'buena gobernanza' y que con carácter básico encontramos en la LTAIBG. La falta de un liderazgo ético efectivo deriva en una organización cuyos profesionales son menos propensos a prevenir, detectar y corregir irregularidades. Además de un sistema de control interno deficiente, existirá una gran propensión a los riesgos de fraude, corrupción y conflicto de interés que analizaremos en el epígrafe III.2 de este trabajo. En el segundo caso, la coyuntura presupuestaria y contable de la entidad repercutirá en los riesgos de eficacia, calidad y sostenibilidad financiera de los contratos: presupuestos prorrogados, ingresos sobrevalorados para equilibrar los gastos, remanente de tesorería negativo, incumplimiento del periodo medio de pago a proveedores, obligaciones contraídas sin la existencia de crédito suficiente y adecuado...



Por último, deben considerarse los factores de riesgo de carácter coyuntural, derivados fundamentalmente del contexto político, social y económico, y que pueden motivar actuaciones específicas de fiscalización. Un ejemplo lo encontramos en los factores de riesgo derivados de la pandemia por COVID-19²⁶. Además de los normativos generados por la multitud de modificaciones que sufrió el Real Decreto-ley 11/2020²⁷, la declaración de estado de alarma propició la proliferación de contratos de emergencia fuera de los supuestos habilitantes previstos en la citada norma. Este procedimiento extraordinario de adjudicación directa permite a los órganos de contratación omitir prácticamente la totalidad de la tramitación y sus correspondientes controles, e incluso contempla la formalización verbal. En el caso de la guerra contra Ucrania, la alta inflación incrementó el riesgo de sostenibilidad financiera de los contratos. Como

²⁶ Informe de fiscalización del TCu de los contratos de emergencia celebrados en 2020 para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 por las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas sin órgano de control externo propio (n.º 1488).

²⁷ Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Insistiendo en la dispersión normativa e inseguridad jurídica como factores de riesgo específicos, hay que precisar que, además de las 12 modificaciones que ya sufrió la LCSP durante el año 2020 con motivo de la pandemia, este relevante Decreto-Ley lo hizo, a su vez, en otras 13 ocasiones. Hasta el momento, suma un total de 32 revisiones.



paliativo, el Real Decreto-Ley 6/2022 ²⁸ modificó en algunos aspectos el Real Decreto-ley 3/2022²⁹ para ampliar los supuestos en los que se admitiría la revisión excepcional de precios regulada en los arts. 103 y ss. LCSP.

5. Modelos de planificación de los trabajos de fiscalización

Para la selección de las actuaciones de control, además de la identificación de los riesgos más graves que afectan a la entidad conforme a los epígrafes anteriores, es necesario tener en consideración los objetivos que se pretendan conseguir, las prioridades establecidas para cada ejercicio y los medios disponibles, dado que al ser estos limitados no podrán abarcarse todos los riesgos.

²⁸ Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

²⁹ Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos de obras



Además, la selección deberá asegurar la regularidad y rotación de los controles, de manera que no se generen debilidades por la ausencia reiterada de control sobre determinadas áreas. La definición de los objetivos y prioridades supone elaborar, con carácter previo a la aprobación del plan anual de CFP, una estrategia de control que puede comprender al mismo tiempo las actuaciones selectivas de auditoría pública (v. § II.1). Siendo más precisos, en aplicación de la NIA-ES-SP 1300, relativa a la auditoría de los estados financieros, la planificación debe desarrollarse en dos etapas. La primera consistente en el establecimiento de una estrategia global y la segunda, en un plan que la desarrolle: «el auditor establecerá una estrategia global de auditoría que determine el alcance, el momento de realización, y que guíe el desarrollo del plan de auditoría». A continuación, a través del plan se especifica la naturaleza, momento de realización y la extensión de los procedimientos de auditoría que permitirán obtener las evidencias sobre las que se fundamenten las conclusiones del informe de fiscalización.

En consideración a la propagación en la entidad de cada una de las categorías generales de riesgo analizadas en el epígrafe II.3, se pueden implementar dos modelos de planificación del CFP para el área de contratación:

a) Planificación de controles específicos como consecuencia de riesgos focalizados en determinados servicios o unidades. Este modelo de planificación es la adecuada para aquellas AAPP territoriales con entes públicos institucionales a los que no resulta de aplicación plena la LCSP, especialmente en el caso de adjudicación de contratos por las entidades del sector público que no



tengan la condición de poderes adjudicadores. De acuerdo con el art. 321 LCSP, estas entidades se limitarán a la aplicación de unas instrucciones en las que regulen los procedimientos de contratación con la condición genérica de que éstas garanticen la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta.

b) Planificación de controles horizontales con base en los riesgos percibidos de forma general en toda la organización. Este es el caso de la contratación menor (riesgo endémico en cualquier entidad)³⁰; o de los riesgos de fraude, corrupción y conflicto de interés, pues su principal factor de riesgo -la falta de ética- descende desde la alta dirección penetrando en toda la organización. Por otro lado, puede suceder que

³⁰ alguna de las pruebas que conviene realizar siempre al fiscalizar la contratación menor son las de tipo analítico, por ejemplo: comparar la ratio que ésta representa frente a la totalidad de la contratación mayor del ente auditado, y calcular tanto la acumulación de contratos menores en un mismo empresario como la recurrencia para un mismo objeto. De este modo se obtienen los datos necesarios para poder evaluar la conveniencia de sustituirlos por alguno de los sistemas de contratación centralizada, preferentemente por los acuerdos marcos. Para mayor detalle, puede consultarse el control horizontal de la contratación menor del SESCOG en el plan de auditoría del año 2024 disponible en: [Portal de la Intervención General de Castilla-La Mancha](#).



determinados riesgos de contratación pública formen parte de otro macro riesgo, como ocurre con los riesgos de publicidad y transparencia que, por su soporte electrónico, deban incluirse en controles relativos a la gobernanza de TI³¹; o en el caso de los que afecten a los objetivos generales del presupuesto por programas, ya que para su consecución pueden emplearse además de contratos como otras formas de gasto público, por ejemplo, subvenciones.

III. RIESGOS DE ESPECIAL CONSIDERACIÓN EN EL CONTROL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. La contratación pública estratégica

La vigente LCSP transpone al ordenamiento jurídico español las directivas de cuarta generación en contratación pública, que se enmarcan en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, y a las que hay que añadir la Directiva 2014/55/UE relativa a la facturación electrónica. Como ha destacado el profesor GIMENO FELIÚ³², estas normas tienen por finalidad un modelo armonizado y

³¹ GPF-OCEX 5331 «Gobernanza corporativa, gobernanza de las TI y su auditoría», pp. 5-6.

³² «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», GIMENO FELIÚ, J.M.; GALLEGO CÓRCOLES, I.; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. y MORENO MOLINA, J.A. (2015), *Las nuevas directivas de contratación pública* (Dir. GIMENO FELIÚ, J.M.), Aranzadi, Cizur Menor, pp. 36 y ss.



transparente de gestión de los fondos públicos que ayude a consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestro modelo social y económico, y a favorecer la reactivación económica y empresarial. La contratación pública se concibe a partir de ahora no como un mero gasto público, sino como un elemento estratégico para alcanzar intereses comunes: la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social, así como la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles.

La transposición de este ideario a la normativa nacional se efectúa a través de la LCSP como uno de sus objetivos generales en tanto que su art.1.3 contempla de forma imperativa la «incorporación de manera transversal y preceptiva de criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social». Su aplicación horizontal a toda la LCSP va a determinar su relevancia a efectos del análisis de riesgo y categorización de los incumplimientos en el ámbito de la fiscalización, así como a la determinación del objeto y alcance de los procedimientos de auditoría, pues su observancia abarca



la totalidad del ciclo de contratación desde la preparación del expediente (p. ej., división en lotes para facilitar el acceso a PYMES, criterios de adjudicación relacionados con la calidad y determinadas condiciones de solvencia sobre gestión medioambiental) hasta su prestación mediante las condiciones especiales de ejecución, principalmente, y también a través de la exigencia de determinadas cláusulas obligatorias del PCAP relativas al cumplimiento de la normativa laboral y pago a subcontratistas, cuya inobservancia dará lugar a la imposición de penalidades o la resolución del contrato según su gravedad. Estos objetivos estratégicos han dado lugar, incluso, a la reserva de contratos o lotes a favor de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción (DA 4º LCSP).

En cuanto a la manera de implementación por los órganos de contratación, resultan muy ilustrativos los cuatro Informes Especiales de Supervisión (en lo sucesivo, IES) que la ORIeScon dedicó a la contratación pública estratégica en los años 2020, 2021, 2022 y 2023, elaborados al amparo del art. 332.7.c) de la LCSP, y cuyos resultados se reseñan en su reciente publicación «Propuestas para el proceso de evaluación de las directivas de contratación pública», dirigida a la Comisión Europea tras el anuncio del periodo público de opiniones y evaluación de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/2 UE ³³. Sobre una muestra de expedientes para cada uno de los cuatro IES realizados,

³³ Dichos informes y propuestas se encuentran disponibles en <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Oirescon/Paginas/HomeOirescon.aspx> (fecha de la última consulta: 30/09/2025).



el empleo de requisitos de carácter social, medioambiental o relacionados con la innovación como condiciones de admisión no ha pasado de un 26 % en los diferentes años y CPV analizados. En el caso de su uso como criterios de adjudicación, encontramos un máximo de 57% de expedientes de la muestra que los aplican, si bien los porcentajes más habituales se sitúan en el entorno del 30%. Finalmente, el mejor indicador se alcanza cuando se emplean como condición especial de ejecución, supuesto en el que, salvo una excepción de un 76%, los porcentajes se sitúan en el intervalo del 85 % - 95.6 %. El resumen sería el siguiente:

Cuadro 1. Porcentaje de utilización de los criterios estratégicos en la fase de preparación.

	IES 22 contratación 2020	IES 23 (1ª) contratación 2021		IES 23 (2ª) contratación 2022		IES 24 contratación 2023
	Serv y Sum Informáticos	Serv Limpieza	Sum Vestuario	Serv Formación	Sum Inst. Música	Serv y Sum Informáticos
CONDICIONES DE ADMISIÓN	9,50%	26%	14%	3%	6%	11%
CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	17,50%	57%	20%	29%	32%	30%
CE EJECUCIÓN	86%	96%	85%	76%	88%	90%
Nº Contratos examinados	1.878	3.717		1.322		3.240
	10.157					

Fuente: Propuestas para el proceso de evaluación de las directivas de contratación pública, OIReScon 2025 p.10

Como podemos comprobar, y así se advertía ya por la propia la OIReScon en su «Mapa de riesgos de la contratación pública» del año 2024, existe un excesivo peso de los criterios de adjudicación basados en el precio que impide la introducción de los relativos a la contratación estratégica. Igualmente, esta publicación



destaca, en relación con otro de sus principios vertebradores como es la mejora del acceso de las PYMES, que ni la estructura de costes, ni la configuración de los criterios de adjudicación llegan a ser determinantes para su impulso, ya sea como licitadoras o como adjudicatarias.

A mi juicio, para explicar estos obstáculos en su implementación, resulta muy ilustrativa la expresión sobre la confusión entre valor y precio que se atribuye a Francisco de Quevedo³⁴, pues se parte erróneamente de una perspectiva meramente economicista de la contratación pública que la concibe como un gasto que siempre ha de ser el mínimo³⁵. Tampoco estos objetivos deben interpretarse como una determinada corriente ideológica. Por el contrario, la razón de ser de este paradigma es incorporar la contratación pública como otra herramienta de inversión dentro de las políticas de crecimiento económico. Asimismo, para alcanzar una asignación eficiente de los recursos públicos, tan importante es reducir los costes o perseguir la corrupción, como evitar despilfarros por contrataciones

³⁴ «Solo el necio confunde valor y precio». De forma similar Antonio Machado decía que «Todo necio confunde valor y precio».

³⁵ Se trata del principio presupuestario económico del 'gasto público mínimo' aducido por los autores clásicos, fundamentalmente Adam Smith en su obra *Principios sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, y que considera al Estado como una organización ineficaz para crear riqueza, de modo que el gasto público, como mal necesario, ha de ser reducido a la menor cuantía posible.



que no satisfacen adecuadamente las necesidades de los ciudadanos. Es decir, se debe medir también la eficiencia en términos de calidad y de equidad social, cuestión de especial relevancia en el caso, por ejemplo, de sanidad o educación. Ello implica, tanto para los órganos de control internos como los externos, incorporar auditorías operativas (v. § II.1) a sus planes de fiscalización al objeto de: evaluar la adecuación de los sistemas y procedimientos de gestión a las metas que deben alcanzarse, analizar las causas de desviación y, en su caso, indicar propuestas de mejora (fiscalización de sistemas y procedimientos); o bien, evaluar la racionalidad económico-financiera de los recursos empleados (fiscalización de los principios de economía, eficacia y eficiencia). Si pensamos en el caso de la auditoría de un contrato reservado a una empresa de inserción, la clásica fiscalización de cumplimiento normativo y de la correlativa ejecución presupuestaria nada aportaría más allá de una mera revisión formal y vacía de la LCSP. En este sentido, es conveniente recordar que, para los órganos de control, la verificación de los objetivos de las políticas públicas no resulta novedosa, por cuanto España, del conjunto de técnicas presupuestarias, ha optado, desde el inicio de su etapa democrática, por un sistema presupuestario planificado por programas que tiene su fundamento en la asignación de recursos públicos para la consecución de unas determinadas finalidades que los gobiernos priorizan



sobre otras³⁶. Igualmente, la auditoría del PRTR consiste en buena parte en hitos y objetivos.

Al respecto, la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana, en su informe de auditoría operativa sobre las actuaciones en materia medioambiental llevadas a cabo en los ayuntamientos de más de 10.000 habitantes³⁷, recomienda utilizar «los instrumentos de la programación presupuestaria para efectuar un correcto seguimiento y control presupuestario de los gastos realizados», así como diseñar «objetivos e indicadores presupuestarios para el seguimiento de los resultados de los gastos ejecutados». Por tanto, la fiscalización de los objetivos estratégicos de contratación pública va a presentar deficiencias muy similares a las que de forma endémica se muestran en la ejecución del presupuesto por programas, sobre todo, las relacionadas con su indefinición y la ausencia de indicadores de rendimiento, riesgos que también ha puesto de relieve recientemente el TCE sobre los fondos MRR³⁸.

³⁶ SÁNCHEZ REVENGA, J., «La institución presupuestaria española: evolución reciente y modernización», *Crónica Presupuestaria*, n.º 4/2016, Instituto de Estudios Fiscales, pp.7-53.

³⁷ Puede descargarse una versión en castellano en el siguiente enlace:
https://www.sindicom.gva.es/public/Attachment/2020/4/informe_ao_medioambiental-09-final_castellano_signed.pdf
(fecha de la última consulta 30/09/2025).

³⁸ Informe Especial 13/2024: La absorción de fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.



En cuanto a la planificación del CFP, es conveniente realizar un control horizontal (v. § II.5) aplicando técnicas propias de la auditoría operativa cuando el ente cuente con una política o plan de implementación de la contratación pública estratégica, por ejemplo: el «Plan de Contratación Pública Ecológica» de la AGE, o, en el caso de entidades más pequeñas, la Instrucción 1/2018 del Ayuntamiento de Valladolid para impulsar la contratación socialmente eficiente. Para el diseño de este tipo de controles, podemos tomar como referencia la metodología desarrollada por el grupo de «Expertos Técnicos del Programa de Contratación Pública Sostenible» en el seno de la ONU para medir el cumplimiento de los ODS³⁹. Sin embargo, lo habitual es la ausencia de planes de contratación estratégica. En consecuencia, en la mayoría de los entes, los objetivos de aplicación transversal del art.1.3 LCSP deben verificarse mediante el diseño de unas pruebas específicas que han de ejecutarse dentro de los controles generales del CFP sobre el área de contratación. Para ello, siguiendo la metodología que se propone en este trabajo, el primer paso será identificar los riesgos (v. § II.3).

A efectos prácticos, las amenazas que van a presentarse en primer lugar son las relacionados con la legitimidad por no fundamentarse adecuadamente, en la

³⁹ CEPA GONZÁLEZ, V., «Consideraciones sobre la planificación de una fiscalización con criterios y enfoque de evaluación de la contratación pública bajo criterios de sostenibilidad», *Revista Española de Control Externo*, vol. XXVI, nº.76, 2024, p.83.



preparación del expediente, una vinculación clara entre los objetivos estratégicos y la finalidad del contrato. También encontraremos riesgos de calidad debidos a un deficiente diseño técnico de la prestación o a una ausencia de seguimiento en la fase de ejecución; así como riesgos de sostenibilidad financiera provocados por un incorrecto cálculo de los costes salariales. Pero, fundamentalmente, van a presentarse riesgos de eficiencia en la consecución de esas metas, pues, para medir el resultado de cualquier gasto público, el art. 33 del Reglamento Financiero de la UE exige el diseño previo de objetivos «específicos, medibles, alcanzables, realistas y delimitados en el tiempo», así como el de indicadores de rendimiento «pertinentes, reconocidos, fiables, sencillos y sólidos». Como indicó el matemático Lord Kelvin, «Lo que no se define no se puede medir. Lo que no se mide, no se puede mejorar. Lo que no se mejora, se degrada siempre».

Estas exigencias van a determinar también que el principal factor de riesgo (v. § II. 4) que debemos considerar sean los relacionados con liderazgo ético que ejerzan los más altos niveles administrativos del ente auditado en cuanto a su adherencia a los valores que representa este nuevo paradigma: si los órganos de gobierno o de dirección ni si quiera han mostrado iniciativa, no ya por aprobar un instrumento tan complejo como un plan, sino por armonizar la aplicación del art.1.3 LCSP mediante unas cláusulas tipo en todos sus pliegos, será previsible un comportamiento errático por parte de los órganos de contratación que dependan de ellos.



A modo de ejemplo, en consideración a los riesgos y factores anteriores, se proponen las siguientes las pruebas específicas que se pueden incluir en cualquier CFP sobre el área de contratación:

a) En primer lugar, se comprobará la existencia de un plan anual de contratación pública. En caso afirmativo, se verificará si contempla objetivos estratégicos y si éstos se vinculan a la consecución de otros más generales establecidos a nivel de programa presupuestario o en la ejecución del PRTR. En el momento de aprobación del expediente, el informe de necesidad del art. 28 LCSP deberá recoger dichos objetivos y los indicadores de rendimiento que permitan cuantificar la ejecución con el nivel de calidad e impacto social proyectado. Su redacción deberá ser acorde con el citado art. 33 del Reglamento Financiero de la UE.

b) En la revisión del PCAP, se verificará que contempla criterios de adjudicación relacionados con la calidad y condiciones especiales de ejecución, que ambos guardan relación con las motivaciones del informe de necesidad y que no suponen una restricción injustificada a la libre competencia. En cuanto a la fórmula para la valoración del precio, se comprobará que no altera la preponderancia de la calidad.

c) Sobre los contratos formalizados, se calculará el porcentaje tanto de concurrencia de PYMES como de los contratos que les han sido adjudicados para determinar la eficacia de la división en lotes u otros requisitos destinados a fomentar su participación (por ejemplo, correcto cálculo del PBL y VE).



d) Por último, se verificará el seguimiento de la ejecución del contrato por su responsable, especialmente, en cuanto a si se han detectado deficiencias y se ha tenido que recurrir a la imposición de penalidades, en cuya redacción se evitarán cláusulas tipo y se contemplarán incumplimientos relacionados con los objetivos estratégicos.

En conclusión, según indica el profesor GIMENO FELIÚ⁴⁰, el éxito de la contratación pública estratégica radica en concebir el contrato público como un instrumento para articular, de forma inteligente y proactiva, las nuevas políticas públicas. En este nuevo contexto, la fiscalización tradicional, como mera declaración de legalidad, resulta por si misma insuficiente. Los órganos de intervención deben, por tanto, evolucionar al mismo ritmo que la gobernanza pública. Por ello, a pesar de las conclusiones de la OIReScon, es necesario continuar apostando por una gestión del gasto público enfocada en resultados y por la correspondiente evaluación del rendimiento. Aunque en muchos casos no resulte idóneo llevar a cabo una auditoría operativa o su complejidad nos disuada de ello, siempre cabe la posibilidad, mucho más sencilla, de diseñar estas pruebas específicas dentro de los controles generales del CFP sobre el área de contratación. En definitiva, no existen razones, sino falta

⁴⁰ «Hacia una nueva contratación pública en clave geoestratégica: la brújula de la competitividad en Europa al servicio de las políticas públicas», publicado en: <https://www.obcp.es/opiniones/hacia-una-nueva-contratacion-publica-en-clave-geoestrategica-la-brujula-de-la> (fecha de la última consulta: 30/09/2025).



de iniciativa, para no superar determinadas inercias en los órganos de intervención.

2. Los riesgos de fraude, corrupción y conflicto de intereses

Con el concepto integridad, de acuerdo con la OCDE⁴¹, se alude a un valor ético consistente en priorizar el interés público sobre los intereses privados. En el ámbito comunitario, la preocupación de la UE por su salvaguarda en la contratación pública tiene su primer reflejo normativo en la aprobación de la Directiva 2014/24/UE. En ese mismo año, se publicaba también un informe monográfico de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en el que se enfatizaba lo siguiente: «Dado que el nivel de riesgo de corrupción en el proceso de contratación pública es bastante alto, las garantías contra la corrupción y el fraude en la contratación pública constituyen una prioridad para los Estados miembros y para las instituciones de la Unión Europea»⁴².

En el caso español, la LCSP, al transponer esta directiva, incorporó por primera vez la integridad con el rango de principio general, cuya función elemental consiste en catalizar la aplicación de los principios de igualdad, no

⁴¹ Punto I de la Recomendación del Consejo sobre Integridad Pública de la OCDE, de 26/01/2017.

⁴² COM/2014/038, p.23.



discriminación, transparencia y libre concurrencia. Por ello, de manera categórica, su art. 64.1 obliga a los órganos de contratación «a tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses»; y, correlativamente, el art. 71 LCSP amplía las prohibiciones de contratar para contemplar ahora los delitos de prevaricación, malversación, blanqueo de capitales... Asimismo, como instrumentos de buena gobernanza, a través de la LCSP se crean la OIReScon y la Estrategia Nacional de Contratación Pública.

No obstante, el impulso definitivo para la implantación de medidas activas se produce con ocasión de la protección de los intereses financieros de la UE en los fondos MRR. Éste, a diferencia de los fondos estructurales, se basa en el modelo de financiación no vinculada a los costes. Ello determina que la principal condición para que los Estados miembros reciban los pagos del MRR sea el cumplimiento satisfactorio de los hitos u objetivos preestablecidos en su PRTR. Este instrumento, además, debe incluir una explicación de los planes, sistemas o medidas concretas que cada país establezca para prevenir, detectar y corregir el fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, pues en caso de que la Comisión -a través de las auditorias de la Dirección General de Asuntos Económicos y Financieros- detecte irregularidades graves no corregidas por el Estado miembro, aplicará la deducción correspondiente. En España, la clave de bóveda de este sistema interno es el 'plan antifraude', basado en el análisis previo de los riesgos de cada entidad y que debe aprobarse en toda entidad decisora y ejecutora del PRTR. Su marco



normativo se contempla en las OM HFP/1030/2021, HFP/1031/2021 y, principalmente, en la OM HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistémico del riesgo de conflicto de intereses en los procedimientos que ejecuten el PRTR. Para facilitar la aplicación de estos reglamentos, es necesario hacer mención a dos documentos técnicos aprobados por la Sección de Prevención de la Corrupción del Consello de Contas de Galicia: las guías de «Metodología para la administración de riesgos» y la «Estrategia en materia de prevención de la corrupción».

Sin embargo, a pesar de la relevancia del plan antifraude, la eficacia de su implantación ha estado muy condicionada por la brevedad del plazo de aprobación⁴³. Esta circunstancia ha dado lugar, sobre todo en el caso de las EELL de pequeña dimensión, a un contenido estándar por la contratación de redactores externos, y, en consecuencia, alejado de un planteamiento realista de los riesgos específicos de cada organización. Las medias correctoras presentan por ello un diseño deficiente, y, además, se ha desaprovechado la oportunidad de ampliar la gestión de riesgos más allá del PRTR hasta alcanzar una estrategia integral de riesgos para cada entidad.

⁴³ Según el art.6.5 de la de la OM HFP/1030/2021, debe aprobarse en un plazo inferior a 90 días desde la entrada en vigor de esta norma o, en su caso, desde que se tenga conocimiento de la participación en la ejecución del PRTR.



Centrándonos en las implicaciones del principio de integridad en el ámbito del control interno, el auditor ha de prestar especial cuidado ante la existencia de posibles indicadores o indicios de fraude de acuerdo con las normas internacionales de auditoría⁴⁴. Los incumplimientos relativos a este principio, por su materialidad cualitativa (daños reputacionales), darán lugar siempre a la emisión de un informe de fiscalización desfavorable con independencia del daño económico efectivamente causado. Asimismo, se impone al auditor un deber de sigilo cualificado durante la ejecución de los trabajos; y, en los casos más graves en los que se considere que pueden existir indicios de responsabilidades contables o penales, la obligación de comunicarlos a la Fiscalía del TCu.

Por fraude en contratación pública, a efectos prácticos, el auditor debe entender toda irregularidad cometida intencionalmente por acción u omisión, mediante un engaño o falseamiento, con la finalidad de desviar fondos públicos para satisfacer intereses distintos a aquéllos para los que la contratación fue concebida, o la mera apariencia o potencialidad de que ésta se produzca. Por tanto, el elemento clave es la existencia de un ánimo defraudatorio ya que, de probarse, se apreciará fraude incluso en una irregularidad potencial sin perjuicio efectivo a los presupuestos públicos (v. § II.4). Para distinguir el fraude de la corrupción⁴⁵, sin circunscribirla

⁴⁴ NIA-ES 240, NIA-ES-SP 1250, ISSAI 1240, GPF-OCEX 1240.

⁴⁵ «Riesgos para la integridad en la contratación pública» de la Oficina Antifraude de Cataluña, Documento de trabajo nº.2, p.9.



estrictamente a un tipo penal y poder abarcar la parte preventiva del ciclo de gestión de riesgos, ésta tendrá lugar cuando el fraude implique abuso de poder en beneficio privado ilegítimo.

Desde la perspectiva de la protección de los intereses financieros de la UE en el marco de los fondos MRR, el fraude requiere tan solo un perjuicio intencionado en los fondos procedentes del presupuesto general de la UE, mientras que la corrupción añade, además, el requisito de un beneficio privado. De este modo, para la Comisión, en todo acto de fraude hay una irregularidad y, en el caso de corrupción, un fraude y una irregularidad. Junto con el conflicto de interés y la doble financiación, el fraude y la corrupción constituyen las irregularidades graves que dan lugar a correcciones en la percepción de los fondos MRR.

Por último, el conflicto de interés vendría a ser una modalidad de irregularidad que, en contratación pública y de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE⁴⁶, implica el riesgo de favoritismo hacia una determinada oferta en contra del principio de igualdad de trato y de una competencia sana y efectiva necesaria para optimizar los recursos públicos. Según la CNMC⁴⁷, los sobrecostes

⁴⁶ Sentencia de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 (EU:C:2015:166).

⁴⁷ Según consta en: <https://blog.cnmc.es/2017/01/18/la-cnmc-intensifica-sus-esfuerzos-en-la-persecucion-de-las->



ocasionados por la falta de concurrencia suponen 40 mill. de euros anuales.

En cuanto a su detección, desde la creación de la OLAF en el año 1999 se emplea el sistema llamado 'banderas rojas'. No obstante, su utilización no ha proliferado hasta los últimos años como consecuencia de la aprobación de los mencionados planes antifraude del PRTR y la creación en la AGE de la aplicación Minerva para el análisis automatizado del conflicto de interés⁴⁸. Concretamente, como ejemplo, la citada OM HFP/1030/2021 contempla en uno de sus anexos⁴⁹ un test de autoevaluación del riesgo en el que se pregunta, entre otras cuestiones, si: «¿Se han definido indicadores de fraude o señales de alerta (banderas rojas) y se han comunicado al personal en posición de detectarlos?». Efectivamente, una bandera roja es un aviso indiciario sobre el que se debe prestar una especial atención para descartar o confirmar esa potencial irregularidad.

[irregularidades-en-los-concursos-publicos/](#) (fecha de la última consulta: 30/09/2025).

⁴⁸ Esta aplicación se utiliza un código de banderas verde, roja y negra para determinar la intensidad del indicio de riesgo por conflicto de interés. De acuerdo con la OM HFP/55/2023, su análisis debe efectuarse de manera obligatoria y con carácter previo a la valoración de las ofertas o solicitudes de participación en cada procedimiento que se ejecute en el marco del PRTR.

⁴⁹ ANEXO II.B.5, «Test conflicto de interés, prevención del fraude y la corrupción», pregunta n.º 9.



Existen numerosos catálogos de banderas rojas, casi tantos como AAPP Su contenido, a su vez, puede ser tan extenso como exhaustivamente quiera verificarse, artículo por artículo, cada fase del expediente. Sin embargo, al igual que se advertía al exponer la tradicional clasificación de las áreas de riesgo (v. § II.3), su puesta en práctica, por la dispersión y complejidad normativa de la LCSP, puede resultar contraproducente y dificultar las labores de detección. Para ello, resulta más sencillo que el auditor también utilice como brújula los principios generales, especialmente, el de libre concurrencia, pues la obtención de la mejor oferta es el fin último de la LCSP y su distorsión, la del fraude⁵⁰.

⁵⁰ En puridad, la protección frente a los abusos es un objetivo histórico que han perseguido sucesivamente todas nuestras leyes de contratación. Así, por ejemplo, ya en tiempos de Bravo Murillo, podía leerse en la exposición de motivos de la ley del año 1852 que las subastas públicas estaban sujetas a «la confabulación de los licitadores o en la introducción de un tercero en la licitación, con el fin de obligar a los demás a concederle una prima para evitar sus pujas», Gaceta de Madrid n.º 6460: [file:///C:/Users/hhgp01/Downloads/GMD-1852-6460%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/hhgp01/Downloads/GMD-1852-6460%20(1).pdf) (fecha de la última consulta: 01/10/2025). Sobre este tema es recomendable la lectura de un interesantísimo artículo de COLÁS TENA, J., «Itinerario de la contratación pública: de Cádiz a nuestros días (parte I)», recopilatorio de las medidas antifraude en contratación administrativa española y que puede descargarse en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho_municipal/noticia.asp?ref_iustel=1109902&nl=1 (fecha de la última consulta: 01/10/2025).



También pueden ponernos sobre su pista, las estadísticas elaboradas por la OIREsCon a partir de los registros de la Red Estatal de Oficinas y Agencias Antifraude⁵¹ nos indican los siguientes motivos de denuncia:

Cuadro 2. Tipologías de denuncias de fraude en contratación pública ordenadas por frecuencia.

Causa	2019	2020	2021	2022	2023	Total
Irregularidad (Adj. contrato)	20	39	54	66	72	251
Prácticas corruptas	28	26	38	32	43	167
Ejecución de contrato	37	23	20	28	40	148
Fraccionamiento (Adj. contrato)	10	28	22	30	20	110
Ausencia de contrato	9	9	7	9	15	49
Vulneración de normativa	2	1	4	11	11	29
Irregularidad en el Pliego	2	3	2	2	10	19
Sobrecoste	2	2	4	5	6	19
Práctica colusoria	3		2		2	7
No contrato	2		1	4		7
Subcontratación	2				1	3
Sin definir	1				1	2
Total	118	131	154	187	221	811

Fuente: Módulo IV del Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública del año 2024 de la OIREsCon, p.37

⁵¹ Esta red se compone de cuatro oficinas antifraude a nivel autonómico (Cataluña, Valencia, Navarra y Andalucía) y dos a nivel local (Ayuntamientos de Madrid y Barcelona), a las que hay que sumar el SNCA-PIF, dependiente de la IGAE, en su condición de agencia antifraude del MRR y del PRTR, y el Consello de Contas de Galicia, único OCEX con competencias en materia de prevención de la corrupción.



Según mi experiencia profesional, y sin afán de exhaustividad, las maneras más habituales de pervertir la competencia son las siguientes:

a) *Adjudicaciones directas sin causa justificada*. Se orquestan mediante los contratos menores y los procedimientos negociados sin publicidad (en lo sucesivo, PNSP). La sentencia de la AN del 'caso Gürtel' (n.º 20/2018) menciona hasta en 40 ocasiones la palabra negociado y en otras 85 los contratos menores. Recordemos también la sublevación de muchos poderes adjudicadores contra el texto inicial del art. 118 LCSP por el que se impedía contratar en un año con un mismo empresario, y que motivó su reforma para volver a la anterior redacción del TRLCSP. Se alegaba perversamente la imposibilidad para encontrar múltiples proveedores en los municipios más pequeños. También fue significativa, al inicio de la entrada en vigor de la LCSP, la adjudicación por contrato menor de las mismas prestaciones, pero ajustadas a las cuantías sensiblemente inferiores del art. 118 LCSP (p. ej., un servicio que se adjudicaba conforme al TRLCSP por 17.999 €, pasó a hacerlo por 14.999 € con la LCSP). Para remediar estas prácticas, la ORIEscon publicó la Instrucción 1/2019, por la que se exigía la petición previa de, al menos, tres presupuestos o la motivación expresa de las causas que impedían su solicitud. De este modo, los contratos menores debían quedar reducidos a supuestos extraordinarios, pues toda la contratación debía planificarse anualmente por contrato mayor en virtud del art. 28 LCSP. Sin embargo, prácticamente la totalidad de CCAA y sus respectivas EELL declararon no



aplicable dicha instrucción por falta de competencia de la ORIEscon más allá de la AGE. En el caso del PNSP⁵², este suele emplear para aquellas prestaciones de valor superior al contrato menor sin respetar las causas tasadas de habilitación del art. 168 LCSP, principalmente por una ficticia exclusividad técnica que, además, no requieren de la mesa de contratación para su tramitación salvo en los casos de imperiosa urgencia.

b) *Fraccionamiento ilícito del objeto*. Se trata de otra de las manifestaciones del fraude en la contratación menor cuando no resulta tan verosímil la simulación del PNSP o cuando impera total sensación de impunidad (v. § II.4). El objeto del contrato se divide artificialmente en tantas prestaciones como presupuestos puedan presentarse por cuantía inferior al art. 118 LCSP: a menor concurrencia, mayores posibilidades de manipular la adjudicación, una de ellas, mediante las ofertas simuladas que explicaremos a continuación. Aun cuando en el fraccionamiento ficticio no exista un interés de enriquecimiento personal, para la jurisprudencia constituye un fraude de ley que está siendo penalizado como una modalidad *sui generis* del delito de prevaricación⁵³.

⁵² GARCÍA PÉREZ, H., «El procedimiento negociado sin publicidad y sus efectos sobre el principio de competencia», *Contratación Administrativa Práctica*, LA LEY, n.º 196, marzo-abril, 2025.

⁵³ GUDÍN RODRÍGUEZ, A.E. «El delito de prevaricación cometido mediante el fraccionamiento de la contratación administrativa», *Diario LA LEY*, n.º 10328, Sección Doctrina, 14 de Julio de 2023.



c) *Ofertas simuladas*. Puede ocurrir no solo en relación con la petición de un mínimo de tres ofertas en los contratos menores o en el PNSP, también en cualquier procedimiento en concurrencia competitiva, especialmente, en los divididos en lotes. En la mayoría de las ocasiones se produce por connivencia entre la Administración y el empresario previamente elegido por ésta. En el primer caso, junto con la oferta real y única, se presentan otras dos simuladas por empresas comparsa del primero. El segundo supuesto alude a prácticas *antitrust*, en las que las empresas de un sector se reparten las adjudicaciones falseando las ofertas, o no licitando a determinados contratos o lotes (habitual en los acuerdos marco por la preselección de las empresas). Como ejemplo, la CNMC ha multado recientemente con 203,6 millones de euros a 6 de las principales constructoras de nuestro país por alterar durante más de 25 años la adjudicación de infraestructuras⁵⁴. Dada la complejidad de estas tramas, su detección por los controles internos de las AAPP es prácticamente imposible, por lo que será determinante el adecuado funcionamiento del canal de denuncias contemplado en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

⁵⁴ Nota de prensa de la CNMV disponible en: <https://www.cnmc.es/prensa/sancionador-obra-civil-20220707> (fecha de la última consulta: 01/10/2025).



d) *El falso proveedor*. Tiene especial incidencia en los fondos MRR, cuyo principal foco de riesgo lo constituye la identificación del llamado 'perceptor final' de los fondos según ha indicado el TCE a la Comisión en su informe especial n.º 13/2023, fundamentalmente, en el caso de que las inversiones se ejecuten a través de subcontratas creadas por el contratista principal o algún miembro del poder adjudicador con la intención de desviar fondos. Para ello, no solo se inflan los precios o se merman las calidades, incluso la prestación ni siquiera llega a ejecutarse o se emplean medios ya disponibles en la Administración. El falso proveedor es también habitual en subvenciones y para atajarlo es fundamental la adecuada comprobación material de la inversión por el Interventor con carácter previo al reconocimiento de la obligación o, en el caso de que ésta no sea posible⁵⁵, contar con inventarios actualizados.

e) *La mesa testafarro*. Conformar la voluntad del órgano de contratación hasta la formalización del contrato es quizá el procedimiento administrativo más pautado de todo el derecho público. Su clave de bóveda es la mesa de contratación, que cuenta como vocales natos con un representante de la Asesoría Jurídica y otro de la Intervención. A través de la participación de estos funcionarios altamente capacitados, se pretende preservar tanto el rigor jurídico del expediente como controlar la posible arbitrariedad de la adjudicación. Por ello, los procedimientos de adjudicación que prescinden

⁵⁵ Cada AAPP establece un importe mínimo de la inversión para proceder a su comprobación material. Aunque sean variables, debe advertirse que los contratos menores siempre van a quedar exentos.



de su asistencia (básicamente el contrato menor y el PNSP) son las gateras favoritas de los corruptos. Sin embargo, tantos formalismos se van añadiendo en las sucesivas y abultadísimas leyes de contratación para taparlas, como caminos infinitos hacia el fraude se siguen abriendo. Continuando con esta tendencia, la mesa de contratación se regula en el extenso art. 326 LCSP -con las especialidades previstas en su DA. 2º para las EELL- más las partes aún aplicables del RGLCAP y del RLCSP, que vienen a configurar un cuerpo jurídico en sí mismo, no solo ineficiente por su incapacidad para paralizar, por ejemplo, la adjudicación fraudulenta de las obras millonarias del túnel de Belate, sino también por contribuir a su consumación⁵⁶. Para pervertir la mesa basta con un sencillo truco aritmético: engrosar su composición. De este modo, el órgano de contratación (cargo que ostenta un representante político) designa como vocales -entre ellos al presidente, que cuenta con voto de calidad- a funcionarios afines o a subordinados sumisos hasta alcanzar la mayoría de votos y arrinconar a los que no puede influenciar, especialmente, a los

⁵⁶ Este escándalo político se analiza al detalle por el presidente de la Cámara de Comptos de Navarra en su comparecencia ante el parlamento de esta comunidad autónoma. Puede consultarse un resumen de su intervención en: <https://www.diariodenavarra.es/noticias/navarra/2025/07/26/irregularidades-deficiencias-detecto-camara-comptos-adjudicacion-obras-belate-655300-300.html> (fecha de la última consulta: 01/10/2025).



miembros natos, cuyo control queda reducido a expresar su disconformidad mediante un voto particular⁵⁷.

Para finalizar el epígrafe, es necesario advertir sobre la evolución futura de estos riesgos crónicos de fraude una vez que se apruebe la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción⁵⁸, que pretende proporcionar una respuesta estratégica mediante una armonización de los distintos tipos penales de corrupción. Asimismo, España debe dar respuesta inmediata a las categóricas conclusiones de la Comisión en su durísimo Informe sobre el Estado de Derecho en 2025 (Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España, apartado II Marco de lucha contra la corrupción)⁵⁹, pues, como así nos advertía la Comisión, el Gobierno solo contaba con un borrador del recientemente aprobado Plan Estatal de

⁵⁷ En el citado caso del túnel de Belate, estos vocales, además del voto particular, denunciaron ante su oficina autonómica antifraude. Por ello, no debemos dejar de insistir en la necesidad de que las AAPP cuenten con sus propios canales de denuncia.

⁵⁸ Puede descargarse una versión en español en el siguiente enlace:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52023PC0234> (fecha de la última consulta: 01/10/2025).

