

Gabilex

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

**Nº 47
Tercer trimestre 2026**



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



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 47 Septiembre 2026

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

Número 47. Septiembre 2026

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR,
Tirant lo Blanch y ERIH PLUS**

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

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

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

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

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



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Jaime Pintos Santiago

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

D^a. Antonia Gómez Díaz-Romo

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

D. Roberto Mayor Gómez

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



D. Leopoldo J. Gómez Zamora

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

D. José Enrique Candela Talavero

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

Catedrático de 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

Presidenta del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

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

D. Javier Mendoza Jiménez

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



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 13

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO POR IDENTIDAD JURÍDICA
SUSTANCIAL CON UN RECURSO DE CASACIÓN
ADMITIDO: BALANCE CRÍTICO DEL ARTÍCULO 56.5 DE
LA LJCA

Tomás Antonio Gómez Saucedo 19

NATURALEZA Y CARACTERES DE LAS COMPETENCIAS
EXCLUSIVAS ESTATALES CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO
149 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Gonzalo Ruiz Gálvez 77

EL PERSONAL DIRECTIVO PÚBLICO: SU ESPECIALIDAD
EN LAS ENTIDADES LOCALES Y, EN ESPECIAL, EN LAS
DIPUTACIONES PROVINCIALES DE CASTILLA-LA
MANCHA

Francisco Suay Ojalvo.....141



LA RACIONALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ACUERDOS MARCO, SISTEMAS DINÁMICOS DE ADQUISICIÓN Y CENTRALES DE CONTRATACIÓN, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS ENTIDADES LOCALES Héctor Serrano García.....	213
--	-----

DICTAMEN RELATIVO A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO SANITARIO: LEX ARTIS Y PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Ruth Bautista Fernández.	261
--	-----

LA IGNORANCIA DELIBERADA EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA CON ESPECIAL ÉNFASIS EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITAL Laura Sánchez de Rivera García.....	303
---	-----

IMPACTO Y DESAFÍOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UN ESTUDIO JURÍDICO Y ÉTICO Marcos Puñal de Roa.....	385
---	-----

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

LA CONSERVACIÓN DE DATOS BIOMÉTRICOS Y GENÉTICOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: NECESIDAD, PROPORCIONALIDAD Y GARANTÍAS. Comentario a la STJUE C-57/23 Israel Suárez-Puerta Fernández.....	457
--	-----



SECCIÓN INTERNACIONAL

**PARTICIPACIÓN DE LAS MICRO Y PEQUEÑAS EMPRESAS
EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL PERÚ**

Jans Erik Caveró Cárdenas.....476

BASES DE PUBLICACIÓN.....522



EDITORIAL

En el número 47 de la Revista Gabilex se reúnen ocho artículos doctrinales en la sección nacional, una reseña de jurisprudencia y un estudio en la sección internacional. El número ofrece, desde perspectivas diversas, un recorrido por algunas de las cuestiones que hoy ocupan un lugar central en el Derecho público y en la práctica jurídica: el proceso contencioso-administrativo, la distribución constitucional de competencias, la dirección pública profesional, la contratación pública, la responsabilidad sanitaria, los aprovechamientos termales, el Derecho penal económico, la inteligencia artificial, la protección de datos y la contratación pública comparada.

Abre la sección nacional el trabajo de D. Tomás Antonio Gómez Saucedo, «La suspensión del proceso contencioso-administrativo por identidad jurídica sustancial con un recurso de casación admitido: balance crítico del artículo 56.5 de la LJCA». El estudio examina una técnica procesal de incorporación reciente, valora su fundamento y sus efectos sobre la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, y ofrece una lectura crítica de los problemas que plantea su aplicación práctica.



A continuación, D. Gonzalo Ruiz Gálvez analiza en «Naturaleza y caracteres de las competencias exclusivas estatales contenidas en el artículo 149 de la Constitución Española» la posición de las competencias reservadas al Estado dentro del sistema territorial diseñado por la Constitución. El trabajo presta atención a su carácter, a sus límites y a la incidencia que sobre ellas produce la articulación con las competencias autonómicas.

D. Francisco Suay Ojalvo aborda «El personal directivo público: su especialidad en las entidades locales y, en especial, en las diputaciones provinciales de Castilla-La Mancha». La aportación estudia la evolución y configuración de la función directiva pública, con especial atención a su régimen de nombramiento, funciones, responsabilidad, evaluación y cese en el ámbito local y provincial.

Seguidamente, D. Héctor Serrano García presenta «La racionalización de la contratación pública: acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición y centrales de contratación, con especial referencia a las entidades locales». El artículo examina estos instrumentos desde una perspectiva normativa y práctica, poniendo de relieve tanto sus ventajas de eficiencia como los riesgos que pueden derivarse de la agregación de la demanda y de una reducción efectiva de la competencia.

D^a Ruth Bautista Fernández firma el «Dictamen relativo a la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario: lex artis y pérdida de oportunidad». A partir de un supuesto de retraso diagnóstico, el trabajo analiza los presupuestos de la responsabilidad patrimonial sanitaria,



la función de la *lex artis ad hoc*, la pérdida de oportunidad y la incidencia específica que el daño puede proyectar sobre la salud reproductiva y el proyecto vital de la paciente.

El artículo de D^a Laura Sánchez de Rivera García, «La ignorancia deliberada en la doctrina y la jurisprudencia con especial énfasis en el delito de blanqueo de capitales», analiza la evolución de esta construcción en la jurisprudencia penal, su relación con el dolo eventual y la imprudencia y las dificultades que suscita su utilización como criterio de imputación subjetiva, especialmente en materia de blanqueo de capitales.

Cierra los artículos doctrinales de la sección nacional el trabajo de D. Marcos Puñal de Roa, «Impacto y desafíos de la inteligencia artificial en los derechos fundamentales: un estudio jurídico y ético». El estudio recorre la evolución de la inteligencia artificial y examina su proyección sobre la personalidad jurídica, la privacidad, la protección de datos, la no discriminación, la integridad moral y la tutela judicial efectiva, formulando propuestas ante los retos regulatorios y éticos de estas tecnologías.

La reseña de jurisprudencia, a cargo de D. Israel Suárez-Puerta Fernández, se dedica a «La conservación de datos biométricos y genéticos en el Derecho de la Unión Europea: necesidad, proporcionalidad y garantías». El comentario a la STJUE C-57/23 examina los límites de la recogida y conservación de datos especialmente sensibles por las autoridades, así como las exigencias de estricta necesidad, proporcionalidad, minimización y revisión periódica.



La principal novedad estructural del número es la incorporación de una sección internacional. La inaugura D. Jans Erik Caveró Cárdenas con «Participación de las micro y pequeñas empresas en la contratación pública del Perú». El estudio combina análisis normativo y trabajo empírico sobre contratación de obra pública, examina la presencia de las micro y pequeñas empresas en el mercado público peruano y plantea propuestas orientadas a una contratación sostenible y al principio de valor por dinero.

Como es habitual, el número se completa con las Bases de publicación de la Revista. Con ello, Gabilex continúa ofreciendo un espacio abierto al estudio jurídico riguroso, al análisis de problemas prácticos y al intercambio de perspectivas nacionales e internacionales sobre cuestiones de actualidad.

El Consejo de Redacción



REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO POR IDENTIDAD JURÍDICA SUSTANCIAL CON UN RECURSO DE CASACIÓN ADMITIDO: BALANCE CRÍTICO DEL ARTÍCULO 56.5 DE LA LJCA

D. Tomás Antonio Gómez Saucedo

Letrado de la Diputación Provincial de Córdoba

Resumen: El Real Decreto-ley 5/2023 incorporó el apartado 5 al artículo 56 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, habilitando la suspensión de un proceso cuando exista un recurso de casación admitido que presente "*identidad jurídica sustancial*" con la cuestión debatida. Superada la fase inicial de la reforma, este trabajo analiza la figura desde su aplicación efectiva en resoluciones publicadas entre 2024 y 2026. El precepto configura una técnica de coordinación jurisdiccional, no una anticipación automática del fallo ni una extensión encubierta de efectos de la futura sentencia casacional. Su uso legítimo exige una comparación razonada entre la cuestión de interés casacional y el problema decisorio del litigio pendiente, la previsión de una incidencia real de la sentencia del Tribunal Supremo y una ponderación explícita del coste temporal de la suspensión. La práctica



examinada confirma su utilidad para evitar decisiones contradictorias y racionalizar la actividad procesal, pero también revela riesgos: la indeterminación del concepto de identidad, el déficit de información estructurada sobre los recursos admitidos y la ausencia de mecanismos de seguimiento temporal. Se proponen pautas interpretativas y mejoras organizativas para preservar la tutela judicial efectiva sin renunciar a la coherencia del sistema.

Palabras clave: jurisdicción contencioso-administrativa, recurso de casación, suspensión del proceso, identidad jurídica sustancial, tutela judicial efectiva, seguridad jurídica, jurisprudencia.

Abstract: Royal Decree-Law 5/2023 inserted paragraph 5 into Article 56 of the Spanish Judicial Review Act, allowing a court to stay proceedings where an admitted cassation appeal presents a “substantial legal identity” with the issue under dispute. Now that the reform has been operating for several years, this article examines the mechanism through its actual use in published decisions from 2024 to 2026. The provision is a device for judicial coordination, rather than an automatic anticipation of the outcome or a disguised extension of the effects of the forthcoming cassation judgment. Its lawful application requires a reasoned comparison between the cassation issue and the decisive legal problem in the pending case, a real prospect that the Supreme Court’s ruling will affect its resolution, and an express assessment of the temporal cost of the stay. The reviewed practice confirms its potential to prevent inconsistent decisions and rationalise procedure, while



exposing risks: the open-ended nature of substantial legal identity, limited structured information on admitted appeals, and the lack of time-monitoring mechanisms. Interpretive guidelines and organisational improvements are proposed to preserve effective judicial protection without sacrificing systemic coherence.

Keywords: administrative judicial review, cassation appeal, stay of proceedings, substantial legal identity, effective judicial protection, legal certainty, case law.

SUMARIO

1.- Introducción y objeto del estudio.

1.1.- Contexto de la reforma y delimitación del problema.

1.2.- Hipótesis, objeto de estudio y metodología.

2.- Configuración jurídica del artículo 56.5 de la LJCA

2.1.- Inserción sistemática y mecánica procedimental.

2.2.- Naturaleza de la figura: delimitación frente a la prejudicialidad y otras instituciones.

3.- Presupuestos, procedimientos y efectos de la suspensión.

3.1.- Los presupuestos materiales: el recurso admitido y la identidad jurídica sustancial.



3.2.- El procedimiento: la doble audiencia y la motivación del auto.

3.3.- Incidencia de la suspensión en la tutela cautelar y en la ejecutoriedad del acto.

3.4.- La reanudación del proceso, costas y efectos procesales.

4.- La aplicación judicial del precepto y sus principales problemas.

4.1.- Casuística general y utilidad de la medida en la práctica.

4.2.- Análisis de supuestos relevantes: extranjería, ámbito tributario y responsabilidad.

4.3.- El control metodológico negativo: la denegación de la suspensión.

5.- Valoración crítica y propuestas de mejora

5.1.- El riesgo de estandarización judicial frente a la tutela judicial efectiva y la eventual responsabilidad patrimonial por dilaciones indebidas.

5.2.- Cargas de alegación, seguimiento institucional y gestión masiva de litigios.

5.3.- La problemática de la suspensión parcial y la segmentación del litigio.

6.- La proyección del artículo 56.5 de la LJCA en el ámbito autonómico: La aplicación de la suspensión



ante la casación en derecho autonómico (art. 86.3 de la LJCA).

6.1.- La asimetría procesal frente a la casación autonómica.

6.2.- Propuesta de *lege ferenda* para garantizar la coherencia del sistema autonómico.

7.- Conclusiones.

8.- Bibliografía y jurisprudencia.

1.- Introducción y objeto del estudio.

1.1.- Contexto de la reforma y delimitación del problema.

La reforma del artículo 56 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), mediante la introducción de su apartado 5, pasó inicialmente casi inadvertida dentro de una disposición de extraordinaria amplitud material.

El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, añadió un instrumento procesal singular: la facultad de suspender un litigio pendiente cuando el órgano judicial conozca que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha admitido una casación con identidad jurídica sustancial respecto de la cuestión controvertida.

Una aproximación inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la reforma solo habría permitido describir su



literalidad, explorar sus finalidades declaradas y formular hipótesis.

La existencia de resoluciones posteriores permite desplazar el análisis al terreno de la experiencia. Hay ya resoluciones que documentan la suspensión, la recepción de la sentencia casacional, la reanudación del litigio y la proyección efectiva del criterio fijado por el Tribunal Supremo.

También existe, significativamente, al menos una decisión que advierte que la suspensión no era procedente porque la cuestión admitida en casación no coincidía con el objeto realmente litigioso. Esa doble constatación permite evaluar la institución sin confundir su potencial con su resultado.

El problema responde a una tensión estructural. De un lado, el modelo de casación diseñado por la Ley Orgánica 7/2015 persigue que el Tribunal Supremo fije criterios interpretativos sobre cuestiones de interés casacional objetivo. De otro, los órganos judiciales deben resolver los recursos sometidos a su conocimiento dentro de un plazo razonable y con respeto a las circunstancias propias de cada proceso.

El artículo 56.5 LJCA no suprime la autonomía decisoria del juez o tribunal de instancia ni convierte toda admisión casacional en una causa de paralización general; busca ordenar la interacción entre ambos planos.



1.2.- Hipótesis, objeto de estudio y metodología.

La hipótesis central de este trabajo es que el artículo 56.5 de la LJCA solo cumple su finalidad de coordinación si se aplica con un criterio estrictamente restrictivo y selectivo. La "identidad jurídica sustancial" debe entenderse como la coincidencia del problema normativo decisivo para la resolución del litigio, y no como una mera afinidad temática, sectorial o fáctica.

De no exigirse este rigor comparativo y una incidencia real de la futura sentencia casacional, la suspensión procesal deja de ser un instrumento de eficiencia para convertirse en un factor de dilación indebida, incompatible con la tutela judicial efectiva configurada como derecho fundamental en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

A partir de esta premisa, el objeto de estudio es el análisis del artículo 56.5 de la LJCA en su redacción vigente tras el Real Decreto-ley 5/2023. Se examina su inserción sistemática, sus presupuestos y procedimiento, los principales patrones de su aplicación judicial en resoluciones publicadas entre 2024 y 2026, sus implicaciones sobre las garantías constitucionales y la asimetría que presenta frente a la casación autonómica regulada en el artículo 86.3 de la LJCA.

La metodología adoptada es jurídico-cualitativa y dogmática. Partiendo del marco normativo, se analiza una muestra representativa de resoluciones de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que acuerdan, aplican o descartan la suspensión en



materias diversas —extranjería, tributación, responsabilidad y función pública—. El examen de la casuística permite verificar la mecánica real del precepto, identificar sus exigencias de motivación y evaluar sus principales zonas de fricción práctica.

2.- Configuración jurídica del artículo 56.5 de la LJCA.

2.1.- Inserción sistemática y mecánica procedimental.

El apartado 5 del artículo 56 fue añadido por el artículo 213 del Real Decreto-ley 5/2023. Su incorporación se produjo en el contexto de un texto normativo heterogéneo que introdujo, entre otras materias, modificaciones procesales en distintas jurisdicciones.

La reforma se insertó en la LJCA dentro del precepto relativo al contenido de la demanda y de la contestación, aunque su materia no es propiamente alegatoria, sino de ordenación del proceso una vez fijada la controversia.

La ubicación no impide reconocer su lógica. El legislador sitúa la posible suspensión tras la presentación de los escritos de demanda y contestación, precisamente cuando el objeto procesal y los términos del debate jurídico aparecen suficientemente delimitados.

Sin embargo, el ámbito temporal es más amplio, la medida puede adoptarse “en cualquier momento anterior a dictar sentencia”. La solución evita que la oportunidad



de coordinación se pierda por la fase concreta en que se encuentre el proceso, pero exige una ponderación mayor cuando el litigio esté próximo a su resolución.

La redacción vigente establece una secuencia cerrada: conocimiento de una casación admitida; audiencia común de las partes por diez días, acompañando copia del auto de admisión; apreciación de identidad jurídica sustancial y de relevancia potencial; auto de suspensión hasta que recaiga resolución firme; comunicación a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal Supremo; remisión del testimonio de la sentencia; alzamiento de la suspensión y nuevo trámite de audiencia; continuación del procedimiento en el estado anterior, salvo desistimiento o allanamiento.

La norma utiliza verbos de intensidad diversa. El órgano judicial "oirá" a las partes si conoce la admisión; "acordará" la suspensión si aprecia los dos presupuestos materiales; "alzará" la medida una vez recibida el testimonio.

No se trata, por tanto, de una invitación a la inactividad, sino de un procedimiento legalmente pautado. La discrecionalidad se concentra en el juicio de identidad sustancial y de relevancia para el litigio, que debe exteriorizarse mediante una motivación verificable.

2.2.- Naturaleza de la figura: delimitación frente a la prejudicialidad y otras instituciones.

La institución no equivale a la prejudicialidad civil, penal o europea. No existe aquí una cuestión que deba ser necesariamente resuelta por otro órgano como presupuesto lógico-jurídico ineludible del fallo.



El proceso suspendido puede ser plenamente resoluble por el tribunal que lo conoce; la razón de la paralización es otra: evitar que, mientras se halla pendiente un pronunciamiento de casación sobre el mismo problema jurídico sustancial, se dicte una decisión que resulte inmediatamente desalineada con el criterio que el Tribunal Supremo está llamado a fijar.

Esta diferencia tiene consecuencias prácticas. En la prejudicialidad, el juicio sobre la necesidad de esperar se vincula a una dependencia decisoria; en el artículo 56.5 de la LJCA, la suspensión está ligada a la oportunidad de coordinación y a la aptitud de la sentencia casacional para ser relevante.

Por ello, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, en su Sentencia n.º 297/2025, de 17 de julio¹, ha subrayado que el efecto suspensivo "*general*" del artículo 56.5 LJCA no puede equipararse al efecto "*ad casum*" de una cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La medida debe diferenciarse también de las suspensiones que responden a una imposibilidad jurídica de continuar el procedimiento y de los mecanismos de acumulación o tratamiento conjunto de recursos.

1 STSJ País Vasco 297/2025 – ECLI:ES:TSJPV:2025:2766 – Poder Judicial



Mientras estas instituciones se fundan en relaciones de dependencia, conexión objetiva o unidad de tramitación, el artículo 56.5 de la LJCA se apoya en la dependencia de una cuestión de interés casacional cuya respuesta puede ser relevante para un proceso que, en principio, conserva plena autonomía para ser resuelto.

Esta singularidad explica que la suspensión no se fundamente en la existencia de una cuestión previa que el órgano judicial carezca de competencia para decidir. El órgano que conoce del litigio puede resolverlo; la ley le impone esperar únicamente cuando la coincidencia con la cuestión admitida y la utilidad previsible de la sentencia casacional justifican, de modo proporcionado, la demora.

Tampoco es una extensión anticipada de los efectos de la sentencia que recaiga en casación. La sentencia del Tribunal Supremo no sustituye la función de enjuiciamiento del órgano que suspendió el proceso. Tras recibir su testimonio, este debe oír nuevamente a las partes por un plazo común de diez días acerca de la incidencia del pronunciamiento y continuar la tramitación en el punto en que se encontraba. Puede haber elementos fácticos, pretensiones accesorias, motivos autónomos o particularidades normativas que impidan una traslación mecánica.

La conexión entre el nuevo apartado y los artículos 88 a 93 de la LJCA es evidente. El recurso de casación se articula alrededor del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.



El auto de admisión identifica las cuestiones que lo presentan y las normas que, en principio, deben ser interpretadas. Esa delimitación hace posible que un órgano judicial compare el problema casacional con el objeto de un litigio pendiente.

Pero esa conexión no autoriza a sobrevalorar el auto de admisión. Este no resuelve la controversia ni anticipa el sentido de la sentencia, pues la selección del recurso por su interés objetivo no desplaza el enjuiciamiento del caso concreto. El auto declara que la cuestión merece pronunciamiento por su interés objetivo, mientras que la sentencia de casación fija la interpretación aplicable al caso resuelto².

La suspensión del artículo 56.5 de la LJCA preserva precisamente el espacio temporal necesario para que la función nomofiláctica alcance su resultado, pero no presupone cuál será este.

La medida presenta, así, una finalidad triangular: coherencia interpretativa, economía procesal e igualdad en la aplicación de la ley. Si varios litigios plantean un mismo problema jurídico y uno de ellos ya ha alcanzado la fase casacional con admisión, la espera puede impedir

2 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "El recurso de amparo constitucional y el recurso de casación contencioso-administrativo: la atracción fatal del *certiorari* norteamericano", *Revista de Administración Pública*, núm. 223, 2024, págs. 141-168.



resoluciones divergentes y recursos posteriores previsibles.

Sin embargo, tales fines no son absolutos: han de convivir con el derecho de las partes a una respuesta jurisdiccional sin dilaciones indebidas y con el deber de resolver de acuerdo con los datos propios de cada proceso.

3.- Presupuestos, procedimientos y efectos de la suspensión.

3.1.- Los presupuestos materiales: el recurso admitido y la identidad jurídica sustancial.

El primer presupuesto es objetivo y verificable, ha de existir un recurso de casación admitido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. No basta la preparación del recurso de casación ni la mera noticia de que una cuestión jurídica podría llegar al Tribunal Supremo.

El artículo 56.5 de la LJCA exige que la Sala Tercera haya dictado el correspondiente auto de admisión, pues solo este delimita la cuestión de interés casacional objetivo y las normas cuya interpretación ha de ser examinada. En consecuencia, la ley exige la admisión y ordena que, al conceder audiencia, se acompañe copia del auto correspondiente.

La exigencia cumple una función de garantía. El auto de admisión permite conocer con precisión la cuestión o cuestiones que presentan interés casacional objetivo y las normas cuya interpretación será relevante.



Sin este documento no puede realizarse el contraste exigido por el precepto. También evita una suspensión basada en expectativas inciertas, pues entre la preparación y la admisión pueden concurrir obstáculos procesales que frustren el acceso al recurso.

El recurso ha de estar pendiente cuando se acuerde la medida. La suspensión se prolonga *"hasta que se dicte resolución firme en el recurso de casación"*. Si la sentencia ya ha sido dictada y es firme, falta el presupuesto de pendencia; lo procedente será, en su caso, dar audiencia a las partes sobre la incidencia de esa doctrina, pero no suspender al amparo del artículo 56.5 de la LJCA. La literalidad es inequívoca y se ajusta a la finalidad de la figura: esperar un pronunciamiento todavía no disponible.

La norma se refiere exclusivamente a recursos admitidos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. No alcanza, por tanto, a recursos pendientes ante otros órdenes jurisdiccionales, a cuestiones prejudiciales de la Unión Europea, a recursos de amparo o a procedimientos en los que un tribunal inferior esté examinando una cuestión parecida. Las demás instituciones pueden justificar, si concurren sus propios requisitos, mecanismos distintos de suspensión; no pueden ser absorbidas por la regla específica del artículo 56.5 de la LJCA.

El precepto permite que el juzgado o tribunal tome conocimiento *"por cualquier medio"*. La fórmula es deliberadamente amplia. Puede tratarse de una



alegación de parte, una comunicación oficial, la consulta de la información pública del Tribunal Supremo, la detección por el órgano judicial al resolver asuntos homogéneos o la remisión interna de información.

Esta amplitud no elimina la necesidad de certeza; la expresión "*Por cualquier medio*" describe el canal de conocimiento, no rebaja el estándar de acreditación. La iniciativa puede proceder del propio órgano jurisdiccional cuando advierta la pendencia de un recurso de casación potencialmente relevante para la decisión del litigio.

Esta posibilidad es plenamente coherente con el carácter oficioso de la medida: la suspensión no queda a disposición exclusiva de la estrategia procesal de las partes, aunque sus alegaciones resulten indispensables para comprobar la identidad jurídica sustancial y la utilidad efectiva de la espera.

Con todo, las partes desempeñan un papel informativo relevante. Quien advierta la admisión de una casación potencialmente coincidente debe poder ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano judicial, aportando el auto y explicando de forma comparada el vínculo con el litigio.

Esta conducta se conecta con la buena fe procesal, no es razonable invocar de manera genérica una casación remota para obtener una demora, ni silenciar deliberadamente un pronunciamiento del Tribunal Supremo que obliga a replantear la utilidad de la suspensión.



La "*identidad jurídica sustancial*" constituye el presupuesto nuclear de la figura. La ley no habla de identidad absoluta, lo que sería incompatible con la singularidad de los litigios, pero tampoco se conforma con una semejanza temática.

La identidad ha de ser jurídica, no meramente fáctica, económica o sectorial; y ha de ser sustancial, esto es, recaer sobre el elemento normativo y argumental que condiciona el sentido de la decisión.

La comprobación de la identidad exige atender, en primer lugar, a la pregunta jurídica formulada en el auto de admisión. En segundo término, requiere identificar si las normas concernidas son las mismas o si, aun siendo distintas, la interpretación de una gobierna necesariamente la aplicación de la otra. En tercer lugar, han de compararse los hechos jurídicamente relevantes, no todos los elementos circunstanciales del caso.

Finalmente, debe verificarse que no existe un motivo previo o autónomo —de inadmisibilidad, prescripción, falta de legitimación, insuficiencia probatoria u otra norma específica— que permita resolver el litigio sin necesidad de esperar a la casación.

El concepto exige una operación de subsunción razonada. No es suficiente afirmar que ambos asuntos se encuadran, por ejemplo, en extranjería, tributación, empleo público o responsabilidad. Esa clase de categorías es demasiado amplia. Debe explicarse qué norma, qué inciso, qué requisito, qué criterio



hermenéutico o qué efecto jurídico será común en ambos procesos.

El auto de admisión se configura por tanto como término de comparación, constituyendo el documento de referencia. El juez o tribunal debe extraer de él la cuestión de interés casacional objetivo, las normas identificadas y, cuando sea relevante, el contexto fáctico-jurídico que llevó a admitir el recurso. Después ha de confrontarlo con la pretensión, los motivos de demanda y contestación, y los puntos controvertidos del litigio propio.

Este método evita dos errores opuestos. El primero es la exigencia de identidad literal entre hechos y pretensiones, que dejaría el artículo sin campo de aplicación. El segundo es una lectura expansiva que transforme toda cuestión de Derecho repetida en una causa de suspensión. El equilibrio se encuentra en la identidad del problema normativo relevante para el fallo.

La aplicación en materia de extranjería ofrece un ejemplo útil. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, n.º 174/2024, de 27 de marzo³, dejó constancia de la suspensión de una apelación mientras se resolvía el recurso de casación 8727/2022, relativo a la incidencia de la impugnación de la denegación de asilo sobre la posibilidad de acceder a una autorización de residencia por arraigo laboral.

3 STSJ Murcia 174/2024 - ECLI:ES:TSJMU:2024:646 - Poder Judicial



Una vez dictada la sentencia casacional, la Sala reanudó el recurso y aplicó el criterio establecido. La coincidencia no derivaba de que ambos asuntos pertenecieran al Derecho de extranjería, sino de que ambos dependían de la misma cuestión sobre la situación jurídica del solicitante de protección internacional a esos efectos.

La exigencia de un control material aparece con especial nitidez en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Granada, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, nº 1028/2026, de 29 de abril⁴. La Sala señala que se había otorgado trámite de audiencia sobre la eventual suspensión de una apelación por un recurso de casación admitido, pero aprecia que este tenía un objeto distinto: versaba sobre el otorgamiento de representación al procurador mediante poder notarial o comparecencia *apud acta*, mientras que el recurso pendiente trataba de la acreditación de la representación por letrado y de la subsanación del defecto procesal. La sentencia concluye que no procedía acordar la suspensión.

La enseñanza es decisiva, la coincidencia externa de dos controversias sobre postulación procesal no basta. La cuestión debe ser la misma en sentido jurídico sustancial. La resolución demuestra que el artículo 56.5 de la LJCA no autoriza un automatismo basado en etiquetas procesales amplias y que el órgano judicial

4 STSJ Andalucía (Granada)1028/2026
ECLI:ES:TSJAND:2026:5194 -Poder Judicial



debe contrastar el contenido específico del auto de admisión con el verdadero problema decisorio de autos.

Sin embargo, la identidad jurídica sustancial no agota el juicio. El segundo requisito material es que la resolución que recaiga en casación *"puede resultar relevante"* para resolver el procedimiento pendiente. La fórmula introduce un juicio de pronóstico razonable. No se requiere certeza de que la sentencia determinará por completo el fallo, pero sí una posibilidad fundada de incidencia decisoria.

La relevancia será ordinariamente intensa cuando la respuesta casacional pueda condicionar el sentido estimatorio o desestimatorio de la pretensión. También puede existir cuando determine una parte sustancial de la controversia —por ejemplo, el régimen de prescripción, la interpretación de un elemento de responsabilidad o la aplicabilidad de una exención—, aunque queden otros extremos por resolver. En cambio, la mera utilidad argumentativa, la expectativa de contar con una cita adicional o la posible influencia indirecta no justifican detener un proceso.

La relevancia debe apreciarse en el momento de decidir la suspensión, no retrospectivamente a partir del resultado final del Tribunal Supremo. Se trata de valorar, con la información disponible, si la cuestión admitida puede orientar decisivamente el fallo. El deber de motivación exige explicar esa conexión prospectiva, sin anticipar el sentido de la futura sentencia casacional.

3.2.- El procedimiento: la doble audiencia y la motivación del auto.



La audiencia previa por plazo común de diez días es una garantía estructural. Las partes deben poder discutir la existencia y firmeza del auto de admisión; el alcance de la cuestión casacional; la identidad jurídica sustancial; la relevancia del pronunciamiento; y, cuando proceda, el coste desproporcionado que la paralización puede ocasionar por las circunstancias del caso.