⁵⁹ Informe publicado el 08/07/2025 a través de la dirección: https://commission.europa.eu/publications/2025-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en (fecha de la última consulta: 01/10/2025).



Lucha contra la Corrupción para el periodo 2025-2027⁶⁰ en el momento de elaboración de dicho informe. Esta estrategia, todavía pendiente de desarrollo mediante ley orgánica⁶¹, se estructura en cinco ejes y quince medidas que, sin embargo, apenas plantean novedades relevantes, pues muchas de ellas ya se encuentran en funcionamiento como la Oficina de Recuperación de Activos (ORGA) o el uso de la IA a través de la PLACSP para la detección de prácticas fraudulentas y que pasamos a analizar en el siguiente epígrafe.

3. La contratación pública electrónica

En este último apartado, se exponen los riesgos, y sus correlativos controles, derivados de la consolidación de la contratación pública electrónica en España por mandato de la vigente LCSP en cumplimiento de las directivas europeas. A pesar de que este proceso de

⁶⁰ Disponible en la web oficial de la Moncloa en el enlace siguiente:

<https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documentos/2025/090725-plan-estatal-lucha-contra-corrupcion.pdf> (fecha de la última consulta: 01/10/2025).

⁶¹ En concreto, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Implementación del Plan Estatal de Lucha contra la Corrupción fue sometido a consulta previa el 10 de septiembre de 2025: <https://www.hacienda.gob.es/SGT/NormativaDoctrina/Proyectos/09092025-APLO-lucha-contra-corrupcion.pdf> (fecha de la última consulta: 01/10/2025).



digitalización obligatorio no se traspuso de manera expresa como un nuevo principio general u objetivo transversal en el art.1 LCSP como en el caso de la contratación estratégica y de la integridad anteriormente estudiados, sí que mantiene, no obstante, una estrecha vinculación con este precepto, pues se configura como la herramienta clave para proyectar la aplicación todos principios generales hacia la obtención de la oferta más ventajosa en términos de calidad y precio. En consecuencia, por cuanto que la tramitación electrónica va a repercutir siempre con mayor o menor intensidad sobre el núcleo del art. 1 LCSP, ésta ha de ser considerada en cualquier planificación de auditoría como un riesgo específico de contratación pública (v. § II.2). Su probabilidad y magnitud se utilizarán como parámetros para determinar la materialidad de la vulneración del principio general afectado, y el resultado favorable o desfavorable de los informes de fiscalización.

Como hemos indicado, la contratación pública electrónica tiene un origen comunitario. La Comisión Europea, mediante su Comunicación de 26 de septiembre de 2003⁶², dirigida al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, definió la Administración electrónica dentro del eGovernment como la utilización por las Administraciones públicas de las llamadas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Su empleo se relacionaba con futuros cambios en la organización, procedimientos y capacidades de los

⁶² «El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa» [SEC (2003) 1038].



funcionarios que reducirían las cargas burocráticas de la ciudadanía con la finalidad de mejorar la calidad y accesibilidad a los servicios públicos, así como reforzar los procesos democráticos a través de la transparencia y la rendición de cuentas. Precisamente, la consecución del mercado único motivó la implantación progresiva de la licitación electrónica, la introducción del vocabulario común de contratos públicos y la imposición de unos umbrales para la adjudicación de determinados contratos públicos (los contratos SARA). Con este propósito, la transposición de la Directiva 2004/18/CE introdujo el envío por medios electrónicos de información relativa a licitaciones, la creación del perfil del contratante por parte de las diferentes AAPP, la configuración de la PLACSP y, finalmente, algunas prácticas concretas y muy limitadas de subasta electrónica y, en menor medida, de sistemas dinámicos de adquisición. Posteriormente, la Directiva 2014/24/UE adoptó un enfoque más exigente al establecer que las TIC pasaran a ser el medio ordinario de comunicación y de intercambio de información entre los órganos de contratación y los licitadores. No obstante, la evolución de la implantación de la licitación electrónica en España parte de una tímida aplicación voluntaria, principalmente, por las Administraciones públicas con mayores recursos en TIC⁶³, y tiene su punto de inflexión

⁶³ La licitación íntegramente electrónica se desarrolla en un primer momento, el País Vasco, seguido después por otras como Cataluña o Aragón, comunidades en las que al mismo tiempo se prestaba asistencia TIC a sus EELL. Sobre el desarrollo de las distintas plataformas puede consultarse el



en su imposición obligatoria mediante la aprobación de la vigente LCSP, que ya en su Preámbulo establece una «decidida apuesta a favor de la licitación electrónica». A pesar de la contundente declaración de intenciones del legislador, fueron numerosas las ocasiones en las que los órganos de contratación acudieron a las excepciones de la DA. 15ª LCSP para eludir esta obligación. Sin embargo, su actuación fue reprobada por los Tribunales administrativos de contratación y la nulidad de pleno derecho de los pliegos en estos casos fue unánime⁶⁴. Igualmente, hay que destacar la importancia del Expediente 2/18 de la JCCPE, que impidió excepcionar a las personas físicas de la presentación de ofertas electrónicas. A pesar de las resistencias iniciales, según datos de la OIREscon el porcentaje de licitación electrónica en España ya alcanzaba el 77,24 % en el año 2022. Para lograr una aplicación plena, la Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023-2026 establece, como Objetivo E, la generalización del uso de la contratación electrónica en todas las fases del procedimiento, así como la creación una Estrategia Común de Datos en la Contratación.

OBSERVATORIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: «*Las plataformas de contratación electrónicas como estrategia: el papel de las CCAA*» <https://www.obcp.es/opiniones/las-plataformas-de-contratacion-electronicas-como-estrategia-el-papel-de-las-ccaa> (fecha de la última consulta: 01/10/2025).

⁶⁴ Vid. Resoluciones TACRC 632/2018, de 29 de junio; 808/2018, de 14 de septiembre; 861/2018, de 1 de octubre; 869/2018, de 1 de octubre; 1023/2018, de 12 de noviembre y 1077/2018, de 23 de noviembre.



Centrándonos en el análisis de riesgos de la legislación vigente, la fiscalización ha de verificar con carácter prioritario, por sus implicaciones respecto del principio de libre concurrencia, el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa impuestas al órgano de contratación en virtud del art. 63 LCSP, quien deberá difundir a través de su perfil de contratante prácticamente la totalidad de las actuaciones preparatorias del expediente y su licitación. Una vez formalizado el contrato y ya en fase de ejecución, solo será obligatoria -como novedad de la LCSP y a efectos de la posibilidad de interposición de un recurso especial- la publicación de las modificaciones tramitadas al amparo de los arts. 204 y ss. LCSP. La publicación obligatoria de los documentos indicados en el citado art. 63 se configura como mínimo, pues se podrán difundir, además, cualquier otra información referente a la actividad contractual de los órganos de contratación. En este sentido, el art. 138 LCSP enfatiza la centralidad del perfil de contratante como instrumento canalizador de la publicidad contractual al exigir, con carácter general, que los órganos de contratación ofrezcan acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos por medio de éste. Este acceso será libre, directo, completo y gratuito; y, solo por razones excepcionales y en los casos expresamente previstos en dicho precepto, se llevará a cabo por medios no electrónicos (p. ej., circunstancias técnicas, razones de confidencialidad o motivos de seguridad en el caso de concesiones de obras). El perfil de contratante se alojará en las páginas web institucionales indicadas en los anuncios de licitación. Para dar cumplimiento a esta



obligación, el art. 347 LCSP prevé que la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Función Pública ponga a disposición de todos los órganos de contratación del sector público la PLACSP (anteriormente denominada PLACE y circunscrita a esta Administración), que también les prestará otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de estos datos. No obstante, las CCAA pueden establecer servicios de información similares a la PLACSP en los que deberán alojar sus perfiles de contratante de manera obligatoria, si bien, deberán publicar en la plataforma estatal la convocatoria de todas sus licitaciones y sus resultados. Cuando no optaran por su creación, éstos se alojarán directamente en la PLACSP mediante convenio. En el caso de la JCCM, existe un portal dedicado a la contratación⁶⁵, pero la mayor parte de sus contenidos son puramente informativos sin posibilidad de sustanciar trámites, por lo que el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa del art.63 LCSP se efectúa a través de la PLACSP. En cuanto a la licitación electrónica, su tramitación es mixta, pues una vez recibidos y abiertos los archivos que contienen las ofertas a través del servidor estatal, el expediente se tramita hasta su formalización mediante el programa interno PICOS. Estas previsiones se contemplan en el Decreto 28/2018, de 15 de mayo, por el que se regula la contratación electrónica en el sector público regional, y que además

⁶⁵ <https://contratacion.castillalamancha.es/> , en este portal se facilita el acceso al perfil de contratante de la JCCM que se aloja en la PLACSP. También se publican los planes anuales de contratación en cumplimiento del art. 28.4 LCSP e información complementaria de utilidad para los licitadores.



estipuló el traslado al ROLECE de los asientos que integran el Registro Oficial de Licitadores de CLM.

Además de las anteriores comprobaciones, para poder acreditar el completo cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa en materia de contratación, debe advertirse que las actuaciones de control no han de circunscribirse únicamente a los mencionados arts. 63 y 347 LCSP, pues el art. 8.1 a) LTAIBG también contiene sus propias exigencias al respecto. Además, en el caso específico de la JCCM, han de sumarse las obligaciones previstas en el art.16 de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha.

Otra área de riesgo en materia de licitación electrónica, la constituye el cumplimiento del régimen de notificaciones y comunicaciones regulado en las disposiciones adicionales décima, decimoquinta, decimosexta y decimoséptima. El riesgo se centra, especialmente, en relación con el cómputo de plazos y la presentación extemporánea de ofertas o de documentación requerida por la mesa de contratación para continuar en la licitación o para emitir una propuesta de adjudicación. En síntesis, los plazos que deben contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario, los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado. Como regla general, salvo que el licitador sea



capaz de demostrar algún fallo informático de la plataforma que no le sea imputable, la mesa de contratación no podrá admitir ofertas o documentación requerida que sean presentadas fuera de la PLACSP. Para ello, es imprescindible acreditar en el expediente, además del fallo informático ajeno, el cumplimiento del principio del secreto de las proposiciones (p. ej., que se presente en registro un sobre físico cerrado), de tal manera que al mismo tiempo que las ofertas electrónicas se abran a través de la PLACSP, la mesa incorpore seguidamente los datos de la oferta presentada fuera de plataforma. En cualquier caso, si el fallo tuviera origen en un ciberincidente, los plazos podrán ser ampliados por aplicación supletoria del art. 32.5 LPAC⁶⁶.

Para concluir el análisis de estos riesgos de especial consideración en toda planificación de un CFP, es necesario reflexionar sobre su futuro inmediato. Si en un primer momento las plataformas de contratación tenían como finalidad ser un medio ágil de transmisión de información para la tramitación del expediente, la utilidad de los datos recogidos en cada perfil de contratante en virtud del art. 63 LCSP tiene especial trascendencia en el diseño de los procedimientos de control al proporcionar nuevas herramientas de análisis y tratamiento de datos para la detección prácticas irregulares. Al respecto, desde el verano del 2021 la

⁶⁶ «Cuando como consecuencia de un ciberincidente se hayan visto gravemente afectados los servicios y sistemas utilizados para la tramitación de los procedimientos y el ejercicio de los derechos de los interesados que prevé la normativa vigente, la Administración podrá acordar la ampliación general de plazos de los procedimientos administrativos».



PLACSP dispone del programa OpenPLACSP, accesible para su descarga en su propia web en el menú 'Datos abiertos' y con el que se facilita la transformación de los ficheros de datos abiertos en una hoja de cálculo, de modo que cualquier interesado pueda adquirir datos masivos de todas las licitaciones publicadas. Sobre su utilidad para la obtención de evidencias, resultan interesantes dos trabajos⁶⁷ realizados por expertos informáticos sobre el rastreo de metadatos de la documentación presentada en las licitaciones comprendidas en los años 2015-2021 (autor, empresa y fecha de creación) con la finalidad de contrastar la identidad de la organización que aparece en los metadatos del PPT con la razón social del adjudicatario y, en su caso, el grupo empresarial al que pertenece. En el supuesto de existir una vinculación que no se correspondiera con la tramitación de una consulta preliminar del mercado o un procedimiento en el que la LCSP sí permite la negociación de los términos del contrato (negociado, diálogo competitivo y asociación

⁶⁷ GARCÍA RODRÍGUEZ, J. M., «Tecnologías digitales para el control de la contratación pública», Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo, 79 (2022), p.96. También pueden consultarse en la noticia <https://elpais.com/economia/2021-12-10/los-pliegos-de-tres-concursos-publicos-incluian-al-ganador-en-los-metadatosantes-de-adjudicarse.html>. (fecha de la última consulta: 01/10/2025).



para la innovación), nos encontraríamos ante un indicio de manipulación de una licitación⁶⁸.

También con la misma finalidad y aplicando algoritmos de IA sobre la información publicada en las plataformas de contratación, la Unidad de Inteligencia Económica de la CNMC ha creado el sistema denominado BRAVA (*Big Rigging Algorithm for Vigilance in Antitrust*)⁶⁹, herramienta novedosa a nivel mundial capaz de clasificar las ofertas presentadas por los licitadores como potencialmente colusorias o competitivas. Por tanto, los órganos de control deberán esforzarse en los próximos años por incorporar a sus fiscalizaciones este tipo de análisis *big data*, dada su eficacia para detectar corruptelas que pueden permanecer ocultas en sus tradicionales pruebas de auditoría y técnicas de muestreo. No obstante, a mi juicio, el principal avance en la automatización del control de la contratación pública será la aplicación de técnicas de PLN para

⁶⁸ En este sentido el art. 70 LCSP exige al órgano de contratación la adopción de medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia.

⁶⁹ Para mayor información puede consultarse la publicación de la noticia por la propia CNMC en su blog: <https://blog.cnmc.es/2024/04/11/premio-a-brava-cnmc-contra-el-fraude-en-contratacion-publica/> (fecha de la última consulta: 01/10/2025).



identificar patrones inusuales y señalar posibles áreas de riesgo. Al destacar datos de interés para el control (VE, PBL, aplicación presupuestaria, número de anualidades...) se sustituye el punteo manual en papel por un análisis preliminar de riesgos a partir del cual enfocar la revisión. Ello facilitará, por ejemplo, detectar un fraccionamiento ilícito en contratos menores.

En cualquier caso hemos de tener presente que la vigente LCSP ha nacido tecnológicamente desfasada o, cuanto menos, al margen de estas tecnologías emergentes, como consecuencia de su tardía transposición y también por la atomización del sector público en múltiples órganos de contratación con distinto nivel de madurez digital, pero con similar reticencia a cambios. Por ello, con vistas a la aprobación de las nuevas directrices de contratación pública que ya se encuentran en fase de tramitación, es necesario incorporar en la propia estructura normativa el llamado 'control por diseño'⁷⁰. Esta metodología de auditoría digital, basada en un flujo constante de datos estandarizados entre sistemas informáticos interoperables, se engarza en el propio procedimiento administrativo del órgano gestor como un eslabón más de la tramitación y no como un elemento accesorio, ajeno a su responsabilidad. A medida que vayan concluyendo las distintas fases del expediente, estos

⁷⁰ CORDERO VALDAVIDA, M., «Control por diseño en la gestión de los fondos europeos», *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 100/ (3-2020), Instituto de Estudios Financieros, pp. 137-158.



sistemas informáticos, irán reportando a los órganos de intervención, de manera automatizada, la correspondiente evidencia en tiempo real que, igualmente, podrá ser procesada robóticamente con la finalidad de eliminar controles repetitivos que no requieran el juicio profesional del auditor. Para alcanzar este nivel de eficiencia, además de una revisión meramente legal en cuanto a la actualización de los procedimientos de contratación, será necesario reconsiderar también cómo el uso de estas tecnologías de IA, ya plenamente integradas en el sector privado, pueden guiar una modificación de las estructuras organizativas y la asignación de roles en el sector público hacia una efectiva reducción de cargas burocráticas⁷¹. Aunque en estos momentos no podemos citar ejemplos generalizados de su implementación en el ámbito de la contratación pública, la IA sí está siendo utilizada en otros ámbitos administrativos, como es el caso de la Junta de Andalucía, que ha conseguido agilizar los expedientes de determinadas subvenciones con un equivalente al tiempo de trabajo de 150 empleados públicos⁷². Esta CCAA también ha presentado una

⁷¹ MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública, *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Iustel, 2020, pp.38-41.

⁷² Para mayor información, la nota de prensa oficial se encuentra disponible en:

<https://www.juntadeandalucia.es/organismos/consejo/sesion/detalle/487186.html> (fecha de la última consulta: 02/10/2025).



iniciativa reciente: el robot AISCON, destinado a asistir en un futuro a las mesas de contratación para la toma de decisiones a través del análisis de datos contenidos en el DEUC presentado por cada licitador⁷³.

Para los órganos de intervención, esta transformación presenta a la par tantas oportunidades de mejora como de riesgos, pues no solo ha favorecido la aparición de las herramientas de detección anteriormente descritas. La IA implica un nuevo ámbito de control en sí misma, pues está cambiando la manera en que nuestra sociedad opera y, fundamentalmente, toma decisiones. En consecuencia, junto a al tradicional examen de irregularidades procedimentales o presupuestarias, ahora deben sumarse revisiones sobre algoritmos, por ejemplo y muy especialmente, los que en contratación pública podrían determinar la necesidad de contratar ⁷⁴. Sin embargo, este será el reto del futuro inmediato, pues aún no existen normas internacionales de auditoría al respecto y tampoco los OCEX cuentan con manuales de fiscalización específicos.

⁷³ Sobre el funcionamiento concreto de esta aplicación, puede consultarse la entrevista al director general de contratación de la Consejería de Hacienda de la Junta de Andalucía publicada en la Revista de Contratación Administrativa Práctica, LA LEY, n.º 199, septiembre-octubre, 2025.

⁷⁴ MIRANZO DÍAZ, J., «Inteligencia artificial y contratación Pública», *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Iustel, 2020, pp. 122-128.



IV. CONCLUSIONES

La contratación pública en España adolece de un elevado riesgo intrínseco derivado principalmente de una excesiva regulación: normativa comunitaria, transposiciones nacionales y CCAA que la amplían, legislación sectorial..., y cuyo desarrollo alcanza el nivel de instrucciones y notas internas. Sus expedientes están constituidos por la concatenación de actos jurídicos, económico-presupuestarios y documentos contables cuyas principales especialidades y riesgos en el ámbito del CFP se han expuesto a lo largo de este estudio. Ello, a su vez, supone una multiplicidad de controles para los órganos de cualquier intervención, dotados de escasos recursos materiales y humanos. Por tanto, su reto principal es afrontar su optimización mediante nuevos modelos de fiscalización que, por un lado, se planteen desde un enfoque de riesgo de auditoría para evitar controles repetitivos o sobre áreas sin riesgo y, por otro, se automaticen en todo lo posible a través de un sistema de administración electrónica basada en una ingeniería de datos y no en la mera conversión del papel en un formato digital. Esta senda de modificaciones ya está en marcha dentro de la Intervención General de la JCCM, fundamentalmente en cuanto al control económico-presupuestarios del gasto público.

Pero la renovación de los métodos de control también debe ir acompañada de una ampliación del alcance de las fiscalizaciones que supere el tradicional control de legalidad y regularidad sobre actos puramente técnico-administrativos, tanto por las nuevas amenazas que se plantean en un entorno altamente informatizado, como por la necesidad de verificar parámetros de eficacia y



eficiencia en la gestión del gasto público que implica la contratación estratégica, así como la exigencia de responsabilidades por el incumplimiento del principio de buena gestión financiera. El nuevo paradigma que plantean los principios generales del art. 1 LCSP, cuya finalidad básica es alcanzar un desarrollo sostenible, requiere incorporar comprobaciones propias del ámbito de la auditoría operativa sobre el grado de cumplimiento de los programas presupuestarios y de los hitos y objetivos en el empleo de los fondos comunitarios. Es decir, controlar si la gestión desarrollada a través de la contratación pública ha permitido proporcional al usuario la mejor relación calidad-precio y, al mismo tiempo y para toda la sociedad, la consecución de los objetivos sociales y medioambientales que se tutelan desde la UE. Por parte de los OCEX ya se están llevando a cabo auditorías operativas que tienen mayor impacto que las de legalidad y aportan valor para mejorar los complejos procesos de compras públicas. Al respecto, y como se ha analizado en este trabajo, la tramitación de los fondos MRR ya ha conllevado reformas en relación con la comprobación de hitos y objetivos, así como sobre la gestión de riesgos de fraude, corrupción y conflicto de interés. Su aplicación práctica está siendo altamente positiva de acuerdo con las recomendaciones contenidas en la Estrategia Nacional de Contratación 2023-2026, en la que se destaca la efectividad de las medidas antifraude en el ámbito del PRTR y se conmina a las CCAA, a partir de las planificaciones de auditoría europeas, a elaborar sus propios mapas de riesgos y una estrategia de control holística adaptada a sus particularidades organizativas. Se quiere avanzar hacia



un nuevo modelo de control interno que permita no solo identificar los incumplimientos normativos y su influencia sobre la gestión de los contratos, sino también detectar y fortalecer los flancos más débiles de la organización y de sus recursos. Por tanto, no son necesarios más controles, sino que éstos sean más eficaces y alcancen una gestión integral del riesgo.

Por último, no podemos concluir una reflexión sobre las propuestas de mejora del estado actual del control interno en materia de contratación pública sin reivindicar la figura de los funcionarios de las distintas Intervenciones, pues más allá de la iniciativa política, el elemento catalizador de cualquiera de las reformas planteadas requiere de empleados públicos dotados de un perfil técnico altamente especializado en múltiples disciplinas. Esta circunstancia trae a colación cuestiones como la aplicación de los criterios de mérito y capacidad en su designación y promoción, y la necesidad de un plan de formación continua. Pero, sobre todo, plantea el respeto a su figura mediante un estatus jurídico que efectivamente permita dotarle de independencia funcional y de discrecionalidad técnica fundamentada en su juicio profesional; y que, al mismo tiempo, garantice la integridad de su actuación a través del sometimiento a un código ético; requisitos que suelen difuminarse en nuestro devenir diario. La dificultad del ejercicio del control interno, a la que se suman los retos que plantea la transformación digital y la lucha contra la corrupción, no debe desalentar a este personal, pues como ya el año 2009 reconocía la popular Sentencia de la Sala de Justicia del TCu n.º 21, en relación con los desagradados en el ejercicio de las funciones de control, «puede afirmarse que, como regla general, la actividad de los



interventores [...] no suele ser tarea fácil ni agradable, pues su propia función radica en fiscalizar los gastos incurridos, y el ejercicio correcto de su trabajo puede dar lugar a situaciones de malestar y teórico enfrentamiento con los ordenadores de pagos en lo que respecta a la corrección y adecuación de aquéllos». Sin embargo, continúa el TCu, **«es aquí donde radica la dificultad y, al mismo tiempo, la grandeza de la función interventora, amparada en cualquier caso por las leyes»**.

V. BIBLIOGRAFÍA

CANALES GIL, A., HUERTA BARAJAS, J.A., CANALES MENÉS, P. y HUERTA MÉRIDA, C. (Coords.), *Aclaraciones a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público: enfoque científico-práctico*, Boletín Oficial del Estado, 2020.

CASTELLANOS GARIJO, M., «Desafíos del control interno ante la transformación digital» en AAVV, *La perspectiva presupuestaria de la contratación pública* (coord. GARCÍA MOLINERO, A.), Wolters Kluwer, 2020, pp.316-354.

CEPA GONZÁLEZ, V., «Consideraciones sobre la planificación de una fiscalización con criterios y enfoque de evaluación de la contratación pública bajo criterios de sostenibilidad», *Revista Española de Control Externo*, vol. XXVI, nº.76, 2024, p.83.



COLÁS TENA, J., «Itinerario de la contratación pública: de Cádiz a nuestros días (parte I)», *Diario de Derecho Municipal, Estudios y comentarios*, Editorial Iustel, 2013.

CORDERO VALDAVIDA, M., «Control por diseño en la gestión de los fondos europeos», *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 100/ (3-2020), Instituto de Estudios Financieros, pp. 137-158.

HUERTA BARAJAS, J.A. y CASTEJÓN GONZÁLEZ, J., *Guía para el control y auditoría de los procesos de contratación pública*, El Consultor de los Ayuntamientos, 2023.

GARCÍA PÉREZ, H., «El procedimiento negociado sin publicidad y sus efectos sobre el principio de competencia», *Contratación Administrativa Práctica*, LA LEY, n.º 196, marzo-abril, 2025.

GARCÍA RODRÍGUEZ, J. M., «Tecnologías digitales para el control de la contratación pública», *Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, 79 (2022), p.96.

GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.); *Las nuevas directivas de contratación pública*, Aranzadi, 2015.

GUDÍN RODRÍGUEZ, A.E. «El delito de prevaricación cometido mediante el fraccionamiento de la contratación administrativa», *Diario LA LEY*, n.º 10328, Sección Doctrina, 14 de Julio de 2023.

MARTÍN DELGADO, I. (Dir.), *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Iustel, 2020.



MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. y BOCOS REDONDO, P. (Coords.), *Contratación del Sector Público Local*, Wolters Kluwer, 2018.

MIRANZO DÍAZ, J., «Inteligencia artificial y contratación Pública», *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Iustel, 2020, pp. 122-128.

MUSGRAVE, R.A., *Sistemas Fiscales*, Aguilar, 1973.

SÁNCHEZ REVENGA, J., «La institución presupuestaria española: evolución reciente y modernización», *Crónica Presupuestaria*, n.º 4/2016, Instituto de Estudios Fiscales, pp.7-53.



LA ÚLTIMA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES JURISDICCIONALES Y DE RECURSOS CONTRACTUALES EN MATERIA DE ACCIÓN CONCERTADA. EXTREMADURA Y OTRAS NORMATIVAS AUTONÓMICAS

D. Álvaro Casas Avilés

Secretario General de la Diputación Provincial de
Cáceres.

Resumen: la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, permite la gestión indirecta de servicios a las personas (sociales, sanitarios, etc.) de manera que dicha gestión indirecta no tenga que ser necesariamente a través de un contrato público. En esa senda, y con clara pretensión de huir del derecho de la contratación pública, prácticamente todas las comunidades autónomas vieron “el cielo abierto” y regularon (a través de conciertos sociales y acción concertada) la prestación de dichos servicios sociales de una forma que la jurisprudencia del TJUE (caso *ASADE 1* y caso *ASADE 2*) ha declarado no ajustarse al derecho comunitario. Tras dicha doctrina *ASADE*, las más recientes resoluciones de los tribunales administrativos y jurisdiccionales españoles están anulando tanto normas reglamentarias de acción



concertada, como actos administrativos de convocatoria de conciertos sociales, cuando no se ajustan a la jurisprudencia del TJUE. ¿Estamos ante una nueva "huida del derecho de la contratación pública"? Parece que sí...

Palabras clave: concierto social, acción concertada, contrato público, servicios sociales, ánimo de lucro, adjudicación directa, recurso especial, recurso de casación, control jurisdiccional.

Abstract: Directive 2014/24/EU, on public procurement, allows for the indirect management of services to individuals (social, health, etc.) in such a way that this indirect management does not necessarily have to be through a public contract. Following this path, and with the clear intention of circumventing public procurement law, practically all of the autonomous regions with regulatory powers saw their 'big opportunity' and regulated (through social agreements and concerted action) the provision of these social services in a way that the case law of the Court of Justice of the European Union (*ASADE 1* case, judgment of 22/7/2022; and *ASADE 2* case, order of 31/3/2023) has declared not to comply with Community law. Following this *ASADE* doctrine, the most recent rulings of the spanish administrative and jurisdictional courts are annulling both regulatory rules on concerted action and administrative acts calling for social agreements, when they do not comply with the case law of the CJEU. Are we facing a new 'flight from public procurement law'?



Key words: social agreement, concerted action, public contract, social services, profit motive, direct award, special appeal, judicial review.

Sumario:

I. CONSIDERACIONES PREVIAS (NECESARIAS).

1. Reflexiones acerca del marco normativo comunitario y nacional.

2. Reflexiones acerca del nuevo marco normativo autonómico, tras las precisiones de la STJUE de 14 de julio de 2022.

II. NATURALEZA, ORGANIZACIÓN Y LÍMITES DE LA ACCIÓN CONCERTADA.

1. Naturaleza jurídica de los conciertos sociales en las recientes sentencias de los tribunales españoles.

A) La punta de lanza: la jurisprudencia *ASADE* y la acción concertada como contrato administrativo especial.

B) Los requisitos que los tribunales administrativos exigen para la aplicación de la vía "no contractual" del artículo 11.6 LCSP/2017.

a) Supuestos de inadmisión de recursos especiales (por encontrarnos, *de iure*, ante conciertos sociales).



2. No es libérrima la elección de la acción concertada como forma de gestión de los servicios sociales.

A) Especial referencia a las sentencias del TSJ de Aragón de 5 de diciembre de 2022, y de 19 de febrero y 17 de abril de 2024.

3. El ánimo de lucro en las entidades prestadoras de servicios.

A) El carácter oneroso (o no) de la prestación.

B) La sentencia del TSJ del P. Vasco de 3 de julio de 2024.

4. La adjudicación directa “excepcional” en la normativa autonómica de conciertos sociales.

III. EL CONTROL DE LA ACCIÓN CONCERTADA POR LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS Y JURISDICCIONALES.

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.

IV. APUNTE FINAL (A LA ESPERA DE JURISPRUDENCIA DEL TS).

VI. BIBLIOGRAFÍA.



I. CONSIDERACIONES PREVIAS (NECESARIAS).

La Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, declara que "los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva" (considerando 6). Es decir, es la propia Directiva la que afirma expresamente que la aplicación de la normativa contractual pública no es la única posibilidad de la que gozan las autoridades competentes para la gestión de los servicios a las personas.

En consecuencia, como didácticamente aclara la Exposición de Motivos de la Ley de Aragón 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, "no parece oportuno que se restrinjan las posibilidades de organización de dichos servicios con terceros, admitiéndose únicamente las que derivan de la legislación de contratos del sector público". Así, en la Unión Europea, los servicios de interés general no económicos (S.I.G.N.E.), entre los que se hallan los servicios sociales, sanitarios y de atención socio-sanitaria, "forman parte de los pilares del modelo europeo de sociedad, dada la trascendencia que para la calidad de vida de la ciudadanía europea posee la



existencia de unos servicios de interés general eficientes, accesibles y de calidad, que refuerzan la cohesión social y territorial...” (preámbulo de la Ley 13/2018, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y socio-sanitario en Extremadura, en adelante LCSEX 13/2018).

De esta forma, el considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE prevé la posibilidad de que determinados “servicios a las personas” (como son, entre otros, los servicios sociales) queden (i) bien excluidos de la aplicación de la citada Directiva, prestándose los mismos mediante fórmulas de colaboración público-privada; o (ii) bien con una regulación particular, pues se trata de servicios sensibles como son los educativos o los socio-sanitarios. Por ello, los artículos 74 a 77 de la citada Directiva 2014/24/UE regulan un régimen particular de contratación para los “servicios sociales y otros servicios específicos” (los denominados servicios especiales del anexo IV de la LCSP/2017, que son los mismos que los del anexo XIV de la dicha Directiva 2014/24/UE).

Y en un contexto casi permanente de crisis económica como el que vivimos desde la crisis financiera de 2008, muchas Administraciones han apostado por potenciar la externalización de los “servicios a las personas” (art. 11.6 LCSP/2017) y también de los “servicios a la ciudadanía” (cuya diferencia, en términos jurídicos, se aprecia en el artículo 312 de la LCSP/2017, que se refiere a contratos de gestión de servicios públicos, pero sin transferencia del riesgo operacional, como es la limpieza viaria o el alumbrado público). Dicha



externalización o gestión indirecta (que es lo que supone toda acción concertada social) es una opción posible, pero no es una opción política libérrima, como ha declarado la jurisprudencia que, a este respecto, veremos en este trabajo. Ciertamente, se trata de una de las opciones a adoptar por la Administración en uso del principio de autonomía consagrado en el art. 137 de la Constitución. Ahora bien, dicha opción requiere valorar las circunstancias y características del supuesto concreto.

En definitiva, partiremos visualmente de este esquema. Los servicios a las personas (ya sean estos servicios educativos, sanitarios o servicios sociales) pueden prestarse, según las respectivas normativas de las CCAA bien mediante gestión directa, bien mediante gestión indirecta. Esta última, a su vez, puede ser: (i) tanto "gestión contractual" (a través de los contratos de servicios o de concesión de servicios que tipifica la LCSP/2017); (ii) como "gestión concertada" (mediante cualquiera de las fórmulas de concierto social o acción concertada que prevé la correspondiente normativa autonómica). Esta gestión concertada fue inicialmente concebida por los legisladores autonómicos como excluida de la aplicación de la LCSP/2017, pero la reciente jurisprudencia que analizaremos en este trabajo ha impuesto unos requisitos muy estrictos para dicha exclusión; siendo, por tanto, la regla general que la gestión concertada será contractual.

1. Reflexiones acerca del marco normativo comunitario y nacional.



De los considerandos 4, 6 y 114 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, se deduce la libertad de los Estados miembros para la gestión de los servicios sociales de forma directa o indirecta, pero sin que esto implique de forma obligatoria acudir a la contratación pública. Este elenco de posibilidades ha sido recogido por el legislador español en los términos que explicamos a continuación.

Para situar la cuestión, conviene acudir de forma directa a los preceptos que en nuestro ordenamiento estatal (y, por tanto, de carácter básico) contemplan esta posibilidad. La LCSP/2017 dedica dos preceptos específicos a esta posibilidad, en concreto: su artículo 11 apartado 6 (artículo 11 titulado "otros negocios o contratos excluidos), y su D.A. 49ª (titulada "legislación de las Comunidades Autónomas relativa a instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social).

El citado artículo 11.6 de la LCSP/2017 excluye de la ley de contratos públicos "la prestación de servicios sociales por entidades privadas", cuando se cumplan dos requisitos, a saber:

(i) "que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación"; y

(ii) que dicha prestación de servicios sociales "se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o



autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas”.

Por su parte, la D.A. 49ª de la LCSP/2017 confirma el carácter básico que tiene el anterior artículo 11.6 LCSP/2017, al establecer que lo previsto en la LCSP/2017 “no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social”.

Con estos dos bueyes habremos de arar, pues no contiene más regulación al respecto la legislación estatal, otorgándole así una enorme capacidad a la normativa autonómica para la configuración de esos instrumentos de gestión de los servicios a las personas. Estamos así ante un instrumento organizativo de *gestión indirecta*, como bien lo configuran algunas normativas autonómicas, entre otras, la extremeña. En este sentido, el artículo 1.3 de la LCSEX 13/2018 dispone que “además del régimen de *gestión indirecta* mediante la modalidad de concertación previsto en esta ley, las Administraciones públicas podrán gestionar los servicios referidos a través de cualquiera de las siguientes fórmulas: a) Gestión directa o a través de medios propios. b) Gestión indirecta a través de las modalidades de contratación previstas en la normativa sobre contratos del sector público”.

Así, volviendo al precepto estatal de carácter básico, las normas autonómicas que articulen los instrumentos de gestión concertada deben tener



presente los límites previstos en el artículo 11.6 LCSP/2017. Dichos dos límites son los siguientes.

Por una parte, (i) la prestación de servicios sociales por entidades privadas debe garantizar, sea cual sea el sistema de concertación elegido, tanto una publicidad suficiente como el cumplimiento de los principios de transparencia y no discriminación. La concreción de la publicidad en la normativa de las CCAA debe permitir que potencialmente todos los operadores que reúnan los requisitos puedan acceder a las convocatorias que se produzcan. Si el valor estimado de la acción concertada supera los 750.000 euros, además, deberá publicarse un anuncio en el DOUE, como mandata el artículo 75 de la Directiva 2014/24/UE.

Asimismo, (ii) debe tenerse en cuenta que dicha prestación de servicios sociales por entidades privadas se puede realizar: (a) a través de la "simple financiación" de dichos servicios, que se articula normalmente a través de subvenciones; o (b) a través de la concesión de licencias o autorizaciones, entre otros medios.

(a) En cuanto a la posibilidad de prestar los servicios sociales mediante la "simple financiación" de los mismos, es ésta una opción organizativa que puede adoptar variados nombres (concierto social, acción concertada, etc.) a tenor de la diversidad de la normativa autonómica, pero será únicamente la ausencia de onerosidad la que, en su caso, legitime la exclusión de la LCSP/2017. Así, será condición necesaria la ausencia de ánimo de lucro (es decir, que esa financiación de los



conciertos se limite a los costes efectivos, sin añadir el beneficio industrial) para que estemos ante una gestión concertada excluida de la aplicación de la LCSP/2017.

(b) Y con respecto a la “concesión de licencias o autorizaciones”, debemos destacar el necesario otorgamiento de las mismas a “todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas”. Esto encaja con los denominados contratos *open house*, considerados compatibles con el Derecho comunitario por las sentencias de 2 de junio de 2016 (caso *Dr. Falk Pharma*, asunto C-410/14) y de 1 de marzo de 2018 (caso *Tirkkonen*, asunto C-9/17). De esta forma, la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas implica que todas las entidades que se ajusten a los requisitos previstos en las bases (“pliegos”) de las Administraciones convocantes podrán prestar dichos servicios sociales: tanto en el ejercicio de su libertad de empresa (sin financiación pública); como cumpliendo las condiciones específicas que se determinen normativamente, para el caso en que soliciten el ejercicio de esos servicios con financiación pública, mediante conciertos sociales.

Sin perjuicio de ello, y al amparo de la previsión del artículo 11.6 LCSP/2017 con respecto a la fórmula de financiación de la acción concertada, no es incompatible que concurren entidades con ánimo de lucro (tal y como sucede en algunas normativas autonómicas, como la del País Vasco), pero dichas entidades mercantiles deben asumir que no obtendrán beneficio (industrial) en los



concretos servicios que sean objeto de un concierto social.

Existe una excepción a esta “no obtención de beneficio industrial” en los conciertos sociales, como explica el F.J. 5 de la sentencia del TSJ del P. Vasco de 3 de julio de 2024, cuando declara que “... sin cuestionar la opción preferente o discriminación positiva para que el servicio se preste por entidades sin ánimo de lucro, estableciéndose prioridad de éstas sobre las entidades mercantiles con ánimo de lucro en caso de igualdad de condiciones de calidad en la prestación de los servicios y establecimientos, lo que debemos tener presente es que una vez efectuado el concierto con una entidad con ánimo de lucro (cuestión que sí permite el Decreto 168/2023, que regula el régimen de concierto social en el Sistema Vasco de Servicios Sociales), bien por no quedar garantizados esas condiciones con una entidad sin ese ánimo o bien por no existir la misma, en esos casos el servicio prestado por la entidad con ánimo de lucro sí puede tener beneficios”. Es decir, cuando sea una entidad mercantil la que preste el servicio (por no quedar garantizados esas condiciones con una entidad sin ese ánimo o por no existir la misma), dicha mercantil no debe necesariamente limitarse al reembolso de los costes soportados para prestar servicios contratados o concertados.

Continúa el F.J. 5 de la citada sentencia afirmando que:

<<Sobre este particular, el reconocimiento de una discriminación positiva para que el servicio se preste por



entidades sin ánimo de lucro en caso de igualdad de condiciones de calidad en la prestación de los servicios y establecimientos, así como en favor de aquellas entidades que acrediten la efectiva aplicación, a lo largo de su trayectoria, de una serie de características, es del todo punto lógico. Pero, en la misma medida en que se prioriza por esas entidades sin ánimo de lucro para satisfacer de los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación que rigen el sistema de S. Sociales, en congruencia con el modelo constitucional y comunitario, si se opta por una entidad con ánimo de lucro, habrán de aplicarse todas las consecuencias que se derivan de la propia naturaleza de las obligaciones contraídas con entidades con ánimo de lucro. Y esas consecuencias no son otra que el régimen de economía de mercado reconocido por el artículo 38 de la Constitución Española, cuando afirma que "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad...">.

Finalizaremos este epígrafe señalando que las CCAA de Aragón, Asturias, Canarias, Comunidad Valenciana, Extremadura, Navarra y La Rioja reservan a las entidades sin ánimo de lucro el uso de sus respectivos instrumentos de actuación concertada, en una opción normativa que ha sido validada por la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 14 de julio de 2022, caso *ASADE 1*, que más adelante veremos). No obstante, también en uso de su legítima capacidad normativa y de organización de los servicios públicos, el resto de las CCAA han otorgado preferencia (ipero no exclusividad!) a las entidades sin ánimo de lucro en el uso de los conciertos sociales.