No basta una audiencia formal. El traslado debe incluir copia del auto de admisión. De este modo se impide que las partes tengan que reconstruir por sí mismas la cuestión casacional o discutir sobre referencias incompletas. La contradicción se proyecta sobre el instrumento que define el ámbito del recurso de casación.

Contra el auto que resuelve sobre la suspensión "*no cabrá recurso alguno*", de acuerdo con el tenor literal del precepto. La regla favorece la agilidad y evita una cascada de recursos incidentales, pero aumenta la exigencia de motivación. La irrecurribilidad no equivale a inmunidad frente a la arbitrariedad, el auto ha de identificar el recurso admitido, transcribir o sintetizar fielmente la cuestión de interés casacional, explicar su identidad con el litigio y razonar por qué la sentencia puede ser relevante. Un auto estereotipado no permite comprobar que se han cumplido los presupuestos legales y puede producir indefensión material.

La motivación debe ser proporcionada a la complejidad del supuesto. No requiere una sentencia anticipada sobre el fondo, pero sí una comparación clara. Especialmente cuando la suspensión se acuerde en una fase avanzada



o afecte a derechos o intereses de especial sensibilidad —prestaciones, sanciones, derechos de extranjería, empleo público, contratación o responsabilidad—, el tribunal debe exteriorizar la ponderación temporal que conduce a preferir la espera.

Respecto del *iter* procedimental, la medida solo puede plantearse una vez presentados demanda y contestación. La exigencia es lógica: antes de esos escritos el objeto del recurso puede no estar delimitado con la precisión suficiente para apreciar la identidad.

No obstante, la norma permite suspender en cualquier momento anterior a sentencia, por lo que comprende la fase probatoria, de conclusiones, de señalamiento e incluso momentos próximos a deliberación, siempre que aún no se haya fallado.

La amplitud temporal no puede hacer irrelevante la fase procesal. Cuanto más avanzado esté el litigio, mayor debe ser la utilidad concreta de la suspensión.

Si el tribunal ya dispone de todos los elementos para resolver y la cuestión casacional presenta solo una afinidad parcial, la afectación al derecho a obtener una resolución en plazo razonable puede superar el beneficio de esperar. En cambio, si la casación puede resolver el único problema jurídico decisivo y el pronunciamiento se prevé próximo, la suspensión puede resultar especialmente eficiente.

La audiencia previa no obliga a seguir el criterio de las partes. El órgano judicial conserva el deber de apreciar los presupuestos legales. Puede suspender pese a la oposición de una parte si la identidad y relevancia están debidamente razonadas, o denegar la medida, aunque



ambas partes la soliciten si la comparación no supera el umbral legal. El consenso puede ser un dato útil, pero no sustituye el juicio jurisdiccional.

3.3.- Incidencia de la suspensión en la tutela cautelar y en la ejecutoriedad del acto administrativo.

La suspensión prevista en el artículo 56.5 de la LJCA recae sobre la tramitación del proceso, no sobre la eficacia del acto administrativo impugnado. Esta distinción es esencial para evitar que una medida de coordinación jurisdiccional se convierta, de forma implícita, en una suspensión de la ejecutividad administrativa.

Salvo que se haya adoptado una medida cautelar conforme a los artículos 129 y siguientes de la LJCA, el acto conserva su presunción de validez y su eficacia ejecutiva durante la pendencia del litigio, incluida la fase en que este permanezca suspendido a la espera de la decisión casacional.

La tutela cautelar mantiene, por ello, su autonomía funcional. La parte que pretenda impedir la producción o la continuación de los efectos del acto debe formular la correspondiente solicitud cautelar y acreditar el riesgo de pérdida de la finalidad legítima del recurso, sin que la sola admisión de una casación sustancialmente coincidente sustituya ese juicio.

La ponderación ha de efectuarse atendiendo a las circunstancias del caso, a los intereses generales y de terceros afectados y a la reversibilidad de los efectos de la decisión.



Como subraya CASARES MARCOS⁵ al estudiar la eficacia de las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo, la tutela cautelar constituye una exigencia propia de la tutela judicial efectiva y se articula mediante un juicio específico sobre el *periculum in mora* y los intereses en conflicto; no es un efecto reflejo de la mera pendencia del proceso principal.

La separación entre ambos planos adquiere especial importancia cuando el acto impugnado ha abierto una vía de apremio o produce efectos patrimoniales continuados. La suspensión del recurso por vía del artículo 56.5 de la LJCA no paraliza por sí misma los embargos, las providencias de apremio ni los demás actos de ejecución administrativa.

Para neutralizarlos será necesaria una medida cautelar expresamente acordada, la suspensión administrativa que resulte procedente o, en el ámbito tributario, la garantía o el presupuesto específico exigido por su normativa. La eventual futura doctrina casacional podrá reforzar la apariencia de buen derecho o aconsejar una reconsideración de la medida cautelar, pero no desplaza los requisitos propios de la tutela cautelar ni permite presumir la suspensión de la ejecución.

Tampoco debe confundirse la suspensión del proceso con la ejecución provisional de una sentencia. Si el

5 CASARES MARCOS, A.B., "Eficacia de las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo", en LÓPEZ RAMÓN, F. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *20 años de la Ley de lo Contencioso-administrativo: actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Murcia, 8-9 de febrero de 2019, INAP, Madrid, 2019.



procedimiento suspendido se encuentra en apelación o casación contra una resolución judicial susceptible de ejecución provisional, el régimen de esta se determinará por las reglas que le sean propias y por las resoluciones adoptadas en el proceso. La espera de una sentencia de casación en otro asunto no altera, por sí sola, la ejecutoriedad de la resolución recaída en autos.

Por ello, la suspensión del proceso prevista en el artículo 56.5 de la LJCA no altera por sí misma ninguno de esos dos regímenes. Como explica CHINCHILLA MARÍN⁶, la tutela cautelar cumple una función instrumental respecto de la sentencia que haya de recaer, evitando que el transcurso del proceso haga ilusoria la protección judicial solicitada; esa función no se confunde con la ejecución, provisional o definitiva, de una resolución judicial.

Finalmente, la firmeza administrativa del acto tampoco queda afectada por la suspensión judicial de un recurso distinto. Cuando el acto ha devenido firme por no haber sido impugnado en plazo o por haberse agotado las vías ordinarias de revisión, la existencia de una casación admitida sobre una cuestión semejante no reabre por sí misma los plazos ni desplaza los mecanismos tasados de revisión.

Por tanto, la utilidad práctica del artículo 56.5 de la LJCA se circunscribe al proceso pendiente; no crea una vía indirecta de revisión de actos firmes ni una moratoria

6 CHINCHILLA, MARÍN., C., "La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, págs. 607-613.



general de las actuaciones administrativas de ejecución. Precisamente por ello, en asuntos donde la ejecución pueda ocasionar perjuicios de difícil reparación, la solicitud cautelar y su resolución motivada adquieren una relevancia reforzada durante el período de suspensión procesal.

3.4.- La reanudación del proceso, costas y efectos procesales.

Tras las alegaciones o el transcurso del plazo, el órgano judicial decide. Si aprecia identidad jurídica sustancial y relevancia potencial, "*acordará*" la suspensión hasta que se dicte resolución firme en la casación. La duración legal se vincula a la firmeza, no solo al dictado de la sentencia. Esta opción asegura que el órgano suspendido reciba un pronunciamiento definitivo, pero puede prolongar la paralización si se producen incidencias posteriores.

El auto debe remitirse a la Sección de Enjuiciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo indicada en el auto de admisión. La Sección, a su vez, debe remitir testimonio de la sentencia que recaiga al juzgado o tribunal de procedencia. El diseño pretende establecer una cadena de comunicación institucional que libere a las partes de la carga de vigilar permanentemente el estado de la casación y reduzca el riesgo de que el proceso permanezca indebidamente suspendido tras la sentencia.

Esta previsión es uno de los aspectos más innovadores de la reforma. No se limita a autorizar una suspensión, sino que incorpora un mecanismo de reactivación. Su eficacia, sin embargo, depende de que la identificación del recurso y de la Sección sea correcta, de que las



comunicaciones se practiquen con trazabilidad y de que el órgano de origen incorpore el testimonio sin demora.

En consecuencia, una vez recaída sentencia en el recurso de casación correspondiente, tiene lugar, la reanudación del procedimiento, de forma que recibido el testimonio, el juzgado o tribunal debe alzar la suspensión y dar audiencia por diez días a las partes para que aleguen sobre la incidencia de la sentencia casacional.

El segundo traslado es tan relevante como el primero. Durante la suspensión pueden haberse producido cambios normativos, variaciones fácticas relevantes, desistimientos parciales o nuevas alegaciones sobre la aplicación del criterio del Tribunal Supremo al caso concreto.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Sevilla, Sala de lo Contencioso, Sección Cuarta, nº 913/2025, de 8 de julio⁷, ofrece un ejemplo de secuencia completa. El órgano judicial había suspendido el recurso el 29 de octubre de 2024 a la espera de dos recursos de casación sobre la exención del artículo 7.p) de la Ley del IRPF en relación con militares destinados en la misión militar española denominada Libre Hidalgo como miembro de UNIFIL (Unites Nations Interim Force In Lebanon). Una vez pronunciada la Sala Tercera el 8 de abril de 2025, la Sala retomó el examen

7 STSJ Andalucía (Sevilla) 913/2025 –
ECLI:ES:TSJAND:2025:12519 – Poder Judicial



del recurso y aplicó la doctrina casacional al supuesto enjuiciado.

La continuación se produce *"en el momento en que se encontrare antes de la suspensión"*. Esta regla preserva los actos ya válidamente realizados y evita reiniciar innecesariamente el procedimiento. El tribunal puede señalar vista, practicar prueba pendiente, abrir conclusiones o dictar sentencia, según la fase en que se hubiera acordado la medida. La sentencia casacional no sustituye las actuaciones necesarias para resolver los extremos no cubiertos por ella.

La norma prevé dos posibles salidas dispositivas, desistimiento y allanamiento. El nuevo traslado permite que las partes reconsideren su posición a la luz de la doctrina fijada. Si desisten o se allanan, el juzgado o tribunal resolverá lo procedente.

La previsión favorece la economía procesal, pero no impone a la parte perjudicada por el criterio casacional una renuncia automática de forma que puede sostener que el caso contiene un elemento diferenciador o un motivo autónomo no resuelto por el Tribunal Supremo.

El artículo 56.5 de la LJCA no regula expresamente las costas, pero la práctica muestra que la suspensión y la novedad de la cuestión pueden ser relevantes al aplicar el artículo 139 de la LJCA. La Sentencia de la Audiencia Nacional n.º 256/2026, de 6 de mayo⁸, no impuso costas pese a estimar la apelación y desestimar el recurso, razonando que la cuestión controvertida había quedado resuelta tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo.

8 SAN 256/2026 – ECLI:ES:AN:2026:2043 – Poder Judicial



En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso, Sección Quinta, n.º 588/2026, de 6 de mayo⁹, considera que la suspensión a la espera de la sentencia de casación evidencia una duda de Derecho relevante a efectos de costas.

Sin embargo, no cabe convertir esta pauta en una regla automática. La imposición o no de costas depende del régimen legal y de las circunstancias del caso. Pero la existencia de una cuestión casacional admitida y la decisión de suspender pueden acreditar objetivamente que la controversia presentaba complejidad jurídica suficiente para excluir una aplicación mecánica del vencimiento.

Más delicada es la incidencia en la duración del proceso. La suspensión implica una demora deliberada y legal, pero no queda fuera de toda exigencia de proporcionalidad. La duración debe ser evaluada atendiendo a la complejidad de la cuestión, la conducta de las partes, el interés comprometido y la diligencia de los órganos judiciales en la comunicación y reactivación. La existencia de la norma no permite que un litigio quede inactivo durante un tiempo indefinido sin control.

4.- La aplicación judicial del precepto y sus principales problemas.

9 STSJ Cataluña 588/2026 – ECLI:ES:TSJCAT:2026:3520 – Poder Judicial



4.1.- Casuística general y utilidad de la medida en la práctica.

Las resoluciones referidas permiten afirmar que el artículo 56.5 de la LJCA ha comenzado a operar en la práctica ordinaria de las Salas de lo Contencioso Administrativo y en recursos de apelación. No se limita a procedimientos de una sola materia ni a un único territorio. La muestra examinada refleja su empleo en extranjería, tributación, responsabilidad indemnizatoria y cuestiones de Derecho administrativo general.

Este dato tiene importancia metodológica. La figura no nació para un sector sustantivo concreto, sino como técnica transversal de conexión entre la casación objetiva y los procesos pendientes. La diversidad material de los casos confirma que su terreno natural son las controversias en las que se reproduce una duda interpretativa susceptible de recibir una respuesta unificadora del Tribunal Supremo.

En la práctica observada se aprecian tres rasgos:

Primero, la suspensión aparece especialmente útil cuando la cuestión casacional se refiere a un presupuesto jurídico que puede decidir numerosos asuntos homogéneos.

Segundo, los tribunales suelen describir la secuencia procesal con suficiente precisión: fecha del auto suspensivo, número del recurso de casación, recepción de la sentencia y reanudación.



Tercero, la aplicación posterior de la doctrina del Tribunal Supremo no es un mero apoyo argumental, sino que se integra en la *ratio decidendi* de la resolución reanudada.

4.2.- Análisis de supuestos relevantes: extranjería, ámbito tributario y responsabilidad.

La ya citada STSJ de la Región de Murcia n.º 174/2024 constituye una ilustración temprana. El litigio se hallaba en apelación y planteaba si la situación de un solicitante de protección internacional cuya solicitud había sido denegada, pero cuya impugnación seguía pendiente, podía servir de base para acceder a residencia temporal por arraigo laboral. La Sala suspendió el recurso a la espera de la sentencia del Tribunal Supremo en el recurso de casación n.º 8727/2022.

Cuando recayó la sentencia casacional, la Sala alzó la suspensión, oyó a las partes y resolvió aplicando el criterio fijado: la mera permanencia y trabajo en España del solicitante de asilo, tras la denegación de la petición y mientras se impugna, no permite adquirir la residencia por arraigo laboral. La utilidad del artículo 56.5 de la LJCA se aprecia con claridad: evitó que la Sala resolviera una cuestión de alta repetición en un sentido que pudiera contradecir de inmediato la doctrina de casación.

Este supuesto muestra, además, que la suspensión puede ser pertinente en apelación. El precepto se refiere a "*un juzgado o tribunal*" y no restringe su aplicación a la primera instancia. La finalidad de coordinación se mantiene, e incluso puede intensificarse, cuando la Sala de apelación está llamada a fijar un criterio territorial



sobre un problema que ya se encuentra pendiente de una respuesta unificadora del Tribunal Supremo.

La STSJ de Andalucía, Sede de Sevilla nº 913/2025 documenta otra aplicación completa. La Sala había suspendido el recurso por apreciar que los recursos de casación n.º 4077/2023 y n.º 6090/2023 trataban una cuestión sustancialmente idéntica: la aplicabilidad de la exención del artículo 7.p) LIRPF a rendimientos percibidos por militares españoles integrados en la misión UNIFIL en el Líbano.