2. Reflexiones acerca del nuevo marco normativo autonómico, tras las precisiones de la STJUE de 14 de julio de 2022.



Tal y como lo habían regulado hasta 2022 las normativas autonómicas, la acción concertada o concierto social no era sino un contrato público, como afirmaron tanto el TJUE en sus resoluciones *ASADE 1* y *ASADE 2* (de 14 de julio de 2022 y de 31 de marzo de 2023), como los tribunales nacionales. En otras, la sentencia del TSJ de Aragón 414/2022, de 5 de diciembre, declaró (sic) “que, tratándose de un *contrato oneroso*, según se ha expuesto, es preciso la justificación de la opción por la acción concertada”.

Comenzaremos por el principio. ASADE es el acrónimo de la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio. Y tras la acción de la ASADE, el TSJ de la C. Valenciana planteó el 30 de julio de 2020 cuestiones prejudiciales en el marco de un recurso contra el Decreto del Consell 181/2017, regulador de la acción concertada para la prestación de servicios sociales por entidades de iniciativa social en el ámbito de la Comunidad Valenciana. Las cuestiones fueron resueltas por la STJUE de 14 de julio de 2022 (asunto C-436/20, caso *ASADE 1*), que determinó la estimación parcial del recurso contencioso por la STSJ de la C. Valenciana 339/2023, de 29 de junio. De forma paralela, el TSJ de Aragón planteó también similares cuestiones prejudiciales dentro del recurso indirecto contra el Decreto del Gobierno de Aragón 62/2017, sobre acuerdos de acción concertada de servicios sanitarios. Las cuestiones pendientes tras la sentencia anterior fueron resueltas por Auto del TJUE de 31 de marzo de 2023 (asunto C-676/20, caso *ASADE 2*), que determinó



asimismo la estimación parcial del recurso contencioso interpuesto por la entidad privada ASADE, mediante la STSJ de Aragón 65/2024, de 12 de febrero.

Por tanto, la doctrina fijada por el TJUE (sentencia *ASADE 1* y auto *ASADE 2*) ha desplazado, respectivamente, la normativa valenciana y la aragonesa, por la aplicación directa de las Directivas comunitarias de contratos públicos. En este sentido, la STJUE de 14 julio 2022 (*ASADE 1*) recuerda que el concepto de contrato público es un concepto del Derecho de la Unión, por lo que la calificación otorgada en el Derecho español a los acuerdos de acción concertada “carece de pertinencia” (apartado 55). En concreto, la sentencia aclara que la calificación de tales acuerdos, en la legislación autonómica controvertida, como “instrumentos organizativos de naturaleza no contractual”, no basta para excluirlos del ámbito de aplicación Directiva 2014/24/UE (apartado 56). El TJUE delimita el alcance de los servicios objeto del contrato, que son “actividades de carácter económico”, susceptibles de ser ejercidas por una entidad sin ánimo de lucro, siempre que los servicios se presten a cambio de una retribución (apartado 62). El carácter oneroso del contrato no queda excluido por “el solo hecho de que la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio” (apartado 67). Todo lo cual lleva a considerar que la normativa controvertida en el litigio “parece regular, al menos parcialmente, la adjudicación de contratos públicos sujetos a la Directiva 2014/24/UE” (apartado 71).

En definitiva, tal y como aclara el informe de la JCCA de Aragón 3/2025, de 30 de abril, la sentencia



ASADE atrae al concepto de contrato público determinados instrumentos de prestación de servicios sociales para los que las normativas autonómicas (como la de Aragón, Extremadura o la C. Valenciana, etc.) tendían a excluir la aplicación de la legislación de contratos públicos. Las Comunidades Autónomas tienen dos opciones: o bien habrán de depurar los instrumentos no contractuales, en términos mucho más rigurosos, o bien habrán recurrir a técnicas contractuales, entre las que se encuentran los contratos reservados de las disposiciones adicionales 4ª y 48ª de la LCSP/2017.

En nuestra opinión, coincidente con la del legislador andaluz, el concierto social debería regularse como *contrato administrativo especial* (de servicios), que se regula por sus normas administrativas especiales (que se dictan por las CCAA, como Administraciones competentes, según la D.A. 49ª de la LCSP/2017); contrato administrativo especial que se sujeta únicamente a los principios de la LCSP/2017 para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse, como contratos excluidos que son los conciertos sociales, según el artículo 11.6 LCSP/2017. Esta tesis del concierto social como contrato administrativo especial la explica, con detalle, el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 58/2018, de 7 de febrero. Dicho dictamen informa que la configuración del concierto social como contrato administrativo especial permite la aplicación supletoria de la legislación de contratos públicos para colmar las numerosas lagunas de su régimen jurídico. En este sentido, el artículo 1.2 del Decreto 57/2020, que regula el concierto social para la prestación de la



Atención Infantil Temprana en Andalucía, dispone que este concierto social es un contrato (administrativo) especial de servicios, que constituye "la forma más idónea para satisfacer los intereses generales y los de los colectivos destinatarios de los servicios prestados" (preámbulo del citado Decreto 57/2020).

En esencia, con esta acción concertada estamos ante una colaboración público-privada, que se desarrolla principalmente con las entidades del tercer sector de acción social (definidas en el artículo 2 de la Ley estatal 43/2015, del Tercer Sector de Acción Social, así como en las respectivas leyes autonómicas en materia de asistencia social, como la Ley 10/2018, del Tercer Sector Social de Extremadura, entre otras). Este modelo colaborativo tiene una importante implantación social en toda España, con contrastados resultados económicos (pues, hasta tiempos recientes, era un modelo principalmente de iniciativa e impulso privado, sin ayudas públicas).

En desarrollo de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública (considerando 114 y artículos 74 a 77), prácticamente todos los parlamentos autonómicos, aunque con distintos modelos y matices, han intentado paliar la mercantilización de los servicios públicos de carácter social, tratando de evitar negocios lucrativos, con una evidente intención de huir del derecho de la contratación pública. En este sentido, CARRODEGUAS MÉNDEZ¹ considera que "el modelo, en no pocas

¹ En este sentido, CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., "Reflexión crítica sobre el «outsourcing» de los servicios sociales dirigidos



ocasiones, ha girado alrededor de la precarización de los servicios sociales; disminuyendo notablemente su calidad, con la consiguiente reducción y empeoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores y de las prestaciones dispensadas. En ocasiones... el afán de lucro de las mercantiles encargadas de la gestión de estos servicios sociales ha podido conducir al deterioro, degradación y empeoramiento de las condiciones de vida de sus usuarios; reabriéndose con fuerza el candente debate sobre la oportunidad de la externalización de los servicios públicos de nuestra Administración”.

De esta forma, y dada la irrelevancia del *nomen iuris* que ha utilizado cada CCAA, esta figura (validada, aunque con limitaciones, por la STJUE de 14 de julio de 2022) es denominada principalmente de dos formas: acción concertada o concierto social. Así, se conoce como *acción concertada* por la normativa aragonesa, valenciana y asturiana. Y se conoce como *concierto social* por la normativa de Andalucía, Extremadura, Canarias, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Murcia, Cataluña y País Vasco. *Cantabria* es la única CCAA que, a día de hoy, no ha dictado normativa sobre esta acción concertada para la prestación de servicios sociales. Pero, en definitiva, estamos ante la misma figura. La definición que en derecho positivo da la ley extremeña es bastante completa, y la idea es la misma para todas las CCAA. Así, según el art. 2 de la LCSEX 13/2018, “el *concierto social* constituye el instrumento de *gestión indirecta* a través

a nuestros mayores en tiempos de COVID”, *Revista El Consultor de los Ayuntamientos* (2020).



del cual los servicios sociales de atención social especializada, sanitarios y socio-sanitarios de responsabilidad pública dirigidos a la atención directa a las personas cuya financiación, acceso y control corresponde a las Administraciones públicas en el territorio extremeño, pueden organizarse en régimen de homologación y autorización para la consecución de objetivos sociales de interés público”.

Como ya hemos apuntado, en España, la norma pionera fue la aragonesa (la valenciana y la extremeña y casi todas las demás seguían en la práctica su misma sistemática) y ha servido de inspiración a otras CCAA para articular el procedimiento alternativo a la aplicación de la LCSP/2017. La tan recitada STJUE de 14 de julio de 2022, relativa a la normativa autonómica española de desarrollo de la D.A. 49ª de la LCSP/2017, considera que no se vulnera ni la libertad de establecimiento ni la libre prestación de servicios (arts. 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la UE) mediante una normativa y sus actos de aplicación posterior, siempre que, como señala el TJUE, “la prestación de servicios contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria”. En este sentido, dicha sentencia *ASADE 1* llegó a estas dos conclusiones:

1) Los arts. 76 y 77 de la Directiva 2014/24/UE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, previo examen competitivo de sus ofertas, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, aunque dichas



entidades no cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo 77, siempre y cuando: (i) por una parte, el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esas entidades contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan esa normativa y, por otra parte, (ii) se respete el principio de transparencia y publicidad, tal como se precisa, en particular, en el artículo 75 de la mencionada Directiva.

2) El art. 76 de la Directiva 2014/24/UE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional según la cual, en el marco de la adjudicación de un contrato público de servicios sociales contemplados en el anexo XIV de dicha Directiva (que son los mismos que los del anexo IV de la LCSP/2017), la implantación del operador económico *en la localidad* (arraigo territorial discriminatorio) en la que deben prestarse los servicios constituye un criterio de selección de los operadores económicos, previo al examen de sus ofertas.

En relación a esta segunda cuestión prejudicial, el TJUE exige que ese criterio de implantación sea compatible con el principio de igualdad de trato de los operadores económicos; de manera que la exigencia a los licitadores de que estén implantados, desde el momento de la presentación de sus ofertas, en el territorio de la localidad donde vayan a prestarse los servicios sociales, es una exigencia manifiestamente desproporcionada con respecto a la consecución de tal



objetivo (véase, en este sentido, la STJUE de 27 de octubre de 2005, caso *Contse* y otros, asunto C-234/03). En efecto, aun suponiendo que la implantación del operador económico en el territorio de la localidad sea necesaria para garantizar la proximidad y la accesibilidad de esos servicios, tal objetivo podría alcanzarse de manera igualmente eficaz obligando a dicho operador económico a cumplir este requisito únicamente en la fase de ejecución (no de adjudicación) del contrato de que se trate, mediante un criterio especial de ejecución (y no mediante un criterio de adjudicación).

II. NATURALEZA, ORGANIZACIÓN Y LÍMITES DE LA ACCIÓN CONCERTADA.

1. Naturaleza jurídica de los conciertos sociales en las recientes sentencias de los tribunales españoles.

Para los tribunales jurisdiccionales españoles (entre otras, ha habido sentencias de los TSJ del País Vasco, Aragón, C. Valenciana o Castilla-La Mancha, como veremos), no hay duda de la *genérica naturaleza contractual de los conciertos sociales* sometidos a su enjuiciamiento.

Debemos partir de un régimen comunitario aplicable a todos los supuestos que potencialmente puedan calificarse como contratos públicos de servicios. Ello se debe a que según el artículo 4.d) de la Directiva 2014/24/UE, sus normas se aplican a todos los contratos públicos de servicios para las personas enumerados en el anexo XIV cuando superen el umbral de 750.000 euros. Además, la jurisprudencia reiterada del TJUE (que



analizaremos) establece la sujeción de los contratos de los poderes adjudicadores, cualquiera que sea su importe, a los principios de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad, y a la obligación de transparencia que de ellos se deriva, siempre que presenten un interés transfronterizo.

La LCSP/2017 transpuso la Directiva 2014/24/UE, estableciendo así un régimen particular para la adjudicación de determinados contratos de servicios sociales y sanitarios a las personas.

El artículo 11.6 LCSP/2017 excluye “la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos”, de manera que el supuesto queda condicionado por el requisito de que no proceda un contrato público de servicios, en consonancia con lo trazado por la jurisprudencia comunitaria respecto del concepto de “contrato público” (entre otras, sentencias del TJUE de 2 de junio de 2016, caso *Dr. Falk Pharma*; y de 18 de octubre de 2018, caso *Ospedale dell’Angelo di Mestre*, etc.).

La jurisprudencia del TJUE ha condicionado la jurisprudencia territorial nacional. Así, tras la sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022 (caso *ASADE 1*) y el auto del TJUE de 31 de marzo de 2023 (caso *ASADE 2*) ha quedado ya claro que la denominada acción concertada únicamente tiene naturaleza jurídica no contractual (esto es, excluida de la aplicación de las directivas comunitarias de contratos públicos) si se cumplen unos



requisitos muy determinados. Estos condicionantes o requisitos habían sido obviados por la normativa autonómica (aragonesa, extremeña, valenciana o vasca, entre otras), con grave vulneración del derecho de la Unión Europea, hasta el dictado de la jurisprudencia comunitaria (y la doctrina nacional de tribunales administrativos y jurisdiccionales que ha derivado de la misma), que en este artículo analizaremos.

Por tanto, los servicios a las personas a través de los conciertos sociales pueden estar excluidos de la aplicación directa de la LCSP/2017. No obstante, ello no supone: (i) ni que sea libre la opción de la Administración para gestionar sus servicios sociales mediante acción concertada; (ii) ni que puedan adjudicarse dichos conciertos sociales directamente, salvo emergencia; (iii) ni que no requieran publicidad comunitaria cuando, como es habitual en la Administración autonómica, su valor estimado supere el umbral de los 750.000 euros.

Esta genérica naturaleza contractual de la acción concertada (expulsando así la naturaleza jurídica de “instrumentos no contractuales” de los conciertos sociales) se ha declarado por la STSJ de la C. Valenciana de 29 de junio de 2023 (F.J. 11) o en la STSJ de Aragón de 12 de febrero de 2024, donde se constata el desplazamiento que hace el derecho comunitario de la regulación autonómica que concibe la acción concertada como un “falso *tertium genus*” en la gestión de servicios (F.J. 5).

En definitiva, como afirma el F.J. 2 de la sentencia del TSJ de Aragón 162/2024, de 17 de abril:



<<La acción concertada es una forma de gestión de servicios prevista en la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, y que se regula en Aragón por la Ley 11/2016, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario.../...

Sin perjuicio de ello, hay que decir una cosa. Y es que, como el presente contrato (para la prestación del servicio de teleasistencia en Comarca de La Jacetania) es por una cantidad que no alcanza el umbral de 750.000 euros, no le sería directamente aplicable la Directiva mencionada ni las resoluciones del TJUE; si bien en la medida en que son interpretaciones que inspiran nuestro derecho patrio, hasta el punto de que han sido, la directiva y las resoluciones del TJUE que se van dictando, inspiradoras de nuestras normas, son plenamente aplicables para interpretar éstas, aun aplicadas a un contrato que no supera el umbral>>.

A) La punta de lanza: la jurisprudencia ASADE y la acción concertada como contrato administrativo especial.

La sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022 (ASADE 1) parte de esta idea-fuerza: para el legislador europeo, el régimen jurídico de la contratación de los servicios sociales es un régimen excepcional al régimen general de contratación pública, según se deduce de los arts. 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

Asimismo, es necesario tener en cuenta las siguientes precisiones de dicha sentencia ASADE 1 (apartados 56, 62 y 63):

<<56. La precisión que figura en el artículo 62.1 de la Ley valenciana, según la cual tales acuerdos constituyen



“instrumentos organizativos de naturaleza no contractual”, no basta para que queden fuera del ámbito de aplicación Directiva 2014/24/UE.

62. La circunstancia de que el contrato se celebre con una *entidad sin ánimo de lucro* no excluye que dicha entidad pueda ejercer una actividad económica, en el sentido de la Directiva 2014/24/UE, de modo que *tal circunstancia carece de pertinencia* a efectos de la aplicación de las normas del *derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos* (véanse, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2014, caso *Such*, asunto C-574/12, apartado 33).

63. Asimismo, pueden considerarse *actividades económicas* los servicios prestados a cambio de una retribución que, sin corresponder al ejercicio de prerrogativas del poder público, se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que actúan con ese ánimo (véase, por analogía, la sentencia de 6 de septiembre de 2011, caso *Scattolon*, C-108/10, apartado 44 y jurisprudencia citada)>>.

Así, la normativa valenciana (Decreto 181/2017, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la C. Valenciana por entidades de iniciativa social) enjuiciada en la sentencia del TJUE no esconde su firme intención de favorecer a las entidades de iniciativa social, frente a las de iniciativa mercantil, para la prestación de servicios sociales, pretendiendo incluso reservarles en exclusiva la gestión indirecta de tales servicios. Y, para ello, ha regulado un instrumento de colaboración público-privada, los denominados acuerdos de acción concertada. Pero debemos preguntarnos cuál es la verdadera naturaleza jurídica de tales acuerdos de acción concertada, pues en realidad no suponen una *actividad de fomento* de la Administración pública, sino una *actividad prestacional*, en la medida en que a través



de dichos contratos o conciertos sociales las Administraciones públicas valencianas prestan servicios públicos de su competencia. Y ello, como sabemos, es bien distinto del *fomento* de iniciativas privadas de interés general.

La normativa valenciana (así como la extremeña y la aragonesa, entre otras muchas) reserva a las entidades sin ánimo de lucro el uso de sus respectivos instrumentos de actuación concertada, a los que califican como modalidades no contractuales. Sin embargo, como acertadamente expone la profesora DARNACULLETA GARDELLA², “en esta aventura colectiva, los legisladores *autonómicos no han tomado en consideración que*, a los efectos de la aplicación de las directivas europeas de contratos públicos, *la caracterización de un instrumento jurídico como contrato público o como modalidad no contractual no depende de su nomenclatura o definición a nivel interno, sino de su adecuación al concepto manejado por el derecho de la Unión*”.

En este sentido, la sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022 declara que:

<<al ser el concepto de ‘contrato público’ un concepto de derecho de la Unión, *la calificación que el derecho español da a los acuerdos de acción concertada carece de pertinencia*. En este punto, además de la condición

² DARNACULLETA GARDELLA, M. «Las nuevas modalidades de gestión de los servicios a las personas en la legislación autonómica de servicios sociales: especial referencia a la acción concertada», *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 62, marzo de 2021, págs. 37-52.



respectiva de poder adjudicador y de sujeto económico de las partes, del objeto del negocio y de su carácter oneroso, debe tenerse en cuenta que el concepto de contrato público desde la perspectiva de la Unión Europea está estrechamente vinculado a la elección de una oferta, basada en criterios de adjudicación, que implica la competencia entre operadores. En sentido opuesto, lo determinante del régimen no contractual es que todos los operadores puedan concurrir en condiciones de transparencia (publicidad) e igualdad de trato y, además, que la admisión o selección se base en la apreciación de la aptitud de los operadores y no en criterios de adjudicación.

Es decir, las modalidades no incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de contratos son aquellas basadas en "procedimientos mediante los cuales *el poder adjudicador renuncia a comparar y clasificar ofertas admisibles* y designar el operador o los operadores a los que otorga la exclusividad del contrato">>.

Por consiguiente, y dado que la normativa valenciana sobre acción concertada prevé mecanismos de selección entre los hipotéticos prestadores de servicios, es evidente que dicha norma autonómica no puede calificar como de "no contractual" un negocio jurídico entre la Administración titular del servicio público y la entidad prestadora del mismo que, de acuerdo con la citada sentencia *ASADE 1*, sí tiene la naturaleza jurídica de contrato público. Basta con acudir al artículo 2, apartado 1.5. de la Directiva 2014/24/UE, para comprobar la *vis atractiva* de la noción europea de contrato público; pues dicha directiva define como contratos públicos a "los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o *la prestación de servicios*" (servicios sociales a las



personas, en el caso enjuiciado). Así, la enorme amplitud del concepto europeo de contrato público atrae al campo de la contratación pública (regulada por Directivas comunitarias a partir de los umbrales previstos en el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE) cuestiones que, en la tradición jurídica española se entienden como propias de la potestad de auto-organización.

En la normativa andaluza, la idea de la acción concertada como contrato público (contrato administrativo especial de los previstos en el artículo 25.1, letra b, de la LCSP/2017, según define el artículo 1.2 del Decreto 41/2018, que regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales en Andalucía) es también compartida por el profesor PIZARRO NEVADO³, al establecer que “la diferenciación del concierto social no es razón para negar que es un auténtico contrato público, porque estamos ante un negocio jurídico mediante el que la Administración asume determinados compromisos, fundamentalmente la asignación de fondos públicos para el sostenimiento de los centros concertados, mientras que las entidades prestadoras se comprometen a proveer determinadas prestaciones (servicios sociales, en este caso) a los usuarios. *Esta estructura sinalagmática es la propia de un contrato*”.

³ PIZARRO NEVADO, R. «El concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 14, octubre de 2020, págs. 88-103.



La consecuencia de todo ello es clara: toda acción concertada (terminología valenciano-aragonesa) o concierto social (terminología extremeño-andaluza), que seleccione ofertas y cuyo valor estimado plurianual supere el umbral comunitario de los 750.000 euros, será un contrato de servicios (sociales, en este caso) sujeto a regulación armonizada, salvo que se cumplan los requisitos ya vistos del artículo 11.6 LCSP/2017, a saber: (i) "que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación"; y (ii) que dicha prestación de servicios sociales se realice a través de "la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas".

Si no se cumplen dichos requisitos (como sucede, por ejemplo, en la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 144/2025, de 31 de enero), los acuerdos de acción concertada deberán seguir el régimen jurídico marcado por la LCSP/2017 para los contratos de servicios. Así, en la citada resolución del TACRC 144/2025, en la que más adelante nos detendremos, se estima el recurso especial en materia de contratación (REMC) contra la convocatoria mediante concierto social, por la Junta de Castilla-La Mancha, de la "gestión del servicio de acogimiento residencial de menores". Y dicho REMC contra el gobierno manchego se estimó pues no se cumplía el requisito (para calificar dicho negocio jurídico como acción concertada no contractual) de no establecer criterios para la selección de ofertas. Por ello, tal servicio a las personas debió licitarse como un contrato público



de servicios y no como un concierto social excluido de la aplicación de la LCSP/2017.

De esta forma, y con independencia del *nomen iuris* que se le quiera dar por la normativa autonómica a los acuerdos de acción concertada (*nomen iuris* que, insistimos, es irrelevante si no se cumplen los requisitos previstos por el artículo 11.6 LCSP/2017), dichos acuerdos son contratos de servicios (atípicos, con un régimen particular distinto al contrato de servicios del art. 17 LCSP/2017) a los efectos de la normativa comunitaria. Por tanto, a estos contratos especiales (cuando superen los 750.000 euros, según la sentencia *ASADE 1*), les será de aplicación la normativa europea de contratación pública en todo lo relativo a la selección de contratistas y adjudicación de contratos, sin perjuicio de que dicha normativa comunitaria permita la reserva de dichos contratos a entidades sin ánimo de lucro (con exclusión de las entidades mercantiles), en los términos previstos tanto en la citada sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022 (*ASADE 1*), como en el auto del TJUE de 31 de marzo de 2023 (*ASADE 2*). Este último fallo también declara que es posible dicha reserva (sic) “con observancia de los principios de publicidad, de competencia y de transparencia... principio de transparencia, tal como se precisa, en particular, en el art. 75 de la mencionada Directiva 2014/24/UE”.

De esta forma, la polémica doctrinal sobre la atribución de carácter contractual a la acción concertada ya ha sido despejada por las decisiones *ASADE 1* (sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022) y *ASADE 2*



(auto del TJUE de 31 de marzo de 2023). Y es que el Tribunal de Justicia ha concluido que en la normativa enjuiciada sobre acción concertada (tanto la valenciana como la aragonesa) se daban los rasgos esenciales del concepto europeo de contrato público (especialmente en lo relativo a la selección del operador económico), confirmando así la aplicabilidad de la Directiva 2014/24/UE cuando se supere el umbral de los 750.000 euros (previsto en el artículo 4, letra d, de la citada Directiva) en los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en su anexo XIV. Insistimos, por su importancia, este anexo XIV de la Directiva recoge los mismos servicios que el anexo IV de nuestra LCSP/2017.

Las anteriores reflexiones no se basan únicamente en la jurisprudencia *ASADE*, sino también en las sentencias del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (C-111/13, *Spezzino*) y de 28 de enero de 2016 (C-50/14, caso *CASTA*, que es el acrónimo de *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio*) constataron que tales prestaciones de servicios especiales o atípicos caen bajo el concepto europeo de contrato público. Por todo ello, lo previsto en la D.A. 49ª de la LCSP/2017 (y, en su desarrollo, la normativa autonómica sobre conciertos sociales que califican dicha acción concertada como “no contractual”) no tendrá ninguna eficacia por sí misma, pues habrá de estarse al contenido concreto de la regulación autonómica correspondiente, que debe cumplir los tan citados requisitos de: (i) que dicho sistema normativo autonómico “garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”; y (ii) que la prestación de servicios sociales que configure la normativa autonómica se



realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de “la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas”.

En definitiva, como ha señalado citado dictamen 58/2018, del Consejo Consultivo de Andalucía, “la configuración del concierto social como contrato administrativo especial permite la aplicación supletoria de la legislación de contratos del sector público para colmar las numerosas lagunas de su régimen jurídico, que también son habituales en la normativa de otras Comunidades Autónomas que optaron por su configuración como un instrumento no contractual y en la que no resulta tan clara esa solución. En particular, habrá que prestar atención a las reglas del contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, regulado en el art. 312 de la LCSP/2017”.

B) Los requisitos que los tribunales administrativos exigen para la aplicación de la vía “no contractual” del artículo 11.6 LCSP/2017.

La citada resolución del TARC 144/2025 afirma que la transposición de las directivas comunitarias que realiza el legislador español (interpretada a la luz de éstas y de la jurisprudencia *ASADE*) permite establecer estas tres importantes consideraciones:

1) En primer lugar, la prestación de determinados servicios a las personas, como los servicios sociales,



puede realizarse siguiendo el marco establecido por la D.A. 48ª de la LCSP/2017, que regula contratos públicos de servicios, pero con reserva a determinadas organizaciones. Cómo ha de aplicarse dicho precepto viene en él delimitada; que fija cuáles pueden ser los servicios sociales objeto de reserva por referencia al CPV, así como los requisitos a reunir por las organizaciones seleccionadas, la duración del acuerdo y la publicidad del anuncio.

2) En segundo lugar, debemos tener en cuenta que en el Derecho español, la prestación de servicios sociales fuera de lo previsto en la citada D.A. 48ª (y en la vía residual del artículo 11.6, junto con la D.A. 49ª de la LCSP/2017) no ha definido un procedimiento de contratación simplificada para los servicios sociales. Sin embargo, esta posibilidad (de contratación simplificada) sí está expresamente prevista para los contratos con valor estimado superior a los 750.000 euros en los arts. 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE.

Sin embargo, la opción del legislador español se ha limitado a concretar una serie de especialidades para la contratación de estos servicios sociales, especialidades que se encuentran dispersas a lo largo de todo el articulado de la LCSP/2017, en concreto: (i) Su duración superior, artículo 29.4 LCSP/2017. (ii) La dispensa de prestación de garantía en determinados supuestos, artículo 107.1 LCSP/2017. (iii) La obligación de utilizar varios criterios de adjudicación, artículo 145.3.g) LCSP/2017. (iv) La causa específica para aplicar el procedimiento negociado, artículo 167.f) LCSP/2017. (v) La obligación de prestar el servicio con las características propias de los servicios públicos, art.



312 LCSP/2017. (vi) Y la posibilidad de aplicar criterios de adjudicación específicos y deber de garantía de prestación, D.A. 47ª de la LCSP/2017.

3) En tercer y último lugar, debemos señalar que la prestación de servicios sociales también puede realizarse sin necesidad de una previa licitación sujeta a las normas de contratación pública, siempre y cuando se cumpla alguna de las dos posibilidades ("simple financiación" o "concesión de licencias") dispuestas en el artículo 11.6 de la LCSP/2017. Este último precepto transpone al derecho español la tantas veces citada Directiva 2014/24/UE, reproduciendo literalmente el último párrafo de su considerando 114. Así, legislación básica estatal y derecho comunitario coinciden miméticamente, de forma que las CCAA deben respetarlo en su desarrollo normativo, sin que la "habilitación aparente" de la D.A. 49ª de la LCSP/2017 permita nada más que precisamente eso: su desarrollo con pleno respeto al derecho comunitario y a su interpretación por el TJUE en las resoluciones *ASADE 1* y *ASADE 2*.

Teniendo en cuenta lo anterior (esto es, lo dispuesto en el artículo 11.6 LCSP/2017 y la doctrina *ASADE* comentada), los tribunales administrativos de recursos contractuales (entre otros, el TACRC en la citada resolución 144/2025; o el TACPA, en su resolución 122/2025, de 15 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón) han fijado estos *cinco requisitos para la aplicación de la vía que mantiene abierta el citado artículo 11.6 LCSP/2017*:



1.- La legislación de las CCAA ha de producirse dentro de su ámbito competencial.

2.- La articulación de instrumentos no contractuales ha de desarrollarse mediante la aprobación de la normativa correspondiente, normalmente norma con rango de ley y desarrollo reglamentario.

3.- Las condiciones deben previamente haber sido delimitadas por el poder adjudicador.

4.- El sistema debe garantizar una publicidad suficiente y el respeto a los principios de transparencia y no discriminación.

5.- Inexistencia de límites ni cuotas, es decir, admisión de todos aquellos que cumplan los requisitos previamente fijados. En particular, ausencia de selección de ofertas. Ésta es una de las claves de todo concierto social-acción concertada, pues únicamente cabe una preselección de entidades por definición de requisitos de participación y, a partir de ahí, deben aceptarse a todas las entidades que los cumplan, sin ulterior selección de oferta. De esta forma, según se deduce de los considerandos 4 y 114 de la Directiva 2014/24/UE, cuando un poder adjudicador renuncia a comparar y clasificar las ofertas admisibles y procede a designar a uno o varios prestadores, dichos negocios jurídicos no están comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas de contratación, como explica la sentencia *Tirkkonen*, de 1 de julio de 2018 (asunto C-9/17).

Así, como explica la citada RTACRC 144/2025, "el cumplimiento estricto de los requisitos indicados



conduce a considerar que nos encontramos en el ámbito de un acuerdo no contractual, una acción concertada o de contratos *open house*, que algún autor ha calificado con cierto ingenio como la *aldea gala* que aún resiste a la expansión del derecho europeo de contratos públicos...”

a) Supuestos de inadmisión de recursos especiales (por encontrarnos, *de iure*, ante conciertos sociales).

El análisis “in extenso” de los citados cinco requisitos excede del ámbito de este trabajo. No obstante, para una ejemplificación de los mismos, pueden leerse, entre otras, las siguientes resoluciones de los tribunales de recursos contractuales, considerando especialmente ilustrativas las del tribunal aragonés (TACPA) y el central estatal (TACRC).

Previamente, debemos señalar que las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales que en este trabajo citamos fiscalizan, en esencia, el procedimiento de selección puesto en marcha por el poder adjudicador correspondiente, para concluir si nos encontramos o no ante una “acción concertada no contractual” *de iure* (esto es, una acción concertada conforme a derecho, por cumplir los cinco requisitos expuestos):

- En caso afirmativo, la actuación impugnada no es susceptible de recurso especial ante los tribunales administrativos de contratos públicos, por falta del presupuesto para ello



exigido por el art. 44 de la LCSP/2017, en particular, por no tratarse de un contrato susceptible de recurso especial, procediendo así su inadmisión, tal y como prevé el artículo 55, letra c), de la LCSP/2017.

- En caso contrario, el recurso especial sí se admite a trámite y, en su caso, se estima.

Dicho lo cual, podemos citar, entre otras, las recientes resoluciones de los tribunales administrativos españoles de contratos públicos:

- Acuerdo del TACPA 122/2025, de 15 de diciembre, que desestima el recurso especial en materia de contratación contra la convocatoria de una acción concertada del Gobierno de Aragón para servicio de plazas de atención a discapacitados, mayores dependientes y personas en riesgo de exclusión social, por un valor estimado de nada más y nada menos que 197 millones de euros.

- Resolución del TACRC 144/2025, de 31 de enero, que estima el recurso especial interpuesto contra el concierto social publicado por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, para "la gestión del servicio de acogimiento residencial de menores y para la ejecución de las medidas judiciales de convivencia en grupo educativo", anulando la convocatoria y los pliegos controvertidos.

- Resolución del TACRC 214/2025, de 20 de febrero, que inadmite el recurso especial frente a la convocatoria, por la CCAA de las Islas Baleares, de una "acción concertada para el servicio de ayuda a domicilio



para personas dependientes en la Mancomunidad Pla de Mallorca con entidades de iniciativa social que tengan acreditado el servicio de ayuda a domicilio”.

- Resolución del TACRC 1549/2025, de 30 de octubre, que inadmite el recurso especial frente a la convocatoria, por la CCAA de la Región de Murcia, de un “concierto social que determina la oferta inicial de horas del servicio de ayuda a domicilio para personas dependientes a concertar durante 2025 e inicia el procedimiento para su asignación”.

- Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Galicia 107/2024, de 19 de julio, que estima los recursos contra la convocatoria de un concierto social (para la llevanza de un Centro de Atención a la Discapacidad) convocado por la Xunta de Galicia, puesto que limitó la concurrencia pública, al priorizar a las entidades sin ánimo de lucro, en detrimento del resto de entidades, simplemente por su forma jurídica.

- Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP) 149/2025, de 2 de abril, que estima el recurso especial interpuesto por la *ASADE* contra las bases reguladoras de la provisión del servicio de atención domiciliaria (S.A.D.) mediante gestión delegada, en convocatoria realizada por el Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès.

En definitiva, podemos afirmar que si se cumplen los cinco requisitos expuestos (derivados de la



jurisprudencia *ASADE*), ciertos servicios sobre las personas se consideran excluidos de la aplicación directa de la LCSP/2017. En este sentido, recomendamos también la lectura de la resolución del TACRC 796/2019, de 11 de julio, que inadmite el recurso especial contra las "bases reguladoras del acuerdo de acción concertada para el centro de personas discapacitadas en situación de dependencia", convocado por el Ayuntamiento de Sueca (Valencia). En este recurso, la Asociación Empresarial de Residencias y Servicios a Personas Dependientes (AERTE) de la C. Valenciana impugnó las citadas bases reguladoras, denunciando que las mismas infringen el artículo 11.6 LCSP/2017, por prever la participación únicamente de las entidades privadas de iniciativa social que cumplan una serie de requisitos previstos en la convocatoria, con discriminación de las demás entidades privadas con finalidad lucrativa. Pues bien, el art. 11.6 LCSP/2017 es claro al excluir de su ámbito de aplicación la prestación de determinados servicios sociales cuando se cumplan una serie de requisitos que (en el caso de las bases reguladoras de la acción concertada citada) sí se cumplieran en el caso concreto, a juicio del TACRC. En consecuencia, se procedió a devolver el recurso interpuesto al órgano de contratación (Ayuntamiento de Sueca) para su tramitación como recurso administrativo ordinario (recurso de reposición), y no como recurso especial en materia de contratación, al amparo del artículo 115.2 de la Ley 39/2015 (según el cual, "el error o la ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter").



2. No es libérrima la elección de la acción concertada como forma de gestión de los servicios sociales.

El artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), exige el cumplimiento del principio de eficiencia y la exigencia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera para celebrar cualquier tipo de contrato, convenio o concierto administrativo por una Administración pública.

Es más, en el ámbito de la Administración local, la forma de prestación del servicio (por mandato expreso del artículo 85 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, LRBRL) debe ser “la más sostenible y eficiente posible” entre la gestión directa o indirecta, ya sea dicha gestión indirecta contractual o no (concierto social que será extracontractual únicamente cuando se cumplan los explicados requisitos del artículo 11.6 LCSP/2017).

Todo ello supone que la potestad de autoorganización de las Administraciones públicas en general, y las Entidades locales en particular, para prestar sus servicios (art. 4.1.a) LRBRL), está altamente condicionada. Por eso, se ha de motivar adecuadamente la elección de la forma de gestión de un servicio en términos de eficiencia y sostenibilidad, mediante una memoria elaborada al efecto analizando (de forma comparativa, las diferentes opciones, ex art. 85.2 LRBRL), la necesidad de celebrar un contrato (o, en su



caso, un concierto social) y el tipo de contrato o concierto adecuado al servicio de que se trate.

Es decir, estamos ante una decisión que debe adoptarse, por el órgano administrativo competente, de forma motivada y sobre la base de la eficiencia y la sostenibilidad (en los términos del artículo 7.3 LOEPSF), como didácticamente aclara la sentencia del TSJ de Aragón 414/2022, de 5 de diciembre (recurso 100/2021). En concreto, en esta última sentencia, el TSJ de Aragón confirmó en apelación la anulación del decreto del Ayuntamiento de Calamocha (Teruel) que convocó un procedimiento para la explotación de la residencia municipal de mayores, conforme a la forma de gestión prevista por la Ley aragonesa 11/2016, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario. La anulación del decreto municipal se debió: (i) a que no constaba en el expediente administrativo el preceptivo (artículo 5.2 de la citada Ley 11/2016) informe justificativo del uso de la acción concertada, que declare la insuficiencia de medios o la idoneidad de esta forma de gestión (indirecta, como veremos más adelante), y (ii) a que la memoria económica era insuficiente.

Así, esta contundente sentencia del TSJ de Aragón (recurso 100/2021) declara en su F.J. 1 lo siguiente:

<<...Que, tratándose de un contrato oneroso, según se ha expuesto, es preciso la justificación de la opción por la acción concertada... por exigencia legal expresa de los arts. 4 y 5 de la Ley 11/2016, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, valoración que no existe en este caso... En definitiva, no ha sido justificada la conveniencia de prestar el servicio de residencia mediante acuerdo de acción



concertada...

Pues bien, la sentencia de instancia no puede ser más clara en su razonamiento y conclusión. Ante la obligación establecida en la norma de que debe existir una justificación para acudir a este procedimiento de acción concertada, ni en el expediente ni en el decreto municipal recurrido, existe el más mínimo atisbo de esta justificación. La memoria económica no es la justificación que precisa este procedimiento para garantizar el cumplimiento de la norma. Al menos, la mera memoria económica. Los datos de actividad económica pueden servir para ello, pero es preciso que se detallen las circunstancias que hagan necesario acudir a la acción concertada y si no hay expresión escrita de ello, difícilmente podemos entender que se ha cumplido lo establecido en el artículo 3.2 de la Ley 11/2016. El cumplimiento de esta justificación no es baladí, ni desde luego se puede dar por sobreentendido, como parece darse a entender en el recurso de apelación. Sin esta justificación expresada en un informe o en la orden de la convocatoria, no podemos conocer los motivos o circunstancias que han llevado a la corporación a tomar esta decisión. Esta justificación no puede ser la mera carencia de medios propios. Si acaso esto justificaría que no se puede prestar el servicio por los medios propios, pero no se justifica la posibilidad de gestión indirecta que igualmente prevé la norma. Pero, reiteramos, sería necesario conocer las circunstancias que han llevado a que la corporación elija la acción concertada y eso no se puede presuponer, ni subsanar en fase judicial>>.

A) Especial referencia a las sentencias del TSJ de Aragón de 5 de diciembre de 2022, y de 19 de febrero y 17 de abril de 2024.

Ya hemos apuntado la necesidad de motivar la opción por la acción concertada (STSJ de Aragón de 5 de diciembre de 2022). La STSJ de Aragón 64/2024, de 19



de febrero, reiteró la anterior doctrina, por falta de justificación adecuada (para acudir a un acuerdo de acción concertada de atención a enfermos mentales, convocado por el Gobierno de Aragón) y por vulneración de los principios de publicidad y transparencia en los términos exigidos por el Auto del TJUE de 31 de marzo de 2023 (*ASADE 2*), tras cuestión prejudicial planteada por el propio tribunal jurisdiccional aragonés.

Poco después, el TSJ de Aragón fue más allá, en su sentencia 162/2024, de 17 de abril, que anuló las bases de acuerdo directo ("adjudicación directa a la Cruz Roja Española) del servicio de teleasistencia de la Comarca de Jacetania. Los motivos de anulación esta vez no fueron únicamente la falta de motivación de la opción por la acción concertada, sino también la falta de justificación de la eficiencia presupuestaria. El F.J. 4 de esta sentencia es ilustrativo:

<<... No es que sea necesario que se haga un detalladísimo estudio, lo cual también dependerá del alcance y cuantía del contrato, pero lo menos que se puede exigir es hacer referencia al coste que se calcula que tendrá, lo cual puede desprenderse del presupuesto previsto y del pago previsto y, sobre todo, al coste que tendría en caso contrario, así como al hecho de que el servicio pueda prestarse en las mismas condiciones de calidad, por lo menos, que si se presta por empresas con ánimo de lucro. No hay ninguna referencia al coste en el mercado, en el que la competencia a menudo hace que los precios se ajusten y en que, por dicha competencia, las empresas con ánimo de lucro, incluso contando con el beneficio, pueden llegar a ofrecer mejores precios que entidades sin ánimo de lucro, pero que por ello mismo pueden ser más ineficientes. Pensemos en las enormes diferencias de costes entre las televisiones públicas y las privadas, por ejemplo, donde las televisiones públicas, que no luchan por el beneficio, son muchísimo menos eficientes que las televisiones privadas.../...



Obviamente, ello requiere una adecuada justificación que no se satisface con la mera descripción de las normas y de la posibilidad legal de seguir este sistema o con la afirmación voluntarista de la conveniencia de esa opción sin mayor explicación. Por tanto, debe desestimarse el recurso en lo relativo a la falta de justificación de la opción por la acción concertada>>.

Como dice el aforismo económico, "lo que no son cuentas... ison cuentos!"

3. El ánimo de lucro en las entidades prestadoras de servicios.

La STJUE de 21 de marzo de 2019 (asunto C-465/17, caso *Falck Rettungsdienste GmbH*) define así el concepto de entidades sin ánimo de lucro:

<<59. Constituyen *organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro*, en el sentido del art. 10, letra h), de la Directiva 2014/24/UE, las organizaciones o asociaciones que tienen como objetivo desempeñar funciones sociales, carecen de finalidad comercial y reinvierten los eventuales beneficios con el fin de alcanzar el objetivo de la organización o asociación>>.

Es importante destacar que, afirma DARNACULLETA GARDELLA⁴, "las diferencias más notables entre las diversas leyes autonómicas de servicios sociales tienen que ver con los sujetos que pueden suscribir los conciertos sociales o acuerdos de acción concertada, en función del tratamiento que se da

⁴ DARNACULLETA GARDELLA, "Las nuevas modalidades de gestión (...)", *op. cit.*, págs. 37-52.



en cada caso a las entidades privadas sin ánimo de lucro”.

De esta forma, y como ejemplo de la reserva a entidades sin ánimo de lucro en la utilización de los conciertos sociales, el artículo 2.a) de la Ley del Principado de Asturias 3/2019, de 15 de marzo, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social, define los acuerdos de acción concertada como “aquellos instrumentos organizativos de naturaleza no contractual *suscritos con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro*, a través de los cuales se podrá realizar la prestación de servicios sociales”.

En el mismo sentido, el artículo 5 de la Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en cuanto a los requisitos exigibles a las entidades gestoras de los servicios concertados, establece que:

(a) Con carácter general, “podrán suscribir acuerdos de acción concertada las *entidades del Tercer Sector de Acción Social* que presten los servicios objeto del concierto y lo soliciten expresamente en los plazos y la forma que se determinen”.

(b) Excepcionalmente, y para los procedimientos de acción concertada de servicios declarados de interés económico general (S.I.E.G.), “podrán suscribir conciertos *todas las personas físicas o jurídicas de carácter privado, con o sin ánimo de lucro*, sea cual sea la forma jurídica que adopten, que presten los servicios



objeto del concierto y lo soliciten expresamente en los plazos y la forma que se determinen”.

Por su parte, otras CCAA (por ejemplo, Cataluña, País Vasco, Galicia, Madrid, Murcia, Castilla y León o Andalucía) admiten la utilización de estos instrumentos de acción concertada tanto para entidades (mercantiles) con ánimo de lucro, como para entidades (del tercer sector) sin ánimo de lucro, aunque establecen medidas de discriminación positiva en favor de las entidades sin ánimo de lucro.

En este sentido, y como ejemplo de la admisión tanto de entidades con ánimo de lucro (o sin él) para la concertación social, el artículo 5.1 del Decreto 69/2020, de acreditación, concierto social y gestión delegada en la Red de Servicios Sociales de Atención Pública de Cataluña, prevé que pueden ser proveedoras de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública “las *entidades de servicios sociales privadas* legalmente constituidas... que estén previamente acreditadas”. Sin perjuicio de ello, también la normativa catalana establece medidas de discriminación positiva a favor de las entidades sin ánimo de lucro, pues el artículo 14 (relativo a los criterios de asignación de los servicios objeto de concierto social) del citado del Decreto 69/2020 dispone, en su apartado 4, que “en condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social análogas, las entidades sin ánimo de lucro tendrán prioridad”.

Más claro aún, en este sentido, es la CCAA de Andalucía, cuando en el artículo 15.1 del citado Decreto



41/2018, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales, establece los criterios de preferencia en la adjudicación de conciertos sociales (que tienen naturaleza de contratos administrativos especiales, de los previstos en el artículo 25.1, letra b, de la LCSP/2017), estableciendo que “para la adjudicación *se dará prioridad*, cuando las ofertas presentadas tengan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social *a las entidades de la iniciativa social*, incluyendo a las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro”. Continúa el precepto estableciendo prelación, puesto que “en defecto de las anteriores, *tendrán preferencia*, por este orden, *las entidades de la economía social*, las cooperativas y las PYMES. Y en análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, y en ausencia de las anteriores, las Administraciones públicas podrán contratar con el resto de entidades privadas con ánimo de lucro”.

En resumen, la acción concertada puede ser (en caso de cumplirse los cinco requisitos que la RTACRC 144/2025 extrae de la jurisprudencia *ASADE*) un sistema excluido de la LCSP/2017 para adquirir o financiar servicios sociales mediante un procedimiento en el que únicamente se admiten entidades sin ánimo de lucro, las cuales sólo perciben el reembolso de los costes.

B) El carácter oneroso (o no) de la prestación.

Como venimos ya apuntando, la onerosidad (o no) de la actividad prestacional viene determinada por lo que al respecto determine la respectiva normativa



autonómica. El carácter oneroso es uno de los elementos estructurales de todo contrato público, según el párrafo 2º del artículo 2.1 de la LCSP/2017, a cuyo tenor: "Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta".

Dada la voluntad de los legisladores autonómicos de excluir la aplicación de la legislación de contratos públicos (ejecutando así la posibilidad conferida a las CCAA por la D.A. 49ª de la LCSP/2017), podemos afirmar que ni los acuerdos de acción concertada ni los conciertos sociales autonómicos tienen carácter oneroso, por regla general.

Esta misma idea se transmite, con claridad meridiana, en el informe de la JCCA del País Vasco 3/2020, de 13 de marzo (sobre el proyecto de Decreto que regula el régimen del concierto social y los convenios en el sistema vasco de servicios sociales, pág. 6): ⁵

<<...En este sentido, de conformidad con la doctrina del TJUE, la sustitución del régimen de contratación pública en el ámbito de los servicios sociales por el régimen de conciertos tiene sentido cuando concurren circunstancias

⁵ Informe de la JCCA del País Vasco nº 3/2020, descargable en este enlace:

https://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/kpecpe_jasesora_informes_pleno/es_def/adjuntos/Informe-3_2020-DECR-CONCIERTO-SOCIAL-Y-CONVENIOS.pdf
(último acceso: 22 de febrero de 2026).



objetivas que justifiquen la sustitución de la regla general de adjudicación de un contrato público, regida por los principios de publicidad, transparencia y no discriminación, por la excepción cuyos principios rectores son el de universalidad y solidaridad.../... Por dicho motivo, solo cabe entender la colaboración de entidades privadas con las Administraciones Públicas para la prestación de servicios sociales mediante fórmulas no contractuales, si la gestión se realiza de forma solidaria, es decir, sin ánimo de lucro, de manera que la financiación de los conciertos solo comprenda los costes variables, fijos y permanentes sin incluir el beneficio industrial. Solamente garantizándose que sólo se les financian los costes variables, fijos y permanentes de las prestaciones, preservando la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora, pero sin incluir beneficio industrial, o tratándose de una entidad sin ánimo de lucro como tal>>.

En esta misma línea insiste el informe anual del Defensor del Pueblo, 2017, (solicitudes de recursos ante el TC, pág. 58, sobre la Ley de la Generalitat Valenciana 7/2017, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario), cuando rechaza la solicitud y afirma que: ⁶

<<...Esta ley da cabida a la prestación de servicios a las personas mediante la acción concertada de la Administración con entidades sin ánimo de lucro; no planteando duda alguna desde el punto de vista del operador económico ya que se entiende que, si este operador aspira legítimamente a obtener un beneficio empresarial, como consecuencia de su relación con la Administración, ésta solo podrá hacerlo en el marco de un proceso de contratación pública>>.

⁶ Informe anual del Defensor del Pueblo 2017, descargable en este enlace:

<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2018/05/E-5-Solicitudes-de-recurso.pdf> (último acceso: 22 de febrero de 2026).



En este sentido, la financiación pública de los instrumentos de acción concertada debe cubrir únicamente los gastos de funcionamiento del servicio, sin incluir el beneficio industrial, sin perjuicio del importante matiz introducido por la STSJ del País Vasco de 3 de julio de 2024, que ya hemos apuntado en el epígrafe I.1 de este trabajo, y que desarrollaremos con mayor profundidad en el próximo epígrafe, el II.3.B).

De esta forma, por ejemplo, el artículo 29 de la norma asturiana (Ley 3/2019, de 15 de marzo. Asimismo, el artículo 10.2 de la LCSEX 13/2018, que también dispone que la financiación de los conciertos sociales en Extremadura debe destinarse a "la cobertura de los gastos asociados a los servicios y prestaciones concertados, retribuyéndose los costes totales, que incluirán los costes variables, fijos y permanentes asociados a los mismos, debiendo, en todo caso, garantizarse el sostenimiento de los servicios y cubrir los costes salariales y de seguridad social en los términos previstos en el convenio sectorial aplicable".

Como decimos, la financiación de los conciertos sociales debe cubrir únicamente (en el caso de que el servicio se preste por entidades sin ánimo de lucro) los gastos de funcionamiento del servicio, de acuerdo con los costes de referencia, los precios o las tarifas establecidas en cada CCAA. Por ejemplo, el artículo 11 de la Ley 7/2017, de 30 de abril, de la Generalitat Valenciana, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario, determina que "la Administración debe tramitar



mensualmente la orden de pago de los precios por servicio que se hayan establecido, de acuerdo con las tarifas establecidas para la acción concertada, tras la presentación de una factura mensual por parte de las entidades por los servicios prestados”, debiendo la entidad privada presentar la factura correspondiente “junto con la relación de personas atendidas”, pero deduciendo de la factura las cuotas abonadas directamente por las personas atendidas, pues ambos conceptos de gasto constituyen una “contraprestación por los servicios sanitarios concertados”.

Por esta razón, y como prevé el artículo 22.3 del decreto catalán de conciertos sociales (Decreto 69/2020, de 14 de julio), “mientras preste efectivamente el servicio social y disponga de la debida acreditación, la Administración competente debe abonar a la entidad proveedora de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública *el precio del concierto social* o de la gestión delegada en los términos que establezca la convocatoria pública de provisión correspondiente”.

Por tanto, la regla es la ausencia de onerosidad de la acción concertada autonómica, garantizando así que las entidades privadas sin ánimo de lucro no obtengan, en ningún, caso un beneficio con su actividad. No obstante, las entidades mercantiles (o con ánimo de lucro) sí pueden obtener beneficio cuando presten conciertos sociales, pero únicamente en el caso de que los mismos no puedan prestarse por entidades sin ánimo de lucro, como ha precisado el F.J. quinto, *in fine*, de la sentencia del TSJ del País Vasco de 3 de julio de 2024 (recurso 33/2024).



Asimismo, y con respecto a la onerosidad de la acción concertada, debemos destacar lo explicado por la citada STSJ de la C. Valenciana de 29 de junio de 2023, cuyo F.J. cuarto declaró que:

<<CUARTO. A la luz de jurisprudencia del TJUE, como se afirma en la sentencia de 19 de diciembre de 2012, caso *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* (asunto C-159/11), el concepto de contrato oneroso comprende también los contratos para los que la retribución pactada se limita al reembolso de los costes soportados para prestar el servicio objeto del contrato, criterio recogido igualmente en la STJUE de 13 de junio de 2013, caso *Piepenbrock*.

Es así que este Tribunal Superior de Justicia duda de que el objeto y régimen de la acción concertada en la prestación de toda suerte de servicios de carácter social a las personas (regulación contenida en los artículos 44 bis.1.c), 53, 56.2 y en el título VI de la Ley 5/1997, de 25 de junio, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana), sean conformes con el derecho de la Unión Europea; y no solo con los preceptos apuntados en la demanda, sino de otros conexos. Concretamente se nos presentan dudas acerca de la correcta interpretación de los artículos 49 y 56 del TFUE, como de los artículos 76 y 77 (en relación con el 74 y el anexo XIV) de la Directiva 2014/24/UE. Y duda al propio tiempo si son conformes con el art. 15 de la Directiva 123/2006/UE, relativa a los servicios en el mercado interior; de ahí que también se requiera la interpretación del mismo con carácter prejudicial>>.

Así, podemos afirmar que, según la citada STJUE de 14 de julio de 2022 (*ASADE 1*), en la normativa valenciana enjuiciada, cuando superen el umbral de 750.000 euros de valor estimado, *los conciertos sociales son contratos públicos sujetos a la Directiva 2014/24/UE* (iaunque no a la LCSP/2017!), porque se cumplen las



notas típicas de esta figura, en especial la onerosidad, entendida como intercambio de prestaciones entre las partes (precio por servicios). Así, según el apartado 67 de la citada sentencia *ASADE 1*:

<<67. *El carácter oneroso de un contrato público supone que cada una de las partes se obliga a realizar una prestación en contrapartida de otra prestación, sin excluir, no obstante, que la contrapartida del poder adjudicador consista únicamente en el reembolso de los gastos soportados por prestar el servicio pactado (véase, en este sentido, la sentencia de 10 septiembre 2020, Tax-Fin-Lex, C 367/19, apartados 25 y 26). Por tanto, un contrato no puede quedar excluido del concepto de "contrato público de servicios" por el solo hecho de que, como parece ocurrir en el caso de autos, la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio (sentencia de 28 enero 2016, caso CASTA, asunto C-50/14, apartado 52)>>.*

Consecuente con su jurisprudencia anterior, la citada sentencia *ASADE 1* considera que, una vez cumplidas dichas notas típicas, es irrelevante el nombre o la calificación que la legislación nacional le dé a la figura correspondiente (en este caso, la normativa valenciana habla expresamente de naturaleza "no contractual"). También es irrelevante que el prestador del servicio sea una entidad sin ánimo de lucro, que la finalidad del contrato sea social o que el precio sea un reembolso de los costes sin beneficio mercantil alguno, pues cuando cumplen las notas típicas una *relación sinalagmática*, en especial la onerosidad, entendida como intercambio de prestaciones entre las partes (precio por servicios), *estamos ante un contrato público*.

Por último, continuando con este asunto de la "ausencia de onerosidad" en la acción concertada, debemos señalar que el artículo 22 del Decreto



181/2017, de 17 de noviembre, que desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la C. Valenciana por entidades de iniciativa social, regula la financiación de la acción concertada, estableciendo en su apartado 1 que será cada convocatoria particular la que “fijará los importes de los módulos económicos correspondientes a cada prestación susceptible de acción concertada”.

Hasta ahí, correcto. No obstante, el apartado 2 del citado precepto establece que “las tarifas máximas o módulos económicos retribuirán como máximo los costes variables, fijos y permanentes de las prestaciones garantizando la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora, sin incluir beneficio industrial”.

Pues bien, esta garantía de la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora del servicio ha sido anulada por la sentencia del TSJ de la C. Valenciana 339/2023, de 29 de junio, cuyo F. J. undécimo motiva y razona el por qué el fallo de la sentencia declara contrario a derecho (en el Decreto impugnado) el inciso “garantizando la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora”, del citado artículo 22.

B) Especial referencia a la sentencia del TSJ del P. Vasco de 3 de julio de 2024.

En esta sentencia, el TSJ dio la razón al demandante (la Confederación Empresarial Vasca, CONFEBASK), estimando su recurso y anulando los artículos 9.3 y 15.a) del Decreto 168/2023, de 7 de



noviembre, que regula el régimen de concierto social y los convenios en el Sistema Vasco de Servicios Sociales.

La anulación de esos preceptos reglamentarios se debe a que es contraria a derecho la prohibición de que las entidades participantes puedan tener beneficio industrial en la gestión por la iniciativa privada de los conciertos sociales suscritos con las Administraciones vascas (locales y autonómica). En este sentido, declara la sentencia, una vez efectuado el concierto con una entidad que sí tenga ánimo de lucro (bien por no quedar garantizadas las condiciones con una entidad sin ese ánimo o bien por no existir la misma), el servicio prestado no puede limitarse al reembolso de los costes soportados para prestar los servicios contratados o concertados, tal y como preveían los anulados preceptos del Decreto 168/2023. Ello se debe a que, reconocida la libertad de empresa por la propia Constitución Española (art. 38), ésta debe poder ejercerse con ánimo de lucro y los poderes públicos deben “proteger su ejercicio y la defensa de la productividad” (art. 38 CE). Además, la sentencia se fundamenta también en la falta de habilitación legal para que un reglamento (el Decreto 168/2023 impugnado) suprima el beneficio económico, pues implica una vulneración del principio de jerarquía normativa, ya que la Ley 12/2008, de Servicios Sociales del País Vasco, no regula dicha exclusión del beneficio industrial a los prestadores de servicios sociales.

4. La adjudicación directa “excepcional” en la normativa autonómica de conciertos sociales.

Como ya hemos apuntado, los conciertos sociales (al igual que sucede con los contratos públicos) deben



garantizar el principio de igualdad de trato y no discriminación, tal y como prevé el considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE. Sin perjuicio de ello, las convocatorias de conciertos sociales pueden estar reservadas a entidades sin ánimo de lucro cuando se cumplan los requisitos previstos por los artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE. Asimismo, y en determinadas circunstancias (sentencias del TJUE, caso *Spezzino* y caso *CASTA*), puede haber una adjudicación directa a entidades de voluntariado.

Derivado de esta jurisprudencia comunitaria, la normativa autonómica previa a la STJUE de 14 de julio de 2022 también había previsto la adjudicación de conciertos sociales (o acuerdos de acción concertada), bien directamente o bien mediante convocatorias públicas, que “*deberían*” ser la regla general (artículo 6.1 de la LCSEX 13/2018). No obstante, ese “*deberían*” queda en una cándida obligación cuando se establecen supuestos tan amplios de adjudicación directa como los previstos en el artículo 8 de la Ley 13/2018, de Conciertos Sociales de Extremadura (LCSEX 13/2018). Por si fueran pocos los supuestos que ha previsto el citado artículo 8 de la LCSEX 13/2018, los mismos se han relajado aún más en la práctica, gracias al artículo 14 del Decreto 122/2022, de 28 de septiembre, que desarrolla la Ley 13/2018, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en el ámbito social, sanitario y socio-sanitario en Extremadura.

De esta forma, y puesto que la publicidad es obligada (sentencia *ASADE 1*) si constatamos el DOE



(Diario Oficial de Extremadura, para la acción concertada que no supere el umbral de los 750.000 euros), veremos muy pocos procedimientos de licencias o autorizaciones a todos los aspirantes que cumplan los requisitos de la convocatoria pública para realizar conciertos sociales en las Administraciones públicas extremeñas (ni autonómica ni locales). Sin embargo, lo que sí veremos es que se ha producido una gran proliferación de conciertos sociales de adjudicación directa.

Y para muestra un botón: en el DOE de 8 de noviembre de 2022 se publica la Resolución del SEPAD (Servicio Extremeño de Promoción de la Autonomía y Atención a la Dependencia) de 31 de octubre de 2022, del procedimiento de *concertación directa* para la prestación del servicio de centro ocupacional incluido en el Marco de Atención a la Discapacidad en Extremadura, de conformidad con lo establecido en el Decreto 122/2022, por el que se desarrolla la LCSE 13/2018. La anterior es, nada más y nada menos, que una adjudicación directa para un concierto social con un valor estimado (anualidades 2022 y 2023) de más de 13 millones de euros, ¡casi nada!

Sin embargo, a nuestro juicio, esto que acabamos de describir sólo es posible si la adjudicación no es (en genérico) a entidades sin ánimo de lucro, sino únicamente si lo es a favor de entidades de voluntariado. Así, las sentencias del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-111/13, caso *Spezzino*) y de 28 de enero de 2016 (asunto C-50/14, caso *CASTA*) constataron que tales prestaciones de servicios especiales (recogidos, hoy día, en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE, relativo precisamente a los servicios sociales y otros



servicios especiales) caían, ciertamente, bajo el concepto europeo de contrato público. No obstante, el TJUE consideró en esas sentencias que era posible *la adjudicación directa de estos servicios a organizaciones de voluntariado* (es decir, compuestas por voluntarios no empleados laborales, al contrario de lo que sucede en la mayoría de los casos con otro tipo de entidades de ánimo de lucro, que prestan sus servicios no a través de voluntarios, sino a través de personal sujeto a una relación laboral, con el consiguiente incremento del coste económico), pero únicamente porque respondía a los principios de solidaridad y eficiencia presupuestaria (los voluntarios “no cobran un sueldo”). En esa medida, y dada además su limitada dimensión transfronteriza, en aquellas sentencias sí se justificaba la adjudicación directa y la excepción del principio de igualdad y no discriminación respecto de los demás operadores económicos que podrían prestar esos servicios (apartado 57 de la sentencia *Spezzino* y apartado 61 de la sentencia *CASTA*).

Sin embargo, estos requisitos no se producen en los enjuiciamientos que de la normativa valenciana y aragonesa hacen, respectivamente, la sentencia de 14 de julio de 2022 (*ASADE 1*) y el auto de 31 de marzo de 2023 (*ASADE 2*). Esto se aprecia claramente en los apartados 53 a 54 del citado auto del TJUE de 31 de marzo de 2023 (C-676/20), referidos al objetivo de eficiencia presupuestaria, a cuyo tenor:

<<53. De ello se deduce que el principio de igualdad de trato de los operadores económicos, tal como se consagra actualmente en el art. 76 de la Directiva 2014/24/UE, autoriza a los Estados miembros a reservar el derecho a



participar en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos de servicios de salud y de servicios sociales, enumerados en el anexo XIV de esta Directiva, a las entidades privadas sin ánimo de lucro, incluidas las que no son estrictamente entidades de voluntariado, siempre que, por una parte, los eventuales beneficios que se deriven de la ejecución de dichos contratos sean reinvertidos por dichas entidades con el fin de alcanzar el objetivo social de interés general que persiguen y, por otra parte, se cumplan todos los requisitos recordados en los apartados 50 y 51 del presente auto (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 2022, en su apartado 95).

54. En cambio, el art. 76 Directiva 2014/24/UE se opone a que tales contratos públicos puedan adjudicarse directamente, sin un proceso competitivo, a una entidad sin ánimo de lucro que no sea una entidad de voluntariado. En efecto, este precepto exige que, antes de proceder a tal adjudicación, el poder adjudicador compare y clasifique las ofertas respectivas de las diferentes entidades sin ánimo de lucro que hayan manifestado su interés, teniendo en cuenta, en particular, el precio de esas ofertas, aun cuando dicho precio esté limitado a la cobertura de los costes de prestación del servicio (véase la sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022, apartado 96 y jurisprudencia citada)>>.

En el mismo sentido, es rotunda la STJUE de 14 de julio de 2022 (ASADE 1) al establecer en su apartado 68 que:

<<68. Como queda confirmado por el considerando 4 y el considerando 114, último párrafo, de la Directiva 2014/24/UE, los procedimientos mediante los cuales el poder adjudicador renuncia a comparar y clasificar las ofertas admisibles y a designar el operador o los operadores a los que se otorga la exclusividad del contrato no están comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de junio de 2016, *Falk Pharma*, C-410/14, apartados 37 a 42, y sentencia de 1 de marzo de 2018, *Tirkkonen*, C-9/17, apartados 29 a 35)>>.



Por tanto, y al contrario de lo que pretende el legislador extremeño (artículo 9 de la LCSEX 13/2018, que permite la adjudicación directa a entidades sin ánimo de lucro en un gran número de supuestos), sí se podrá concertar, efectivamente; pero mediante una convocatoria pública, con igualdad de trato y no discriminación, y no mediante una acción concertada directa, como pretende también numerosa normativa de otras CCAA para supuestos “excepcionales”.

Por ello, el “contrato menor” (o técnica de adjudicación directa) en la acción concertada será contrario a la normativa comunitaria si el valor estimado del contrato (o concierto social) supera los 750.000 euros, salvo que se contrate con una entidad de voluntariado que, insistimos, jurídicamente es un concepto mucho menos amplio que una entidad sin ánimo de lucro. El voluntariado implica inexistencia de beneficio a favor de quienes realizan el servicio, que lo hacen altruistamente, y esto excluye la existencia misma de una relación laboral o patrimonial entre el voluntario y la organización (respondiendo, por tanto, a los principios de solidaridad y eficiencia exigidos por la sentencia *ASADE 1*). Sin embargo, y como explica el profesor CASTILLO ABELLA⁷, “una asociación española

⁷ CASTILLO ABELLA, J., “Las decisiones ASADE del TJUE como punto de inflexión en la prestación de servicios sociales en España: cuando la acción concertada (casi siempre) es un contrato público”, publicado el 10 de mayo de 2023 en: www.idluam.org/blog/las-decisiones-asade-del-tjue-como-



que preste servicios sociales normalmente lo hará a través de sus propios empleados" (personal laboral que cobra un salario y, por tanto, no trabaja de forma altruista). Por ello, *la "ecuación autonómica"* (de comunidades como la valenciana, la aragonesa o la extremeña) de *equiparar a entidades sin ánimo de lucro y a organizaciones de voluntariado* (a favor de las cuales sí era admisible la reserva y adjudicación directa, según las sentencias *Spezzino* y *CASTA*) *no es correcta*, a la luz de la STJUE de 14 de julio de 2022 (*ASADE 1*).

Es cierto que los artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE permiten un régimen excepcional para la adjudicación de la prestación por operadores jurídicos de determinados servicios sociales públicos a determinadas organizaciones (en España, las que cumplan los requisitos previstos por el apartado 2 de la D.A. 48ª de la LCSP/2017). Así, la citada doctrina *ASADE* del TJUE permite la reserva (ique no adjudicación directa!) a entidades sin ánimo de lucro que cumplan ciertos requisitos. Sin embargo, en muchas CCAA se están adjudicando directamente acuerdos de acción concertada "no contractuales" que superan los 750.000 euros de valor estimado y que, por tanto, violan la normativa comunitaria. En este sentido, el apartado 96 de la STJUE de 14 de julio de 2022 (*ASADE 1*) dispone:

<<96. El art. 76 de la Directiva 2014/24/UE se opone, en cambio, a que tales contratos públicos puedan adjudicarse directamente, sin un proceso competitivo, a una entidad sin ánimo de lucro que no sea una entidad de voluntariado (véase, a este último respecto, la sentencia de 28 de enero

[punto-de-inflexion-en-la-prestacion-de-servicios-sociales-en-espana-cuando-la-accion-concertada-casi-siempre-es-un-contrato-publico/](#) (último acceso: 22 de febrero de 2026)



de 2016, CASTA y otros, C 50/14, apartado 70). Por el contrario, este artículo exige que, antes de proceder a tal adjudicación, el poder adjudicador compare y clasifique las ofertas respectivas de las diferentes entidades sin ánimo de lucro que hayan manifestado su interés, teniendo en cuenta, en particular, el precio de esas ofertas, aun cuando dicho precio esté constituido, como en el caso de autos, por el total de los costes cuyo reembolso deberá garantizar el poder adjudicador>>.

III. EL CONTROL DE LA ACCIÓN CONCERTADA POR LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS Y JURISDICCIONALES.

Aunque la acción concertada es una forma de gestión indirecta de servicios públicos, su elección tiene una serie de límites. Se encuentra sujeta, como ya hemos apuntado anteriormente, a estos condicionantes:

(i) La opción por esta vía debe estar motivada y justificada. En el ámbito local, el artículo 85.2 LRBRL exige que la forma de gestión elegida sea "la más sostenible y eficiente posible", requiriéndose una memoria comparativa al respecto (STSJ de Aragón de 5 de diciembre de 2022).

(ii) En los casos en que haya reserva a entidades sin ánimo de lucro, la jurisprudencia comunitaria (casos *ASADE 1 y 2*) admite que las CCAA puedan reservar la participación en estos procedimientos a entidades privadas sin ánimo de lucro, excluyendo a las entidades mercantiles con ánimo de lucro. Pero esta reserva está condicionada a que el marco en el que actúan estas entidades contribuya efectivamente a una finalidad



social (más los citados objetivos de sostenibilidad y eficiencia presupuestaria) y a que se respeten los principios de transparencia, publicidad y no discriminación en el procedimiento de selección. Por ello, *esta posibilidad de reserva no debe confundirse con la adjudicación directa.*

(iii) La financiación pública de los conciertos sociales debe limitarse a cubrir los costes efectivos de la prestación, garantizando la sostenibilidad del servicio, pero excluyendo expresamente el beneficio industrial cuando la acción se preste por entidades sin ánimo de lucro. Esta delimitación es esencial para justificar la exclusión del régimen contractual ordinario y la posible reserva a entidades sin ánimo de lucro.

(iv) Estaremos ante un contrato público si se lleva a cabo una selección entre los operadores interesados. Por ello, se trata simplemente de llegar a un acuerdo por el que todas las entidades interesadas, en las condiciones preestablecidas en los pliegos o bases de la convocatoria, pueden prestar servicios en el sistema público de servicios sociales, permitiéndoles adherirse a dicho sistema durante toda la vigencia del mismo. Esta doctrina del TJUE fue sentada, por primera vez, con su sentencia del 2 de junio de 2016, caso *Falk Pharma GmbH*; y deja claro que “no debe considerarse contrato público un sistema de acuerdos que permite contratar con todos los operadores interesados sin selección ni exclusividad durante toda la vigencia del sistema”.

Algo similar ha previsto nuestro legislador nacional, cuando el artículo 11.6 LCSP/2017 prevé que “queda excluida de la presente Ley la prestación de



servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a *todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador*, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación” (las cursivas son propias).

Por todo lo anterior, existe un creciente control jurisdiccional (y de los tribunales de recursos contractuales), que está precisando los límites de esta figura y anulando aquellos aspectos de la normativa autonómica que contravienen los principios de publicidad, concurrencia, transparencia y no discriminación del Derecho comunitario. Sin ánimo de exhaustividad (“son todas las que están, pero no están todas las que son”), podemos enumerar, por orden cronológico:

A) Jurisprudencia contencioso-administrativa.

- STSJ de la C. Valenciana 560/2018, de 12 de junio.
- STSJ de Aragón 269/2020, de 17 de junio.
- Auto del TSJ de la C. Valencia de 30 de julio de 2020.
- STSJ de la C. Valenciana 270/2021, de 21 de mayo.
- STSJ del País Vasco 215/2022, de 26 de mayo.



- STSJ de Castilla-La Mancha 152/2022, de 10 de junio.
- STSJ de Aragón 382/2022, de 27 de octubre.
- STSJ de Aragón 414/2022, de 5 de diciembre.
- STSJ de Aragón 424/2022, de 14 de diciembre.
- STSJ de Aragón 59/2023, de 8 de febrero.
- STSJ de la C. Valenciana 339/2023, de 29 de junio.
- STSJ de la C. Valenciana 352/2023, de 30 de junio.
- STSJ de la C. Valenciana 12/2024, de 12 de enero.
- STSJ de la C. Valencia 18/2024, de 12 de enero.
- STSJ de Aragón 65/2024, de 12 de febrero.
- STSJ de Aragón 64/2024, de 19 de febrero.
- STSJ de Castilla-La Mancha 35/2024, de 27 de febrero.
- STSJ de Aragón 162/2024, de 17 de abril.
- STSJ de Aragón 179/2024, de 9 de mayo.
- STSJ del P. Vasco 333/2024, de 3 de julio.
- Auto del TS de 16 de octubre de 2024 (casación 7876/2023).
- STSJ de Aragón 326/2025, de 3 de septiembre.
- STSJ de Aragón 238/2025, de 10 de julio.

B) Tribunales de recursos contractuales.

- Resolución del TACP de Galicia 107/2024, de 19 de julio.
- Resolución del TCCSP (Cataluña) 149/2025, de 2 de abril.
- Resolución del TACRC 777/2018, de 7 de septiembre.
- Resolución del TACRC 796/2019, de 11 de julio.
- Resolución del TACRC 144/2025, de 31 de enero.



- Resolución del TACRC 214/2025, de 20 de febrero.
- Resolución del TACRC 1549/2025, de 30 de octubre.
- Resolución del TARC de la Junta de Andalucía 93/2021, de 18 de marzo.
- Resolución del TARC de la Junta de Andalucía 206/2021, de 21 de mayo.
- Resolución del TARC de la Junta de Andalucía 42/2022, de 21 de enero.
- Resolución del TACPA (Aragón) 122/2025, de 15 de diciembre.

De entre las sentencias territoriales citadas, debemos destacar tres, las que se refieren a la anulación parcial de reglamentos autonómicos reguladores de conciertos sociales o acción concertada. En concreto, se trata de las siguientes:

- la sentencia del TSJ de la C. Valenciana de 29 de junio de 2023 (recurrida en casación ante el TS, pendiente de sentencia);
- la sentencia del TSJ de Aragón de 12 de febrero de 2024, que dio lugar a la necesidad de dictar un nuevo reglamento autonómico de desarrollo de la Ley aragonesa de acción concertada (el “nuevo” Decreto 100/2024, de 19 de junio, que aprueba el Reglamento regulador de la acción concertada en materia de Servicios Sociales),
y



- la sentencia del TSJ del País Vasco de 3 de julio de 2024, que anuló los artículos 9.3 y 15.a) del Decreto 168/2023, que regula el régimen de concierto social y los convenios en el Sistema Vasco de Servicios Sociales.

Por último, queremos destacar también sendas resoluciones que declaran que sí estamos ante válidas convocatorias de "acción concertada no contractual", tanto por el Ayuntamiento de Zaragoza (en la citada sentencia del TSJ de Aragón de 9 de mayo de 2024), como por el Gobierno de Aragón (en el citado acuerdo del TACPA de 15 de diciembre de 2025).

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.

Los artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE han supuesto la primera norma comunitaria que ha regulado el régimen especial de los servicios sociales a las personas. Como explica la profesora DOMÍNGUEZ MARTÍN⁸:

<<Tanto el derecho de la UE como el derecho español (con la LCSP/2017) reconocen las singularidades de los contratos de servicios a las personas, así como de las asociaciones u organizaciones sin ánimo de lucro que actúan en este ámbito. El derecho español acepta la construcción de un régimen peculiar de contratación en este ámbito. Pero, para configurarlo, el legislador español (al igual que hizo la Directiva) ha optado no por establecer una regulación

⁸ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., "La acción socio-sanitaria concertada (de la Comunidad Valenciana) ante el TJUE", publicado el 10 de febrero de 2021, en: www.idluam.org/blog/la-accion-socio-sanitaria-concertada-de-la-comunidad-valenciana-ante-el-tjue/? (último acceso: 22 de febrero de 2026).



específica y diferenciada, sino que, simplemente, establece ciertas peculiaridades a lo largo del articulado de la LCSP/2017. En este sentido, el informe de la JCCA estatal 52/2018, de 21 de octubre de 2019, concluye que no existe ninguna obligación legal de acudir a un contrato de la LCSP/2017 para gestionar este tipo de servicios, siendo posible utilizar otro tipo de fórmulas como, por ejemplo, las enumeradas en el artículo 11.6 de la Ley 9/2017, siempre que se cumplan los requisitos que este precepto prevé. Por ello, se han aprobado diversas leyes autonómicas que regulan las acciones concertadas para la gestión de los servicios socio-sanitarios. Pero esta regulación autonómica no puede ser idéntica a las de los contratos, porque la acción concertada ha de ser algo distinto: lo contrario haría que la figura perdiera su utilidad. Al tiempo, tampoco puede utilizarse la acción concertada como huida del derecho de la contratación pública; esto es, como una manera de escapar de la normativa y del procedimiento de contratación y de sus principios (igualdad, no discriminación, competencia, transparencia) si ocultan una auténtica relación contractual; ya que, *además de no tener las Comunidades Autónomas competencia para regular formas contractuales*, ello supone una conculcación de las reglas de la libre competencia que impone la UE, por privilegiar (o excluir) a determinados sujetos en la contratación pública>>.

De esta forma, cuando se cumplan los requisitos explicados en este trabajo, estamos *ante una reserva de contratos* (contratos “excluidos” o distintos de los contratos públicos de la LCSP/2017) *en favor de entidades sin ánimo de lucro*. En este sentido, la sentencia del TSJ de la C. Valenciana 560/2018, de 12 de junio, ha afirmado que este mecanismo, por sí mismo, no vulnera el derecho de la UE, aunque remite a cada convocatoria concreta de acción concertada para verificar que no se vulneren los principios de solidaridad, eficacia presupuestaria, etc.



A la espera de que se dicte sentencia por el Tribunal Supremo (tras el admitido recurso de casación 7876/2023, contra la STSJ de la C. Valenciana de 29 de junio de 2023), el último hito en el cuestionamiento de la normativa autonómica española de acción concertada lo constituye la jurisprudencia comunitaria *ASADE*, que validó esta acción concertada (valenciana y aragonesa, respectivamente), pero con los importantes condicionamientos que hemos explicado a lo largo de este trabajo.

La sentencia *ASADE 1* afirmó que, si se cumplen los principios enumerados por el considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE, no vulnera la normativa comunitaria una norma nacional (autonómica, en el caso de España) que restringe (con exclusividad o simplemente con preferencia) la participación en los conciertos sociales a entidades sin ánimo de lucro, para la efectiva concurrencia entre las mismas (no cabe la adjudicación directa, salvo supuestos de emergencia). Por ello, continua el TJUE, los artículos 76 y 77 de la Directiva 2014/24/UE no se oponen a una normativa nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, *previo examen competitivo de sus ofertas*, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, aunque dichas entidades no cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo 77. Por tanto, se exige que, antes de proceder a tal adjudicación, el poder adjudicador compare y clasifique las ofertas respectivas de las diferentes entidades que hayan manifestado su interés, teniendo en cuenta, en



particular, el precio de esas ofertas, aun cuando dicho precio esté constituido por el total de los costes cuyo reembolso deberá garantizar el poder adjudicador.

Es decir, si se seleccionan ofertas, estamos ante la adjudicación de un contrato público de servicios, contrato que puede reservarse a determinadas organizaciones con exclusión de las entidades con ánimo de lucro, pero que es un contrato público, al fin y al cabo. Y, según la jurisprudencia ASADE, para estar ante un "instrumento no contractual" (acción concertada distinta de un contrato público), es necesario que no se seleccionen competitivamente ofertas, sino que se realice, como dispone el artículo 11.6 LCSP/2017, a través de "la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones *a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas*" (las cursivas son propias, para enfatizar que no hay selección de ofertas en la acción concertada no contractual).

Sin embargo, y pese a los anteriores límites (impuestos por la STJUE de 14 de julio de 2022), casi todas las CCAA se lanzaron a regular, mediante disposiciones administrativas de carácter general, figuras típicamente contractuales que generan no pocas dudas jurídicas. A nosotros y a los tribunales jurisdiccionales que están anulando, parcialmente, dichos reglamentos autonómicos.



En primer lugar, debemos admitir que es cierto que el artículo 11.6 de la LCSP/2017 permite fórmulas no contractuales para la prestación pública de los servicios sociales a las personas. Sin embargo, dichas fórmulas no contractuales deben basarse, como señala precisamente el considerando 114 de Directiva 2014/24/UE: (i) en fórmulas que promuevan la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas; (ii) y siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Por tanto, y esto es importante, *la normativa autonómica al respecto debe aún ajustar más el tiro*, pues la jurisprudencia del TJUE (de 22/7/2022 y de 31/3/2023) “supone una llamada de atención a las CCAA, para que revisen y afinen las formas de gestión que, para sus servicios sociales, tienen actualmente reguladas”, como explica el profesor CASTILLO ABELLA⁹.