La posterior sentencia del Tribunal Supremo fijó un criterio favorable a la aplicación de la exención en ese contexto. El Tribunal Superior de Justicia reanudó el procedimiento y declaró aplicable la doctrina al demandante, anulando la liquidación que había negado la exención. La conexión es jurídicamente intensa: no solo coincidían el sector tributario y la norma invocada, sino el requisito discutido y el marco material de la prestación de servicios en una misión internacional.

El caso también ilustra un efecto de economía procesal. El tribunal no tuvo que construir una respuesta autónoma a una cuestión interpretativa que estaba ya delimitada en casación. Tras la sentencia del Tribunal Supremo, pudo concentrar el enjuiciamiento en la subsunción de los hechos del recurrente bajo el criterio fijado, sin perjuicio de las particularidades probatorias del caso.



La STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, n.º 164/2026, de 31 de marzo¹⁰ es especialmente significativa por mostrar la aplicación de la medida en un asunto de derivación de responsabilidad tributaria. La Sala, tras conocer el auto de admisión del recurso de casación n.º 5815/2023, dio traslado a las partes acerca de la posible suspensión y posteriormente acordó esperar a la sentencia firme, al apreciar identidad jurídica sustancial con la cuestión debatida.

La casación se refería al canon de motivación y al elemento subjetivo en la derivación de responsabilidad subsidiaria de administradores conforme al artículo 43.1.a) y b) de la Ley General Tributaria. Tras recibir la sentencia del Tribunal Supremo y oír nuevamente a las partes, la Sala aplicó la doctrina casacional anulando la derivación fundada en el artículo 43.1.a) por falta de motivación individualizada de la conducta culpable del administrador, pero confirmó la derivación apoyada en el artículo 43.1.b), al considerar suficientemente identificada la conducta omisiva posterior al cese de la actividad.

Este ejemplo demuestra que la suspensión no obliga a una estimación o desestimación total. La sentencia casacional puede aportar un criterio que permita desagregar títulos jurídicos distintos dentro de un mismo acto administrativo. La labor de enjuiciamiento del

10 STSJ Castilla-La Mancha 164/2026 –
ECLI:ES:TSJCLM:2026:1159 – Poder Judicial



tribunal de instancia subsiste: debe contrastar el expediente, identificar qué motivación contenía el acto y aplicar con rigor el estándar jurisprudencial a cada modalidad de responsabilidad.

La citada Sentencia de la Audiencia Nacional n.º 256/2026 muestra una secuencia igualmente relevante. La Sala oyó a las partes y suspendió una apelación en relación con la cuestión de interés casacional concerniente al plazo y al *dies a quo* para el ejercicio del derecho de resarcimiento de un guardia civil por daños reconocidos en vía penal cuando el responsable había sido declarado insolvente. Recibida la sentencia de casación, se alzó la suspensión, se otorgó audiencia y se decidió la apelación conforme al criterio fijado.

La resolución explica de forma detallada por qué la identidad era sustancial, la sentencia apelada había utilizado como fundamento un criterio procedente del litigio que dio lugar al recurso de casación, y la cuestión admitida se refería exactamente al plazo y al día inicial de cómputo controvertidos. La Sala no se limitó a invocar la existencia de una casación sobre el principio de indemnidad; conectó la cuestión admitida con la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.

La decisión posterior confirma además que el artículo 56.5 de la LJCA no petrifica los argumentos de las partes. Tras la sentencia de casación, el apelado pudo alegar sobre aplicación temporal de la nueva doctrina y sobre conocimiento de la insolvencia; la Sala examinó tales alegaciones y explicó por qué no alteraban el resultado. El segundo trámite de audiencia se revela así como una



garantía real de contradicción, no como un requisito ritual.

La STSJ de Cataluña n.º 588/2026 da cuenta de una suspensión acordada el 16 de abril de 2024 y de la recepción, el 25 de febrero de 2026, de una sentencia del Tribunal Supremo que resolvía el recurso de casación correspondiente. El período de paralización, superior a veintidós meses según las fechas que constan en la resolución, evidencia el coste temporal potencial de la institución.

No puede inferirse de un solo supuesto que exista una demora sistémica, ya que la duración de cada casación depende de variables propias. Pero sí permite formular una advertencia: una técnica concebida para favorecer coherencia y economía puede producir un efecto gravoso cuando la cuestión casacional tarda en resolverse. De ahí que la identidad y la relevancia deban aplicarse con rigor, y que sea necesario un seguimiento activo de los procesos suspendidos.

4.3-. El control metodológico negativo: la denegación de la suspensión.

La STSJ de Andalucía, Sede de Granada n.º 1028/2026 aporta el contrapeso indispensable. La resolución señala expresamente que se había planteado la suspensión por razón de una casación relativa al poder de representación del procurador, pero que el asunto pendiente versaba sobre una cuestión distinta consistente en la falta de acreditación de la



representación del letrado y la insuficiente subsanación. La Sala concluye que no procedía la suspensión.

La importancia de este pronunciamiento trasciende su materia ofreciendo un criterio metodológico para decidir sobre la suspensión no es suficiente una coincidencia de institución general —en ese caso, la representación procesal—. Es necesario verificar que la cuestión de casación resuelva el problema jurídico que condiciona el fallo. Si el objeto difiere, la espera carece de justificación, por más que ambos asuntos compartan un entorno normativo próximo.

Este control negativo debe ocupar un lugar central en la práctica. La tentación de suspender puede ser alta cuando la materia presenta litigios masivos o cuando la casación anuncia un posible cambio de criterio. Precisamente por eso, la aplicación correcta exige resistir la analogía superficial. La suspensión no es una herramienta de gestión de cargas de trabajo ni una fórmula para diferir asuntos complejos; es una medida excepcional de coordinación fundada en presupuestos legales concretos.

De lo anterior se desprende que la institución prevista en el artículo 56.5 de la LJCA es operativa y ha sido utilizada en diferentes materias y niveles procesales. Los casos más sólidos presentan un enlace expreso entre la cuestión casacional admitida y el punto jurídico decisivo del litigio suspendido.

La reanudación tras la recepción de la sentencia casacional permite una aplicación informada de la doctrina, pero no dispensa al tribunal de instancia de



individualizar su decisión. A la vez, la duración de algunas suspensiones aconseja evitar su utilización cuando la sentencia casacional sea solo marginalmente útil. El control de identidad debe ser tanto positivo —explicando por qué los asuntos coinciden— como negativo —razonando por qué no existen diferencias jurídicas decisivas—.

5.- Valoración crítica y propuestas de mejora.

5.1.- El riesgo de estandarización judicial frente a la tutela judicial efectiva.

El riesgo principal es la estandarización. En ámbitos con elevada litigiosidad seriada, un auto de admisión puede atraer numerosas peticiones de suspensión. Si el órgano judicial responde mediante formularios que se limitan a identificar el número de recurso de casación y una materia genérica, la figura se desvía de su diseño legal.

La estandarización es problemática por tres razones. Primero, diluye la exigencia de identidad jurídica sustancial y puede alcanzar litigios que dependen de hechos o normas diferentes; segundo, invisibiliza el perjuicio temporal para las partes, que puede ser especialmente relevante en pretensiones económicas de subsistencia, en sanciones, en situaciones administrativas personales o en procedimientos de gran interés público; y tercero, impide detectar casos en los que existen motivos autónomos de decisión que hacen inútil la espera.



La solución no consiste en negar la posibilidad de dictar autos con estructura homogénea cuando concurren asuntos verdaderamente repetitivos. La gestión eficiente requiere criterios uniformes. Pero la motivación debe contener, al menos, los elementos singulares de cada grupo homogéneo: cuestión de casación, norma concreta, punto controvertido, similitud relevante y ausencia de diferencias decisorias. La homogeneidad puede justificar concisión; nunca ausencia de razonamiento.

La exigencia de individualización adquiere una dimensión adicional si la suspensión se prolonga sin un seguimiento efectivo o si se mantiene pese a haber desaparecido su justificación.

El artículo 292 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en adelante, LOPJ, reconoce el derecho a ser indemnizado por los daños causados por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, siempre que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado; la mera revocación o anulación de una resolución judicial no basta por sí sola para generar ese derecho.

De ello se sigue que la existencia de una suspensión acordada al amparo del artículo 56.5 de la LJCA no determina automáticamente responsabilidad patrimonial del Estado, se trata, inicialmente, de una medida legalmente prevista y fundada en una finalidad de coherencia jurisprudencial.

Sin embargo, la cobertura legal de la suspensión no excluye que su gestión concreta pueda devenir anormal.



Si el órgano judicial no verifica durante un período irrazonable el estado del recurso de casación, omite alzar la medida tras recibir la sentencia firme, retrasa injustificadamente el nuevo trámite de audiencia o mantiene paralizado el asunto cuando la identidad o la relevancia han desaparecido, la demora puede exceder de la carga procesal que las partes tienen el deber de soportar.

En ese supuesto, y solo si concurren los restantes requisitos legales —funcionamiento anormal, daño efectivo, individualizado y relación causal—, podría plantearse la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez. La cautela es necesaria: no toda duración prolongada ni todo incumplimiento de un plazo procesal constituye una dilación indemnizable.

La doctrina¹¹ sobre responsabilidad patrimonial derivada de la Administración de Justicia ha destacado precisamente el carácter restrictivo con que se suele apreciar el funcionamiento anormal y la necesidad de distinguir entre la mera duración del proceso y una demora objetivamente injustificada a la vista de su complejidad, de la conducta de las partes y de la actuación de los órganos judiciales.

11 TAPIA FERNÁNDEZ, I., "La responsabilidad patrimonial del estado por la actuación de la administración de justicia en el ordenamiento jurídico español", *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 2, 2013, págs. 69-159.



La aportación de MORALES LÓPEZ¹² resulta útil para delimitar este problema. La autora caracteriza el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como un concepto jurídico indeterminado y, al diferenciar las diversas vías de responsabilidad patrimonial, recuerda que los perjuicios vinculados a la demora en la resolución deben encauzarse, en su caso, a través de la cláusula general de funcionamiento anormal.

Trasladada esa precisión al artículo 56.5 de la LJCA, la demora inherente a una suspensión legalmente acordada no puede identificarse sin más con una dilación indemnizable. La eventual responsabilidad exige acreditar los presupuestos del artículo 292 de la LOPJ, incluido un funcionamiento anormal y un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

No obstante, la falta de impulso procesal, de control o de reanudación del procedimiento una vez desaparecida la razón que justificó la medida puede ser relevante para valorar, en el caso concreto, si la paralización ha excedido de la carga procesal que las partes deben soportar.

Desde esta perspectiva, el daño indemnizable por dilaciones exige un plus cualitativo respecto del simple transcurso del tiempo, circunstancia que no convierte la suspensión del artículo 56.5 de la LJCA en una fuente

12 MORALES LÓPEZ, P., "Determinación del *quantum* indemnizatorio por prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento libre", *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, 2023, págs. 477-513.



presunta de responsabilidad, pero sí refuerza la necesidad de motivar, registrar y revisar activamente la medida.

Desde esta perspectiva, el riesgo de estandarización no solo compromete la tutela judicial efectiva en su vertiente de obtención de una respuesta fundada y temporalmente razonable. Puede también agravar la posición de quienes soportan los efectos patrimoniales o personales de un acto administrativo que continúa siendo ejecutivo mientras el proceso permanece suspendido.

La prevención más adecuada no reside en generalizar reclamaciones indemnizatorias, sino en aplicar un criterio estricto de identidad jurídica sustancial, mantener una trazabilidad real de las suspensiones y reanudar el procedimiento tan pronto como la sentencia de casación haga posible resolver el litigio.

Además, el artículo 24.1 de la Constitución Española protege el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho dentro de un proceso con las garantías debidas. La suspensión legalmente prevista no vulnera por sí misma ese derecho. Puede incluso reforzarlo si evita decisiones precipitadas o contradictorias respecto de una cuestión que el Tribunal Supremo está a punto de resolver.

Sin embargo, la suspensión afecta al tiempo de respuesta judicial y debe interpretarse de acuerdo con el principio de proporcionalidad. La tutela judicial efectiva



no equivale a una respuesta inmediata, pero tampoco tolera una inactividad desprovista de justificación. El artículo 56.5 de la LJCA ofrece una razón legal para esperar; no crea una inmunidad frente al control de la razonabilidad temporal.

Por su parte, el artículo 9.3 de la Constitución Española protege la seguridad jurídica. La figura contribuye a ella cuando reduce la probabilidad de fallos divergentes sobre la misma cuestión jurídica. La seguridad no se identifica, sin embargo, con la mera uniformidad. También exige previsibilidad procedimental: las partes deben conocer por qué se suspende, qué recurso se espera, qué duración aproximada puede tener la medida y cómo se reactivará el proceso.

La igualdad en la aplicación de la ley aporta otra dimensión. Resulta difícil justificar que dos procesos materialmente iguales se resuelvan en sentidos opuestos a causa de que uno se falló pocos días antes de una sentencia de casación y otro después. El artículo 56.5 de la LJCA intenta reducir esa contingencia. Pero no debe producir una desigualdad inversa: que procesos con diferencias jurídicas relevantes queden paralizados por pertenecer a una misma categoría administrativa amplia.

5.2.- Cargas de alegación, seguimiento institucional y gestión masiva de litigios.

El diseño de doble audiencia es acertado. Antes de la suspensión, las partes pueden discutir su procedencia; después de la sentencia casacional, pueden debatir su incidencia. Este esquema reconoce que el auto de admisión y la sentencia cumplen funciones distintas, y



que entre ambos momentos puede variar el marco de la controversia.

La parte que solicita la suspensión debe asumir una carga argumentativa mínima. Debe aportar o identificar el auto de admisión y explicar:

- a) cuál es la cuestión de interés casacional;
- b) qué pretensión o motivo del proceso propio coincide con ella;
- c) qué normas se relacionan; y
- d) por qué la futura sentencia puede ser relevante.

Una petición que se limite a indicar el número del recurso o a invocar una materia común debe ser rechazada por insuficiente.

La parte que se opone también debe concretar sus objeciones. Puede alegar falta de identidad, irrelevancia de la casación, existencia de motivos autónomos, perjuicios derivados de la demora o falta de acreditación de la pendencia. La contradicción efectiva mejora la calidad de la decisión y reduce el riesgo de que la suspensión se convierta en un instrumento táctico.

Debe añadirse una cautela. La opción de desistir o allanarse tras la sentencia casacional no puede ser tratada como una consecuencia obligada. La doctrina del Tribunal Supremo ha de aplicarse a los hechos y pretensiones de autos; si existen diferencias materiales



relevantes, las partes conservan su derecho a argumentarlas y el órgano judicial su deber de examinarlas.

Esto no obstante, uno de los mayores riesgos que presenta esta suspensión es precisamente la posibilidad de dilación del procedimiento. La ley no exige prever con exactitud la duración de la casación, pero el órgano judicial puede valorar la fase en la que se encuentra el recurso, la proximidad del señalamiento, la situación del proceso suspendible y la naturaleza de los intereses comprometidos.

Cuanto más intensa sea la identidad y mayor la relevancia, más fácilmente se justificará la espera; cuanto más débil sea el vínculo y mayor el perjuicio temporal, más razones habrá para continuar el proceso. En este sentido, la norma podría prever una comunicación electrónica inmediata de la sentencia firme y un deber de impulso de oficio del órgano suspendido.