Y, en segundo lugar, los preámbulos y exposiciones de motivos de todas las normativas autonómicas sobre conciertos sociales y acción concertada se basan en dos sentencias del TJUE (de 11 de diciembre de 2014, asunto C-113/13, *Spezzino*; y de 28 de enero de 2016, asunto C-50/14, *Casta*) que se dictaron enjuiciándose una normativa distinta (y anterior) a la prevista en los artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE. Sin embargo, las sentencias

⁹ CASTILLO ABELLA, “Las decisiones ASADE (...)”, *op. cit.*



Spezzino y Casta tienen su fundamento en las previas directivas comunitarias. Como afirma VÁZQUEZ MATILLA¹⁰:

<<Es inadecuado pretender (como han hecho los legisladores autonómicos) utilizar ambivalentemente esta jurisprudencia que obedece a un período regulatorio donde los contratos que aborda (servicios de transporte sanitario) se incardinaban en el Anexo II.B como servicios prioritarios. Además, la Directiva 2014/24/UE ha reconocido expresamente que los “servicios de emergencia prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro” están excluidos de su ámbito de aplicación, sin que se haya extendido a otros ámbitos esta exclusión. Asimismo, tienen su basamento no sólo en el objeto, sino en el sujeto que los presta, en particular, entidades sin ánimo de lucro. Pese a ello, la Directiva 2014/24/UE no ha excluido la celebración de contratos por el sujeto que los presta, sino por su objeto y por la existencia o no de onerosidad (onerosidad que se ha entendido como existente cuando hay prestación a cambio de precio, con independencia a que quien percibe, simplemente, obtenga la satisfacción del coste efectivo del servicio)>>.

IV. APUNTE FINAL (A LA ESPERA DE JURISPRUDENCIA DEL TS).

Como reflexión final, *cabría preguntarse si prosperaría una cuestión de constitucionalidad*, dada la competencia exclusiva del Estado para establecer la “legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas”, a tenor del artículo 149.1.18 de la

¹⁰ VÁZQUEZ MATILLA, J. «La regulación de las prestaciones a las personas en las directivas sobre contratación pública», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 158, diciembre de 2018, Wolters Kluwer.



Constitución. No obstante, la realidad es que el contenido del artículo 11.6 de la LCSP/2017 es una base legislativa de los negocios o contratos excluidos, que es lo que son los conciertos sociales. Podría considerarse que estamos ante una base legislativa escueta o rácana... ipero estamos ante una base, al fin y al cabo! Asimismo, a efectos de la (por algunos cuestionada) constitucionalidad de esta previsión, es importante destacar que esta exclusión del ámbito de la LCSP/2017 (prevista por el citado artículo 11.6) copia prácticamente el tenor literal del último párrafo del considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE. ¿Debate constitucional zanjado? A nuestro juicio, sí. No prosperaría la cuestión de constitucionalidad al respecto y, por ello, ningún tribunal jurisdiccional la ha planteado, pese a haber sido instada en numerosas ocasiones por las asociaciones recurrentes de las normativas autonómicas cuestionadas.

El anterior, debate constitucional zanjado. Pero, ¿está zanjado el debate de la adecuación de la normativa autonómica de conciertos sociales a las Directivas comunitarias de contratación pública? Aquí, por prudencia, tendremos que esperar a la inminente jurisprudencia del TS.

En este sentido, el auto del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2024 (recurso 7876/2023) ha admitido el recurso de casación contra la sentencia del TSJ de Valencia de 29 de junio de 2023, que anuló parcialmente determinados artículos del Decreto 187/2017, de 17 de noviembre, que regula la acción concertada para la prestación de servicios sociales en la C. Valenciana. Así, próximamente el TS examinará si concurre o no el



carácter contractual en la acción concertada valenciana, analizando definitivamente en qué medida dichos instrumentos para la gestión de servicios a las personas tienen (o no) la naturaleza jurídica de contratos públicos.

En concreto, el TS ha declarado que la cuestión con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia reside en determinar “si la acción concertada está sujeta a normativa contractual y en qué medida en virtud de lo resuelto por la STJUE de 14 de julio de 2022 (C-436/20), y el ATJUE de 31 de marzo de 2023 (C-676/20)”; identificando como normas jurídicas que serán objeto de interpretación tanto las contenidas en los artículos 76 y 77 de la Directiva 2014/24/UE; como las contenidas en el artículo 11.6 y la D.A. 49ª de la LCSP/2017.

De esta forma, y aunque hemos afirmado la naturaleza contractual (o de contrato público) que tienen para los TSJ de Aragón y la C. Valenciana los conciertos sociales impugnados en esos casos, esta interpretación puede ser objeto de cambios, en el caso de que el TS anulara dichas sentencias territoriales y estimara los dos recursos de casación admitidos. Por tanto, el futuro pronunciamiento del TS (en doctrina casacional) determinará si la acción concertada está sujeta a normativa de contratación pública y en qué medida, lo que puede conllevar una modificación de las condiciones de utilización y aplicación de esta técnica de esta prestación indirecta de servicios sociales o sanitarios a las personas por los poderes adjudicadores (gobiernos autonómicos y municipales, principalmente, como



principales prestadores de servicios sociales y sanitarios).

VI. BIBLIOGRAFÍA.

CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., "Reflexión crítica sobre el «outsourcing» de los servicios sociales dirigidos a nuestros mayores en tiempos de COVID", Revista El Consultor de los Ayuntamientos (2020).

CASTILLO ABELLA, J., "Las decisiones ASADE del TJUE como punto de inflexión en la prestación de servicios sociales en España: cuando la acción concertada (casi siempre) es un contrato público", publicado el 10 de mayo de 2023 en: www.idluam.org/blog/las-decisiones-asade-del-tjue-como-punto-de-inflexion-en-la-prestacion-de-servicios-sociales-en-espana-cuando-la-accion-concertada-casi-siempre-es-un-contrato-publico/ (último acceso: 22 de febrero de 2026)

DARNACULLETA GARDELLA, M. «Las nuevas modalidades de gestión de los servicios a las personas en la legislación autonómica de servicios sociales: especial referencia a la acción concertada», Revista Catalana de Derecho Público, núm. 62, marzo de 2021, págs. 37-52.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., "La acción socio-sanitaria concertada (de la Comunidad Valenciana) ante el TJUE", publicado el 10 de febrero de 2021, en: www.idluam.org/blog/la-accion-socio-sanitaria-concertada-de-la-comunidad-valenciana-ante-el-tjue/ (último acceso: 22 de febrero de 2026).



PIZARRO NEVADO, R. «El concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía», Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 14, octubre de 2020, págs. 88-103.

VÁZQUEZ MATILLA, J. «La regulación de las prestaciones a las personas en las directivas sobre contratación pública», Contratación Administrativa Práctica, núm. 158, diciembre de 2018, Wolters Kluwer.



HOMESCHOOLING Y ESCOLARIZACIÓN OBLIGATORIA EN ESPAÑA

D. Ignacio Espíldora de Ancos

Graduado en Derecho

Resumen: La educación entendida como un periodo de escolarización obligatoria es un planteamiento arraigado en la sociedad y política española desde el siglo XX. El creciente interés social por la educación en casa como expresión de la libertad de educación consagrada en el artículo 27 de la Constitución Española, implica un llamamiento a tratar el tema con más profundidad. Comenzando por el análisis de la situación actual de la Ley Orgánica de Educación, la aplicación del *homeschooling* en el momento presente, la delimitación del derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución Española, la visión jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el *homeschooling* y las propuestas de reforma, forman el contenido del presente trabajo. La escasez de estudios sobre el *homeschooling* desde el punto de vista jurídico dota de gran interés a este trabajo, que pretende dar respuesta a las principales preguntas que se derivan de la aplicación de la educación en casa en el sistema jurídico español.



Palabras clave: *Homeschooling, derecho a la educación, escolarización obligatoria, libertad de enseñanza*

Abstract: Education understood as a period of compulsory schooling is an approach rooted in Spanish society and politics since the 20th century. The growing social interest in home education as an expression of the freedom of education enshrined in Article 27 of the Spanish Constitution implies a call to address the issue in more depth. Beginning with the analysis of the current situation of the Organic Law on Education, the application of homeschooling at the present time, the delimitation of the right to education in article 27 of the Spanish Constitution, the jurisprudential vision of the Constitutional Court on homeschooling and proposals for reform form the content of the present work. The scarcity of studies on homeschooling from a legal point of view gives great interest to this work, which aims to answer the main questions arising from the application of homeschooling in the Spanish legal system.

Key words: *Homeschooling, right to education, compulsory schooling, freedom of education*



Sumario:

1. INTRODUCCIÓN

2. PANORAMA GENERAL DEL HOMESCHOOLING

2.1. Breve conceptualización de *homeschooling* o *educación en casa*

2.1.1. Enseñanza o educación: diferencias

2.2. Motivos para el *homeschooling*

2.3. Las diferentes formas de estudio de la *educación en casa*

2.3.1. Primer frente: el *homeschooling* en el Derecho Comparado

2.3.2. Segundo frente: la regulación en España del *homeschooling* y las consecuencias de su puesta en práctica

2.3.2.1. Regulación actual de la escolarización obligatoria

2.3.2.2. Regulación administrativa y civil con respecto al menor no escolarizado

2.3.2.3. Consecuencias penales: el delito de abandono de familia

3. EL HOMESCHOOLING Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

3.1. Introducción

3.2. El derecho a la educación en sentido estricto y otros derechos reconocidos en el artículo 27 CE

3.2.1. El derecho a la educación y la libertad de enseñanza

3.2.2. Titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 27 de la Constitución Española

3.3. La escolarización obligatoria en el artículo 27 de la Constitución Española



3.4. La Sentencia del Tribunal Constitucional

133/2010, de 2 de diciembre

3.4.1. Íter procesal y alegaciones de las partes

3.4.2. Fundamentos jurídicos de la denegación de amparo e interpretación del derecho a la educación

3.4.3. Conclusiones

4. CONCLUSIONES: ALGUNAS PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN DEL HOMESCHOOLING EN ESPAÑA

4.1. Introducción

4.2. Problemas y propuestas generales

6. BIBLIOGRAFÍA

ABREVIATURAS

- AP: Audiencia Provincial
- CC: Código Civil
- CE: Constitución Española
- CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos
- CP: Código Penal
- LOCE: Ley Orgánica de Calidad de la Educación
- LOE: Ley Orgánica de Educación
- LODE: Ley Orgánica del Derecho a la Educación
- LOECE: Ley Orgánica del Estatuto de centros escolares
- LOMCE: Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa
- LOMLOE: Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica de Educación



- LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo busca analizar el *homeschooling* dentro del marco constitucional y jurídico español. La educación en casa no ha sido un tema que suscitase gran interés en España, ganando importancia a raíz del confinamiento derivado de la pandemia de COVID-19 en el año 2020¹, que obligó a los alumnos del sistema escolar a permanecer en casa durante parte del curso. Dicha situación ha puesto en relieve este sistema alternativo de educación, ya que, durante dicha etapa, algunos alumnos, especialmente aquellos con necesidades complejas, experimentaron mejoras en su aprendizaje y situación personal.

Como se ha dicho anteriormente, el trabajo pretende dar respuesta a varias cuestiones relativas al *homeschooling* en España, evaluando su encaje en el artículo 27 de la Constitución Española. Para ello, se analizará la situación actual del *homeschooling* a la luz de la LOE y demás normativa; posteriormente se estudiará la jurisprudencia relativa a la Ley Orgánica de Educación y al artículo 27 de la CE. Finalmente, se

¹ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.



presentarán unas propuestas de reforma para la regulación del *homeschooling* garantizando el cumplimiento del mandato constitucional.

Para responder a estas cuestiones, se realizará un análisis de normas jurídicas y sentencias a la luz de la jurisprudencia y textos doctrinales. Asimismo, se ofrecerá una visión general del derecho comparado con respecto al *homeschooling*, especialmente en relación con los países miembros de la Unión Europea.

2. PANORAMA GENERAL DEL HOMESCHOOLING

En este apartado se aborda la *educación en casa* desde el punto de vista más general, esbozando los principales frentes jurídicos desde los que se puede estudiar. Con ello también se pone de manifiesto la complejidad y repercusión del derecho a la educación dentro de un ordenamiento jurídico como es el español.

En primer lugar, encontraremos una breve, pero suficiente, conceptualización del *homeschooling* y de ciertos extremos a tener en cuenta de cara al desarrollo del trabajo; pasaremos por las motivaciones que llevan a la práctica de la *educación en casa* y terminaremos con un gran subapartado de los enfoques jurídicos que pueden darse en el análisis del *homeschooling* y las consecuencias que se derivan de su puesta en práctica.



2.1 Breve conceptualización de *homeschooling* o *educación en casa*

Considero de suma importancia sentar los pilares de este trabajo delimitando conceptualmente los términos principales. Por ello, en primer lugar, voy a conceptualizar el término *homeschooling* o *educación en casa*, los cuales serán utilizados indistintamente a lo largo del trabajo.

Se entiende por *homeschooling* o *educación en casa* aquella actividad por la que los padres asumen la tarea de enseñanza directa de los hijos dentro del ámbito familiar. Podemos considerar la definición anterior algo simple, pero tiene los caracteres esenciales.

En ella encontramos una consideración fundamental para que exista el *homeschooling* y es que la enseñanza debe ser asumida por los padres (o tutores legales) y de forma directa. Esto impide que los padres puedan delegar la tarea de la educación en otras instituciones diferentes a los centros educativos y alegar la puesta en práctica del *homeschooling*.

Esta última puntualización no es pacífica, ya que hay quien alega que el *homeschooling* puede ser desarrollado por personas diferentes a los padres. Ciertamente, el derecho recogido en el artículo 27.3² de la Constitución Española es de titularidad de los padres, por lo que se hace más difícil legitimar una no

² «Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».



escolarización por *homeschooling* desarrollado por personas diferentes a los padres (o tutores legales).

La definición anterior, como ya se ha dicho, puede parecer demasiado escueta, por lo que es interesante acudir a conceptualizaciones más complejas, como es la de Patricia Lines, estudiosa de la materia en Estados Unidos. La definición ofrecida por esta autora es la siguiente: «Instrucción o aprendizaje que consiste en una actividad planificada, que tiene lugar primordialmente en el hogar con un padre o madre que actúan como supervisores y con uno o más alumnos que son de la misma familia»³.

Como se puede comprobar, para llevar a la práctica la *educación en casa* se considera que se debe enseñar a los propios hijos, es decir, asumir de forma directa la tarea de la enseñanza, ya que de otra forma nos encontraríamos ante lo que se conoce como colegio o centro de formación, aunque no se encuentre homologado por el Estado.

Es cierto que algunas de las sentencias fundamentales concernientes al *homeschooling* tienen relación con la educación en un *pseudo* centro escolar o educativo no homologado, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo en el recurso número 3032/1993 (caso "Niños de Dios").

³ LINES, P., *Home instruction: The Size and growth of the Movement, Home schooling political, historical, and pedagogical perspectives*, Editoras Jane Van Galen y Mary Anne Pitman, Ablex Publishing (1991), p.10.



Por lo tanto, podríamos considerar dos conceptualizaciones de *homeschooling*: una primera, más estricta y tradicional, en la que deben ser los padres de los niños los que asumen de forma directa su educación (al menos mayoritariamente y en los aspectos fundamentales); y una más amplia, en la que los padres pueden verse apoyados por personas de un ambiente más extenso que el estrictamente familiar⁴.

2.1.1 Enseñanza o educación: diferencias

Un aspecto interesante es la diferencia entre enseñanza y educación. Por extensión no va a ser posible desarrollar suficientemente este tema, pero es importante para el punto de vista jurídico por el efecto que puede tener en la interpretación de la Constitución Española y en el derecho a la educación.

⁴ CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, Tesis Doctoral, Universidad de Oviedo, 2012, p. 23



Queda claro que enseñanza⁵ y educación⁶ no son lo mismo⁷, pero con el paso de los años se han venido diluyendo las diferencias y usando indistintamente. La diferencia radica en el salto cualitativo que existe entre la actividad que desarrollan unos padres en casa con los hijos y la de un profesor en el colegio.

Profundizando algo más en la definición de cada uno de los conceptos, encontramos puntualizaciones interesantes en la tesis doctoral de Cabo González⁸ que vamos a analizar brevemente. Este autor asemeja la *instrucción* con la *enseñanza*, pero la diferencia de la *educación*.

La instrucción tuvo como finalidad «transferir conocimientos fácticos y operativos, [...] conocimientos y competencias»⁹, y la enseñanza lo considera un «valor actualizado de instrucción»¹⁰. Por el contrario, al

⁵ Que la Real Academia Española de la Lengua define como «transmisión de conocimientos, ideas, experiencias, habilidades o hábitos a una persona que no los tiene».

⁶ Que la Real Academia Española de la Lengua define como «formación destinada a desarrollar la capacidad intelectual, moral y afectiva de las personas de acuerdo con la cultura y las normas de convivencia de la sociedad a la que pertenecen».

⁷ ASENSIO SÁNCHEZ, M.Á., "La educación en casa o *homeschooling* en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Foro, Nueva Época*, vol. 15, nº2 (2012), p. 188.

⁸ CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, op cit.

⁹ *Idem*, p. 21.

¹⁰ *Ibidem*.



concepto de *educación* le atribuye un «valor holístico, más global, en el sentido de que contempla la actividad formativa como un todo complejo e interrelacionado»¹¹. Con el paso de los años, las teorías educativas tienden a una aplicación del concepto de *educación* donde, tradicionalmente, se ha utilizado el de *enseñanza* o *instrucción*.

También se diferencian ambos conceptos en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 7511/76, de 25 de febrero de 1982 (Caso Campbell y Cosans), en la que se hace referencia a la educación como el «procedimiento total mediante el cual, en cualquier sociedad los adultos inculcan a los más jóvenes sus creencias, hábitos y demás valores»¹², mientras que la enseñanza o instrucción la define como «la transmisión de conocimientos y la formación intelectual»¹³. Podemos decir que la enseñanza o instrucción se configura como una transmisión de conocimientos más “aséptica” o limitada que la educación.

Aunque parezca irrelevante para el estudio jurídico del *homeschooling*, es importante ser conscientes de que en Derecho el lenguaje es fundamental, ya que es el medio principal en él se expresan los textos legales, las argumentaciones y los detalles normativos imperceptibles de los que se derivan consecuencias profundas en una sociedad.

¹¹ *Ibidem*.

¹² STEDH 7511/76, de 25 de febrero de 1982 (Caso Campbell y Cosans), Fundamento de Derecho Segundo.

¹³ *Ibidem*.



De esta forma, eliminar la diferencia entre enseñanza y educación puede llevar a interpretaciones del derecho a la educación en las que el Estado asuma completamente la educación y la enseñanza, privando de esta función a los padres; u otras, en las que el Estado no se encargue en ningún sentido de la formación de los ciudadanos; o interpretaciones en las que se procure reservar la enseñanza básica a los centros educativos y la educación a los padres, en la media de lo posible¹⁴.

La diferenciación de los conceptos abre el debate sobre si el Estado debe asumir la educación de los ciudadanos menores o simplemente la instrucción o enseñanza, asunto desarrollado por el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra en el voto particular de la Sentencia del Tribunal Constitucional en los recursos de amparo acumulados núm. 1561/1992 a 1567/1992¹⁵, que analizaremos más adelante en este trabajo, en el que defiende un intervencionismo fuerte del Estado en el campo de la educación de los menores.

¹⁴ Interesante acudir a VIDAL PRADO, C., "El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas", Marcial Pons (2017), pp. 18 y 19.

¹⁵ En el que, el autor, aboga por considerar la escolarización como parte fundamental de la educación, así como la obligación de los poderes públicos en garantizar dicha educación de los menores (y, por lo tanto, la escolarización) aun en contra de la voluntad de los padres.



2.2. Motivos para el *homeschooling*

Para entender por qué hay padres alrededor del mundo que deciden no escolarizar a los hijos para impartir una educación en casa, en ciertos casos vulnerando la ley, es necesario profundizar en las diferentes motivaciones que tienen unos y otros.

La primera clasificación de motivos que veremos es la realizada por Mitchell Stevens, que mantiene una separación binaria de motivaciones. En primer lugar, encontramos a los padres que educan a sus hijos en casa por contar con unos planteamientos pedagógicos que no se ven aplicados ni desarrollados en el sistema escolar estatal o privado. En segundo lugar, aquellos padres que educan a sus hijos en unas creencias religiosas concretas que no se consideran respetadas o impartidas correctamente dentro del sistema educativo¹⁶.

Considero que dicha clasificación sufre de cierta simplicidad negativa, aun siendo correcta, ya que no sabríamos dónde catalogar ciertos casos como los que no escolaricen a los hijos por motivos de salud o por imposibilidad física.

Por ello propongo otra clasificación de motivaciones más extensa basada en la realizada por Madalen Goiria Montoya¹⁷:

¹⁶ STEVENS, M., "Kingdom of Children: Culture and Controversy in the homeschooling movement", Princenton University Press (2001), pp. 108 ss

¹⁷ GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el*



- Motivación anti-escuela o motivos negativos: referido a aquellas familias que se niegan a escolarizar a los hijos por falta de interés de los mismos, estilo de vida o por considerar la enseñanza de materias teóricas como innecesaria para el desarrollo de los hijos. Para poder considerar estas familias como *educadoras en casa* deben contar con algún tipo de sistema más o menos estructurado de enseñanza.
- Motivación pedagógica o procedimental: se clasifican en esta categoría aquellos padres que difieren de la metodología de enseñanza que se imparte en el colegio o en la escuela.
- Motivación político-ideológica: situaciones de padres que cuentan con una motivación política para no escolarizar a los hijos. Podemos contemplar aquí familias de orientación anarquista o antisistema.
- Motivación religiosa-moral-ideológica: familias con creencias religiosas o morales que consideran atacadas, no respetadas o no contempladas las enseñanzas fundamentales para sus hijos. Dichas creencias suelen verse acompañadas, al menos en parte, por orientaciones ideológicas concretas, por lo que tienen relación con la categoría anterior (político-ideológica).

ordenamiento jurídico español, Tesis Doctoral Universidad del País Vasco (2012), pp. 93-95.



Esta clasificación es más amplia que la realizada por Mitchell Stevens y permite catalogar prácticamente todos los casos de familias que aplican el *homeschooling*.

La importancia de una clasificación de motivos es relevante a efectos de legitimación de la no escolarización, ya que como se contempla en la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, que estudiaremos más adelante, no es indiferente que los motivos para educar en casa sean de orden pedagógico o de orden moral-religioso¹⁸. Volveremos a este extremo en el estudio jurisprudencial de la doctrina del Tribunal Constitucional que mantiene una diferenciación cualitativa entre, por un lado, los motivos religiosos y morales y, por otro, los pedagógicos.

2.3. Las diferentes formas de estudio de la educación en casa

Cuando nos proponemos realizar un estudio del encaje jurídico del *homeschooling*, entendido como hemos desarrollado en el primer subapartado de esta primera sección del trabajo, nos encontramos ante una cantidad abrumadora de enfoques diversos.

Podríamos comenzar determinando la base de estudio de la legalidad del *homeschooling* partiendo del derecho fundamental a la educación consagrado en el

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 133/2010, de 2 de diciembre de 2010. Recurso de amparo 7509/2005, Fundamento Jurídico Quinto.



artículo 27 de la Constitución Española. Posteriormente nos podríamos cuestionar sobre el desarrollo normativo de la educación y de la escolarización en las diferentes ramas del ordenamiento jurídico y las implicaciones que existen, como es el derecho civil, administrativo y penal.

El derecho a la educación se establece el apartado 5º de artículo 27 como un «derecho de configuración legal», por lo que debe ser desarrollado posteriormente por una ley, en este caso al tratarse de un derecho fundamental, mediante la forma de ley orgánica. Se atribuye a los poderes públicos el deber de garantizar dicha educación mediante una «programación general de enseñanza».

En el momento de desarrollar el presente trabajo, la ley reguladora del derecho a la educación es la Ley Orgánica de Educación 2/2006, de 3 de mayo. También podemos traer a colación la atribución de competencias en materia legislativa relacionada con la educación que realiza el artículo 149.1.30ª de la Constitución Española, que dice así: «[corresponden al Estado las competencias en materia de] normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de los poderes públicos en esta materia».

A su vez, el artículo 6 bis, apartado 3º, LOE, establece que «corresponden a las comunidades autónomas el ejercicio de sus competencias estatutarias en materia de educación y el desarrollo de las disposiciones de la presente Ley Orgánica».



Con todo lo anterior podemos hacernos una idea general de la complejidad normativa y competencial que hallamos en el estudio del derecho a la educación dentro del ordenamiento jurídico español.

Es por ello por lo que en el presente trabajo nos centraremos en el estudio del encaje jurídico del *homeschooling* dentro de la Constitución Española, refiriéndonos en este gran apartado al resto de ramas del ordenamiento y las consecuencias que se derivan de la aplicación del *homeschooling*; junto con ello, resulta conveniente traer a colación una visión relativa al *homeschooling* en el Derecho Comparado.

2.3.1. Primer frente: el *homeschooling* en el Derecho Comparado

El Derecho Comparado es un campo con gran cantidad de información susceptible de analizar en relación con los derechos fundamentales y, por ello, del derecho de la educación. El objetivo de este breve apartado es el de observar cuál es la regulación y encaje que tiene el *homeschooling* en los diferentes ordenamientos jurídicos cercanos a España.

El análisis será breve, sin entrar en profundidad en ninguno de los ordenamientos, pero será útil para hacer una idea general de la regulación constitucional en otros Estados.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que hay una gran cantidad de Estados que permiten y regulan favorablemente el *homeschooling* como forma de



educación e instrucción de sus ciudadanos, así como otros que persiguen a las familias que no escolarizan a los hijos (tanto dentro del propio territorio del Estado como a nivel internacional).

A modo de ejemplo, encontramos países que regulan de forma favorable el *homeschooling* como son Suecia, Estonia, Suiza, República Checa, Polonia, Hungría, Italia, Francia, Portugal y Estados Unidos. Por otra parte, los Estados que persiguen activamente su puesta en práctica son, entre otros, Alemania, España, Lituania, Grecia o Turquía¹⁹.

Siempre teniendo en cuenta que la permisividad suele ir acompañada de regulación, expongo algunos ejemplos de Estados cercanos a España que permiten la educación en casa:

- Italia: viene regulado en el Decreto Legislativo nº 76, de 15 de abril de 2005. Se exige a los padres o tutores, por un lado, una capacitación suficiente; y por otro, un nivel económico que permita invertir el tiempo necesario en la educación de los hijos. El control del cumplimiento de dichas exigencias se realiza de forma anual por parte de las administraciones competentes.²⁰

¹⁹ <<https://hslda.org/legal/international>> (Última fecha de consulta 02/05/2024)

²⁰ PARODY NAVARRO, J. A., "Sobre la práctica del *homeschooling* en España y la jurisprudencia europea", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 17 (2011), p. 304.



- Portugal: regulado en el Decreto-ley nº 553/80. Se establecen tres formas de educación: escuela pública, escuela privada y educación en familia. Para poder desarrollar el homeschooling, los padres deben llevar a cabo una comunicación a las autoridades. Los niños también están obligados a superar varias pruebas de conocimientos en diferentes momentos del desarrollo, concretamente a los 4, 6 y 9 años.²¹
- Francia: el Código de Educación, en el artículo 131, dice que los padres o tutores tiene la posibilidad de escoger la educación en familia para los hijos. La administración cuenta con la ayuda de inspectores, que tienen la obligación de controlar (al menos una vez al año) que la enseñanza que dan los padres o tutores a los niños educados en familia cumple con los conocimientos necesarios y son favorables para el correcto desarrollo de la personalidad y desarrollo social.²²

Un análisis más extenso del derecho comprado en materia de educación y *homeschooling* sería interesante para observar las diferentes regulaciones y herramientas que ponen en práctica los Estados, no siendo posible realizarlo en este trabajo ya que excede la finalidad y el marco de estudio.

²¹ *Idem*, p. 303.

²² *Ibidem*.



2.3.2. Segundo frente: la regulación en España del *homeschooling* y las consecuencias de su puesta en práctica

También sería posible (e interesante) el estudio profundo de las consecuencias de la puesta en práctica del *homeschooling* o *educación en casa* en España. Para ello es necesario dibujar un horizonte en el que podamos ver los efectos que pudiesen derivarse de la no escolarización de los hijos.

Entre ellas podemos nombrar *a priori* la declaración de desamparo del menor, el incumplimiento de las obligaciones propias de la patria potestad de los padres con los hijos y el delito de abandono de familia.

Para podernos hacer una idea general de todos estos extremos, en el presente apartado se va a intentar realizar un *boceto* general de regulaciones en el ámbito administrativo, civil y penal, y de las consecuencias que podrían derivarse de la puesta en práctica del *homeschooling* en España.

2.3.2.1. Regulación actual de la escolarización obligatoria

De conformidad con lo establecido en el artículo 3 LOE, la educación básica en España está formada por tres bloques: educación primaria, educación secundaria y los ciclos formativos. A su vez, en el apartado 4º del mismo



artículo, encontramos la división de la educación secundaria en educación secundaria obligatoria y educación postobligatoria. Todo ello insertado en un sistema más amplio de formas de enseñanza que aquí no interesan y que se desarrollan en todo el artículo 3 LOE.

Para encontrar la obligatoriedad de la educación básica (que no escolarización), a la que hemos hecho anteriormente referencia, debemos acudir al artículo 4 LOE, que dice en su primer apartado que «la enseñanza básica a la que se refiere el artículo 3.3 de esta Ley es obligatoria y gratuita para todas las personas». Ahora cabe preguntarse qué se considera enseñanza básica, ya que *a priori* parecería que cuentan con la nota de obligatoriedad tanto la educación primaria, como la secundaria (incluyendo bachillerato) y los grados formativos.

El artículo 4.2 LOE aclara el extremo anterior cuando dice que «la enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad». Es aquí donde encontramos la imposición de la escolarización obligatoria.

Con todo lo anterior podemos afirmar, sin duda alguna, que, en España, actualmente, la escolarización de los niños entre los 6 y los 16 años es obligatoria ex artículo 4 LOE.

Además, no existe ninguna referencia directa en el ordenamiento jurídico español a la *educación en casa*, por lo que cabe afirmar que el *homeschooling* en España es ilegal dada la interpretación realizada por el Tribunal



Constitucional en la Sentencia 133/2010 a la escolarización obligatoria impuesta por la ley de educación.

A continuación, cabe preguntarse cuáles son las posibles consecuencias a las que se enfrentan unos padres en el momento en el que no escolarizan a sus hijos, especialmente en los casos en los que concurra una situación de *educación en casa o homeschooling*, ya que no se hace referencia a los casos de mero absentismo escolar.

2.3.2.2. Regulación administrativa y civil con respecto al menor no escolarizado

La protección del menor en el ordenamiento jurídico español se da de una forma relativamente amplia. Encontramos protección del menor en la Constitución; en el Código Civil, en su Título I; en las normativas autonómicas relativas a la tutela del interés del menor; y en el Código Penal, especialmente en la regulación referente a los delitos cometidos dentro de la familia, como el delito de abandono; así como en otras normas que veremos a continuación.

De forma especial nos centraremos en la protección que se otorga al menor en los artículos 158 y 172 del Código Civil, relacionados con las obligaciones de la patria potestad y la declaración de desamparo y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



Cuando nos enfrentamos a una situación de no-escolarización del menor, el problema radica en los perjuicios que pueda conllevar para el hijo. En primer lugar, su instrucción y aprendizaje en los conocimientos propios del sistema escolar; en segundo lugar (y no menos importante) la falta de socialización, desarrollo de la personalidad y adquisición de habilidades propias de la vida en sociedad. Estos posibles problemas pueden llevar a la injerencia de la autoridad judicial o administrativa para la protección del menor.

Una primera vía para la escolarización del menor sería la aplicación del artículo 158 CC, que permite al juez establecer medidas para «proveer las futuras necesidades del hijo», sin necesidad de la declaración de desamparo. Esto facilita la celeridad de la medida y la posterior escolarización del menor, ya que no cabe pensar que la mera no escolarización supone una falta absoluta a la obligación de educar a los hijos del artículo 154²³ CC, si no concurre otro daño al menor. Como afirma el Tribunal Constitucional en la STC 133/2010, de 2 de diciembre, el artículo 154 CC “está previsto para combatir el incumplimiento de la escolarización cuando ésta es fruto de la dejación de los deberes paternofiliales”²⁴ de los padres o tutores legales. De lo anterior se deriva que no en todo caso la no escolarización supone una falta a las obligaciones de la patria potestad con respecto a los hijos.

²³ También contemplado como parte integrante de los alimentos entre parientes del artículo 142 del Código Civil.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre. Fundamento Jurídico 1º.



El artículo 158 CC legitima al juez, al menor no escolarizado, a los parientes y al Ministerio Fiscal para solicitar las medidas contenidas en el mismo. En conclusión, con las medidas del artículo 158 CC, el juez puede obligar a los padres a la escolarización del hijo sin las exigencias ni perjuicios de una declaración de desamparo previa y con una amplia legitimación.

Como segunda vía para la escolarización del menor encontraríamos la declaración de desamparo del artículo 172 CC. Dicho artículo legitima a «la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, este encomendada la protección de los menores», con la posterior puesta en conocimiento de la situación detectada al Ministerio Fiscal.

Los motivos por los que se puede declarar por la Entidad Pública una situación de desamparo del menor se encuentran en el párrafo segundo del mismo artículo, entre los que se incluye «el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». La cuestión fundamental radica en si la no escolarización, en sí misma, es causa suficiente para declarar el incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad.

Es evidente que no se encuentran en la misma situación los menores no escolarizados que no reciben ningún tipo de educación o formación en casa que aquellos cuyos padres aplican el *homeschooling*. La



doctrina mayoritaria²⁵ entiende que esa falta de los padres a la obligación de escolarizar (del artículo 4.2 Ley Orgánica de Educación) no supone por sí misma un abandono de las obligaciones propias de la patria potestad, ésto por la configuración que se da en el artículo 172 CC a la situación de desamparo como una «situación de hecho» y porque no se deriva inevitablemente de la falta de escolarización una falta a la obligación de educar a los hijos.

Interesante con respecto a la declaración de desamparo son los dos requisitos que establece la Audiencia Provincial de Sevilla²⁶. En primer lugar, debe concurrir un requisito objetivo: «que se produzca (la situación de desamparo) por parte de quienes ejercen la guarda del menor de completa dejación de sus deberes de asistencia moral y material»²⁷. En segundo lugar, un requisito subjetivo: «que se constate en los menores un resultado de abandono, es decir que se encuentren

²⁵ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., "Patria potestad y derecho a la educación a propósito del *homeschooling*", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 21 (2013), pp. 103-106; EGEA FERNÁNDEZ, J., "La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública", *Derecho Privado y Constitución*, nº 5 (1995), p. 286; MARTÍ SÁNCHEZ, J. M^a., "El *homeschooling* en el derecho español", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 25 (2011), p. 22; CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, op cit., p. 161.

²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª), núm. 829/1999, de 23 de noviembre, Fundamento de Derecho Primero.

²⁷ *Ibidem*.



carentes de tal asistencia»²⁸. Se exige la concurrencia de ambos requisitos, sin que el primero lleve necesariamente al segundo. Todo esto teniendo en cuenta que la interpretación de cada situación individual para la declaración de desamparo del menor debe ser restrictiva²⁹.

También refuerza esta idea lo contemplado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, en el número 152 de 2019, en el que se determina que la no escolarización de un niño entre los seis y los dieciséis años es considerada negligencia grave con relación a las necesidades escolares, pero añade que si los padres o personas que ejercen la tutela «desean proporcionar un programa educativo adecuado e individualizado al niño [...] y no hay otros indicadores de desprotección, se procederá al cierre del expediente. En estas circunstancias, este tipo de situaciones no serán consideradas desprotección»³⁰.

Diferente de la declaración de desamparo es la situación de riesgo que se contempla en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ NORIEGA RODRÍGUEZ, L., "Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXI, 2018, fascículo I, p. 129; GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, op cit., p. 358.

³⁰ Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, nº 152, 8 de agosto de 2019, p. 57.



En el Preámbulo de la Ley encontramos la diferenciación entre las dos figuras jurídicas. La situación de riesgo tiene cabida en los casos en los que el perjuicio para el menor «no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar», por lo que las medidas adoptadas buscan solucionar dicho problema sin separar al menor de los padres.

Especialmente relevante para un supuesto de *homeschooling* es el artículo 17 LOPJM, ya que en el primer apartado se nos dice que serán consideradas situaciones de riesgo aquellas fundamentadas en carencias o conflictos educativos (entre otros) que no alcancen la gravedad y la entidad que se exige para la declaración de desamparo del menor. La legitimación de la declaración de situación de riesgo es competencia de la Entidad Pública del territorio donde resida el menor de edad.

También cabe resaltar el artículo 18 del mismo texto legal, que desarrolla la declaración de desamparo del artículo 172 y siguientes del Código Civil. En su apartado 2, letra g, se contempla como motivo para la declaración de desamparo «la ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada [...] y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria». En este punto hay que recordar que para poder llevar a cabo una declaración de desamparo del menor hay que estudiar cada caso de forma individualizada y deben concurrir los supuestos con suficiente gravedad.

Las consecuencias de la declaración de situación de riesgo del menor no llegan a tener el peso de las de una declaración de desamparo (asunción de la tutela por



la administración pública y pérdida de la patria potestad), sino que conlleva la adopción de medidas por parte de la Entidad Pública con la finalidad de controlar y poner fin a la situación de riesgo.

Por último, entre las medidas de la administración para velar por la escolarización de los menores, el artículo 157 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y adolescencia, considera infracción leve la situación en la que los padres no gestionan la plaza escolar de los hijos menores sin causa justificada, dentro del periodo de escolarización obligatoria.

En conclusión, podemos decir que el ordenamiento jurídico español cuenta con herramientas para solventar los casos de no-escolarización de los menores durante la etapa de educación obligatoria mediante la legitimación de forma especial de las Entidades Públicas, encontrando como figuras preeminentes la declaración de desamparo del menor y la situación de riesgo. Todo ello, teniendo en cuenta que la declaración de desamparo se reserva para supuestos de mayor gravedad.

2.3.2.3. Consecuencias penales: el delito de abandono de familia

En los apartados anteriores hemos podido desarrollar brevemente las posibles consecuencias civiles y administrativas que podrían derivarse de la no escolarización de un menor de edad y su educación aplicando el *homeschooling*. A continuación, pasamos al



ámbito penal para estudiar los posibles efectos y la cuestión que a todo padre podría asaltar: ¿puedo estar cometiendo un delito por no escolarizar a mis hijos y educarlos en casa?

Para poder responder a esa pregunta debemos comenzar analizando el delito de abandono de familia, recogido en el artículo 226 CP, que dice así: «El que dejare de cumplir los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad [...] o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes [...] será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses».

Nos encontramos frente a un tipo penal que puede ser cometido por omisión de los padres y exige dolo, por lo que debe ser conocida por los padres la situación de no escolarización del menor y dolosamente no han de hacer nada por solucionarlo.

Como ya hemos analizado en apartados anteriores, podemos afirmar que una de las obligaciones que se derivan de la patria potestad es la educación de los hijos y que ésta no sólo se considera cumplida con la escolarización de los hijos, ya que, en el caso de educar a los hijos en casa, puede verse satisfecha dicha obligación.

De ello podríamos deducir que el simple hecho de no escolarizar a los hijos no supone la comisión del delito de abandono de familia del artículo 226 CP, ya que el incumplimiento del deber de educación no debería ser necesariamente grave, pero no siempre es así.

Encontramos diferentes resoluciones judiciales en cuanto a la configuración del tipo penal del delito



contemplado en el artículo 226 CP. Por ejemplo, una sentencia condenatoria reciente es la de la Audiencia Provincial de Álava³¹ que considera culpables de un delito de abandono de familia a un matrimonio que no escolariza a su hijo de 7 años. Además, configura el comportamiento de los padres penalmente relevante tanto en cuanto «los padres hayan adoptado una actitud consciente de pasividad y despreocupación respecto del cumplimiento de tales deberes»³².

El planteamiento de la sentencia anterior entra en conflicto con el presentado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel. En este caso de no escolarización de los hijos y aplicación del *homeschooling*, la Audiencia considera que «la falta de escolarización de los menores, [...] cuando viene motivada, como en el presente caso ocurre, en una libre decisión de los padres, que han optado por un sistema alternativo de educación, [...] y no viene unida a una situación de desamparo o de riesgo social del menor, no es susceptible de integrar el tipo penal del delito de abandono de familia del artículo 226 del Código Penal»³³. Dicha afirmación la hace el Tribunal en contra de lo alegado por el Ministerio Fiscal.

³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava nº 39/2021, de 15 de febrero de 2021.

³² Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava nº 39/2021, de 15 de febrero de 2021, Fundamento de Derecho Segundo.

³³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel 51/2009, de 16 de diciembre de 2009, Fundamento de Derecho Segundo.



En relación con lo ya visto anteriormente de la declaración de abandono del menor y de las situaciones de riesgo, no parece descabellada la idea de que, para poder contemplar la comisión de un delito de abandono de familia en el caso de no escolarizar de los hijos, se debe faltar gravemente a la obligación de educar, ya que el artículo 226 no hace referencia ni a la escolarización ni a la educación que conlleva esa obligación posterior de escolarizar.

No parece razonable pensar que, siendo el Derecho penal el último arma a aplicar en cualquier situación, pueda llegarse a contemplar un delito de abandono de familia por llevar a la práctica la *educación en casa* y no se contemplase (en el mismo caso) una declaración de desamparo del menor por la vía civil, por no revestir el contexto la suficiente gravedad.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 1669/1994, relativa al caso "Niños de Dios"³⁴, queda clara la delimitación de las vías óptimas a seguir en los supuestos de no escolarización de menores. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo establece que, aun existiendo una posibilidad subsidiaria de actuación del derecho en las relaciones entre los padres y los hijos, «el derecho penal sigue siendo la última línea de actuación y sólo está justificada cuando existe un daño efectivo y

³⁴ Caso de una comunidad religiosa en Cataluña denominada "Niños de Dios", en la que los hijos de las familias que formaban parte de esta eran educados sin acudir al centro escolar. Contaban con su propio itinerario formativo y no se demostró que se faltase completamente al deber de educar a los menores.



real»³⁵. Refuerza su postura cuando afirma que no es suficiente para iniciar la vía penal el hecho de que se produzca un daño social o individual consecuencia de una actuación³⁶.

Además de lo anterior, el Supremo afirma que «no cabe descartar los modelos educativos basados en la enseñanza en el propio domicilio, siempre que se satisfaga con ella la necesaria formación de los menores»³⁷, aunque justifica la intervención del Ministerio Fiscal volviendo a recalcar que «el ámbito apropiado para ejercitar esta acción protectora es el marcado por el ordenamiento civil»³⁸.

En conclusión, la vía correcta para la intervención del Derecho en los casos de *homeschooling* es la civil. Para poder acudir a la vía penal debe existir un daño efectivo, real y grave, que justifique la necesidad de una pena como es la de la privación de la patria potestad. Si la vía correcta es la civil, queda excluida «la posibilidad de la privación de la patria potestad, sanción que parece desmesurada»³⁹.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 1669/1994, de 30 de octubre, Fundamento de Derecho Segundo.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Idem*, Fundamento de Derecho Tercero, apartado Cuarto.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ GOIRIA MONTROYA. M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, op cit., p. 155.



3. EL HOMESCHOOLING Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

3.1. Introducción

Como se ha visto, la LOE establece la obligatoriedad de la escolarización durante un periodo concreto. A continuación, analizaremos dicha obligación dentro del marco constitucional del derecho a la educación.

Como objetos de investigación nos enfocaremos en el artículo 27 de la Constitución Española y en la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre de 2010, sentencia fundamental para conocer la actual jurisprudencia constitucional sobre la escolarización obligatoria en España y el alcance del derecho a la educación. También acudiremos a fuentes doctrinales de distintos juristas, para observar las posturas existentes.

Para ello, en primer lugar, realizaremos un breve análisis de los derechos reconocidos dentro del artículo 27 de la CE, así como de la titularidad y alcance de los mismos; posteriormente, analizaremos la jurisprudencia principal del Tribunal Constitucional relativa a la escolarización obligatoria.

3.2. El derecho a la educación en sentido estricto y otros derechos reconocidos en el artículo 27 CE



El artículo 27 CE consta de diez apartados. Probablemente la extensión del mismo se deba a las dificultades que surgieron durante su redacción y los conflictos entre los enfoques de las izquierdas y las derechas en el proceso constituyente⁴⁰, dada la importancia que tiene la educación y su forma de gestión dentro de un Estado, tanto en el ámbito social y cultural como político. Cada una de las corrientes políticas tiraban fuertemente hacia sus propios intereses, ya que las visiones sobre la educación y los objetivos era dispares⁴¹.

Dentro de esos diez apartados encontramos el reconocimiento de varios derechos y libertades, es por ello, por lo que nos referimos a *los derechos* reconocidos en el artículo 27 y no al *derecho* a la educación, aunque el Tribunal Constitucional acepta referirse de forma genérica al artículo 27 en su conjunto como el *derecho a la educación*⁴². De la lectura de dicho artículo se evidencia el reconocimiento de una serie de derechos y libertades, todos relacionados con el derecho a la

⁴⁰ A dicho conflicto se hace referencia brevemente en la Constitución Española comentada del Congreso de los Diputados, que podemos encontrar en <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=27&tipo=2> (21/02/2024).

⁴¹ CASTILLO CÓRDOVA, L., "Sobre el carácter consensual y abierto del artículo 27 CE", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, nº8 (2004), p. 234-238.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional 86/1985, de 10 de julio de 1985, Fundamento de Derecho Tercero.



educación, pero que no son en sentido estricto «el derecho a la educación»⁴³.

A modo de ilustración, los derechos reconocidos en el artículo 27 de la Constitución son:

- El derecho a la educación en sentido estricto, contemplado en los apartados 1, 2, 4, 5 y 8.
- La libertad de enseñanza, recogida en los apartados 1 y 6. Dicho derecho se concreta en la libertad de creación de centros docentes, la libre elección de centro escolar de los padres y en la libertad de cátedra, como veremos más adelante.

En lo relativo al presente trabajo interesan especialmente algunos de los apartados del artículo⁴⁴, por lo que nos detendremos únicamente en ellos, sin entrar a analizar otros como pueden ser los apartados 7, 9 y 10. Dichos apartados establecen obligaciones o principios ordenadores de la actuación del Estado que no parecen tener especial relevancia en cuando a la educación-escolarización puestas en relación con el *homeschooling*.

No está de más recordar que el derecho a la educación, y los derechos relacionados, se encuentran reconocidos dentro de la sección I, del capítulo II, del Título I de la Constitución, por lo que forman parte de

⁴³ DÍAZ REVORIO, F. J., "El derecho a la educación", *Parlamento y Constitución. Anuario*, nº2 (1998), pp. 276.

⁴⁴ Especialmente los apartados 1º (derecho a la educación y libertad de enseñanza), 2º (objeto y finalidad de la educación), 3º (libertad de los padres para educar a los hijos con formación religiosa y moral conforme a sus convicciones), 4º (establece la obligatoriedad de la enseñanza básica) 5º y 6º (derecho a la creación de centros docentes).



los derechos centrales que reconoce el texto legal. De ello derivan dos consecuencias importantes: primera, su desarrollo normativo debe ser mediante Ley Orgánica; segunda, cualquier persona puede obtener su tutela ante los Tribunales ordinarios o sirviéndose del procedimiento de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁴⁵.

3.2.1. El derecho a la educación y la libertad de enseñanza

El apartado primero del artículo 27 consagra el derecho a la educación («Todos tienen el derecho a la educación») y la libertad de enseñanza («Se reconoce la libertad de enseñanza»). Encontramos por lo tanto un derecho de prestación y un derecho de autonomía, respectivamente, pero ambos relacionados con la educación⁴⁶.

Una de las principales consecuencias, en relación con el *homeschooling*, de que el derecho a la educación sea reconocido como un derecho de prestación es que obliga al Estado a adoptar un sistema educativo público, en el sentido de que debe ofrecerse la educación como

⁴⁵ Consecuencias recogidas en el artículo 53.2 de la Constitución Española.

⁴⁶ MÁXIMO PALACIOS, J. C., DE LA CALLE, N., "El derecho a la educación en la Constitución Española de 1978", *Asamblea*, febrero-marzo (2005), pp. 437-439.



una prestación social de servicio público⁴⁷. Es dentro de este sistema de educación de "servicio público" en el cual el Estado obliga a ser educados a sus ciudadanos. Ciertamente, el hecho de que se obligue al Estado a crear un sistema público de educación no conlleva necesariamente la obligación de los ciudadanos a integrarse en el mismo. Hay que tener clara la diferencia entre un derecho de prestación (que impone obligaciones al Estado) y una obligación de acceso (que impone obligaciones a los ciudadanos). Doctrinalmente encontramos posturas que consideran el derecho a la educación como un derecho social de prestación que integra una obligación de acceso a un sistema de escolarización⁴⁸.

Como dice Díaz Revorio⁴⁹, el contenido esencial del derecho a la educación está integrado por varios extremos: el acceso a las enseñanzas regladas que conforman el sistema educativo y la permanencia en los mismos si se cumplen los requisitos, derecho-obligación a un control de dichas plazas y su gestión, derecho a la educación en una lengua comprensible y acceso a una educación gratuita. Todo ello relacionado con una educación de calidad, aspecto que vendrá determinado

⁴⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "El derecho a la educación y la libertad de enseñanza", *Cuadernos "Bartolomé de las Casas"*, Editorial Dykinson, vol. 27 (2003), p. 136.

⁴⁸ *Idem*, pp. 139-141; Voto particular del Magistrado don Vicente Gimeno Sendra a la STC 260/1994, de 3 de octubre de 1994, dictada en los recursos de amparo acumulados núms. 1561/1992 a 1567/1992.

⁴⁹ DÍAZ REVORIO, F. J., "El derecho a la educación", *op cit.*, pp. 281-287.



por la ley orgánica que desarrolle el derecho a la educación y su contenido.

De los planteamientos anteriormente expuestos, se extrae una visión de la educación como tarea asumida por el Estado, es decir, una visión social de la educación y no una visión de libertad en la que se otorga un derecho de autonomía al individuo⁵⁰. Es por ello por lo que se va a desarrollar la otra cara de la moneda: la libertad de enseñanza.

La libertad de enseñanza reconocida en el artículo 27 de la Constitución Española tiene relación directa con la libertad de pensamiento y de religión (artículo 16 CE) y la libertad de expresión y de cátedra (artículo 20.1 CE). El contenido de la libertad de enseñanza, aceptado generalmente por la doctrina, es el siguiente⁵¹:

- Derecho a la libertad para crear centros docentes.
- Derecho de los padres para educar a sus hijos en las convicciones morales y religiosas que consideren mejores para su desarrollo.

⁵⁰ ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I. Y ALCÓN YUSAS, M^a. F., "Breve estudio sobre la situación jurídica del derecho a la educación", *Revista de las Cortes Generales*, nº60 (2003), pp. 223-227.

⁵¹ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, op cit., p. 155; GÓMEZ ORFANEL, G., "Derecho a la educación y libertad de enseñanza. Naturaleza y contenido", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº7 (1983), pp. 9-11; MÁXIMO PALACIOS, J. C., DE LA CALLE, N., "El derecho a la educación en la Constitución Española de 1978", op cit., pp. 439-440.



- El derecho de los profesores a la libertad de cátedra.

Los anteriores tres aspectos, normalmente, son objeto de estudio cuando se aborda el asunto de la libertad de enseñanza, pero tampoco queremos olvidar aquí un aspecto que adquiere relevancia en el presente trabajo y que es la libertad de enseñanza como libre transmisión del conocimiento y de valores⁵². Ciertamente no es el aspecto más estudiado o al que más importancia se le reconoce en los artículos doctrinales sobre el derecho a la educación, quizá derivado de la tradicional concepción de la enseñanza como una prestación de servicio público dependiente del Estado y separada de la tarea de los padres.

Como hemos dicho, la libertad de enseñanza suele entenderse de forma restrictiva en cuanto a su contenido, pero es interesante mencionar desarrollos más extensos o generosos con el contenido de dicha libertad. Ese es el caso de Ortiz Díaz⁵³, quien lo divide en los siguientes derechos:

- Libertad de escoger el tipo de educación y el centro educativo.
- Derecho de los padres a que los hijos reciban la educación conforme a sus convicciones morales y religiosas.

⁵² FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., "De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución Española", Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, p. 65.

⁵³ ORTIZ DÍAZ, J., "La libertad de enseñanza", Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga, nº1 (1980), pp. 28-29.



- Libertad de creación de centros docentes, siempre que reúnan los requisitos establecidos por ley.
- Derecho de dirigir, gestionar y seleccionar al profesorado de dichos centros docentes.
- Libertad de cátedra.
- Derecho de las familias a recibir ayuda económica para la educación de los hijos.

La enumeración anterior es criticada por Martínez de Pisón, ya que considera que «chirría la armonía entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza»⁵⁴ al introducir el séptimo punto. Aquí vuelve a mostrarse el conflicto existente entre el derecho a la educación como derecho prestacional (que impone obligaciones al Estado y al ciudadano) y la libertad de enseñanza (que impone una obligación de no injerencia del Estado en la autonomía de la voluntad del ciudadano).

Como hemos podido ver, y confirma Balaguer Callejón, la libertad de enseñanza «se canaliza a través de las expresiones comunes de esta libertad»⁵⁵ como pueden ser la libertad para crear centros docentes, el derecho de los padres para educar a sus hijos en las convicciones morales y religiosas que consideren mejores para su desarrollo y la libertad de cátedra.

Por otro lado, dentro de la libertad de enseñanza se suele integrar el derecho de los padres a escoger la

⁵⁴ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, op.cit., p. 156.

⁵⁵ BALAGUER CALLEJÓN, F., "Manual de Derecho Constitucional", Vol. II, Editorial Tecnos, 18ª edición (2023), p. 201.



educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones propias. Cabe, entonces, plantear el supuesto de unos padres que no encuentran dentro del sistema educativo ofrecido por el Estado una educación que incluya sus propias convicciones morales y religiosas o, lo que sería más grave, personas que únicamente hallan educación contraria a sus convicciones.

En relación con esto último entra en juego el principio de subsidiariedad, por el que, teniendo en cuenta que los primeros responsables de la educación de los hijos son los padres, el Estado únicamente debe actuar en dicho ámbito si es para prestar auxilio o apoyar en dicha tarea⁵⁶. Esa primera obligación de educación de los padres podemos encontrarla recogida tanto en el artículo 154 CC como en el apartado 3º del artículo 39 de la Constitución Española⁵⁷. El Estado se ve obligado a intervenir y, eventualmente, obligar a escolarizar a un menor en los casos en los que se le prive del acceso a una educación que permita su libre y correcto desarrollo o cuando se incumpla una obligación legal de escolarización.

3.2.2. Titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 27 de la Constitución Española

⁵⁶ GOIRIA MONTOYA. M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, op cit., p. 150.

⁵⁷ "Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda".



A la hora de pensar en la configuración y alcance de los derechos reconocidos en el artículo 27 de nuestro texto constitucional, es fundamental determinar la titularidad de cada uno de ellos, ya que más adelante analizaremos el derecho a la educación de los hijos en relación tanto con los padres como con el Estado.

En primer lugar, la titularidad del derecho a la educación en sentido estricto, reconocido en el apartado primero del artículo 27 CE, corresponde a los sujetos que reciben la educación, es decir, a los hijos o menores a cargo. Son titulares tanto los menores españoles como los extranjeros⁵⁸, ya que el apartado primero del artículo deja claro que “todos” tienen derecho a la educación. En este caso, la interpretación del derecho «implica un entendimiento amplio de la titularidad»⁵⁹. Por otro lado, no suele existir duda de que el derecho es únicamente predicable de personas físicas.

Por otra parte, si se entiende que en el artículo 27 CE se reconocen diversos derechos y no únicamente un derecho a la educación integrado por diferentes dimensiones, encontramos claramente a los padres o tutores legales como titulares de algunos de ellos. Estos son, por ejemplo, el derecho a que los hijos reciban

⁵⁸ Artículo 9.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁵⁹ DÍAZ REVORIO, F. J., “El derecho a la educación”, op cit., p. 278.



formación religiosa y moral conforme a sus convicciones (apartado 3º) y el derecho a elegir para los hijos centros docentes diferentes a los creados por el Estado. Dichos derechos de los padres se derivan realmente de la patria potestad que ostentan con respecto a los hijos mientras son menores de edad.

La principal consecuencia de que la titularidad del derecho a la educación resida en los hijos, y no en los padres, es que los padres deben tomar las decisiones relativas a dicho derecho siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor y no meramente sus convicciones morales, religiosas o pedagógicas. *A priori* parecería que dicha afirmación es algo evidente, pero en caso de llegar a los tribunales un conflicto relativo a la escolarización del menor, el mayor interés del menor será antes determinado por el texto constitucional y la ley que por la decisión libre y voluntaria de los padres.

Ahora bien, en cuanto a la libertad de enseñanza reconocida también en el apartado 1º del artículo 27 CE, la titularidad residiría en los padres (si atendemos a la libertad para escoger el centro docente o el derecho a que los hijos reciban la educación conforme a los principios morales y religiosos) o en los profesores (supuesto de libertad de cátedra).

3.3. La escolarización obligatoria en el artículo 27 de la Constitución Española

Una vez hemos delimitado el contenido y la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 27 CE, cabe plantearse si, para el correcto desarrollo de los mismos, es necesaria la escolarización obligatoria o se trata



simplemente de una opción. Es fundamental mencionar en este momento el apartado 4 del artículo 27 CE, que dice que «la enseñanza básica es obligatoria». La cuestión entonces es: ¿exige el artículo 27 de la Constitución Española la escolarización obligatoria de los menores para el correcto ejercicio del derecho a la educación?

A modo de orientación sobre la interpretación histórica general, podemos observar cómo, desde la entrada en vigor de la Constitución Española en 1978, encontramos nueve leyes de educación⁶⁰ que desarrollan los derechos del artículo 27 CE. En todas ellas se contempla la educación como un proceso en el que es necesario –y obligatorio– la escolarización durante alguna etapa. Dicha obligación se encuentra recogida de formas y durante periodos semejantes que se exponen esquemáticamente a continuación:

LEY	AÑO	ESCOLARIZACIÓN	LOCALIZACIÓN
LGE	1970	8 años de escolarización obligatoria. Normalmente entre los 6 y los 13 años.	Artículo 2.2 y 15.2

⁶⁰ LGE (1970), LOECE (1980), LODE (1985), LOGSE (1990), LOPEG (1995), LOCE (2002), LOE (2006), LOMCE (2013) y LOMLOE (2020).



LODE	1985	Mantiene la misma escolarización que la LGE de 1970.	Artículo 1.1
LOGSE	1990	Educación Primaria y Secundaria obligatoria. Comprende 10 años, entre los 6 y los 16 años.	Artículo 5
LOCE	2002	Igual que en el caso de la LOGSE	Artículo 9.1
LOE	2006	Igual que en la LOCE	Artículo 4
LOMLOE	2020	Igual que en la LOE	Artículo único (art. 4 LOE)

Si, como vemos, todas las leyes de educación existentes desde la entrada en vigor de la Constitución contemplan la escolarización obligatoria en un periodo central de la educación, cabe preguntarse si dicha escolarización conforma un “todo” con el derecho a la educación –es parte necesaria– o se trata de un modo concreto –y por tanto, contingente– de desarrollarlo.

La delimitación es fundamental, ya que surge la siguiente cuestión: ¿puede el Estado limitar el derecho de los padres a escoger la educación moral y religiosa conforme a sus propias convicciones para sus hijos (recogido en el artículo 27.3 CE y parte integrante de la



libertad de enseñanza del apartado 1º del mismo artículo) por el hecho de que no se escolarice al menor, pero se le eduque en casa?

No venimos a decir que la libertad de enseñanza de los padres prevalezca sobre el derecho a la educación de los hijos –aspecto ya resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Campbell y Cosans*⁶¹– sino que, de no ser la escolarización obligatoria parte integrante del derecho a la educación, el Estado estaría extralimitándose si impidiese a los padres educar a sus hijos únicamente en casa, ya que no se estaría produciendo un choque de derechos.

Como hemos visto, el derecho a la educación se configura como un derecho fundamental; pero la libertad de enseñanza como una libertad pública, por lo que, en caso de conflicto directo, prevalece el derecho a la educación⁶². Pero en el caso de que no escolarizar no suponga una vulneración del derecho a la educación, no se produciría un conflicto entre *derecho a la educación* y *libertad de enseñanza*, sino entre la segunda y una obligación legal de escolarizar.

Atendiendo al tenor literal del artículo 27 CE, lo que se reconoce es el «derecho a la educación», por lo

⁶¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 7511/76, de 25 de febrero de 1982. *Campbell y Cosans* contra Reino Unido.

⁶² MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., “La educación en la Constitución Española”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº6 (1979), p. 235.



que no se contempla directamente que, para el correcto ejercicio del derecho a la educación, se deba dar una escolarización obligatoria para recibir una educación o enseñanza institucionalizada⁶³. Aun de afirmarse que la forma óptima para permitir el ejercicio del derecho a la educación fuese la escolarización, eso no quiere decir que se tratase de parte integrante del derecho, de ahí que no se entienda la postura del exmagistrado del Tribunal Constitucional, don Vicente Gimeno Sendra, en su voto particular a la STC 260/1994 en el que afirma que el derecho a la educación «consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado, con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso obligatoriamente, si ello fuera del todo punto necesario»⁶⁴.

También encontramos la posición de José Luis Martínez López-Muñiz, que considera el apartado primero del artículo 27 CE referido únicamente a la «enseñanza institucionalizada»⁶⁵. Aludiendo al apartado cuarto del artículo 27 CE, («la enseñanza básica es obligatoria») mantiene que «es evidente que con ello se quiere indicar que la recepción de la instrucción educativa institucionalizada como básica en nuestra

⁶³ GOIRIA MONTOYA. M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, op cit., p. 152.

⁶⁴ Voto particular del Magistrado don Vicente Gimeno Sendra a la STC 260/1994, de 3 de octubre de 1994.

⁶⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "La educación en la Constitución Española", *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº6 (1979), p. 236.



nación resulta un deber público general y [...] un derecho [...] no renunciable»⁶⁶.

Diferente a los posicionamientos anteriores, con un enfoque radicalmente opuesto, encontramos la postura de don Francisco Rubio Llorente (también exmagistrado del Tribunal Constitucional), quien defiende la completa libertad de los padres para escoger educar a sus hijos fuera del sistema escolar⁶⁷. Fundamenta su posición en que la configuración constitucional del derecho a la educación «no tiene otra finalidad de satisfacer un derecho individual [...] no la de favorecer la integración social», combatiendo una de las críticas habituales que se realizan desde la postura favorable a la escolarización. Además, considera protegida la decisión de los padres por el derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18 CE, reduciendo los casos de exigencia de responsabilidad a supuestos marginales⁶⁸.

Con todo lo anterior se puede afirmar que la doctrina se encuentra dividida en dos posturas: la primera, aceptando la escolarización obligatoria como parte esencial del derecho a la educación y, en consecuencia, considerando imposible un sistema educativo mixto en el que tenga espacio el *homeschooling*; la segunda, aquella posición que

⁶⁶ *Idem*, p. 237.

⁶⁷ RUBIO LLORENTE, F., "Los deberes constitucionales (1)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº62 (2001), p. 29.

⁶⁸ *Ibidem*.



entiende la educación en un sentido más amplio pudiéndose desarrollar sin problema dentro del ámbito familiar y sin ser la escolarización obligatoria parte constitutiva del derecho a la educación.

Ahora cabe preguntarse por la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional con respecto a la escolarización obligatoria dentro del marco del artículo 27 de la Constitución. Para ello analizaremos la STC 133/2010, de 2 de diciembre, en la que se aborda el fondo del asunto. Haremos un comentario a toda la sentencia, que servirá también para dar una visión general de la forma de actuar de las diferentes instancias frente a un caso de falta de escolarización de un menor.

3.4. La Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre

3.4.1. Íter procesal y alegaciones de las partes

El procedimiento comienza cuando el Ministerio Fiscal, en 2003, presenta un expediente de jurisdicción voluntaria ante el Juzgado de Primera Instancia nº2 de Coín (Málaga), en el que solicita la escolarización de unos menores que estaban siendo educados en casa por sus padres. El Ministerio Fiscal fundamenta su pretensión en la vulneración de la obligación de escolarizar recogida en el artículo 4 de la LODE, que establecía la escolarización obligatoria hasta los 16 años. Ya en este punto encontramos una interpretación del Ministerio Fiscal con respecto al asunto central que estamos tratando cuando dice que «La Constitución de 1978 no protege la obligatoriedad de la escolarización, sino el derecho a la



educación [...] y no puede confundirse la educación con la escolarización, ya que lo uno no implica lo otro»⁶⁹.

Los padres fundamentan su decisión de no escolarizar a sus hijos argumentando que la educación que reciben en el domicilio es de muy alto nivel, tanto en contenidos como en aspecto pedagógico. Además, abarcando todos los campos que se estudian en el sistema escolar, así como una educación moral y cívica suficiente. Consideran que los menores no están sufriendo ningún perjuicio en cuanto a la educación que reciben ni en cuanto al desarrollo óptimo de su personalidad. Por último, mantienen que no se ha detectado por parte de los servicios sociales ningún tipo de comportamiento o ambiente perjudicial para los menores.

El Juzgado de Primera Instancia nº2 de Coín dicta sentencia, el 5 de mayo de 2003, imponiendo a los padres la obligación de escolarizar a los menores en el curso 2003/2004. Fundamenta su decisión en que el artículo 27 de la Constitución impide a los padres privar a los hijos de la escolarización, recalcando que hay una obligación de escolarizar.

Los padres interponen un recurso de apelación a la Audiencia Provincial de Málaga argumentando una incongruencia *extra petita*, aspecto del proceso que no abundaremos por carecer de interés más allá del derecho procesal. El 6 de junio de 2005 se dictó sentencia

⁶⁹ STC 133/2010, de 2 de diciembre. Antecedentes, apartado 2.



desestimando el recurso y confirmando la sentencia de primera instancia, así como afirmando que la escolarización obligatoria estaba contenida dentro del concepto básico del derecho a la educación. Como aspectos interesantes de esta sentencia encontramos la consideración de la escolarización como parte integrante del derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución y el recuerdo de que el derecho a la educación es titularidad de los menores y no de los padres o tutores legales.

Finalmente, el 26 de octubre de 2005 se interpone recurso de amparo alegando, de nuevo, la incongruencia *extra petita*; vulneración de la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías; violación al derecho a la educación y vulneración del derecho a la no discriminación, ya que algunos de los recurrentes de amparo ostentaban otra nacionalidad y en su país de origen sí tenían reconocido un derecho a no escolarizar a los hijos y educarlos únicamente en casa. Mediante otrosí se solicita la suspensión de la obligación de escolarización de los menores en el curso 2003/2004 impuesta por la AP de Málaga. No es hasta el 26 de junio de 2008 que el Tribunal Constitucional deniega la suspensión de la medida⁷⁰ (recordemos que se solicita con la interposición del recurso de amparo en 2005).

El Ministerio Fiscal presentó escrito de alegaciones afirmando que el artículo 27 CE no impedía completamente la puesta en práctica del *homeschooling*, tratándose de un vacío legal. Cabe recalcar que el Ministerio Fiscal erra en su afirmación relativa a la laguna

⁷⁰ No se ha podido confirmar si los padres, finalmente, escolarizaron a los menores o no en el curso 2003-2004.



legislativa, ya que la escolarización obligatoria sí se encuentra recogida en las leyes de educación españolas, en el caso de la LOE, en su artículo 4.2. También lo recuerda el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia que analizamos, cuando afirma que la escolarización constituye un deber legal, por lo que «no hay, pues, laguna normativa de ninguna clase». Las demás alegaciones del Ministerio Fiscal están relacionadas con la incongruencia *extra petita* y el derecho a la no discriminación.

Finalmente, el 29 de noviembre de 2010, mediante providencia, se establece el día 2 de diciembre de 2010 la votación de la sentencia, cinco años después de la interposición del recurso de amparo. El Tribunal Constitucional desestima el amparo.

3.4.2. Fundamentos jurídicos de la denegación de amparo e interpretación del derecho a la educación

Como hemos visto anteriormente, en el recurso de amparo se alegan varias vulneraciones por las partes actoras, pero únicamente nos interesa la relativa al artículo 27 y el derecho a la educación, por lo que no entraremos a analizar los fundamentos jurídicos de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ni al derecho a no ser discriminado⁷¹ ni a la incongruencia

⁷¹ Inadmitido por falta de invocación formal en los procesos judiciales previos.



extra petita por aplicación del artículo 154 CC (que sí comentaremos en apartados posteriores en relación con las obligaciones de la patria potestad). La cuestión central de la sentencia radica en la escolarización obligatoria de los menores como parte esencial del derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución, especialmente en relación con su apartado cuarto.

El Tribunal afirma que el recurso de amparo se desestima por dos motivos; el primero de ellos relacionado con la libertad de enseñanza; y el segundo, en relación con la imposición legal de la escolarización obligatoria.

En cuanto a la libertad de enseñanza, los padres afirman que no escolarizan a sus hijos por «motivos de orden pedagógico». El tribunal asevera que la pretensión de los padres de educar a los hijos en casa por los motivos anteriormente expuestos «no está comprendida, ni siquiera *prima facie*, en ninguna de las libertades constitucionales que la demanda invoca y que el art. 27 CE reconoce»⁷². Los magistrados delimitan el contenido de la libertad de enseñanza en cuanto al derecho de los padres a escoger el centro docente para sus hijos y la libertad de creación de centros escolares.

El tribunal, en el Fundamento Jurídico 6º, hace especial hincapié en que los motivos pedagógicos no encuentran acomodo dentro de las razones protegidas por el artículo 27 CE, que son razones de orden moral o religioso. Refuerza esta postura con la interpretación del artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre. Fundamento Jurídico 5º.



de la Unión Europea⁷³ dentro del marco del artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH, «sin que las convicciones pedagógicas se encuentren entre las ampliaciones de este último precepto»⁷⁴.

En relación con el segundo motivo, el Tribunal entra a analizar si el artículo 27 CE establece que la educación deba configurarse como un período de escolarización obligatoria. En el fundamento jurídico séptimo viene a explicar que no es equiparable la «enseñanza básica» con la escolarización, por lo tanto, el artículo 27.4, cuando afirma que la «enseñanza básica será obligatoria» no obliga al legislador a desarrollar un sistema educativo en el que la escolarización sea, sí o sí, obligatoria. Esa decisión dependerá de la libre apreciación del Estado dentro de los límites del «principio de pluralismo político».

Dicha «opción política» podrá verse motivada por el «interés social» de la escolarización obligatoria durante el período de enseñanza básica, pero en ningún caso podemos entender que se encuentre dentro del contenido esencial del derecho a la educación del artículo 27 CE⁷⁵.

⁷³ Que reconoce el derecho de los padres a educar a los hijos conforme a sus propias convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre. Fundamento Jurídico 6º.

⁷⁵ PARODY NAVARRO, J. A., "Sobre la práctica del homeschooling en España y la jurisprudencia europea", op cit., p. 310-312.



De lo anterior se infiere que un sistema escolar que contemple un período obligatorio de escolarización no es la única forma de desarrollar el derecho a la educación, por lo que la STC 133/2010 da a entender que es posible un sistema educativo mixto en el que los padres puedan optar por escolarizar a sus hijos o educarlos en casa⁷⁶.

Lo anterior no impide que el Estado pueda optar por un sistema de escolarización obligatoria en la que, durante un período concreto de tiempo, «quede excluida la opción de los padres a enseñar a sus hijos en su propio domicilio en lugar de proceder a escolarizarlos»⁷⁷. Pero dicha obligación no derivará, directamente, del artículo 27 CE, sino del desarrollo legislativo del derecho, lo mismo que la duración de dicho período o el régimen jurídico concreto⁷⁸.

Ciertamente, la «opción política» que se tome en cada momento dependerá de la concepción que se haga de la libertad de enseñanza, el concepto amplio del art. 27.1 o el estricto del 27.6⁷⁹, pero siempre existiendo una posibilidad de regular un sistema que contemple la educación en casa. Esto choca frontalmente con la rígida interpretación que realiza Vicente Gimeno Sendra en su voto particular a la STC 260/1994, en el que defiende

⁷⁶ *Idem*, p. 319.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre. Fundamento Jurídico 9º.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ BARNES VÁZQUEZ, J., "La educación en la Constitución de 1978", *Revista de Derecho Constitucional*, nº 4 (1984), p. 38.



que el derecho a la educación «consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado».

La conclusión que se obtiene de la STC 133/2010 es, entre otras, que el derecho a la educación no consiste en el derecho del niño a ser escolarizado, sino en el derecho del niño a ser educado y a recibir una enseñanza básica, sea o no dentro de un sistema de escolarización obligatoria, dependiendo del desarrollo legislativo por el que se opte, dando el artículo 27 CE un amplio margen.

3.4.3. Conclusiones

La conclusión principal de la sentencia analizada viene a delimitar el contenido del derecho a la educación y a afirmar que la escolarización obligatoria no es parte esencial del mismo. De esta conclusión se deriva, también, la idea de que los conceptos de educación y enseñanza no son análogos al de escolarización, postura defendida por algunos juristas, como hemos desarrollado en apartados anteriores. De esto se deriva que, cuando el artículo 27.4 CE afirma que «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita», no hace referencia a la escolarización, sino a la adquisición de los conocimientos básicos que debe recibir una persona dentro de la sociedad.

El tribunal conceptualiza la escolarización como la integración del menor en un centro docente homologado, ya sea público o privado. Y dentro de ese sistema escolar se despliegan los efectos de la libertad de enseñanza de



los padres, pudiendo escoger el más afín a sus convicciones morales y religiosas o abrir un centro ellos mismos. Podemos afirmar que el Tribunal Constitucional diferencia claramente entre escolarización y enseñanza, y confirma que el artículo 27 CE no exige la escolarización como modo necesario de desarrollo del derecho a la educación.

De la interpretación que hace el tribunal del artículo 27 CE, se infiere que un sistema mixto en el que se admita la escolarización voluntaria o la educación en casa de los menores no vulneraría el derecho a la educación, siempre y cuando se imparta una educación conforme a los mínimos establecidos por los poderes públicos, que tienen la obligación de garantizar la educación de los menores, como establece el artículo 27 CE en sus apartados 3º y 8º. De esta forma, lo que se impone a los poderes públicos es la programación general de enseñanza, para garantizar un verdadero ejercicio del derecho a la educación de los menores, pero sin imponer una escolarización.

El Tribunal Constitucional recuerda que la obligatoriedad de la escolarización se deriva de la configuración legislativa que se ha llevado a cabo, por lo que los padres no se encuentran vulnerando directamente el derecho a la educación de los hijos, sino que incurren en el incumplimiento de la obligación de escolarizar de los 6 a los 16 años del artículo 4.2 LOE. En el supuesto de no escolarizar a los hijos, los padres no están incumpliendo el mandato Constitucional de educar a los hijos, sino la Ley Orgánica de Educación.

En caso de llevar dicho razonamiento más allá, podemos plantear la situación de un intervencionismo



estatal ideologizado en el currículo educativo. Esto llevaría a influir directamente en todos los centros escolares, tanto públicos como privados, y obligaría a los padres a escolarizar a los hijos en un sistema que no puede ofrecer una educación a los hijos conforme a sus convicciones morales y religiosas.

En resumen, se pueden sintetizar las conclusiones anteriores en dos ideas:

- El derecho a la educación reconocido en el artículo 27 CE no impone la escolarización obligatoria, ni siquiera al reconocer que «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita» en su apartado 4º. Por ello, en el sistema jurídico español cabe un sistema mixto de educación escolarizada y educación en casa.
- La obligación que impone el artículo 27 CE a los poderes públicos es la de garantizar el acceso a una enseñanza básica obligatoria, ya sea configurándola como un período de escolarización obligatoria o cualquier otro sistema que permita dicho objetivo.
- La Ley Orgánica de Educación no incurre en inconstitucionalidad al establecer un periodo de escolarización obligatoria, pero tampoco lo haría si estableciese un sistema mixto en el que se permitiese la educación en casa.
- El *homeschooling* en España no constituye un vacío legal, ni una laguna legislativa ni se trata de una conducta alegal. La obligación de escolarizar a los menores se encuentra recogida claramente en el artículo 4.2 LOE, por lo que en caso de no



escolarizar a los hijos se incurre en una vulneración de dicha norma. Eso no quiere decir que la no escolarización sea, en todo caso, una vulneración del derecho a la educación de los menores.

4. CONCLUSIONES: ALGUNAS PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN DEL HOMESCHOOLING EN ESPAÑA

4.1. Introducción

La idea de una eventual regulación⁸⁰ del *homeschooling* en España suele suscitar reticencias en la mayoría de las personas. Esto, generalmente, deriva del miedo a la falta de control que se produce cuando los niños son educados fuera de un centro escolar, que cuenta con la homologación estatal y con la tarea de los inspectores de educación.

En este apartado se pretenden mostrar diferentes vías mediante las que se podría dar un marco normativo a esta opción educativa, que como se ha mostrado, tiene perfecta cabida en el artículo 27 CE. Es interesante la diferenciación que realiza Madalen Goiria Montoya⁸¹ relativa al reconocimiento o regulación. En este punto hablaríamos de una regulación que no conllevaría aún

⁸⁰ "Regulación" referida, a lo largo de todo este apartado, a una regulación que permitiese el ejercicio del *homeschooling* como una opción educativa más.

⁸¹ GOIRIA MONTOYA. M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, op cit., p. 395-399.



«incorporar al catálogo de intereses dignos de protección dentro del ordenamiento interno»⁸².

Como se ha mostrado a lo largo del trabajo, la Constitución Española no establece la escolarización como única forma de ejecución del derecho a la educación, pero tampoco impide establecer dicho sistema. No venimos aquí a afirmar que la LOE sea inconstitucional, si no a proponer una regulación del *homeschooling*, integrándolo en el desarrollo del derecho a la educación que lleva a cabo la ley orgánica.

La justificación de la necesidad de una regulación que permitiese el *homeschooling*, a mi entender, deriva de una mayor toma en consideración de la libertad de enseñanza y del principio de subsidiariedad del Estado, por el que los padres pueden considerar necesaria la educación en casa como forma de expresión de su derecho a «que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» reconocido en el artículo 27.3 CE. Todo ello presuponiendo la existencia de unos sistemas de control que permitan el ejercicio de ese derecho sin detrimento del derecho de los menores a una educación y desarrollo de su personalidad.

El miedo a que una regulación del *homeschooling* en España empujase al aumento descontrolado de las familias que lo llevasen a la práctica no parece ser algo a lo que dar demasiada importancia. En la Unión Europea, tanto en los países en los que está permitido

⁸² *Idem*, p. 395.



como en los que no, las familias que educan a sus hijos en casa tienen una prevalencia de entre el 0.01 y el 0.07%⁸³.

El ejercicio del *homeschooling* conlleva una serie de sacrificios que no todo ciudadano está dispuesto o puede realizar. Desde el gasto económico que supone (sin la opción de becas ni ayudas económicas) hasta la compatibilización de la vida laboral de los padres con la educación de los hijos, no muchas familias están dispuestas a llevarlo a la práctica. Pero esto, lejos de ser un argumento en contra de la regulación, invita al Estado a regularizar la situación de una minoría (al menos actualmente).

En España encontramos varias propuestas para la regulación del *homeschooling*, como pueden ser las de la Coordinadora Catalana Educar en Familia o la propuesta de la Asociación para la Libre Educación. En el siguiente apartado se hará referencia a algunas de las aportaciones realizadas por dichas asociaciones de enseñanza.

La finalidad de una regulación del *homeschooling* es la de aportar seguridad jurídica tanto a los padres que educan en casa como a los niños que reciben dicha formación. Por un lado, les otorga la protección del

⁸³ Datos obtenidos de GOIRIA MONTOYA. M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, op cit., p. 327-340. Todo ello sin tener en cuenta Reino Unido por no formar parte de la Unión Europea, pero la prevalencia aumenta significativamente de entre un 0,20% a un 0,80%.



derecho; y por otro, permite asegurar que la educación sea la óptima, creando sistemas de control periódicos.

4.2. Problemas y propuestas generales

En primer lugar, el hecho de permitir el *homeschooling* trae ciertos problemas a los que se les debe dar solución. El control estatal se hace necesario, especialmente por el hecho de que el Estado es garante de los derechos de los menores.

Observando a la mayoría de los países de la Unión Europea⁸⁴ que regulan la educación en casa, se hace evidente la necesidad de un registro estatal en el que se deben inscribir las familias que pretenden educar a sus hijos en casa. Esta herramienta permite diferenciar los casos de *homeschooling* con los de mero absentismo escolar o falta de escolarización. El registro, de uso obligatorio, permite al Estado controlar el número de familias que practican *homeschooling*, así como aplicar de forma eficaz las diferentes herramientas de control relativas a la educación y al bienestar de los menores.