También cabría establecer que, transcurrido un plazo significativo sin noticias de la casación, la oficina judicial verifique su estado y deje constancia en autos. No se trataría de revisar el fondo de la decisión suspensiva, sino de asegurar que la suspensión conserva su presupuesto temporal.

La gestión de los recursos materialmente homogéneos constituye uno de los ámbitos en que el artículo 56.5 de la LJCA puede ofrecer una utilidad más visible, pero también uno de los más sensibles desde el punto de vista de las garantías. Cuando se reproduzca una misma cuestión jurídica en un número significativo de procesos,



será razonable coordinar la práctica de las audiencias y de los autos de suspensión.

Esa coordinación, sin embargo, no puede transformar los litigios en una masa indiferenciada: cada resolución debe preservar la identificación del proceso, la posibilidad de invocar circunstancias distintivas y la valoración individual de la relevancia de la casación pendiente.

Este límite se aprecia con nitidez en la doctrina procesal¹³ dedicada a los mecanismos de gestión de litigios repetitivos. Aunque se sitúa en el ámbito civil y no puede trasladarse sin más al proceso contencioso-administrativo, la doctrina ha advertido, al estudiar el procedimiento testigo y los procesos suspendidos, que las técnicas de eficiencia solo resultan legítimas si se acompañan de garantías de contradicción y de instrumentos eficaces de seguimiento, precisamente para evitar que los asuntos paralizados queden relegados en la gestión ordinaria de los órganos judiciales.

De ahí la conveniencia de que el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Supremo dispongan de

13 GISBERT POMATA, M., "Las decisiones judiciales "inaudita parte" en el procedimiento del pleito testigo y el "olvido" de los procesos en suspenso", en SANDE MAYO, M. J. y CUETO SANTA EUGENIA, E. (coords.), DÍEZ RIAZA, S. y GISBERT POMATA, M. (dirs.), *Adaptación del proceso civil en tiempos de cambios: eficiencia, litigios masivos, digitalización y tecnologías disruptivas*, Editorial Dykinson, Madrid, 2025.



información agregada y periódicamente actualizada sobre la aplicación de la medida: número de suspensiones comunicadas, materias afectadas, duración media, fecha de recepción de la sentencia de casación, reanudaciones acordadas y formas de terminación.

Tales datos no tendrían una función meramente estadística. Permitirían comprobar si la institución reduce efectivamente la litigiosidad derivada de pronunciamientos contradictorios o si, por el contrario, genera espacios de inactividad procesal que exijan ajustes organizativos.

5.3.- La problemática de la suspensión parcial y la segmentación del litigio.

Además, resulta preciso prever uno de los supuestos más complejos es aquel en que el recurso contencioso administrativo contiene varias pretensiones o varios motivos de impugnación. Puede ocurrir que uno de ellos coincida sustancialmente con la cuestión admitida en casación, mientras que otros sean enteramente autónomos. El artículo 56.5 de la LJCA no resuelve expresamente si procede una suspensión total, parcial o ninguna suspensión.

La respuesta debe partir del principio de utilidad. Si la cuestión pendiente ante el Tribunal Supremo condiciona una pretensión principal cuyo examen absorbe prácticamente el litigio, la suspensión total puede estar justificada aunque existan alegaciones accesorias. Si, por el contrario, el proceso contiene un motivo preliminar capaz de resolverlo o varias pretensiones independientes



que no dependen de la casación, la paralización completa puede resultar desproporcionada.

La LJCA no regula con carácter general una suspensión parcial del procedimiento en los términos en que puede segmentarse un litigio complejo, pero la flexibilidad de su ordenación procesal permite evitar que la medida se utilice de forma indiscriminada.

El tribunal puede resolver previamente una cuestión de inadmisibilidad; puede continuar actuaciones probatorias que no queden afectadas; o puede razonar que los restantes motivos carecen de autonomía decisoria y que, por ello, la suspensión conjunta es la solución más ordenada. Lo decisivo es que la decisión se justifique y no derive de una preferencia abstracta por diferir el asunto.

La citada STSJ Castilla-La Mancha n.º 164/2026 proporciona una enseñanza indirecta. El litigio comprendía dos títulos de derivación de responsabilidad subsidiaria, los previstos en los artículos 43.1.a) y 43.1.b) de la Ley General Tributaria. La doctrina casacional resultó útil para diferenciar el estándar de motivación aplicable a cada uno, con un resultado parcialmente estimatorio. La unidad del proceso no impedía que la aplicación del criterio del Tribunal Supremo fuese matizada y separada por títulos jurídicos.

En definitiva, la práctica examinada acredita que el artículo 56.5 de la LJCA es una técnica de coordinación jurisdiccional efectiva, no una modalidad de



prejudicialidad ni una extensión automática de los efectos de una futura sentencia casacional.

Su aplicación adecuada presupone una identidad jurídica cualificada, una incidencia real del pronunciamiento pendiente y una motivación reforzada, especialmente porque el auto de suspensión no es recurrible. La experiencia judicial también muestra que la duración de la espera es el principal coste de la institución y que la doble audiencia — previa a la suspensión y posterior a la sentencia de casación— constituye la garantía que permite conciliar eficiencia, tutela judicial efectiva e individualización del caso.

6.- La proyección del artículo 56.5 de la LJCA en el ámbito autonómico: La aplicación de la suspensión ante la casación en derecho autonómico (art. 86.3 de la LJCA).

6.1.- La asimetría procesal frente a la casación autonómica.

La proyección territorial del artículo 56.5 de la LJCA plantea una cuestión que merece tratamiento propio. La regulación de la suspensión se construye expresamente sobre el presupuesto de que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo haya admitido un recurso de casación con identidad jurídica sustancial respecto del litigio pendiente. Sin embargo, el sistema de casación contencioso-administrativa no se agota en la función de la Sala Tercera.

El artículo 86.3 de la misma Ley atribuye a una Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en el Tribunal Superior de Justicia la competencia para



conocer del recurso fundado en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma. La coexistencia de ambas vías obliga a preguntarse si la técnica de coordinación incorporada al artículo 56.5 puede desplegar alguna eficacia en el espacio de la casación autonómica.

La respuesta debe comenzar por una precisión negativa. El tenor literal del artículo 56.5 de la LJCA no permite extender directamente su régimen a los recursos de casación autonómica. La norma no se refiere de forma genérica a cualquier recurso de casación admitido, sino específicamente a aquel cuya admisión corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Tampoco prevé la comunicación del auto de suspensión a una Sección casacional del Tribunal Superior de Justicia ni la remisión a los órganos de instancia del testimonio de la sentencia autonómica. La aplicación analógica de una medida que paraliza el proceso y cuyo auto es irrecurrible exigiría una cautela extrema; no puede sostenerse como una consecuencia automática de la similitud funcional entre ambos recursos.

La diferencia no es meramente formal. La casación autonómica se articula sobre un diseño institucional particular de forma que cuando la infracción denunciada se refiere a Derecho emanado de una Comunidad Autónoma, la competencia se desplaza a una Sección especializada de la Sala de lo Contencioso Administrativo del correspondiente Tribunal Superior de Justicia,



integrada conforme a la regla específica del artículo 86.3 de la LJCA. El modelo persigue que la unificación de la interpretación del Derecho autonómico se produzca en la sede judicial territorialmente vinculada a ese ordenamiento.

La doctrina ha destacado, sin embargo, la insuficiencia de ese diseño normativo. ROBLEÑO MARIANO¹⁴ analiza la escasa densidad regulatoria del artículo 86.3 de la LJCA y las dificultades prácticas que plantea su aplicación; ÁLVAREZ MENÉNDEZ¹⁵ estudia la disparidad de soluciones adoptadas por los Tribunales Superiores de Justicia y la incidencia de la posterior doctrina constitucional; y ORDÓÑEZ SOLÍS¹⁶ sitúa esa fragilidad de la casación autonómica en el problema más amplio de la posición de los distintos Tribunales Superiores de Justicia en un Estado territorialmente descentralizado. Este conjunto doctrinal permite advertir que las dificultades de composición, admisibilidad y uniformidad

14 ROBLEÑO MARIANO, M. B., "El recurso de casación autonómico ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo", *Gabilex (Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha)*, núm. 42, 2025, págs. 61-158.

15 ÁLVAREZ MENÉNDEZ, E., "La disparidad de criterios interpretativos en torno a la casación autonómica y su enjuiciamiento constitucional en el ATC de 16 de abril de 2018 y en la STC de 29 de noviembre de 2018", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 11, 2019, págs. 75-95.

16 ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "La posición y las funciones de los tribunales superiores de justicia en el Estado de las autonomías", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 35, 2022, págs. 155-193.



no son contingencias aisladas, sino manifestaciones de una regulación que sigue siendo incompleta.

Esa parquedad regulatoria cobra especial relieve ante procesos repetitivos dependientes de una cuestión de Derecho autonómico. Puede ocurrir que una Sala de lo Contencioso-Administrativo conozca de recursos en los que la solución dependa de la interpretación de una disposición autonómica y que, simultáneamente, la sección casacional del mismo Tribunal Superior de Justicia tenga pendiente un recurso dirigido a fijar un criterio sobre esa cuestión.

La finalidad de evitar pronunciamientos contradictorios y de racionalizar la actividad jurisdiccional es entonces tan intensa como en la hipótesis contemplada por el artículo 56.5 de la LJCA. Sin embargo, falta la habilitación legal expresa para acordar la suspensión reglada y para activar el circuito institucional de comunicaciones previsto respecto del Tribunal Supremo.

La ausencia de previsión no significa que el problema deba ignorarse. Dentro de los instrumentos procesales disponibles, los órganos judiciales pueden gestionar racionalmente los asuntos homogéneos mediante el señalamiento, la coordinación interna y la difusión inmediata de las resoluciones casacionales autonómicas.

Las partes pueden igualmente poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la pendencia de un recurso de casación autonómica y explicar su eventual incidencia, sin que esa alegación convierta por sí misma la situación



en un supuesto de suspensión amparado por el artículo 56.5 de la LJCA.

La relevancia de la casación pendiente podrá ser valorada, en cada caso, en el marco de las potestades generales de ordenación procesal y siempre con respeto al deber de resolver sin dilaciones indebidas; pero no cabe ocultar que esa solución carece de la seguridad, de las garantías procedimentales y de la trazabilidad que el legislador ha diseñado para la casación ante el Tribunal Supremo.

6.2.- Propuesta de "*lege ferenda*" para garantizar la coherencia del sistema autonómico.

La comparación pone de manifiesto una asimetría difícil de justificar desde la finalidad de la reforma. Si el artículo 56.5 de la LJCA pretende evitar que los procesos pendientes se resuelvan antes de que la casación fije un criterio sobre una cuestión jurídica sustancialmente idéntica, esa finalidad concurre también cuando el criterio interpretativo ha de ser fijado por el Tribunal Superior de Justicia en relación con su propio Derecho autonómico.

La especialidad territorial del ordenamiento no disminuye la necesidad de coherencia; al contrario, puede intensificarla cuando una misma disposición autonómica es aplicada de manera reiterada por órganos de una misma Comunidad Autónoma.

La solución más respetuosa con el principio de legalidad procesal no es forzar una interpretación extensiva del precepto vigente, sino promover una reforma que contemple expresamente esta hipótesis.



Una previsión de *lege ferenda* podría permitir que el órgano jurisdiccional oyera a las partes cuando tuviera conocimiento de la admisión de una casación autonómica sobre una cuestión jurídicamente sustancialmente idéntica y, tras una motivación específica sobre identidad, relevancia y proporcionalidad temporal, acordara la suspensión.

El diseño debería reproducir las garantías esenciales del artículo 56.5 de la LJCA, esto es, traslado del auto de admisión, audiencia contradictoria previa, motivación reforzada, comunicación con la sección casacional competente, recepción de la sentencia, alzamiento de la medida y nuevo traslado sobre su incidencia.

También debería acomodarse a la estructura de cada Tribunal Superior de Justicia y evitar que las dificultades de composición de las secciones casacionales se trasladen a una paralización indefinida de los procesos dependientes.

La introducción de esta regla contribuiría a completar la función unificadora de la casación autonómica y a reforzar la igualdad en la aplicación del Derecho emanado de las Comunidades Autónomas. Al mismo tiempo, obligaría a dotar a los Tribunales Superiores de Justicia de medios de información y de gestión que hicieran visible la pendencia de los recursos casacionales y permitieran identificar los procesos potencialmente afectados.



Sin perjuicio de lo anterior, la coordinación procesal no debe confundirse con una subordinación de los órganos de instancia a la futura sentencia casacional; su sentido sería, como en el ámbito estatal, preservar la coherencia de las decisiones sin desatender las particularidades de cada litigio.

7.- Conclusiones.

La experiencia aplicativa confirma que el artículo 56.5 de la LJCA responde a una necesidad real del sistema contencioso-administrativo: articular una relación ordenada entre la función de formación de jurisprudencia del Tribunal Supremo y la obligación de los órganos de instancia y apelación de resolver los asuntos pendientes. La institución puede evitar decisiones contradictorias y recursos posteriores previsibles, pero su legitimidad depende de que la suspensión no se convierta en una respuesta automática ante toda casación admitida.

La pauta decisiva ha de ser sencilla y exigente: solo debe suspenderse cuando el auto de admisión y el litigio pendiente compartan un mismo problema jurídico decisivo y cuando la sentencia de casación pueda influir de forma real en el fallo. El examen debe ser comparativo, individualizado y transparente. La existencia de materia común, de normas próximas o de hechos parecidos no satisface por sí sola el estándar legal.

Las resoluciones examinadas muestran que este modelo funciona cuando se aplica con rigor. Las suspensiones seguidas de reanudación en asuntos de extranjería, tributación y responsabilidad han permitido incorporar



de modo ordenado el criterio de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. También evidencian que la duración de la espera no es irrelevante y que el control negativo de identidad resulta indispensable. La resolución que rechaza la suspensión por diferencia entre la cuestión casacional y el objeto de la apelación es, en este sentido, tan relevante como las que la acuerdan.

La dimensión autonómica confirma, además, que el artículo 56.5 de la LJCA no proporciona todavía una respuesta integral a todos los espacios en que opera la función unificadora de la casación. La pendencia de un recurso de casación autonómica no permite, conforme al Derecho vigente, acordar por sí sola la suspensión reglada prevista para los recursos admitidos por el Tribunal Supremo.

Sin embargo, la falta de una técnica equivalente deja sin un cauce procesal específico la necesidad de coordinación que surge cuando están en juego cuestiones repetitivas de Derecho autonómico. Una futura reforma debería contemplar expresamente esa hipótesis, reproduciendo las garantías de audiencia, motivación y control temporal que caracterizan al régimen actual.

La consolidación de la figura requiere, finalmente, una infraestructura de información y seguimiento. La calidad de la motivación judicial, la iniciativa procesal leal de las partes y la rapidez de las comunicaciones entre los órganos suspendidos y el Tribunal Supremo determinarán que el artículo 56.5 de la LJCA sea una



técnica de buena administración de justicia, y no una fuente adicional de pendencia.

8.- Bibliografía y jurisprudencia.

ÁLVAREZ MENÉNDEZ, E., "La disparidad de criterios interpretativos en torno a la casación autonómica y su enjuiciamiento constitucional en el ATC de 16 de abril de 2018 y en la STC de 29 de noviembre de 2018", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 11, 2019, págs. 75-95.

CASARES MARCOS, A.B., "Eficacia de las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo", en LÓPEZ RAMÓN, F. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *20 años de la Ley de lo Contencioso-administrativo: actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Murcia, 8-9 de febrero de 2019, INAP, Madrid, 2019.

CHINCHILLA MARÍN, C., "La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, págs. 607-613.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "El recurso de amparo constitucional y el recurso de casación contencioso-administrativo: la atracción fatal del *certiorari* norteamericano", *Revista de Administración Pública*, núm. 223, 2024, págs. 141-168.

GISBERT POMATA, M., "Las decisiones judiciales "inaudita parte" en el procedimiento del pleito testigo y el "olvido" de los procesos en suspenso", en SANDE MAYO, M. J. y CUETO SANTA EUGENIA, E. (coords.), DÍEZ RIAZA, S. y



GISBERT POMATA, M. (dirs.), *Adaptación del proceso civil en tiempos de cambios: eficiencia, litigios masivos, digitalización y tecnologías disruptivas*, Editorial Dykinson, Madrid, 2025.

MORALES LÓPEZ, P., "Determinación del *quantum* indemnizatorio por prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento libre", *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, 2023, págs. 477-513.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "La posición y las funciones de los tribunales superiores de justicia en el Estado de las autonomías", *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, núm. 35, 2022, págs. 155-193.

ROBLEÑO MARIANO, M. B., "El recurso de casación autonómico ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo", *Gabilex (Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha)*, núm. 42, 2025, págs. 61-158.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., "La responsabilidad patrimonial del estado por la actuación de la administración de justicia en el ordenamiento jurídico español", *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 2, 2013, págs. 69-159.

STSJ Murcia 174/2024 - ECLI:ES:TSJMU:2024:646 - Poder Judicial

STSJ País Vasco 297/2025 - ECLI:ES:TSJPV:2025:2766 - Poder Judicial

STSJ Andalucía (Sevilla) 913/2025 - ECLI:ES:TSJAND:2025:12519 - Poder Judicial



SAN 256/2026 – ECLI:ES:AN:2026:2043 – Poder Judicial

STSJ Cataluña 588/2026 – ECLI:ES:TSJCAT:2026:3520
– Poder Judicial

STSJ Andalucía (Granada) 1028/2026 -
ECLI:ES:TSJAND:202:5194 - Poder Judicial



NATURALEZA Y CARACTERES DE LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS ESTATALES CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

D. Gonzalo Ruiz Gálvez

Doctorando en la Universidad Rey Juan Carlos.
Administrador Civil del Estado

Resumen: El presente trabajo estudia los atributos principales de las competencias exclusivas que la Constitución española reserva al Estado. En este sentido, se hace patente que la distribución competencial operada en nuestro texto constitucional responde a un modelo muy concreto en base al cual, si bien se hace posible y de hecho se ha llegado a una profundísima descentralización política, al partirse de una soberanía única, de las competencias atribuidas al Estado se predica una connotación de superioridad en la medida en la que es a él a quien corresponde preservar la homogeneidad y la coherencia del sistema.

El Estado se reserva unas competencias exclusivas que son, en esencia, las nucleares de



cualquier Estado, como la defensa, y también la capacidad de establecer las bases normativas para el ejercicio de las competencias legislativas autonómicas en un número significativo de materias así como competencias horizontales que penetran en las materias de, en principio, exclusiva competencia autonómica, condicionándolas. Por otro lado, es significativo que, en la práctica, el sistema de distribución de competencias es de lista única. Todo ello, configura unos caracteres propios de todo el sistema de distribución competencial y también de las competencias estatales.

Abstract: The present work examines the main attributes of the exclusive competences that the Spanish Constitution reserves to the State. In this regard, it becomes apparent that the distribution of competences operated by our constitutional text responds to a very specific model, under which, while a profound degree of political decentralization is both possible and has indeed been achieved, the competences attributed to the State carry a connotation of superiority — inasmuch as it is the State that bears responsibility for preserving the homogeneity and coherence of the system — given that said model proceeds from a single and indivisible sovereignty.

The State reserves to itself exclusive competences that are, in essence, those that are nuclear to any State, such as national defense, as well



as the power to lay down the normative bases governing the exercise of legislative competences by the Autonomous Communities across a significant number of subject matters, together with horizontal competences that cut across areas falling, in principle, within the exclusive competence of the Autonomous Communities, thereby conditioning their exercise. Furthermore, it is noteworthy that, in practice, the system for the distribution of competences operates as a single-list system. All of the foregoing configures a set of defining characteristics that permeate both the overall system of competence distribution and the competences of the State in particular.

Palabras clave: Competencias, Estado, Comunidades Autónomas, Organización territorial, descentralización, Derecho Constitucional, España.

Keywords: Competences, State, Autonomous Communities, Territorial Organisation, Decentralisation, Constitutional Law, Spain.

SUMARIO.

I. INTRODUCCIÓN.

II. EL CONCEPTO DE COMPETENCIA Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

III. LAS COMPETENCIAS ESTATALES Y SUS CARACTERÍSTICAS.

IV. LAS COMPETENCIAS RECOGIDAS EN EL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN.



V. LA ATRIBUCIÓN DIRECTA POR LA CONSTITUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DEL ESTADO Y SU CAPACIDAD DE INCIDIR SOBRE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS

VI. CONCLUSIONES

VII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN.

El sistema de distribución de competencias es un elemento nuclear de cualquier ordenamiento jurídico estatal descentralizado, tanto si la descentralización es política como si es meramente administrativa. Se suele considerar a nivel teórico que existen, en este aspecto, dos posibilidades: la distribución horizontal, que opera atribuyendo la totalidad de las potestades sobre una materia a cada ente y la distribución vertical, que atiende a las potestades sobre cada materia distinguiendo entre legislación y ejecución.

Usando el criterio horizontal, el sistema puede pivotar sobre un sistema de lista única, siendo clásico en los modelos federales el enumerar las competencias de la federación de modo que las no contempladas en la lista corresponden a los entes descentralizados; sin embargo, en el sistema regional es común la enumeración en la lista las competencias de las regiones correspondiendo las demás al estado central. También se puede utilizar el sistema de doble lista, de manera que se configuran dos, una con las



competencias correspondientes al estado central y otra con las correspondientes a los entes descentralizados.

Por otro lado, pueden usarse combinadamente los criterios horizontal y vertical de manera que se determine, en única o doble lista, a quien corresponde cada potestad en relación con cada materia competencial o bien añadirse una tercera lista que sea la que determine las materias en que las potestades se distribuyen entre ente central y entes descentralizados. A priori, en España puede decirse que se sigue un sistema de doble lista; pero realmente la única verdaderamente relevante es la que establece las competencias estatales en la medida en que la que se refiere a las autonómicas tiene un carácter transitorio existiendo además una cláusula residual en favor del Estado

En cualquier caso, se debe tener en cuenta que en el Título VIII de la Constitución existe un número relevante de preceptos que adolecen de una cierta imprecisión, que se da en los artículos 148 y 149 en un número significativo de ocasiones cuando se refieren a materias, competencias o facultades, confundándose a veces la distribución horizontal de competencias con la distribución vertical de competencias relativas a ciertas materias. A su vez, el artículo 148.1 no define la naturaleza jurídica de las competencias autonómicas, si son de carácter legislativo, reglamentario, de gestión o ejecución ni si son exclusivas o compartidas. El texto tampoco define conceptos nucleares como "normas básicas", "legislación básica" o "bases". Además, el régimen de distribución de competencias se caracteriza por su



elasticidad, consecuencia del principio dispositivo, por la existencia de posibilidad de heterogeneidad entre las competencias autonómicas y por una cierta preponderancia estatal¹. Todas estas cuestiones serán objeto de estudio en la presente investigación.

Asimismo, se debe entender que la Constitución española reconoce que la soberanía es única y reside en la Nación española, no siendo partícipe de ella en ninguna medida ningún ente territorial, y el principio de unidad tiene un carácter preponderante en cuanto que sirve de fundamento a la propia Constitución. Todo ello, unido a lo anteriormente dicho y al reconocimiento del derecho a la autonomía, configuran un modelo genuino y complejo que no se atiene a los modelos clásicos, lo cual, en el aspecto territorial, dota a la Constitución de una originalidad de la que no han gozado los textos españoles anteriores.

Así, a la luz de lo referido anteriormente, el Tribunal Constitucional considera que existe una directa relación entre la función constitucional del Estado y la calidad de sus competencias. De esta manera, el debate sobre las competencias estatales debe centrarse en la Constitución, así como en la legislación básica estatal y la de desarrollo autonómico. Además, se debe señalar que los

1 GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro José, NÚÑEZ RIVERO, Cayetano y GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. *El Estado Autonómico Español*, Madrid, Dykinson, S.L., 2014, págs. 201-203.



Estatutos de Autonomía operan ad intra, debiéndose tener en cuenta además que la reserva de Ley Orgánica que la Constitución predica para los Estatutos de Autonomía convive con otras reservas que también la Constitución determina para otras leyes orgánicas, por lo que se puede afirmar que la relación entre este tipo de leyes con los Estatutos está basada en el principio de distribución competencial. A la vista de la STC 31/2010, de 28 de junio, resulta imposible sostener que los Estatutos, al fijar las competencias autonómicas, definen por mandato constitucional las competencias estatales, de manera que será el artículo 149.1 el eje de todo el sistema competencial y no los Estatutos de Autonomía², tal y como se irá explicando en los sucesivos apartados de la presente investigación en base a la doctrina y la jurisprudencia constitucional existentes.

II. EL CONCEPTO DE COMPETENCIA Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Es preciso distinguir, a nivel teórico y con independencia del tenor literal del texto constitucional, tres conceptos distintos como son materia, competencia y facultad o potestad. Del análisis del primer término se puede concluir que la materia es el conjunto de actividades, bienes o

2 ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. "La posición de los Estatutos de autonomía con relación a las competencias estatales tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña", en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 90, septiembre-diciembre 2010, págs. 277-284.



institutos jurídicos que se refieren a un sector homogéneo determinado de la realidad. Por otro lado, la potestad se ejerce sobre una materia; mientras que la competencia es la titularidad de una potestad o función pública sobre una materia determinada. En base a lo expuesto se colige que la potestad es el objeto de la competencia, que engloba a su vez tres elementos como son los sujetos titulares, el contenido (potestades o funciones) y la materia. Asimismo, la competencia sólo existe cuando concurre su especificidad, es decir, cuando se articula como una atribución concreta de potestades o funciones sobre una materia. Si no se da la especificidad, lo que existirá es una mera capacidad o legitimación para actuar en un ámbito determinado³.

Para una parte de la doctrina la competencia, por su propia naturaleza, es exclusiva con independencia del alcance del que esté dotada. Desde este posicionamiento es imposible que dos normas provenientes de distintos legisladores puedan actuar sobre una misma materia con la misma intensidad y de modo contradictorio; por tanto, sólo cabe concluir que la exclusividad es inherente a la competencia. Así, no cabría distinguir entre competencias exclusivas y las que no lo son, sino que habrá que dilucidar el alcance de cada competencia para concluir si dicho alcance permite regular una materia en su totalidad o si, por el contrario, sólo permite establecer una regulación básica, parcial o complementaria. De este

3 ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario. *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2021, pág. 930.



modo, los principios de prevalencia y el de competencia serían incompatibles⁴.

Otro sector doctrinal entiende que el concepto de competencia comprende la función, la materia y el tipo de intervención pública que debe producirse. Partiendo de un análisis del Título VIII de la Constitución, competencia puede ser definida como el conjunto de facultades que el Estado o las Comunidades Autónomas pueden desplegar para regular las actividades humanas en un sector determinado del ordenamiento, siendo algunas de sus características la indisponibilidad y el referirse a un ámbito territorial. La materia, por su parte, puede ser definida como el conjunto de actividades humanas encuadrables en un sector del ordenamiento, siendo aquí la complejidad superior debido a que las listas de la Constitución y de los Estatutos utilizan diferentes enfoques para su determinación y porque su enunciado es necesariamente sintético, de modo que puede aludir a auténticos sectores del ordenamiento (Derecho laboral, Derecho mercantil...), a instituciones jurídicas específicas (expropiación forzosa), a actividades productivas (comercio, agricultura...), entre otras cuestiones.

También, en lo que se refiere a nuestra Constitución, se debe tener en cuenta que, en ocasiones, los conceptos de "función" y "materia" resultan insuficientes para comprender la distribución

4 ARROYO GIL. "Una concepción de los principios de competencia y prevalencia en el estado autonómico español", en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 20, 2009, págs. 195-217.



competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas ya que con frecuencia el bloque de constitucionalidad utiliza conceptos tales como ordenación, coordinación, planificación o fomento que suponen, en sí mismos, un tipo de intervención pública⁵.

De la lectura de la Constitución se puede colegir que el artículo 148 contiene una lista de materias y no de competencias, mientras que el artículo 149 contiene una lista tanto de materias como de competencias. Siguiendo a Álvarez Conde será posible así distinguir entre, por un lado competencias exclusivas, que a su vez podrán ser absolutas o relativas y, por otro, competencias compartidas y competencias concurrentes; pudiéndose añadir, a la vista de lo dispuesto en el artículo 149.3, las denominadas competencias residuales derivadas tanto de la cláusula residual o de cierre como de la cláusula de prevalencia del Derecho estatal⁶.

En lo que se refiere a la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha definido el concepto de materia "como conjunto de actividades, funciones e institutos jurídicos relativos a un sector de la vida

5 AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España: balance y perspectivas", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 4, 1989, págs. 242-247.

6 NAVAS CASTILLO, Antonia y NAVAS CASTILLO, Florentina. *El Estado de las Autonomías*, Madrid, Dykinson, S.L., 2018, pág. 286.



social (...)”⁷. También se ha referido a la materia como “concepto jurídico relevante para definiciones competenciales, se erige en una de las líneas principales del sistema competencial”⁸; pero no ha abordado la cuestión de una manera completa y sistemática. Por su parte, en un voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1985, de 29 de julio, los Magistrados Rubio Llorente y Díez Picazo definieron competencia como “un haz concreto de potestades que se ejercen válidamente dentro de un territorio concreto, sobre personas determinadas y respecto de materias definidas”.

Pese a todo, lo cierto es que, tal y como señala Ignacio de Otto el principio de competencia conduce a “asignar a ciertas normas —a cierta clase de normas— la regulación de ciertas materias y sólo de ellas, de modo que la norma de que se trate es la única que puede regular una materia en concreto y, además, sólo puede ocuparse de ella”. Este autor señala que “mientras en la jerarquía formal la invalidación de una norma, inferior, sólo se produce si hay contradicción con otra, superior, en la distribución de materias tal contradicción no es precisa, sino que la norma resulta nula por el simple hecho de haber regulado la materia vedada. Esto es así porque en la jerarquía formal la validez o invalidez resulta directamente del rango de la norma, razón por la que se habla de fuerza activa o pasiva de las normas, mientras que en caso de distribución de materias resulta de las normas que la

7 STC 123/1984, de 18 de diciembre (F.J. 2º).

8 STC 39/1982, de 30 de junio (F.J. 5º).



llevan a cabo estableciendo qué fuentes pueden regular la materia de que se trate”⁹.