Por otro lado, el Estado debería establecer un currículo educativo mínimo de competencias y enseñanzas básicas que debe recibir el menor. Pudiendo ser el mismo que para los centros escolares, como el

⁸⁴ Encontramos registros de uso obligatorio para las familias que llevan a la práctica el *homeschooling* en Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Holanda (regulación restrictiva), Hungría, Irlanda, Italia, Noruega, Polonia, Portugal y Suiza (depende del Catón en el que se resida).



caso de Lituania. De esta forma, los padres tendrían claro cómo deberían organizar el *homeschooling*.

En relación con las dos puntualizaciones anteriores, los inspectores juegan un importante papel. Se haría necesaria la concurrencia de inspectores (habitualmente de educación o profesores de un centro escolar) encargados del control, tanto de las materias que reciben los menores como de la situación personal y material que existe en el hogar en el que se imparte el *homeschooling*. De esta forma se puede controlar tanto los aspectos relacionados con la educación del menor, como aquellos que tienen efectos en la misma (como el ambiente familiar o social). Este sistema de inspectores aparece en prácticamente todos los Estados en los que se permite el *homeschooling* en la Unión Europea.

En segundo lugar, encontramos el control de lo que el menor aprende en casa. Por un lado, se debe resolver el problema del control de conocimientos y, por otro, la homologación de títulos.

En cuando al control de conocimientos, la solución adoptada, generalmente, es la de exámenes anuales o bianuales de control. Se trata de exámenes obligatorios a los que se deben presentar los menores que se educan en casa y en los que deben demostrar tener los mismos conocimientos que aquellos que se encuentran escolarizados.

La homologación de títulos se puede llevar a cabo haciéndola coincidir con algunos de los exámenes de control. No plantearía demasiados problemas si se estableciesen exámenes de homologación de títulos entre 6º curso de Educación Primaria y 1º curso de



Educación Secundaria Obligatoria, así como con el paso al Bachillerato.

En relación con los exámenes de homologación, encontramos la propuesta de la Asociación para la Libre Enseñanza, en la que se propone, en el apartado 3º que se establezcan «exámenes libres para la obtención de los títulos homologados correspondientes al Graduado en Educación Secundaria y Bachillerato»⁸⁵.

En la misma propuesta, la Asociación para la Libre Enseñanza, incluye una solicitud de establecimiento de ayudas y becas para los menores que sean educados en casa, argumentando que los padres que pongan en práctica el *homeschooling* también financian el sistema educativo mediante el pago de impuestos.

Como podemos ver, la regulación del *homeschooling* en España se hace posible con una serie de medidas de control de mínimos, pudiendo aprender de la mayor parte de los Estados de la Unión Europea, que además de permitir dicha opción educativa, la controlan sin demasiado riesgo para los menores y sin la concurrencia de una gran cantidad de familias.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I. Y ALCÓN YUSAS, M^a. F., "Breve estudio sobre la situación jurídica del

⁸⁵ < <https://www.educacionlibre.org/nuestra-propuesta/> >
(Última fecha de consulta 08/06/2024)



derecho a la educación”, *Revista de las Cortes Generales*, nº60 (2003).

- ASENSIO SÁNCHEZ, M.Á., “La educación en casa o homeschooling en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Foro*, Nueva Época, vol. 15, nº2 (2012).
- BALAGUER CALLEJÓN, F., *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, 18ª ed., Editorial Tecnos (Madrid), 2023.
- CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, Tesis Doctoral, Universidad de Oviedo, 2012.
- CASTILLO CÓRDOVA, L., “Sobre el carácter consensual y abierto del artículo 27 CE”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, nº8 (2004).
- DÍAZ REVORIO, F. J., “El derecho a la educación”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, nº2 (1998).
- EGEA FERNÁNDEZ, J., “La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 5 (1995).
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución Española*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1998.



- GOIRIA MONTOYA. M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco (2012).
- GÓMEZ ORFANEL, G., "Derecho a la educación y libertad de enseñanza. Naturaleza y contenido", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº7 (1983).
- LINES, P., *Home instruction: The Size and growth of the Movement, Home schooling political, historical, and pedagogical perspectives*, Editoras Jane Van Galen y Mary Anne Pitman, Editorial Ablex Publishing (New Jersey), 1991.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C., "Patria potestad y derecho a la educación a propósito del homeschooling", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 21 (2013).
- MÁXIMO PALACIOS, J. C., DE LA CALLE, N., "El derecho a la educación en la Constitución Española de 1978", *Asamblea*, febrero-marzo (2005).
- MARTÍ SÁNCHEZ, J. Ma., "El homeschooling en el derecho español", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 25 (2011).



- MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Editorial Dykinson, vol. 27 (2003).
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "La educación en la Constitución Española", *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº6 (1979).
- NORIEGA RODRÍGUEZ, L., "Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXI, 2018, fascículo I.
- ORTIZ DÍAZ, J., "La libertad de enseñanza", *Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga*, nº1 (1980).
- PARODY NAVARRO, J. A., "Sobre la práctica del homeschooling en España y la jurisprudencia europea", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 17 (2011).
- RUBIO LLORENTE, F., "Los deberes constitucionales (1)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº62 (2001).
- STEVENS, M., *Kingdom of Children: Culture and Controversy in the homeschooling movement*, Princenton University Press (New Jersey), 2001.
- VIDAL PRADO, C., "El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y



cuestiones controvertidas”, *Estudios de Deusto*,
Vol. 65, nº 2, Marcial Pons (2017).



ANÁLISIS DE CRITERIOS PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DEL USUARIO EN ESPACIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

Doctor Fernando Blanco Silva

Ingeniero industrial en la Xunta de Galicia

Doctor Rubén Rodríguez Elizalde

Coordinador del Master en Prevención de Riesgos
Laborales en la Universitat Oberta de Catalunya

Resumen: El titular de un espacio debe garantizar la seguridad de sus usuarios (trabajadores y visitantes) para evitar cualquier accidente que pueda ocurrir debido a su mal estado o cualquier imprevisto, considerando que el titular es el responsable de la actividad que se realiza en él, no solo el propietario.

Este artículo analiza la responsabilidad de los gobiernos locales como titulares de sus edificios en aquellos con responsabilidades claras, como los inmuebles (edificios administrativos, edificios socioculturales, etc.); además analiza las posibles responsabilidades en los edificios cuando el gobierno local es el propietario pero el titular es un tercero (concesiones administrativas,



colaboraciones público-privadas, etc.), donde pueden surgir responsabilidades subsidiarias en caso de mal mantenimiento o funcionamiento.

Existe una amplia gama de áreas en las que estas responsabilidades podrían surgir; este artículo analiza cómo garantizar la seguridad de los usuarios (tanto empleados como visitantes) en sectores como la calidad de la edificación, la seguridad industrial, la prevención de riesgos laborales, la autoprotección, la gestión de residuos y la normativa sanitaria.

Palabras clave: Administración local, protección, prevención de riesgos, seguridad industrial y autoprotección



Abstract: The holder of a space must to guarantee the safety of its users (workers and visitors), to avoid any mishap that may occur due to its poor condition or any unforeseen event. We understand the holder is the person responsible for the activity carried out therein, not only the owner.

This paper analyzes the responsibility of local governments like holders over their buildings in those with clear responsibility like property (administrative buildings, sociocultural buildings, etc.). The paper also examines potential responsibilities in buildings when the local government is the owner but the holder is a third parties (administrative concessions, public-private partnerships, etc.), where subsidiary liabilities may arise in the event of poor maintenance or operation.

There is a very wide range of areas in which these responsibilities could arise, this paper analyzes how to ensure the safety of users (both employees and visitors) in sectors such as building quality, industrial safety, occupational risk prevention, self-protection, waste management, and health regulations.

Keywords: Local government, protection, risk prevention, industrial safety, and self-protection

Sumario:

1. INTRODUCCIÓN
2. CRITERIOS A CUMPLIR EN CUANTO A CALIDAD DE LA EDIFICACIÓN
3. CRITERIOS EN SEGURIDAD INDUSTRIAL
4. CRITERIOS DE CONFORT EN LOS EDIFICIOS
5. NORMATIVA EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES



- 6. NORMATIVA DE AUTOPROTECCIÓN
- 7. RESIDUOS
- 8. NORMATIVA SANITARIA
- 9. COINCIDENCIAS Y SOLAPAMIENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Las administraciones públicas tienen por definición una serie de competencias administrativas que son inherentes a su existencia, para lo que necesitarán espacios públicos. En el caso de la administración local las prestaciones que deberán ofrecer están recogidas de forma explícita en los artículos 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, incluyendo tanto la gestión administrativa ordinaria (urbanismo, medio ambiente urbano, bienestar social...) como la prestación de servicios al ciudadano (abastecimiento de agua potable, saneamiento de residuales, parques y jardines, bibliotecas, instalaciones deportivas...) u otras con fines de control (policía local, tráfico, protección de la salubridad pública...).

Para poder ejercer todas estas competencias (así como otras muchas que varían según la casuística de la propia administración) es preciso que ésta disponga de edificios e instalaciones para su explotación, así tenemos un amplio catálogo que incluyen dependencias administrativas, centros socioculturales, deportivos o dotacionales (estaciones depuradoras, estaciones de tratamiento de aguas, puntos limpios...) o auxiliares (centros de transformación, depósitos de agua, redes de distribución de abastecimiento y redes de saneamiento...).



La administración titular debe garantizar un funcionamiento óptimo de todos estos edificios e instalaciones a su cargo (incluso aquellas utilizadas por terceros como es el caso de los colegios o centros de educación especial de los que debe asumir el mantenimiento), y esto se analiza en dos líneas:

i) Garantizar el uso eficiente de los mismos: Cualquier espacio público debería tener un uso acorde con su coste, y en el caso particular de los edificios nuevos que éstos se correspondan a una necesidad clara (Blanco Silva, 2023)

ii) Garantizar el uso seguro de los mismos para los usuarios, tanto para los trabajadores como visitantes. Esto estaría basado en el cumplimiento de normativa en edificación, seguridad industrial, prevención de riesgos laborales, autoprotección, residuos o sanitario.

Toda esta normativa deberá cumplirse a lo largo de la vida útil del edificio, que se caracteriza de forma general en diseño, ejecución, explotación, reacondicionamiento y finalmente el desmantelamiento cuando se cesa su uso.

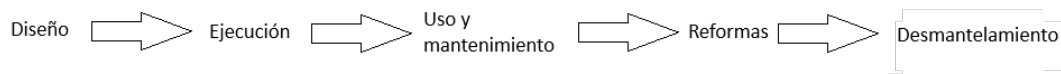


Figura 1: Evolución del uso de un edificio de la administración local

Fuente: Elaboración propia

Esta responsabilidad sobre el uso de los edificios podemos encuadrarla dentro de la responsabilidad



patrimonial de la administración. La responsabilidad patrimonial se identifica habitualmente con las accidentes y negligencias en la vía y espacios públicos (Frontera Gayá), no debe limitarse exclusivamente a éstos, ya que también aparece la responsabilidad patrimonial en los accidentes en estos edificios públicos.

2. CRITERIOS A CUMPLIR EN CUANTO A CALIDAD DE LA EDIFICACIÓN

El primer punto a analizar son los criterios generales a cumplir en las fases previas de diseño y ejecución de los edificios. En España la normativa general respecto al proceso de la edificación está recogido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (L.O.E. en lo sucesivo), que entre otros documentos desarrolla el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, que desarrolla el Código Técnico de la Edificación (C.T.E.). El C.T.E. es el marco regulatorio que recoge “las exigencias básicas de calidad que deben cumplir los edificios, incluidas sus instalaciones, para satisfacer los requisitos básicos de protección y habitabilidad, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (L.O.E.)”. En el ámbito de aplicación del C.T.E. se incluyen “las edificaciones públicas y privadas cuyos proyectos precisen disponer de la correspondiente licencia a autorización legalmente exigible”, siendo de aplicación no sólo los usos residenciales (como tradicionalmente se piensa) sino cualquier edificio de uso administrativo, sanitario, deportivo... por lo que prácticamente todos los



edificios de titularidad de la administración local estarían incluidos en su ámbito de aplicación.

La obligación del cumplimiento del Código Técnico en las administraciones públicas es obvia, generando la única incidencia del cumplimiento real en el caso de edificios ya en uso, en los que pocas veces es obligatoria su transformación. El artículo 2 del C.T.E. obliga a su cumplimiento a "las obras de edificación de nueva construcción, excepto a aquellas construcciones de sencillez técnica y de escasa entidad constructiva, que no tengan carácter residencial o público (...)" por lo que todos los nuevos edificios públicos deben cumplirlo, y además también se aplica "a las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que se realicen en edificios existentes, siempre y cuando dichas obras sean compatibles con la naturaleza de la intervención y, en su caso, con el grado de protección que puedan tener los edificios afectados".

Además del cumplimiento del C.T.E. en las nuevas edificaciones la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación incluye en su artículo 3.1. la necesidad de cumplir la normativa en "mantenimiento, conservación y el uso de los edificios e instalaciones", que incluye la funcionalidad de los mismos, por lo que claramente el propietario (en este caso una administración administración local) tiene la obligación de mantener el edificio en correcto estado para los usuarios.

Es importante que pese a que tanto la L.O.E. como el C.T.E. tratan de establecer responsabilidades claras entre los agentes participantes (promotor, proyectista, constructor, dirección facultativa, propietarios,



usuarios...) la casuística es muy elevada, no siendo siempre obvio asignar un responsable a un suceso, por lo que una decisión judicial puede implicar a varios agentes no previstos a priori (Ríos Dávila, 2008)

El C.T.E. fue aprobado por el Real Decreto 314/2006, y establece unas exigencias básicas en cuanto a los criterios en las categorías siguientes:

- Seguridad estructural: Establece criterios para garantizar la protección en cuanto a los elementos estructurales que lo componen (soportes, vigas, fachadas...).
- Seguridad en caso de incendios: Establece criterios para minimizar el riesgo de incendio en los edificios, tanto en el propio diseño, garantía de resistencia al fuego de los materiales, recorridos de evacuación u obligación que dispongan de en caso de instalaciones de protección.
- Seguridad de utilización y accesibilidad: Garantiza la protección de los usuarios en cuanto a caídas, atrapamiento, aprovisionamiento, iluminación mínima, riesgo de alta ocupación, vehículos en garajes, acción del rayo o garantía de accesibilidad para personas con escasa movilidad.
- Salubridad: Incluye las medidas para que los edificios sean salubres, tales como la protección frente a la humedad, recogida y evacuación de los residuos, calidad en el aire interior, calidad de aguas (suministro y evacuación) y protección frente a la exposición al radón.
- Seguridad contra el ruido: Incluye unas exigencias para garantizar que la exposición al ruido por parte de los usuarios es razonable, garantizando un aislamiento acústico en los edificios que permita la habitabilidad,



mediante materiales que garantizan el aislamiento acústico para los distintos usos.

- Ahorro de energía: Este epígrafe solapa la reducción de consumos de energía encuadrados en la lucha contra el Cambio Climático y la necesidad de disponer de viviendas confortables, así dispone de exigencias en cuanto al aislamiento térmico de las viviendas, exigencias de las instalaciones térmicas (Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios, que se abordará más adelante), exigencias en cuanto a un alumbrado eficiente, contribuciones de energías renovables para la producción de agua caliente y electricidad o garantía de sistemas de recarga eléctrica para vehículos. A diferencia de los otros documentos básicos el D.B.-A.E. no tiene como función principal el diseño seguro de los edificios para los usuarios, sino que éstos sean eficientes considerándolos como un consumidor de energía. Aunque no forma parte del Código Técnico de la Edificación debemos citar la certificación energética de los edificios, que va a calificar a los edificios con una calificación entre A (el edificio más eficiente) y G (el edificio menos eficiente), mediante el *Real Decreto 390/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios*. Este Real Decreto obliga a que se realice una certificación energética de todos los edificios con usos administrativos, sanitarios, residencial público, cultural, transporte de personas, deportivo o docente de superficie mayor a 500 m², incluso para aquellos que no van a ser comercializados como es el caso de los edificios públicos.



Debido a que un colapso estructural de un edificio es el riesgo más trágico (y extraordinario) que se presenta en el ámbito de la edificación la L.O.E. obliga a:

"La protección estructural, de forma que la edificación no se derrumbe total o parcialmente, ni sufra deformaciones inadmisibles ni daños que afecten a su resistencia mecánica, estabilidad y rigidez."

Además de forma explícita el artículo 16. *Los propietarios y usuarios* establecen como una obligación de los propietarios, *"conservar en buen estado la edificación mediante un adecuado uso y mantenimiento, así como recibir, conservar y transmitir la documentación de la obra ejecutada y los seguros y garantías con que ésta cuente,* incluyendo además la responsabilidad civil en el caso de incumplimiento de la L.O.E. Esta podría llegar a ser penal en el caso de catástrofes cuando se achaque el incumplimiento al mismo (por ejemplo, derrumbe de un edificio por incumplimiento claro de la L.O.E.).

En un segundo nivel de riesgo nos podríamos encontrar un incumplimiento de los otros aspectos del C.T.E., que sin llegar a causar el derrumbe del edificio podría provocar lesiones (atrapamientos) o enfermedades (incumplimiento de las condiciones mínimas de confort termohigromético como humedad, temperatura, renovación de aire, exposición al radón...), que también podrían ser imputadas al titular del edificio cuando éste no ha cumplido las exigencias del C.T.E.



3. CRITERIOS EN SEGURIDAD INDUSTRIAL

Otro punto imprescindible es garantizar la seguridad de las instalaciones en los edificios, en los edificios de la administración local no suelen existir complejas instalaciones industriales de producción industrial, pero sí existen instalaciones que completan las edificaciones citadas en el apartado anterior. Estas instalaciones están reguladas por la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria y a su vez desarrolladas en reglamentos en forma de Real Decreto. Esta Ley de Industria tiene un contenido muy amplio, pero nos interesa en particular el artículo 12. Reglamentos de protección como el texto de referencia de la seguridad industrial en España. En su apartado 12.1 indica que estos reglamentos establecerán:

- a) Las instalaciones, actividades, equipos o productos sujetos a los mismos.*
- b) Las condiciones técnicas o requisitos de protección que según su objeto deben reunir las instalaciones, los equipos, los procesos, los productos industriales y su utilización, así como los procedimientos técnicos de evaluación de su conformidad con las referidas condiciones o requisitos.*
- c) Las medidas que los titulares deban adoptar para la prevención, limitación y cobertura de los riesgos derivados de la actividad de las instalaciones o de la utilización de los productos; incluyendo, en su caso, estudios de impacto ambiental.*
- d) Las condiciones de equipamiento, capacidad técnica y, en su caso, el régimen de comunicación o declaración responsable sobre el cumplimiento de dichas condiciones exigidas a las personas o*



empresas que intervengan en el proyecto, dirección de obra, ejecución, montaje, conservación y mantenimiento de instalaciones y productos industriales.

e) Cuando exista un riesgo directo y concreto para la salud o para la protección del destinatario o de un tercero, la exigencia de suscribir seguros de responsabilidad civil profesional por parte de las personas o empresas que intervengan en el proyecto, dirección de obra, ejecución, montaje, conservación y mantenimiento de instalaciones y productos industriales. La garantía exigida deberá ser proporcionada a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto.

Continuando con el artículo 12, en su apartado quinto, se establece que será el Gobierno de España el que aprobará estos reglamentos, así en función de este artículo el ministro con las competencias en seguridad industrial aprobará reglamentos específicos como son los que regulan aspectos administrativos (Reglamento de calidad industrial, Reglamento del Registro Industrial) o de las propias instalaciones (instalaciones eléctricas en alta tensión, instalaciones eléctricas en baja tensión, ascensores, contraincendios, compresores, gases combustibles...).

La normativa industrial es muy madura debido a que se trata de instalaciones que existen desde hace decenas de años (incluso algunas más de un siglo) que están fuertemente reguladas mediante reglamentos que se actualizan de forma frecuente, y con contenido muy estricto tanto en el diseño, ejecución, operación y



mantenimiento, con una *“regulación cuya eficacia se demuestra por la baja tasa de siniestros ocurridos en las instalaciones industriales de nuestro país”* (Prieto Barrio; Martínez Martín, 2015).

Respecto a la responsabilidad de la administración local como titular/propietaria del edificio volvemos al artículo 12.c) de la Ley 21/1992 en el que se exponía que serían los titulares de los edificios los que *“deban adoptar para la prevención, limitación y cobertura de los riesgos derivados de la actividad de las instalaciones o de la utilización de los productos (...)”*.

Es importante aclarar que la Ley de Industria imputa al titular del edificio la responsabilidad de su mantenimiento, aunque no es tan evidente el concepto de titular. En los edificios que son directamente explotados por la propia administración local (edificios administrativos, deportivos, socioculturales...) está clara esta responsabilidad, pero empieza a discutirse en otros que están explotados por terceros en régimen de concesión administrativa (cafetería de un edificio público, gimnasios y espacios deportivos que son explotados por empresas) y finalmente aquellas infraestructuras que se construyen en colaboración público-privada como puede ser una estación depuradora, potabilizadora o punto limpio en el que la explotación es realiza íntegramente por terceros. Es obvio que en el segundo y tercer caso la responsabilidad principal será del explotador directo que ejerce como titular, pero no debemos olvidar que en caso de accidente la responsabilidad judicial puede ser muy amplia, por lo que es recomendable que por parte de la administración local se asegure el cumplimiento de la normativa industrial (realización de revisiones e inspecciones



periódicas, contratos de mantenimiento vigentes...) y además en los pliegos de condiciones se establezca claramente que serán los explotadores de los edificios los responsables de garantizar la seguridad en el ámbito industrial (y por extensión en edificación) de los mismos.

4. CRITERIOS DE CONFORT EN LOS EDIFICIOS

Aunque ya se ha adelantado en la parte de edificación debemos hacer un análisis específico para las instalaciones térmicas en los edificios. El *Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios* (R.I.T.E.) que tiene una doble naturaleza dentro de la L.O.E. y de la Ley de Industria (de hecho, se aprobó como una resolución conjunta de los ministros con competencias en vivienda y en industria).

Este Reglamento formalmente figura como un documento propio del Código Técnico de la Edificación (dentro de la LOE) pero realmente está describiendo unas exigencias en seguridad industrial, y el ámbito sancionador corresponde a la Ley de Industria, por lo que podemos hablar de una "naturaleza jurídica".

En el R.I.T.E. es importante citar el Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural. Entre otras medidas propias de la situación excepcional provocadas



por la Invasión de Ucrania el legislador optó por implantar obligaciones para la reducción de los consumos de energía en calefacción y refrigeración en espacios públicos, entendiendo como tales aquellos de titularidad pública (entre los que estarían los de las administraciones locales) así como grandes centros comerciales, cines, centros de congresos, estaciones de viajeros (autobuses, aeropuertos...) marcando una temperatura máxima de 21°C cuando sea necesaria el calentamiento de las estancias (calefacción) y un valor mínimo de 26°C cuando es necesaria la refrigeración de los mismos mediante aire acondicionado o sistemas similares. Además, este Real Decreto-ley establece que estos edificios dispondrán de dispositivos que midan condiciones termohigrométricas (temperatura y humedad), así como el cierre de puertas para evitar el despilfarro energético, que se producirá cuando están abiertas.

5. NORMATIVA EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Otra exigencia importante en los edificios de titularidad pública es la garantía de protección y salud para sus trabajadores, regulado por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (Ley de P.R.L. en lo sucesivo). El contenido de esta Ley es muy amplio, siendo la parte que más nos interesa el Artículo 14. Derecho a la protección frente a los riesgos laborales en su primer apartado:

Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de protección y salud en el trabajo.



El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

Este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio. (...)

Vemos que este artículo 14.1 marca la obligación clara del empresario (y por extensión de las administraciones públicas) para garantizar la protección eficaz en materia de protección y salud de los trabajadores a su servicio, y esto debe ser aplicado de forma explícita en el ámbito de las administraciones públicas. La Ley de PRL se está compuesta de siete apartados con un contenido muy amplio, siendo imprescindible destacar que es responsabilidad del empresario-administración garantizar la protección de sus trabajadores (Estropá Zapater & García Blasco, 2015; Escribá Pérez, 2021).

En las administraciones públicas la prevención de riesgos debe particularizarse para cada administración en particular, así existe normativa específica para la Administración General del Estado (Real Decreto 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado), y las comunidades autónomas o administración local también han emitido normativa propia dentro de sus ámbitos competenciales, aunque no existe una obligación general para todos los edificios de ayuntamientos y diputaciones.

Aclarar esta obligación del empresario (en este caso de la administración pública) ha sido el principal éxito de la



Ley 31/1995, porque aclara una situación previa confusa y muy problemática en la que no siempre era obvio quien era el primer responsable en caso de accidente, no obstante esta responsabilidad no puede entenderse como un valor absoluto, ya que el resto de participantes también tendrán que hacer frente sus obligaciones, por ejemplo los trabajadores (Blanco Silva, F.; Baraza Sánchez, 2023), y en esta misma línea se expresa Calvo Maté (2018), *“absolutamente todos los trabajadores tienen obligaciones en esta materia, por ello, todas las personas que conforman la empresa tiene que tener presente a diario cuáles son las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales”*. Es importante aclarar que la Ley 31/1995 incluye obligaciones además para importadores, comercializadores o fabricantes (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2006).

Siguiendo con las obligaciones de la administración pública en cuanto a garantizar la protección de sus trabajadores debemos acotar este concepto, ya que la Ley de PRL las vincula a los trabajadores propios, entendiendo como tales asumiendo la administración pública el papel de empresario, así la obligación directa de garantizar la protección y salud no incluye otras figuras que podemos considerar “afines” como trabajadores externos (incluso con contratos subrogados), empresas de trabajo temporal o estudiantes en prácticas sin contrato laboral con la propia administración; si incluiría evidentemente a personal fijo (funcionarios, laborales...), eventuales o trabajadores con contratos laborales limitados (por ejemplo acumulación de funciones).

Más allá de la obligación explícita sobre sus propios trabajadores también existen responsabilidades a la hora



de colaborar con las empresas externas como la coordinación de actividades empresariales cuando estas empresas desarrollen actividades laborales en el recinto del titular (en este caso en un edificio de titularidad local) que están recogidas en el 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. En estos casos el titular deberá asegurarse que se realiza la coordinación de actividades empresariales, así como informar a las empresas concurrentes de los riesgos propios del edificio.

Otro punto muy importante en el caso de las administraciones públicas está en el artículo 20. Medidas de emergencia:

El empresario, teniendo en cuenta el tamaño y la actividad de la empresa, así como la posible presencia de personas ajenas a la misma, deberá analizar las posibles situaciones de emergencia y adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores, designando para ello al personal encargado de poner en práctica estas medidas y comprobando periódicamente, en su caso, su correcto funcionamiento. El citado personal deberá poseer la formación necesaria, ser suficiente en número y disponer del material adecuado, en función de las circunstancias antes señaladas.

Para la aplicación de las medidas adoptadas, el empresario deberá organizar las relaciones que



sean necesarias con servicios externos a la empresa, en particular en materia de primeros auxilios, asistencia médica de urgencia, salvamento y lucha contra incendios, de forma que quede garantizada la rapidez y eficacia de las mismas.

El artículo no lo cita explícitamente el Plan de Emergencias, pero este será el documento que justifica el cumplimiento de artículo 20. El Plan de Emergencias no es un documento de aplicación de forma ordinaria en la administración pública porque según ni las actividades desarrolladas en los edificios públicos suelen ser peligrosas ni el número de trabajadores propios tan elevado, pero sí debemos considerar la “posible presencia de personas ajenas a la misma”, como el punto crítico de su aplicación, así el Plan de Emergencias es obligatorio desde el punto de vista de la PRL cuando el prevencionista que realiza la evaluación de riesgos considera que puede aparecer una emergencia, siendo obligación del empresario/titular su redacción, implantación y actualización. Así si bien un espectáculo cultural, deportivo o musical organizado por una administración pública (o en un espacio de la misma) no implica la presencia de un número elevado de trabajadores propios, pero sí de cientos o miles de visitantes y será función del prevencionista evaluar cuándo es necesaria o no la redacción del mismo.

Además de esta naturaleza laboral, e incluso cuando el prevencionista considera que no es necesario el Plan de Emergencias es posible que sea de aplicación un Plan de Autoprotección regulado en el ámbito de la protección civil, Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, en el que profundizaremos más adelante.



La aplicación de la Ley 31/1995 se extiende al resto de normativa que la desarrolla, y que en general podemos dividir en tres grupos (Blanco Silva, F.; Baraza Sánchez, X., 2023):

i) Reales decretos que se aplican en todos los ámbitos laborales: Real Decreto 485/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas en materia de señalización de protección y salud en el trabajo, Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de protección y salud en los lugares de trabajo, Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de protección y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

ii) Reales decretos que se centran en un único ámbito o profesión: Este sería el caso más claro Real Decreto 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado, Real Decreto 1216/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de protección y salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca, Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la protección y la salud de los trabajadores en las actividades mineras o Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de protección y de salud en las obras de construcción.



iii) Reales decretos que siendo interdisciplinarios afectan a varias profesiones de forma transversal, como el Real Decreto 614/2001, de 8 de junio, sobre disposiciones mínimas para la protección de la salud y protección de los trabajadores frente al riesgo eléctrico (Real Decreto 614/2001 de prevención de riesgo eléctrico en lo sucesivo), Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo o Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.

Tal y como hemos comentado en el caso de la seguridad industrial o de la edificación puede aparecer confusión entre las responsabilidades del propietario del edificio y del explotador de un edificio en el caso de la prevención de riesgos laborales estas responsabilidades son explícitas sobre el empresario, no obstante en el caso de concesiones administrativas es recomendable que por parte de la administración titular se verifique que la concesión cumpla la normativa en PRL y se recoja explícitamente esta obligación en los pliegos administrativos. Si bien las responsabilidades en cuanto a los trabajadores externos son muy extraordinarias (el ayuntamiento o diputación no tiene relación laboral con éstos) debemos evitar responsabilidades subsidiarias en ámbitos como la coordinación de actividades empresariales o cumplimiento de condiciones de trabajo en los edificios (Real Decreto 486/1997), que un juez podría culpabilizar al propietario del centro de trabajo, incluso siendo explotado por un tercero.



6. NORMATIVA DE AUTOPROTECCIÓN

Otra de las obligaciones de la administración local es en calidad de propietario de un edificio en el que se están desarrollando actividades de todo tipo (administrativas, culturales, lúdicas, deportivas, residenciales...) para usuarios, y es quizás la más compleja de analizar, por la amplia casuística en la que aparece.

Por un lado, está la responsabilidad civil general de que el titular del edificio garantice la protección de los visitantes/usuarios, según se recoge explícitamente en los artículos 1907 y 1908 del Código Civil:

Artículo 1907: El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina del todo o parte de aquél, si ésta se verifica por falta de las reparaciones necesarias."

Artículo 1908: "Igualmente son responsables los propietarios de los daños causados:

- 1.º Por la explosión de máquinas que no se hallen en buen estado de funcionamiento.*
- 2.º Por el encendimiento de materias inflamables que no estén colocadas con la debida precaución.*
- 3.º Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor.*
- 4.º Por la emanación de humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a la propiedad.*
- 5.º Por el establecimiento de depósitos de materias corrosivas o explosivas, sin las precauciones debidas."*



Adicionalmente debemos citar la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de protección Civil. Este concepto es un servicio público que “protege a las personas y bienes garantizando una respuesta adecuada ante los distintos tipos de emergencias y catástrofes originadas por causas naturales o derivadas de la acción humana, sea ésta accidental o intencionada”. No profundizaremos en el reparto de competencias en protección civil entre los tres niveles de administración pública por no ser objeto de este documento aunque de forma muy resumida citaremos que será la Administración General del Estado la que haga una regulación general, las Comunidades Autónomas gestionará los planes territoriales y completará la legislación estatal para sus límites mientras que los ayuntamientos elaborarán planes municipales de actuación ante emergencias o la gestión de los medios propios de intervención (policía local, bomberos municipales o voluntarios de protección civil).

Volviendo a la necesidad del Plan de Emergencias nos remitiremos al Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo, por el que se aprueba la Norma Básica de Autoprotección de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que puedan dar origen a situaciones de emergencia y que están recogidos en el Anexo I de dicho Real Decreto 393/2007, que sigue en vigor, aunque sea previo a la Ley de protección Civil de 2015, porque no ha sido sustituido. La relación es amplia, y se incluyen establecimientos que en principio no serían de titularidad pública (grandes actividades industriales y de almacenamiento, infraestructuras energéticas y nucleares...), en otros casos es titularidad estatal o autonómica (puertos del Estado, aeropuertos



nacionales, autopistas de peaje, estaciones de autobuses con más de 1.500 usuarios, edificios sanitarios con más de 200 camas, edificios residenciales públicos para ancianos o discapacitados con más de 100 usuarios) pero esta norma se debe cumplir para todos los edificios públicos (docentes, sanitarios, espacios culturales y deportivos cerrados ...) con aforo superior a 2.000 personas o con más de 28 metros de altura de evacuación, o aquellas instalaciones cerradas desmontables o de temporada con capacidad superior a 2.500 personas y en general cualquier actividad desarrollada al aire libre con más de 20.000 asistentes; en estos casos sí puede aparecer la responsabilidad de las administraciones locales en campos de fútbol, edificios de conciertos y actos culturales y una casuística muy elevada, apareciendo la responsabilidad incluso cuando estos se concesionan a empresas externas de forma permanente, y por supuesto cuando se alquilan puntualmente para la organización de eventos como conciertos o actuaciones teatrales. En estos casos lo recomendable es que el titular del recinto disponga de un Plan de Autoprotección, que debería ser adaptado por el usuario para esta actividad en particular.

El Anexo II del Real Decreto 393/2007 establece el contenido del Plan de Autoprotección en un total de nueve capítulos y dos anexos que citamos a continuación:

- Capítulo 1. Identificación de los titulares y del emplazamiento de la actividad
- Capítulo 2. Descripción detallada de la actividad y del medio físico en el que se desarrolla



- Capítulo 3: Inventario, análisis y evaluación de riesgos
- Capítulo 4. Inventario y descripción de las medidas y medios de autoprotección
- Capítulo 5. Programa de mantenimiento de las instalaciones
- Capítulo 6. Plan de actuación ante emergencias
- Capítulo 7. Integración del plan de autoprotección en otros de ámbito superior.
- Capítulo 8. Implantación del Plan de Autoprotección
- Capítulo 9. Mantenimiento de la eficacia y actualización del Plan de Autoprotección
- Anexo I. Directorio de Comunicación
- Anexo II. Formularios para la gestión de emergencias

Volviendo al Plan de actuación ante Emergencias indicar que éste podrá ser impuesto tanto en la evaluación de riesgos (formando parte de la PRL) como dentro del Plan de Autoprotección recogido por el Real Decreto 393/2007, *que deben definirse las acciones a desarrollar para el control inicial de las emergencias, garantizándose la alarma, la evacuación y el socorro. Comprenderá:*

6.1 Identificación y clasificación de las emergencias:

En función del tipo de riesgo.

En función de la gravedad.

En función de la ocupación y medios humanos.

6.2 Procedimientos de actuación ante emergencias:

a) Detección y Alerta.

b) Mecanismos de Alarma.

b.1) Identificación de la persona que dará los avisos.

b.2) Identificación del Centro de Coordinación de Atención de Emergencias de protección Civil.



c) Mecanismos de respuesta frente a la emergencia.

d) Evacuación y/o Confinamiento.

e) Prestación de las Primeras Ayudas.

f) Modos de recepción de las Ayudas externas.

6.3 Identificación y funciones de las personas y equipos que llevarán a cabo los procedimientos de actuación en emergencias.

6.4 Identificación del Responsable de la puesta en marcha del Plan de Actuación ante Emergencias.

Es importante citar que no formando parte de la seguridad industrial de forma estricta hay otras normativas que podemos considerar muy relacionadas, por ejemplo en el ámbito de las instalaciones eléctricas existen campos relacionados como la comercialización y organización del mercado eléctrico (Ley 24/2013 de 26 de diciembre del Sector Eléctrico) o de garantizar la protección y salud de los trabajadores en el ámbito de la prevención de riesgos laborales (Real Decreto 614/2001, de 8 de junio, sobre disposiciones mínimas para la protección de la salud y protección de los trabajadores frente al riesgo eléctrico), aunque los límites de las tres normativas sectoriales parecen claros hay zonas que se solapan, siendo imprescindible que estén armonizados entre sí, por ejemplo los límites entre alta y baja tensión (1.000 voltios en instalaciones en corriente alterna y 1.500 voltios en corriente continua) serán aplicados a los requisitos de diseño y protección de las instalaciones eléctricas (del ámbito de la seguridad industrial) pero también se aplican en el ámbito de la PRL para definir cuáles son los límites de peligrosidad en el ámbito laboral



(aquellos trabajadores que trabajan en alta tensión tienen unos requisitos mucho más exigentes que los trabajadores que lo hacen en baja), otro caso que tiene diferentes aplicaciones son los valores normalizados de las tensiones que serán aplicados tanto en el ámbito de la seguridad industrial como de la organización del mercado eléctrico, y evidentemente deberán ser los mismos. En este mismo contexto de instalaciones eléctricas aparece una dualidad en cuanto a la formación de los trabajadores; en terminología de seguridad industrial se identifican al trabajador de alta capacidad como el instalador electricista (que dispone de la formación profesional necesaria para dirigir el trabajo de otros) a diferencia del trabajador auxiliar mientras que en el contexto de prevención de riesgos se identifican al trabajador cualificado (un trabajador que puede hacer las operaciones más peligrosas y dirige a otros) y al trabajador autorizado (un trabajador con menor competencia que trabaja exclusivamente en baja tensión realizando tareas seguras) y aunque el trabajador cualificado es análogo al instalador electricista y el autorizado es equivalente al auxiliar, nos podríamos encontrar que esto no siempre debe cumplirse (Blanco Silva, F.; Requejo García, M.A., 2009).

El solapamiento entre distinta normativa se aprecia de forma obvia en las instalaciones eléctricas, pero aparece también en instalaciones de gases combustibles, regulados simultáneamente en el Real Decreto 919/2006 que aprueba el Reglamento de combustibles gaseosos y el ordenamiento del sector de los hidrocarburos se realiza bajo la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, adicionalmente también es necesario cumplir la normativa en PRL (Ley 31/1995, de 8 de



noviembre de prevención de riesgos laborales) aunque no existe un real decreto específico de prevención de riesgos al trabajar con gases combustibles como el expuesto en riesgo eléctrico.

Otros solapamientos aparecen entre normativa de seguridad industrial y el Código Técnico de la Edificación. Tal y como citábamos antes el C.T.E. exigirá unas características constructivas en los edificios, mientras que la seguridad industrial exige características en las instalaciones activas de protección, incluyendo ambos normativa específica para evitar la existencia de incendios en los edificios, el Documento Básico protección Contra Incendios incluye la instrucción DB-SI 4. Instalaciones de protección contra incendios que se deben incluir en la fase de diseño del edificio, y por otro lado están los requisitos de las mismas recogidos en el Real Decreto 513/2017, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de instalaciones de protección contra incendios. El articulado del D.B.-S.I. 4 se exige que además de cumplirse las exigencias propias del C.T.E. se cumplirán también las generales que incluyan las normas de seguridad industrial.

7. RESIDUOS

Otros ámbitos importantes que se deben abordar son la gestión de residuos generados en estos espacios públicos o el cumplimiento de normativa sanitaria. En cuanto a los residuos es de aplicación la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, y las correspondientes leyes autonómicas. La



Ley 7/2022 obliga en su artículo 25.2 a que las entidades locales realicen de forma separada la recogida de las siguientes fracciones a partir de diciembre de 2024:

- Papel
- Metales
- Plástico
- Vidrio
- Bioresiduos de origen doméstico
- Residuos textiles
- Aceite de cocina
- Residuos domésticos peligrosos
- Residuos voluminosos

Esta separación de los residuos se realiza en todo el ámbito municipal, pero deberá aplicarse de forma explícita en el ámbito de los edificios municipales, asegurándose que sea efectiva. La norma no obliga como tal a que existan todas las fracciones en todos los edificios, pero sí parece obvio que cada edificio administrativo deberá disponer de al menos una recogida selectiva para papel, además en aquellos en los que exista actividad hostelera (por ejemplo, concesiones administrativas de cafetería) se debería garantizar la existencia de otras fracciones como son metales, plásticos, vidrios o aceite de cocina.