Frente a todo lo referido, también se debe tener en cuenta que, tal y como expone Muñoz Machado, el artículo 149.1 contiene una relación de materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva, si bien habría que tener en cuenta que la expresión utilizada “el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias” puede resultar imprecisa primero, porque el carácter transitorio del listado del artículo 148 CE conlleva que las Comunidades Autónomas puedan asumir competencias, como así ha sido, contenidas en el artículo 149.1 CE, de modo que esa denominada exclusividad no es tal. Y segundo, porque del análisis del artículo 149 se desprende que no todas las competencias sobre las materias incluidas en la relación se atribuyen al Estado, ello ocurre en algunos casos pero en otros la reserva al Estado sólo alcanza a concretas competencias, normalmente de especial calidad o relevancia (la fijación de las bases o los principios, la programación, la legislación, etc.), permitiéndose, pues, en cuanto a lo demás, que las Comunidades autónomas puedan asumir competencias en virtud de lo que dispongan sus respectivos Estatutos¹⁰.

9 DE OTTO Y PARDO, Ignacio. *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Madrid, Civitas, 1986, págs. 90-91.

10 MUÑOZ MACHADO, Santiago. “La interpretación estatutaria del sistema constitucional de distribución de competencias”,



En cualquier caso se puede considerar que, tal y como está conformado el sistema competencial en la Constitución, se aprecia en la misma el carácter unidireccional del principio de competencia, que no aparece en los sistemas federales y que conlleva que únicamente se definan los límites del legislador autonómico y no los del estatal. Además, la existencia de un único Poder Judicial implica que, en puridad, no existan dos tipos de ordenamientos diferenciados (estatal y autonómico), puesto que los sistemas normativos estatal y autonómicos no están separados sino articulados; en esta línea puede decirse que para el institucionalismo un ordenamiento jurídico no es únicamente un sistema de normas con sus procedimientos de producción sino que también forma parte de dicho ordenamiento el aparato institucional al que se le encomienda la aplicación de las normas. Así, el principio de unidad jurisdiccional implica que es el mismo poder, único para todo el Estado (en sentido amplio) el que dirime todas las controversias con independencia de que el Derecho aplicable al caso sea autonómico o no; de modo que si bien existe una potestad legislativa y una administración pública descentralizada, el ordenamiento jurídico es único y desde esta perspectiva hay quien considera que nuestro modelo de Estado es el unitario al existir un único sistema de fuentes sin que se pueda considerar de ninguna manera que se trata de un Estado centralista. Se puede así hablar de unidad del ordenamiento entendida como reconducción de los distintos tipos normativos a un fundamento genético

en *Revista de Derecho Político*, núm. 5, invierno 1979-1980, págs. 63-64.



último que los convierte en un genuino único sistema, tal y como señalaba Kelsen¹¹. Y ello, dándose el reconocimiento constitucional del derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones que, según ha sido concretado, ha permitido una descentralización política de primerísima magnitud.

Y es que, es importante tener en cuenta que el modelo autonómico no se regula en su totalidad en la Constitución. Ésta recoge previsiones y principios, define un marco estructural y unos principios y previsiones básicas. Así, el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una importante labor de concreción muy relevante en numerosos ámbitos, y muy especialmente en lo que se refiere al reparto de competencias. Entre sus más esenciales aportaciones se pueden señalar, en primer lugar, la elaboración del concepto de autonomía y su inserción en el sistema constitucional de fuentes; en segundo lugar, la conceptualización de las bases estatales así como de la legislación autonómica de desarrollo y de la legislación estatal en relación con la ejecución autonómica; en tercer lugar la elaboración de la doctrina constitucional sobre los principios que rigen las relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos, incluyendo en este caso la prevalencia de las competencias especiales sobre las generales, el principio de territorialidad como

11 DÍEZ PICAZO, Luis María. "Ley autonómica y ley estatal (sobre el significado del principio de competencia en el Estado autonómico)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 25, enero-abril 1989, págs.75-77.



límite de las competencias autonómicas así como la delimitación del principio de prevalencia del derecho estatal; y en cuarto lugar la elaboración de la doctrina sobre la incidencia del Derecho de la Unión Europea en el reparto competencial¹².

Es importante aclarar que si bien nuestro Estado no es federal y la articulación de la soberanía es sustancialmente diferente, se puede tener en cuenta la afirmación de que, en el Estado federal, la soberanía se muestra con toda su fuerza en el momento constituyente y posteriormente reaparece como poder constituido siendo así, en cierta manera, un soberano debilitado puesto que es el Tribunal Constitucional quien resuelve los conflictos entre el Estado central y los Estados miembros, de modo que la soberanía sólo se despliega en el momento constituyente y después lo que prima es la existencia de un reparto competencial que garantiza la unidad del Estado al encomendar a un Tribunal, cuyo parámetro de actuación es la Constitución, el respecto al orden constitucional¹³. En el Estado autonómico español la soberanía es única, pero precisamente dado que esta soberanía, de la que nace el poder constituyente, decidió el establecimiento de un Estado que reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones, lo cual se concreta de una manera muy

12 PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco. "El papel del Tribunal Constitucional en el Estado Autonómico", en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 40, 2017, págs. 369-374.

13 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ. "Límites y soberanía en el orden constitucional español", en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 19, 2009, págs. 265-282.



relevante en lo que se refiere a la distribución de competencias, el papel del Tribunal Constitucional es clave para interpretar, partiendo del valor normativo de la Constitución, las competencias de los distintos entes, y también, obviamente, las del Estado. Pero las Comunidades Autónomas no obtienen directamente sus competencias de la Constitución, sino que será el poder constituido derivado de una soberanía única, el que defina las mismas.

Resulta relevante que, a la vista del análisis de los artículos 148 y 149 CE es fácil colegir que es posible y no infrecuente que sobre una misma materia concurren diversos títulos competenciales que, además, pueden ser, unos del Estado y otros de las Comunidades Autónomas. En estos casos, es necesario acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en virtud de la cual "Conviene recordar, pues, que la consideración de la Constitución como un todo sistemático exento de contradicciones lógicas y la necesidad de encontrar una interpretación que salvaguarde la vigencia de cada uno de sus preceptos -según dijimos en la STC 168/1993- obliga a pensar que ambos títulos competenciales se limitan y contrapesan entre sí, impidiendo el mutuo vaciamiento de sus contenidos respectivos (...)". El criterio para determinar el título prevalente será, en estos casos, el de la finalidad de la norma, tal y como ha indicado el Tribunal Constitucional al expresar, en relación con un caso de pluralidad de títulos competenciales que es obligado "singularizar caso a caso, según el objeto y contenido a que responda la



norma y a su propia naturaleza, cuál de ambos títulos resulta prevalente y específico, puesto que de uno u otro se deduce un distinto carácter de la competencia, exclusiva o compartida. Es evidente que ambos títulos competenciales necesariamente se limitan y contrapesan entre sí impidiendo el mutuo vaciamiento de sus contenidos respectivos y, en este sentido, no pueden desligarse totalmente; aunque es obvio que no deban llegar a solaparse -como parece pretender el Abogado del Estado a través de la idea de las *res mixtae*- a la hora de ofrecer cobertura a una determinada regulación legal.”¹⁴.

Junto a la regla de la finalidad de la norma como criterio para determinar el título prevalente, la regla de la prevalencia de las competencias especiales sobre las generales, en este ámbito, es otra de las rigen la articulación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas¹⁵. En este sentido, dejó sentado el Tribunal Constitucional lo siguiente: “En definitiva, aunque también respecto de este precepto incidan las competencias del Estado del art. 149.1.13, 16 y 23 CE, no cabe duda de que la que está más específicamente afectada es la de la materia de sanidad, en la que el Estado dispone de la capacidad de establecer las normas básicas y la coordinación (art. 149.1.16 CE). Por tanto, la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de ganadería (art. 9.1.12 EAE) y, consecuentemente, sobre el subsector del ganado

14 STC 168/1993, de 27 de mayo (F. J. 4º).

15 PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco. “El papel del Tribunal Constitucional en el Estado Autonomómico”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 40, 2017, pág. 373.



porcino, resulta limitada por la señalada competencia del Estado. Así lo hemos reconocido al afirmar que las epizootías que hayan de afectar al ganado se inscriben competencialmente en la materia de sanidad (SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 3, y 192/1990, de 29 de noviembre, FJ 2), de lo que inevitablemente se desprende que merecen igual encuadramiento las medidas preventivas correspondientes, como es el caso que ahora nos ocupa.”¹⁶.

Existen casos, además que el Tribunal Constitucional ha tenido que determinar la inevitabilidad de que una competencia estatal incida en competencias autonómicas debido a que la realidad no siempre se puede compartimentar y se puede actuar sobre una materia desde distintos títulos. A veces, esa incidencia sobre las competencias autonómicas se da desde una pluralidad de títulos competenciales estatales. Así ocurre con las competencias sobre patrimonio histórico respecto de las que, según el Tribunal Constitucional el Estado puede regular el estatuto de los bienes del Patrimonio Histórico con fundamento en los artículos 149.2 y 149.1.28¹⁷.

En definitiva, la articulación competencial del Estado, y el propio concepto de competencia entendido éste en sentido amplio, constituye en

16 STC 158/2011, de 19 de octubre (F. J. 10º).

17 ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel. “Los bienes históricos y el Tribunal Constitucional”, en *Revista española de derecho constitucional*, núm. 32, 1991, págs. 193.



nuestro sistema constitucional una peculiaridad a la vista del derecho constitucional comparado. Ésto conduce a llevar a cabo un análisis de las competencias estatales y sus características.

III. LAS COMPETENCIAS ESTATALES Y SUS CARACTERÍSTICAS

La Constitución, reservando la exclusividad de determinadas competencias para el Estado asegura un núcleo irreductible e inderogable que se constituye en límite del principio dispositivo. Ese núcleo constituye la estructura competencial básica que sostiene la construcción del Estado entendido como el ente que comprende tanto el poder central como los territoriales. En este sentido, no se establece un mero reparto de poderes sobre determinadas materias basado en un criterio de eficacia o buena organización, sino que se asegura la construcción conjunta edificada sobre el principio que reserva la soberanía al poder último y radical. Por ello, las competencias exclusivas estatales se caracterizan por gozar de una connotación de superioridad en la medida en que están especialmente vinculadas con la soberanía del pueblo español, lo cual resulta coherente con el criterio del Tribunal Constitucional consistente en que, caracterizándose el Estado por la titularidad de la soberanía, las Comunidades Autónomas se caracterizan por su autonomía política. De hecho, las competencias exclusivas estatales recogidas en el artículo 149.1 de la constitución están tan vinculadas a la soberanía que, sin algunas de ellas, no existiría el Estado como tal, siendo exponente de dichas



competencias las correspondientes a la nacionalidad y extranjería, las relaciones exteriores, la defensa y las fuerzas armadas. En otros casos, su carácter superior deriva de la funcionalidad como determinantes de la estructura conjunta del sistema, por su carácter integrador del conjunto, como es el caso de las que están al servicio de la unidad económica superior intentando evitar la fragmentación del espacio económico (las enumeradas en los párrafos 6º a 13º, 17º, 19º a 23º y 24 como la contenida en el artículo 139.2), de las que se edifican sobre intereses o estructuras inter o supra regionales (las enumeradas en los párrafos 15º, 16º, 21º, 22º y 29º) y de las que intentan asegurar una cierta homogeneidad social básica (las enumeradas en los párrafos 1º, 5º, 6º, 8º, 18º, 27º, 28º, 30º como las contenidas en los artículos 139.1 y 81). En los demás casos la superioridad se expresa al calificarse como básica la competencia del Estado, de modo que lo básico permite que exista una estructura general que ordena el conjunto. En definitiva, las competencias exclusivas del Estado definidas en el artículo 149.1 CE están ordenadas a construir, preservar y reforzar de manera permanente la unidad nacional y su cohesión última, por encima de los particularismos de las nacionalidades y regiones; como lo está también la cláusula de prevalencia del Derecho estatal contenida en apartado 3 del mismo artículo¹⁸.

18 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema



Evidentemente, la preponderancia estatal también se manifiesta en la capacidad del Estado para participar con las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias compartidas y concurrentes, así como en su capacidad para alterar, motu proprio, el esquema competencial diseñado estatutariamente, bien aumentando las competencias autonómicas a través de las leyes de transferencia o delegación, o bien condicionándolas a través de las leyes de armonización¹⁹.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que “es la Ley, en definitiva, la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de entes, de acuerdo con la Constitución. Y debe hacerse notar que la misma contempla la necesidad -como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación- de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución tanto con relación a las Comunidades Autónomas, concebidas como entes dotadas de autonomía cualitativamente superior a la administrativa (arts. 150.3 y 155, entre otros), como a los entes locales (art. 148.1.2. º)”²⁰.

Además, se puede afirmar que el constituyente, de facto, diseñó un modelo de lista única siendo sólo

autonómico”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, mayo-agosto 1982, págs. 71-65.

19 GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro José, NÚÑEZ RIVERO, Cayetano y GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. *El Estado Autonomico Español*, Madrid, Dykinson, S.L., 2014, pág. 203.

20 STC 4/1981, de 2 de febrero (F.J. 3º).



una apariencia, en cierto modo, que la Constitución contiene dos listas. Ello es así porque la lista del artículo 148 CE opera como un límite transitorio para Comunidades autónomas que no se encuentre comprendidas en la disposición transitoria segunda o que no se constituyan conforme a lo dispuesto en el artículo 151.1 CE. Pero, por otra parte, respecto del listado de competencias estatales es necesario tener en cuenta que aunque en el artículo 149.1 se afirme que “el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...)”, la realidad es que en su listado aparecen disposiciones que autorizan la atribución parcial de determinadas potestades sobre dichas materias a las Comunidades Autónomas bien transcurrido el plazo de cinco años o desde el principio para las comunidades constituidas según el artículo 151.1 CE. Ello es así porque el artículo 149 CE no establece un listado de competencias exclusivas en relación con las materias enunciadas según lo que se consideraba por tal por la doctrina tradicional. En realidad en muchos casos se establece una posibilidad de concurrencia de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas diferenciándose frecuentemente entre atribuciones legislativas, de legislación básica o de bases de coordinación, de modo que no se pueda considerar que exista una competencia exclusiva en relación con la materia sino de atribuciones concretas de competencia concurrentes con las demás no previstas en el citado artículo, que pueden ser atribuidas a las Comunidades Autónomas; incluso en algunos casos se hace referencia expresa a las atribuciones concurrentes que



pueden ser atribuidas a las Comunidades Autónomas. Por otra parte, el poder remanente, como es común en los estados regionales, juega a favor del Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.3 CE, según el cual "las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos". Sin embargo, suele ser común que cuando la cláusula de poder remanente juega en favor del Estado, la referencia está en la lista de competencias atribuidas a los entes descentralizados y sin embargo en nuestra Constitución se recoge en la de las atribuidas al Estado y ello se debe al principio dispositivo que rige en nuestro régimen autonómico²¹.