8. NORMATIVA SANITARIA

Finalmente abordamos la normativa sanitaria. Recordando el artículo 25.2 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local tenemos que es competencia de la administración local garantizar la salubridad pública de los ciudadanos de forma general, aunque esto en los edificios tiene una aplicación bastante difusa, siempre



que se cumplan los anteriores criterios citados a lo largo de este tema (por ejemplo abastecimiento de agua potable de calidad, saneamiento de fecales...) aunque hay un aspecto que es de especial importancia como es la prevención de la legionelosis. La legionelosis es una enfermedad del aparato respiratorio que se produce por una bacteria denominada legionella, presente en ambientes con temperaturas entre 20°C y 45°C y alta humedad, que se vinculan habitualmente a instalaciones térmicas como torres de refrigeración, condensadores evaporativos, instalaciones comunes de A.C.S.... y puede llegar a producir incluso la muerte en pacientes inmunodeprimidos (Gea-Izquierdo, 2011)

El Real Decreto 487/2022, de 21 de junio, por el que se establecen los requisitos sanitarios para la prevención y el control de la legionelosis, es un documento que forma parte del ámbito sanitario (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública) aunque a veces se considera por error dentro del ámbito de la seguridad industrial (en concreto del Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios).

En el ámbito de las instalaciones locales la bacteria se puede encontrar en instalaciones de aire acondicionado o de agua caliente sanitaria en instalaciones deportivas (gimnasios, piscinas, polideportivos...) y es necesario establecer las medidas de prevención a las que obliga el Real Decreto 487/2022, tales como almacenar agua caliente por encima de los 60°C, realizar un mantenimiento programado de las instalaciones o la existencia de personal que ha cursado la formación



específica de mantenimiento técnico-sanitario de estas instalaciones. En la inmensa mayoría de los casos los responsables de las instalaciones externalizan las tareas de prevención a empresas especializadas. Al igual que en el resto de instalaciones se establece que el titular de la misma (la persona que realiza la explotación) es el responsable del cumplimiento de este Real Decreto 487/2022, pero no debemos descartar una posible responsabilidad subsidiaria en caso de accidente cuando un procedimiento judicial así lo declare, por lo que debemos blindar al titular del edificio (la administración local) de cualquier responsabilidad haciendo constar explícitamente esta responsabilidad en cualquier pliego de concesión administrativa o colaboración público-privada así como realizar un control de que efectivamente se está haciendo este mantenimiento.

9. COINCIDENCIAS Y SOLAPAMIENTOS

Al igual que ocurre en muchas facetas de la normativa aparecen coincidencias y solapamientos entre las distintas obligaciones de los ámbitos antes citado. Se ha expuesto por ejemplo la existencia de un Plan de Emergencias contemplado desde la óptica de la prevención de riesgos laborales y desde la autoprotección, pero aparecen otras coincidencias.

El caso más claro es en el ámbito de las instalaciones eléctricas, donde además de aplicar la normativa en seguridad industrial existen campos relacionados como la comercialización y organización del mercado eléctrico (Ley 24/2013 de 26 de diciembre del Sector Eléctrico) o de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en el ámbito de la prevención de riesgos laborales (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), aunque los límites de las tres normativas sectoriales parecen claros hay zonas que se solapan, siendo imprescindible que estén armonizados entre sí, por ejemplo los límites entre alta y baja tensión (1.000 voltios en instalaciones en corriente alterna y 1.500 voltios en corriente continua) serán aplicados a los requisitos de diseño y seguridad de las instalaciones eléctricas (del ámbito de la seguridad industrial) pero también se aplican en el ámbito de la PRL para definir cuáles son los límites de peligrosidad en el ámbito laboral (aquellos trabajadores que trabajan en alta tensión tienen unos requisitos mucho más exigentes que los trabajadores que lo hacen en baja), otro caso que tiene diferentes aplicaciones son los valores normalizados de las tensiones que serán aplicados tanto en el ámbito de la seguridad industrial como de la organización del mercado eléctrico, y evidentemente deberán ser los mismos. En este mismo contexto de instalaciones eléctricas aparece una dualidad en cuanto a la formación de los trabajadores; en terminología de seguridad industrial se identifican al trabajador de alta capacidad como el instalador electricista (que dispone de la formación profesional necesaria para dirigir el trabajo de otros) a diferencia del trabajador auxiliar mientras que en el contexto de prevención de riesgos se identifican al trabajador cualificado (un trabajador que puede hacer las operaciones más peligrosas y dirige a otros) y al trabajador autorizado (un trabajador con menor competencia que trabaja exclusivamente en baja tensión realizando tareas seguras) y aunque el



trabajador cualificado es análogo al instalador electricista y el autorizado es equivalente al auxiliar, nos podríamos encontrar que esto no siempre debe cumplirse (Blanco Silva, F.; Requejo García, M.A., 2009).

Otro solapamiento en el ámbito de las instalaciones aparece en los gases combustibles, regulados simultáneamente en el Real Decreto 919/2006 que aprueba el Reglamento de combustibles gaseosos y el ordenamiento del sector de los hidrocarburos se realiza bajo la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, adicionalmente también es necesario cumplir la normativa en PRL (Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales) aunque no existe un real decreto específico de prevención de riesgos al trabajar con gases combustibles como el expuesto en riesgo eléctrico.

Un solapamiento tradicional aparece entre normativa de seguridad industrial y el Código Técnico de la Edificación. Tal y como citábamos antes el C.T.E. exigirá unas características constructivas en los edificios, mientras que la seguridad industrial exige características en las instalaciones activas de protección (extinción, detección y alarma). El C.T.E. incluye la instrucción DB-SI 4. Instalaciones de protección contra incendios que se deben incluir en la fase de diseño del edificio, y por otro lado están los requisitos de las mismas recogidos en el Real Decreto 513/2017, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de instalaciones de protección contra incendios. El articulado del D.B.-S.I. 4 se exige que además de cumplirse las exigencias propias del C.T.E. se cumplirán también las generales que incluyan las normas de seguridad industrial.



Evidentemente en esta situación está el *Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios*, del que ya se expuso esta doble naturaleza dentro de la L.O.E. y de la Ley de Industria.

Hay otros temas que implican múltiples ámbitos como es el de la contaminación. Aunque no es habitual de las administraciones locales el proceso industrial éste puede asumirse por distintas casuísticas, apareciendo que además de cumplirse la normativa en seguridad industrial la normativa en emisiones o generación de residuos (Aviñó Belenguer, 2014)

CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo hemos visto que el titular de una administración local tiene entre sus funciones garantizar la protección de cualquier visitante a la misma (sea trabajador o usuario) existiendo responsabilidades administrativas, civiles e incluso penales en caso de accidente.

No es fácil acotar todos los campos en los que un visitante tiene riesgo de accidente, pero hemos señalado los que consideramos más importantes, como son el propio de la edificación, seguridad industrial, prevención de riesgos laborales, autoprotección, residuos o normativa sanitaria, aunque podrían extenderse a otros ámbitos.

A lo largo del artículo se han ido describiendo los reglamentos a cumplir y algunos de los criterios más significativos de éstos, y dando una serie de recomendaciones para minimizar las responsabilidades



del titular (en este caso la administración local) al ejercer la misma basada en el estricto cumplimiento de la normativa en el ejercicio de esta titularidad. Además se ha incidido especialmente en que aunque el propietario no es el responsable inmediato de los edificios explotados por terceros (concesiones administrativas o colaboraciones público privadas) se podrían establecer responsabilidades sobre el propietario del edificio, por lo que es muy recomendable que éste realice un control de normativa sobre estos terceros, así como que en los pliegos de condiciones se establezca claramente la responsabilidad de los concesionarios cuando están ejerciendo su actividad dentro de un edificio de la administración local.

Mediante todas estas medidas no podemos garantizar la inexistencia de accidentes, pero cuando se aplican estrictamente los reglamentos caerá drásticamente la posibilidad de que éstos se produzcan, e incluso en el caso excepcional que se éste se llegue a producir que las consecuencias sean las mínimas posibles, y reducir al máximo la responsabilidad del responsable público porque conste que se han aplicado todas las normas de aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

Aviñó Belenguer, D. (2014). Prevención y reparación de los daños civiles por contaminación industrial (Tesis doctoral). Universitat de Valencia. Teseo.

Blanco Silva, F., Requejo García, M. A. (2009). "Aplicación del RD 614/2001 de prevención del riesgo



eléctrico en la Universidad de Santiago de Compostela". *Revista técnico laboral*, 31(120), 203-205.

Blanco Silva, F. (2023). "La auditoría técnica como elemento de control externo de las administraciones públicas como avance de la auditoría operativa". *Revista Auditoría Pública* no, 81, 62-73.

Blanco Silva, F.; Baraza Sánchez, X. (2023). "Análisis de la doble regulación de las instalaciones eléctricas, desde la seguridad industrial y el riesgo eléctrico". *AACINI-Revista Internacional de Ingeniería Industrial*, (1), 61-73.

Calvo Maté, Silvia (2018). "Obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales". Trabajo Fin de Grado. Universidad de Zaragoza. Universidad de Valladolid. Disponible en <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/30997>

Escribá Pérez, A. N. (2021). "Evolución de la responsabilidad del empresario en materia de accidentes de trabajo en el ordenamiento jurídico español". *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 11(1), 378-409. Disponible en:

https://upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5416

Estropá Zapater, B.; García Blasco, J. (2015). La responsabilidad empresarial en la prevención de riesgos laborales. Trabajo Fin de Grado. Universidad de Zaragoza. Disponible en



<https://zaguan.unizar.es/record/32369/files/TAZ-TFG-2015-2424.pdf>

Frontera Gayá, B. "Responsabilidad patrimonial de la administración: especial referencia a la responsabilidad de las Administraciones Locales por daños sufridos en la vía pública, carreteras, actos públicos y festejos y en instalaciones públicas y deportivas"

Gea-Izquierdo, E. (2011). "Prevención de la legionelosis en sistemas de refrigeración de agua". *Dyna*, 78(165), 9-17.

Prieto Barrio, J. M., Martínez Martín, D. J. (2015). "La calidad y seguridad industrial en España". *Economía industrial*, 396, 17-32. Disponible en <https://www.mintur.gob.es/Publicaciones/Publicaciones-periodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/396/PRIETO%20BARRIO%20Y%20MART%C3%8DNEZ%20MART%C3%8DN.pdf>

Ríos Dávila, M. L. (2008). "Las responsabilidades en la ley de ordenación de la edificación". In *Manual de derecho de la construcción* (pp. 331-352). Wolters Kluwer España.

Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (2006). "La obligación de seguridad del fabricante de productos de trabajo y sus implicaciones en materia de responsabilidad civil y de Seguridad Social". *InDret*.

Gabilex

Nº 45

Marzo 2026



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

Castilla-La Mancha

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA



EL DELITO DE ODIO ANALÓGICO CONTRA REO

D. David Miras Estévez

Abogado experto en delitos de odio y discriminación

Resumen: La presente contribución tiene por objeto denunciar una praxis asumida por los Tribunales españoles, que consiste en aplicar el discurso de odio del artículo 510.2 a) del Código Penal para perseguir y castigar el trato degradante contra una persona determinada. Se cuentan ya por centenares las sentencias de condena por el citado delito de odio, en su modalidad de «lesión de la dignidad por motivos discriminatorios». **Esta práctica estaría vetada por el artículo 4.1 del CP que prohíbe las analogías contra reo.** La razón es que el tipo básico del delito contra la integridad moral presenta problemas de seguridad jurídica y no permite subsumir con facilidad supuestos «menos graves» de trato degradante, por lo que **se acude a una analogía *in malam partem* del artículo 510 del CP a fin de que tales conductas no queden impunes.**

1. El origen del colapso

Como es de sobra conocido, la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, suprimió la falta de injurias y vejaciones leves del derogado art. 620.2 CP,



por lo que en la actualidad estas conductas son atípicas entre particulares. El problema es que hay supuestos donde los insultos y vejaciones se realizan con una evidente motivación discriminatoria, con la finalidad de humillar a la víctima por motivos de raza, de origen nacional, orientación sexual, etc. Al haber desaparecido la falta de vejaciones, **ya no es posible diferenciar el trato degradante «menos grave», originándose un problema de encaje en el Código Penal** en aquellos supuestos de maltrato por razones discriminatorias. A ello se añade la disfuncionalidad de la circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4ª CP en su encuentro con los delitos leves, de modo que **tampoco puede invocarse esta agravante genérica en los casos de agresiones violentas cuyas lesiones no superan el umbral del delito leve**. En suma, ni el delito de grave trato degradante del art. 173.1 ni la circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4ª ofrecen una respuesta penal adecuada a los delitos comunes de odio y discriminación, por lo que fue preciso buscar otra solución al problema.

2. Los criterios erráticos de la Fiscalía

Ante la necesidad de dar una respuesta penal a estas vejaciones, insultos y maltratos que se ejecutan con una motivación discriminatoria, la Fiscalía General del Estado emitió la **Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP**, donde se insta a calificar tales supuestos como un delito de



discurso de odio del art. 510.2 a) CP. Aunque la experiencia de los últimos años, sin embargo, ha llevado a la misma Fiscalía a reconocer, como luego veremos, que dicho criterio no es el adecuado. Así, se ha venido considerando que este apartado del art. 510.2 a) sanciona un delito de resultado, consistente en lesionar «la dignidad de las personas» mediante actos de «humillación, menosprecio o descrédito», interpretando que el sujeto pasivo del delito puede ser «cualquier persona determinada» por razón de su pertenencia a los grupos vulnerables descritos en la norma.

La jurisprudencia, que no cuenta por lo general con una formación especializada sobre delitos de odio, ha seguido con reiterado automatismo las pautas de la Fiscalía, suponiendo que tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, el legislador habría ubicado en este precepto 510.2 a) **lo que confusamente se ha denominado como «el nuevo delito contra la integridad moral»**¹, que entraría en concurso de leyes con el art. 173.1 CP, resolviéndose a favor del delito de odio por su mayor especialidad (art. 8.1 CP). Mas lo cierto es que la Fiscalía no siempre ha seguido sus propios criterios. En algunas ocasiones ha postulado en sus escritos de acusación el referido art. 510.2 a) en sentido contrario, como un delito de peligro abstracto que tipifica conductas de discurso

¹ Entre otras resoluciones, Auto AP Barcelona, Secc. 9ª, nº 1059/2022, de 19 de diciembre 2022; Auto AP Barcelona, Secc. 21ª, nº 1184/2023, de 19 de julio 2023, y SAP Barcelona, Secc. 10ª, de 27 de febrero (Rollo nº 79/2022).



difamatorio contra colectivos vulnerables o discriminados². Incluso llegó a publicar desde su Secretaría Técnica un documento denominado **«Tratamiento penal de las *fake news*»**, dando lugar a las primeras sentencias por la emisión de bulos y noticias falsas con base a este tipo penal³.

3. El encapsulamiento del artículo 510.2 a) del CP

Si se lee con atención el art. 510 del CP se observará que la expresión «cualquier persona determinada por razón de su pertenencia» (a tales grupos) **se repite hasta en seis ocasiones a lo largo del precepto**. Textualmente el apartado primero menciona varias veces «contra una persona determinada por razón de su pertenencia» (510.1 a, b, y c), siendo pacífico sostener que ello no se refiere

² Entre otras, SAP Madrid, Secc. 23ª, nº 762/2017, de 29 de diciembre 2017 –discurso homóforo–; SAP Madrid, Secc. 16ª, nº 129/2024, de 11 de marzo 2024 –discurso misógino–.

³ SAP Barcelona, Secc. 6ª, nº 674/2022, de 8 de noviembre 2022; SAP Barcelona, Secc. 21ª, nº 70/2023, de 11 de abril 2023, y SAP Málaga, Secc. 7ª, nº 39/2023, de 6 de septiembre 2023 –discursos de odio y *fake news* contra menores extranjeros no acompañados–.



a las personas individuales como sujetos pasivos del tipo. Se trata de una modalidad de conducta típica, consistente en el ataque a todo el colectivo diana a través de un sujeto concreto a modo de representante del grupo. Lo absurdo e ilógico es haber establecido una excepción en el primer inciso del art. 510.2, considerando que este apartado, a diferencia de los demás, se refiere a los sujetos pasivos como personas individualmente consideradas, lo cual es incoherente con el resto del propio artículo. En otras palabras, **tal interpretación en clave individual del art. 510.2 a) rebasa el tenor literal posible, pues es irrazonable sostener interpretaciones distintas sobre una misma expresión legal que se reitera varias veces en el mismo precepto.**

Pero es que si acudimos al resto de criterios tradicionales (art. 3.1 C.C.), la **interpretación lógico-semántica o teleológica** nos evidencia que el art. 510.2 a) está ubicado dentro de «los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» (Sección 1ª, Capítulo IV, Título XXI), por lo que la naturaleza jurídica, el bien jurídico protegido y las conductas típicas que se recogen no son, en absoluto, coincidentes con el delito de trato degradante del art. 173.1 (Título VII). En cuanto a la **interpretación histórica**, la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, no hace ninguna alusión a ese «nuevo delito contra la integridad moral» que se dice incorporado por el legislador con esta reforma. Al contrario, se describe el 510.2 a) como una modalidad atenuada del discurso de odio de matriz injuriosa, diferenciada de aquella otra más grave de incitación a



la violencia, en sintonía con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo que ha ocurrido, en definitiva, es un *encapsulamiento* del primer inciso del art. 510.2 para ofrecer una respuesta penal a las lesiones de la integridad moral de las personas, que de otro modo serían más complicadas de acomodar en el tipo de trato degradante convencional del art. 173.1 CP.

4. Una analogía del delito de odio, en sentido estricto

La criminalización de los discursos de odio tiene por objeto la protección de grupos y colectivos frente a la discriminación. El art. 510 CP no prevé en ninguna de sus modalidades el menoscabo de la integridad moral de un individuo en particular, sencillamente porque estas conductas ya se hallan tipificadas en el art. 173 CP. Sin embargo, el tipo básico de trato degradante presenta problemas de taxatividad que dificulta su aplicación, lo que ha llevado a los operadores jurídicos a buscar otras soluciones prácticas, y han acabado por realizar una lectura *sui generis* y desenfocada del art. 510.2 a) CP. Así, se interpreta que «**la dignidad de las personas**» es equivalente a la integridad moral del individuo, cuando en realidad se trata de la dignidad de las personas, en plural, es decir, la dignidad grupal (llámese honor, fama o reputación del colectivo). Y se identifica, también erróneamente, la expresión «**cualquier persona determinada**» con el sujeto pasivo del delito, cuando realmente lo que expresa la norma es



una modalidad de la conducta típica, como se ha dicho antes, que consiste en el ataque al grupo discriminado a través de un sujeto individual a modo de «cabeza de turco».

La condena por el delito de trato degradante, prevista en el tipo básico del art. 173.1 CP, lleva aparejada una pena de seis meses a dos años de prisión, mientras que el delito de discurso de odio del art. 510.2 a) CP tiene prevista una pena más gravosa, por cuanto además de imponer una pena de prisión de seis meses a dos años, también se condena al reo al pago de una multa de seis a doce meses y, además, a una pena preceptiva de inhabilitación especial de hasta diez años para profesión u oficio educativo (art. 510.5 CP). **La analogía del sujeto pasivo individual en el discurso de odio produce, por lo tanto, un resultado desfavorable para el reo,** pues se agravan las consecuencias jurídico-penales de un comportamiento que, en efecto, es punible pero que debería ser castigado con una pena menos aflictiva. No cabe hablar de interpretación analógica, pues no existe cláusula legal habilitante, sino de analogía en sentido estricto, prohibida por los conocidos principios de taxatividad y legalidad penal.

5. Reformas legislativas en camino

La desubicación del trato degradante discriminatorio no solo plantea problemas para el reo. También las víctimas de estos delitos se ven privadas de una protección eficaz, debido a que la aplicación del art. 510 CP no permite adoptar penas y medidas de alejamiento para el agresor. De igual manera, se dificulta que estos delitos, que en realidad son delitos



muy comunes, puedan recibir un tratamiento procesal ágil y adecuado mediante diligencias urgentes y juicios rápidos, dada la preceptiva pena de hasta diez años de inhabilitación especial que impone el art. 510.5 CP. Por tales motivos, **la Fiscalía General del Estado ha pedido recientemente una reforma legislativa consistente en «el cambio de ubicación sistemática del art. 510.2 a) CP»**⁴, debido a que su ubicación correcta estaría dentro de los delitos contra la integridad moral del art. 173 CP. Pero al mismo tiempo, y en aras a una mejor protección de las víctimas, la misma institución ha reclamado una reforma del art. 57 CP para incluir estos delitos del art. 510 CP dentro de las prohibiciones contempladas en el art. 48 CP (*vid.* Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, Disposición final tercera, nº 9). Y por otro lado, ha propuesto una reforma del art. 510.5 CP reduciendo la pena de inhabilitación especial a pena menos grave (de tres a cinco años), lo que implicaría un cambio de competencia objetiva a favor de los Juzgados de lo Penal y la posibilidad de agilizar el enjuiciamiento (*vid.* Proposición de Ley Orgánica para penalizar las terapias de conversión dirigidas a eliminar o negar la orientación sexual, identidad sexual o expresión de género, Artículo Único nº 2).

Siendo muy loable la intención de mejorar la

⁴Memoria FGE (2024), Capítulo VI, pp. 1255-1256.



atención a las víctimas de estos delitos, lo cierto es que tales propuestas de reforma no resuelven el problema de fondo, que no es otro que la actualización del tipo básico del delito contra la integridad moral, a fin de incorporar el principio de no discriminación proclamado en el art. 14 CE/1978 de manera efectiva (y no aparente) en el Código Penal. Con tal finalidad, y para ubicar correctamente las vejaciones, insultos y maltratos que se ejecutan con una motivación discriminatoria, se propone la reforma del art. 173.1 CP, con el siguiente redactado⁵: *«1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. **En todo caso será considerado grave el trato degradante cuando se cometa por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición***

⁵ La presente propuesta se basa en MIRAS ESTÉVEZ, D., *El delito de trato degradante discriminatorio*, Agencia Estatal BOE, Madrid (2025). Existe un precedente en el mismo sentido, recogido en el Anteproyecto de la Ley de Igualdad de Trato de 2011, que proponía el siguiente tenor literal: «En todo caso, se producirá menoscabo grave de la integridad moral de la víctima al que se refiere el art. 173.1 de este Código cuando el trato degradante se inflija por alguno de los motivos previstos en el art. 22.4ª de este Código». Vid. GÓMEZ MARTÍN, V., *Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras las LO 1/2015*, Juruá, Porto (2019), pp. 68-69.



o circunstancia personal o social.»

Entre tanto, y mientras no se hagan las oportunas reformas, cabe denunciar la quiebra de garantías y derechos fundamentales cuando se pretende aplicar, contra reo, una analogía del delito de odio del art. 510.2 a) CP, señalando que lo correcto sería su calificación como delito contra la integridad moral por motivos discriminatorios del art. 173.1 CP. Con ello se estará defendiendo, a fin de cuentas, un Código Penal menos punitivo y más inclusivo.

Gabilex

Nº 45

Marzo 2026



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

Castilla-La Mancha

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

RECENSIÓN



RECENSIÓN DEL LIBRO
“LA DIMENSIÓN TEMPORAL EN LOS
CONTRATOS PÚBLICOS (SOBRE LA
DURACIÓN Y LA PRÓRROGA EN LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA)”,
RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J, y
RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M^a
C.⁶

D. Jose Enrique Candela Talavero

Doctor en Derecho (UCLM)

Funcionario de la Administración Local con Habilitación
de Carácter Nacional

El contrato público necesita estar conformado por diversos elementos, entre los que destaca su duración. Una extensión temporal que varía según el tipo de contrato administrativo, y del que dependen factores como el objeto, la necesidad, el precio, los pliegos de cláusulas administrativas, las amortizaciones, los costes, la modificación o la resolución del contrato.

⁶ Editorial Olejnik, Santiago-Chile, 2025, 812 pp.



La regulación de la duración en los contratos públicos es clara y sus consecuencias también como se deduce del extenso artículo 29 ubicado en la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

El libro sobre el que hago esta breve recensión de los profesores D^o Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña, y D^a María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo, Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, presenta un extenso análisis de este elemento esencial del contrato público, la duración. Elemento determinante por su estrecha vinculación con el respeto y cumplimiento de los principios generales de la contratación a los que está directamente conectado.

El libro nos enseña un elemento clave de cada contrato público para llevarnos a una comprensión global de la contratación pública, en un larguísimo recorrido normativo y doctrinal que arranca en el año 1844 y llega a nuestros días. Es un minucioso trabajo histórico que lo convierte en manual distinto y referente.

Es muy llamativo la minuciosidad con que los profesores abordan el elemento temporal para explicar



su trascendencia. Para este análisis didáctico no han ahorrado esfuerzos en la explicación y argumentación con cita de muy variada y diversa doctrina que se desprende de los órganos consultivos, de los tribunales administrativos de contratación públicos, así como de autores relevantes sobre la materia, reseñándose los trabajos que ya dedicara a la prórroga de los contratos el propio profesor Rodríguez-Arana.

El libro que se presenta resulta indudablemente práctico para los distintos operadores que desarrollan directa e indirectamente actividades en el sector de la contratación pública al estar relacionado con partes de todo expediente contractual, caso del equilibrio económico de los contratos, el ciclo coste de la vida, los criterios de adjudicación, el riesgo y ventura, las bajas temerarias y su justificación, la modificación del contrato y/o su resolución, el incumplimiento por la demora, los reparos y control del gasto de la intervención y con indudable relieve en las concesiones de obras y de servicios, con sus elementos característicos tales como el riesgo operacional, o la amortización de las inversiones.

Estamos ante una obra valiosa desde el punto de vista del análisis histórico que ofrece. Loable por la conexión del estudio de la duración desde sus primeros análisis de su regulación en el año 1844 hasta el día de hoy. Extenso recorrido que además se adereza con un cuadro comparativo de enorme utilidad práctica, amén de una reseña de impresiones que lo convierten en obra verdaderamente novedosa desde el punto de vista de su originalidad en el sumario que los autores idearon.



Se aleja la obra de una simple enumeración formalista de abundantes normas, instrucciones... y su regulación del contrato público limitándose a citar su duración. Por el contrario, se deduce de sus páginas una búsqueda y propuesta a aplicar para el derecho a la buena administración mediante una contratación estratégica, que además pivota sobre el respeto de los destinatarios de cada decisión política, esto es, una contratación pública por y para los ciudadanos, como se deduce del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La explicación didáctica del elemento temporal en la contratación pública demuestra una preocupación reseñable como es claridad expositiva mediante reflexiones concretas y base argumental propia, acompañada de informes de Juntas consultivas de contratación, dictámenes de Consejos consultivos y sentencias relevantes que hacen más asequible la comprensión de la importancia del tiempo y sus consecuencias jurídicas en la contratación pública.

Un esfuerzo didáctico que se muestra en su fácil lectura y comprensión de conceptos favorecida con ejemplos y apoyo jurisprudencial. Claridad expositiva que no está reñida con la complejidad de la reflexión y conceptos que se presentan en el libro, así como de sus consecuencias jurídicas. Claridad que no es simplicidad, sino profundo conocimiento de conceptos que transmiten.



Para la estructura de la obra los autores ofrecen en el **Capítulo I** una **"INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES"** muy relevantes al recordar cuarenta años después las Conclusiones más relevantes que se recogían en la obra del profesor RODRÍGUEZ-ARANA "La prórroga de los contratos administrativos. Concepto, funcionalidad y régimen en los contratos de obras y en los de gestión de servicios públicos" (1988) y la virtualidad práctica que en 2025 tienen sin perjuicio de abordar de nuevo el estudio de la duración en los contratos públicos para su actualización por motivos como los cambios normativos en la prórroga de los contratos públicos, la nueva doctrina sobre el particular y la jurisprudencia tanto europea como española.

De este modo, los profesores han demostrado una preocupación por la utilidad y practicidad de su obra que llegará a todos los estudiosos y profesionales del Derecho Público en general por la preocupación que reflejan por la "incidencia del tiempo en el Derecho Administrativo. Si partimos de la aproximación que plantea nuestra disciplina como el derecho del poder público para la libertad solidaria y nos situamos en la perspectiva de los contratos y de los actos necesitados de aceptación o, si se quiere, en el planteamiento de la participación del ciudadano, particular o administrado en la configuración de los intereses generales, punto de vista del que hemos de contemplar la problemática de las concesiones administrativas, entonces podremos formular algunas observaciones preliminares" (pág. 15) y de la contratación por el sector público en particular. Consideraciones generales a guisa de introducción para adelantar la importancia de la duración en la



contratación pública a lo largo del tiempo y que la doctrina más reconocida (Álvarez Cienfuegos, Ariño Ortiz, Meilán Gil, Gimeno Feliu, Ariño Ortiz, Moreno Molina, o el propio Rodríguez-Arana) ha puesto de manifiesto.

Además anticipan los autores sus efectos en elementos que se aborda en capítulos sucesivos del libro (sustitución del contrato de gestión de servicios públicos por el nuevo contrato de concesión de servicios que conlleva el nuevo concepto del riesgo operacional, la duración de los contratos, la prohibición de las prórrogas tácitas, la prórroga forzosa, la continuidad de los contratos de concesiones de servicios, la revisión de precios en los contratos prorrogados, las prórrogas y las prohibiciones de contratar, la continuidad en supuestos de nulidad, la suspensión de los contratos, el mantenimiento del equilibrio económico del contrato...).

En el **Capítulo II “LA PRÓRROGA EN LOS CONTRATOS. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. SIGLO XIX”** se analiza la prórroga en los contratos mediante un exhaustivo y dilatado estudio histórico que se remonta a los antecedentes históricos del siglo XIX. Desde el Pliego de condiciones generales para las empresas de caminos de hierro que se autoricen por el gobierno en lo sucesivo, de 31 de diciembre de 1844, hasta Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas aprobado por Decreto de 11 de junio de 1886. La explicación de tan arduo estudio histórico la ofrecen los autores pues “entendemos que sin el conocimiento histórico es muy difícil, por no decir



imposible, comprender el alcance y funcionalidad de las instituciones y las categorías jurídicas, máxime en el Derecho Administrativo” (pág.19).

Normas del S.XIX, como el Pliego de condiciones generales para las contratas de obras públicas de caminos, canales y puertos, aprobado por Real orden de 14 de marzo de 1846 (cláusula 38), el Pliego de condiciones generales para las contratas de obras públicas aprobado por Real Decreto 10 de julio de 1861 (cláusula 59), la Ley de Bases Generales de Obras Públicas de 14 de noviembre de 1868 (artículo 5), la Ley General de Obras públicas de 13 de abril de 1877 (artículos 55, 75 y 101), la Ley dictando disposiciones referentes a la clasificación general de los ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877 (artículos 22, 23 , 68, 69 y 76) , las Instrucciones para disponer que se lleven a efecto obras de nueva construcción o de reparación de edificios con cargo al crédito de construcciones civiles comprendido en el presupuesto de gastos del ministerio de fomento de 15 de enero de 1886 (que en su art. 3 regulaba en los proyecto se ha de fijaba el máximo de tiempo en que invertirse en su ejecución), o el Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas aprobado por Decreto de 11 de junio de 1886 (cláusula 56).

Normas del s. XIX que ofrecen “las señas de identidad de un Ordenamiento administrativo”, pues en los mismos se prevé ya con nitidez el régimen jurídico de la figura de la prórroga en los contratos de obras de la Administración pública.



El **Capítulo III** denominado "**SIGLO XX**" demuestra de forma clara el detalle analítico de las muchas normas administrativas relevantes con incidencia en la duración de la contratación pública. Se ofrece de nuevo una explicación de la necesidad de los estudios histórico en la rama del Derecho Administrativo que ha llevado a los autores a un extenso desarrollo de su regulación en este S.XX. Normas analizadas desde Pliego de condiciones para la contratación de obras públicas, aprobado por Real Decreto 7 de diciembre de 1900 hasta la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Suman un total de treinta y ocho normas entre las que se encuentran Instrucciones, Pliegos de condiciones generales y particulares, Reglamentos, Reales decretos, Real orden, Leyes y Órdenes.

Con análisis en apartado propio de la Jurisprudencia (págs. 41 a 43) de la sentencia 2088/1985 del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985 sobre revisión de precios, admitiendo esta revisión cuando se estén en situación de prórroga forzosa unilateralmente si resulta impuesta por necesidades del servicio público y de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1986 así como de la Jurisprudencia (págs. 97 a 99) recaída sobre las prórrogas en el marco de la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas (LCAP) que se considera "realmente la primera regulación completa de los contratos tras la aprobación de la Constitución



Española de 1978 y desde la integración de España en la Unión Europea” y para el que se cita muy oportunamente por su claridad en sus consideraciones jurídicas, el informe número 6 de 2009 de la Abogacía del Estado de 18 de marzo que diferenció el plazo de duración del contrato y plazo de ejecución del mismo.

Además de la previsión que la LCAP contemplaba sobre el plazo de ejecución, la prórroga y la interpretación jurisprudencial, los autores ofrecen un estudio de este elemento para prestaciones particulares en los contratos de consultoría y servicio (art. 199 LCAP e informes de 26 de julio de 1995, de 23 de julio de 1996, de 11 de noviembre de 1998, 41/98, de 16 de diciembre de 1998, o el Informe 8/04, de 12 de marzo de 2004 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa e informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid de 13 de febrero de 1998), en contratos de trabajos específicos y concretos no habituales, en los contratos de gestión de servicios público (art. 175 LCAP e Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa nº 18/97, de 14 de julio de 1997, nº 44/95, de 21 de diciembre de 1995, nº47/98, de 17 de marzo de 1999, nº5/99 de de 17 de marzo de 1999, nº 50/03, de 12 de marzo de 2004, nº 7/06, de 24 de marzo de 2006) y en los contratos menores.

Minuciosos trabajo de los profesores que llegan a presentar un análisis comparativo entre el Decreto 3410/1975, de 25 de Noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado y el Decreto 3354/1967 de 28 de Diciembre por el que se aprueba el Reglamento General de Contratos en



aspectos como la prórroga, plazo para solicitar la prórroga por parte del contratista, supuesto de que el contratista no solicitase prórroga, contenido del pliego :prórroga, duración del contrato de gestión de servicios y duración de los conciertos (págs. 53 a 55).

También es destacable en este Capítulo III, junto a las normas analizadas, que se dedique un apartado propio al “Aspecto doctrinal. La tácita reconducción” (pág.100) citando a Martínez-Cardós Ruiz y Thomas de Carranza, sobre el que se advierte que “la prórroga tácita está prohibida, pero, excepcionalmente, puede haber casos, que serán uno entre mil, en los que, por obvias y palmarias razones de interés general, podría admitirse”.

El último capítulo del libro, **Capítulo IV “SIGLO XXI”**, ofrece un extenso y profundo análisis normativo, doctrinal, y jurisprudencial que los autores realizan, aderezado con múltiples informes esclarecedores de las Juntas Consultivas de Contratación sobre la normativa contractual del S.XXI.

Desde el Real Decreto Legislativo 2/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, a la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Analizan la normativa europea como la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de



los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; el plazo y las prórrogas en las Directiva 2024/23 y Directiva 2014/24 y las Comunicaciones de la Unión Europea sobre Concesiones (caso de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho Comunitario (2000/C 121/02) y el 2ª Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Evolución de la colaboración público-privada resultados y retos (COM (2004) 327 final).

Y se presenta un estudio de leyes sectoriales estatales y autonómica significativas, como las gallegas (Ley 5/2009, de 26 de noviembre, de medidas urgentes para la modernización del sector del transporte público, Ley 1/2015 de 1 de abril de Garantía de la Calidad de los Servicios Públicos y la Ley 10/2016, de 19 de julio, de medidas urgentes para la actualización del sistema de transporte público), o navarra (Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos) que afectan a la duración en la contratación en sectores claves como la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible o la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

Otra demostración del arduo y extensión del libro de los profesores es su trabajo sobre casos particulares que adelantan soluciones cuando la duración afecte a la mejor satisfacción del interés general al mostrar la problemática en casos particulares, como los contratos



de concesión de Obras Hidráulicas (particularidades que le dedica el art. 263 LCSP y el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio); la suspensión de los contratos (vinculado con las prerrogativas de la Administración, mostrado con un claro cuadro comparativo desde el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965 a la LCSP2017, sin dejar de citar que esta prerrogativa de suspensión ya se regulaba desde la Real orden de 14 de marzo de 1846); la revisión de oficio de actos administrativos relativos a prórrogas (para lo que se analiza la invalidez de los contratos tanto en la LCSP (arts. 38 a 41) como en la LPACAP (arts. 47 y 106), para a continuación comentar Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía (nº223/2020, de 15 de abril, nº537/2020, de 8 de octubre, nº 646/2020, de 26 de Noviembre, nº 52/2022, de 27 de enero, nº 784/2022, de 24 de noviembre, nº965/2022, de 21 de diciembre, nº91/2023, de 9 de febrero , nº668/2023, de 19 de septiembre, nº 833/2023, de 23 de octubre, nº835/2023, de 23 de octubre y nº471/2024, de 13 de junio), jurisprudencia recaída sobre las prórrogas (STSJ de Castilla y León, de 20 de diciembre de 2019, STSJ de Extremadura, de 15 de julio de 2021, o a STSJ de la Región de Murcia, de 2 de junio de 2022) o Dictámenes como el de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (nº209/19de 23 de mayo). Y finalmente se dedica un interesante análisis de contratos y la problemática de las prórrogas de concesiones de autopistas y autovías gracias a un minucioso estudio de dos pronunciamientos del TSJUE, la STJUE de 7 de septiembre de 2016, en asunto C-549/14, (FINN



FROGNE), y la STJUE de 18 de septiembre de 2019, en asunto C-526/17.

El libro concluye con su **Capítulo V** en que se vierten muy ilustrativas “**CONSIDERACIONES Y CONCLUSIONES FINALES**” como una recapitulación ilustrativa y ordenada de las explicaciones sobre la duración en la contratación pública desarrollado a lo largo del libro.

En este capítulo se muestra una recopilación muy amplia y detallada del trabajo en que efectivamente logra demostrar el objetivo conseguido para ofrecer una “visión lo más amplia posible de una cuestión tan transcendente como la de la prórroga de los contratos del Sector público a través de su evolución histórica”, apoyado en abundancia de dictámenes, informes y jurisprudencia citados y analizados.

Unas conclusiones de los profesores de la Universidad de A Coruña y de la Universidad Complutense de Madrid muy oportunas para demostrar la importancia de la duración en los contratos públicos en particular y del tiempo para el Derecho Administrativo en general. Resulta capital la incidencia de la duración de los contratos y sus prórrogas en los principios generales de la contratación, como efectivamente ponen de relieve los autores encontrando apoyo en jurisprudencia comunitaria. El estudio de la normativa que afecta y regula la contratación pública ha supuesto para sus autores poner de manifiesto que la duración de un contrato afecta al resto de prestaciones y a los efectos del contrato.



Un esfuerzo que facilitará la práctica de la contratación pública que los profesores muestran como es el listado minucioso que en la LCSP se hace de las distintas expresiones en relación con la duración. Resultando por su novedad y compromiso con este libro integral, la preocupación que los autores han demostrado tanto al listar el significado equivoco del concepto "prórroga "y sus distintas acepciones (pág.755) como al ofrecer un cuadro sobre las prórrogas y otras circunstancias (pág. 792) y otro sobre el carácter básico o no de las prórrogas (págs. 800-802).

Nos encontramos ante una monografía excelente y muy provechosa en la que se perfila un concepto central que empapa la contratación pública, analizando toda su evolución de conformidad con las regulaciones desde el s. XIX hasta nuestros días.

Se trata de una aportación de enorme utilidad para los estudiosos de este sector público, para quienes se encargan de la tramitación administrativa (jurídicos, economistas, técnicos...), para empresas licitadoras y para quienes desempeñen el control de la actuación de la Administración, los jueces y tribunales, que podrán encontrar en esta obra explicaciones claras y supuestos de la práctica habitual que conforman elementos de ponderación al adoptar decisiones que tengan en cuenta la duración de un contrato público para la mejor preparación y programación de la actividad de contratación pública y quedar satisfechos los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia.

Gabilex

Nº 45

Marzo 2026

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



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 45

Marzo 2026



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

Castilla-La Mancha

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

BASES PARA LA PUBLICACIÓN



BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran



inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe



especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.



Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.



- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo



electrónico a la siguiente dirección de la Revista:
revistagabinetejuridico@jccm.es

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 Verdana⁷. 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.

⁷ 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.



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

**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