Así, el Tribunal Constitucional ha indicado que "en este sentido, hay que considerar que las competencias del Estado se proyectan en dos ámbitos diferentes. De un lado, las competencias sobre las materias que tiene estrictamente reservadas por el art. 149.1 CE. Y, de otro, sobre las restantes materias, con la peculiaridad de que, concretándose en estas últimas el ámbito posible de asunción competencial por parte de las Comunidades Autónomas a través de sus Estatutos, el Estado continúa conservando la competencia sobre aquellas materias que dichos Estatutos no han, efectivamente, asumido (art. 149.3 CE) y que "en definitiva, del indicado sistema de reparto competencial establecido por la Constitución en su art. 149, se deriva que los Estatutos atribuyen

21 COSCULLUELA MONTANER, Luis. "La determinación constitucional de las competencias de las comunidades autónomas", en Revista de administración pública, núm. 89, 1979, págs. 7-32.



competencias a las Comunidades Autónomas en ejercicio del principio dispositivo que la Constitución les reconoce y, al hacerlo, también determinan las del Estado. Ello es así porque al atribuir el Estatuto competencias a la Comunidad Autónoma, quedan precisadas las que el Estado no tiene en el correspondiente territorio (art. 149.3, primer inciso, CE); por el contrario, las competencias que el Estatuto no haya atribuido a la Comunidad Autónoma permanecen en el acervo competencial del Estado (art. 149.3, segundo inciso, CE). De este modo, la función atributiva de competencias a la Comunidad Autónoma produce, como efecto reflejo, la delimitación de las que corresponden al Estado en el territorio autonómico de que se trate²².

Por otra parte, en relación con la exclusividad de las competencias estatales, según el Tribunal Constitucional "Este Tribunal ya ha advertido, en efecto, sobre el sentido marcadamente equívoco con que el adjetivo "exclusivo" se utiliza, tanto en el texto de la Constitución como en el de los Estatutos de Autonomía (Sentencia de 16 de noviembre de 1981, en recurso de inconstitucionalidad núm. 184/1981, «Boletín Oficial del Estado» de 28 de noviembre de 1981, suplemento pág. 2) y, en consecuencia, resulta aventurado cualquier razonamiento que, como el del presente caso, intente arrancar de la diferencia existente entre una competencia atribuida con carácter exclusivo, sin perjuicio de la legislación básica

22 STC 247/2007, de 12 de diciembre (F.J. 7º).



que corresponde al Estado y una competencia para legislar y ejecutar que debe ejercerse «en el marco de la legislación básica del Estado y en su caso en los términos que la misma establezca». Estas diferencias de dicción autorizan a entender, entre otras consecuencias, que cuando se utiliza esta segunda fórmula se intenta sujetar más estrechamente la competencia legislativa comunitaria al marco de la legislación básica del Estado, pero en modo alguno a sostener que se ha privado con ello a la Comunidad Autónoma de su facultad de legislar hasta que sea habilitada para ello por una Ley estatal, pues esto equivaldría una vez más a equiparar legislación básica con Leyes marco, tesis ya rechazada explícitamente por este Tribunal²³.

En todo caso, los señalados pronunciamientos, como otros, muy numerosos sobre la materia, resultan de gran relevancia en la medida en que la Constitución enumera materias sin definir expresamente alcance ni su contenido, haciéndose patente la imprecisión a la que antes se ha hecho referencia. Y además, el concepto de exclusividad no tiene el mismo sentido en todos los casos ya que, "(...) en efecto, el art. 149.1 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre una relación de materias ("materias siguientes"). Examinando la relación allí contenida, cabe resaltar dos aspectos; por un lado, que la competencia exclusiva del Estado se refiere a "materias" cuyo contenido sólo se enuncia, es decir, no se describe ni se delimita (por ejemplo, "relaciones internacionales", "Defensa y Fuerzas Armadas" o

23 STC 5/1982, de 8 de febrero (F.J. 1º).



“Administración de Justicia”: entre otras, STC 147/1991, de 4 de julio, FJ 4). De otro lado, la competencia exclusiva estatal se refiere en ocasiones a la totalidad de la materia enunciada en los términos generales descritos, pero en otros casos incluye sólo la “función” relativa a dicha materia, función que alcanza, o bien a la “legislación básica” (o “bases” o “normas básicas”), o bien a la “legislación”, siendo así que tampoco se determina el contenido o alcance de dichas funciones (así lo recoge la STC 35/1982, de 14 de junio, FJ 2)” y que “(...) la Constitución, que sí fija las materias de competencia estatal, no especifica directamente el contenido o alcance ni de las materias ni de las funciones materiales sobre las que se proyecta aquélla, ni tampoco contiene reglas expresas de interpretación que inmediatamente permitan concretar dicho contenido o alcance, lo que, en última instancia, sólo corresponde precisar a este Tribunal Constitucional en el ejercicio de su jurisdicción”²⁴.

Asimismo, es necesario referirse a otras cláusulas contenidas en el artículo 149.3: la residual, la de prevalencia del derecho estatal y la de supletoriedad. En esa línea, La cláusula residual da lugar a las competencias remanentes al establecer que “la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado”. La titularidad de esta cláusula de cierre corresponde tanto a las Comunidades Autónomas como al Estado, a diferencia

24 STC 247/2007, de 12 de diciembre (F.J. 7º).



del modelo regional, en el que se atribuye al Estado y del federal, en el que corresponde a los Estados Federales²⁵. El Tribunal Constitucional ha advertido de la excepcionalidad de la posibilidad de su aplicación, en la medida en que afirmó, en relación con una materia que no figuraba expresamente contenida en un Estatuto de autonomía que "no puede extraerse de ello la conclusión de que tal materia no se encuentre incluida en el sistema competencial como tal materia, ni que haya que acudir a la cláusula del art. 149.3 de la Constitución, de acuerdo con la cual corresponden al Estado las materias no asumidas por los Estatutos de Autonomía. Es claro que las competencias de las Comunidades Autónomas están definidas por sus Estatutos de Autonomía, pero es cierto asimismo que el juego de la cláusula residual o supletoria del art. 149.3 de la Constitución supone que, con independencia de los rótulos o denominaciones, no ha sido incluida en el correspondiente Estatuto de Autonomía una materia, entendida como conjunto de actividades, funciones e institutos jurídicos relativos a un sector de la vida social, de manera que para que entre en juego la llamada cláusula residual o supletoria, es necesario que el problema no pueda quedar resuelto con los criterios interpretativos ordinarios"²⁶.

En cuanto a la cláusula de prevalencia, existe un consenso casi total en considerar que la misma no es una norma de atribución de competencia, sino una

25 GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro José, NÚÑEZ RIVERO, Cayetano y GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. *El Estado Autonomico Español*, Madrid, Dykinson, S.L., 2014, pág. 219.

26 STC 123/1984, de 18 de diciembre (F. J. 2º).



regla de conflicto o colisión a aplicar cuando hay dos normas en conflicto, sin que ello, por tanto, pueda servir para que el Estado invada competencias exclusivas autonómicas. La doctrina mayoritaria considera así que, dada su naturaleza de norma para arbitrar conflictos, tan sólo permite determinar que la norma estatal válida es la aplicable al caso, desplazando en el supuesto controvertido concreto a la norma autonómica pero sin invalidarla. En este sentido, se puede considerar que su fundamento estriba en que, en nuestro sistema constitucional, las competencias reservadas al Estado tienen como función construir, preservar y reforzar la unidad y cohesión del sistema por encima de los particularismos territoriales autonómicos como expresión del artículo 2 CE; y es que en toda organización la estructura o sistema general es prevalente sobre la de todos y cada uno de los subsistemas que en su seno incluye²⁷.

La cláusula de supletoriedad resulta necesaria dado que el principio dispositivo rector en el ejercicio del derecho a la autonomía implica que las Comunidades autónomas puedan no asumir competencias de desarrollo de la legislación básica del Estado y que, en segundo lugar, habiéndolas asumido,

27 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos sistema de relaciones", en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero-diciembre 1983, págs. 287-288.



pueden no ejercerla²⁸. El Tribunal Constitucional ha sentado jurisprudencia en el sentido de que el Estado no puede dictar normas supletorias al carecer de un título competencial específico para ello, incluso en los casos en que cuente con otros títulos competenciales susceptibles de incidir sobre la materia que pueda justificar la invocación de otros títulos competenciales susceptibles de incidir sobre la materia pueda justificar la invocación de la cláusula de supletoriedad. Ni siquiera, según estima, puede hacerlo en el caso de las competencias compartidas. Y, por tanto son inconstitucionales todos aquellos preceptos que por la norma estatal sean calificados como norma supletoria. En definitiva, la cláusula de supletoriedad cumple una función en la integración de los ordenamientos autonómicos con un triple significado y funcionalidad: en primer lugar, la heterointegración del derecho autonómico por el estatal de forma permanente, en segundo lugar la supletoriedad en todos los casos, a diferencia de la cláusula de prevalencia, que no opera en los casos de las competencias exclusivas autonómicas, y en tercer lugar la prohibición al aplicador del derecho autonómico de acudir a otros ordenamientos, distintos del estatal, para colmar las lagunas que encuentre en aquél²⁹.

Por tanto, se puede afirmar que, a pesar de la existencia de una doble lista desde el punto de vista

28 QUEREDA TAPIA, Ángel. "La supletoriedad del derecho estatal en los ordenamientos autonómicos", en *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*, núm. 45, 2008, pág. 41.

29 VILLAR ROJAS, Francisco José. "La discutida doctrina sobre la supletoriedad del Derecho Estatal", en *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 2001, pág. 319.



formal, la única relevante es la que recoge las competencias del Estado debiéndose a su vez tener en cuenta que la exclusividad sobre las materias que recoge debe ser matizada según va a ser expuesto a continuación.

IV. LAS COMPETENCIAS RECOGIDAS EN EL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN

Uno de los aspectos más relevantes y genuinos de este artículo deviene, como se ha señalado, de que contiene en lista única la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas teniendo presente el resultado final al que podría llegar el modelo autonómico. Efectivamente, en virtud de su apartado 3 “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos”. Además, según lo dispuesto en el artículo 148 CE “transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos, las Comunidades Autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149”, a lo que se une lo prescrito en el 151, que excepciona la necesidad del transcurso de dicho plazo en determinadas situaciones.

El artículo en cuestión contiene una lista de materias que corresponden, en principio, en exclusiva al Estado. Sin embargo, y esto es un elemento de complejidad de nuestro sistema constitucional, dicha



exclusividad no se puede entender sin matices y explicaciones.

Así, debe ser entendida de manera relativa en el sentido de que utiliza una serie de técnicas, distintas en cada caso (reserva de materia, reserva de potestades concretas...), que implica que en muchos casos las Comunidades Autónomas puedan asumir facultades de distinta índole, según los casos, sobre las materias en cuestión. Y es que, existen, en primer lugar una serie de materias respecto de las que se atribuyen todas las facultades al Estado y que se pueden denominar exclusivas absolutas o integrales, planteándose la duda de si son susceptibles de ser objeto de los preceptos contenidos en el artículo 150 CE. En segundo lugar, existen otras materias sobre las cuales se comprende de modo expreso la posibilidad de asumir alguna competencia a las Comunidades Autónomas, pudiéndose denominar como concurrentes. Y en tercer lugar, existen materias sobre las que corresponde al Estado algún tipo de competencia legislativa sobre las mismas, pudiéndose tratar de dicha competencia en su totalidad, correspondiendo a las Comunidades Autónomas, en su caso, la ejecución o bien sólo de la legislación básica, de manera que las Comunidades Autónomas podrían desarrollar legislativamente esas bases³⁰.

Es por ello, que la doctrina diferencia entre competencias exclusivas absolutas y competencias exclusivas relativas. Las competencias exclusivas absolutas serían las referentes a las siguientes

30 ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario. *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2021, págs. 936-938.



materias: (1) nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo, (2) relaciones internacionales, (3) defensa y Fuerzas Armadas, (4) administración de justicia, (5) régimen aduanero y (6) sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad, bases de la ordenación del crédito, banco y reservas. En cuanto a las competencias exclusivas relativas serían las referentes a las siguiente materias: (1) sanidad exterior, (2) marina mercante y almacenamiento de buques, iluminación de costas y señales marítimas, puertos de interés general, aeropuertos de interés general, control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, servicio meteorológico y matriculación de aero-aviones (3) ferrocarriles, (4) obras públicas, (5) régimen de producción, comercio, tenencia y depósito de armas y explosivos, (6) estadística para fines estatales y (7) autorización para la convocatoria de consultas populares³¹.

La calificación como exclusiva de una competencia se puede llevar a cabo utilizando dos criterios que llegan a conclusiones diferentes: según el primero de ellos, la competencia es exclusiva cuando quien la ostenta dispone libremente de la materia de que se trate pudiendo ejercer sobre ella todo tipo de potestades legislativas y ejecutivas; y

31 BASSOLS COMA, Martín y SERRANO ALBERCA, José Manuel. "El artículo 149 de la Constitución en relación con el 150.2: análisis de la delegación en materia de las competencias estatales exclusivas", en *Revista de Administración Pública*, núm. 97, 1982, págs. 61-62.



según el segundo, la competencia es exclusiva cuando quien la ostenta ejerce sobre ella todas las potestades de una determinada calidad (la legislación exclusiva o la ejecución exclusiva). Lo que supone una novedad de nuestro texto constitucional es que, hecha la partición de la competencia legislativa y atribuido su ejercicio a dos sujetos distintos, ambas competencias resultantes, la legislativa principal y la de desarrollo se califiquen como exclusiva, lo cual puede dar lugar a equívocos³².

De hecho, el artículo 149.1 CE contempla un total de treinta y tres materias respecto de las cuales en diecinueve de ellas se debe considerar que pueden existir- y a la vista de los Estatutos de Autonomía en vigor existen- competencias concurrentes o compartidas con las Comunidades Autónomas. Cosculluela Montaner lleva a cabo una clasificación de las competencias a las que se refiere el artículo 149.1 distinguiendo, en primer lugar aquellas que lo son *stricto sensu*, o sea, los casos en las que se le atribuyen al Estado la totalidad de las potestades sobre una misma materia (divididas a su vez en dos subtipos) y las que serían concurrentes (divididas a su vez en ocho subtipos)³³.

32 MUÑOZ MACHADO, Santiago. "La interpretación estatutaria del sistema constitucional de distribución de competencias", en *Revista de Derecho Político*, núm. 5, invierno 1979-1980, págs. 72-73.

33 COSCULLUELA MONTANER, Luis. "La determinación constitucional de las competencias de las comunidades autónomas", en *Revista de administración pública*, núm. 89, 1979, págs. 25-30.



Las competencias exclusivas del Estado en el sentido de que al mismo se le atribuyen la totalidad de las potestades sobre una misma materia serían, por un lado, las siete que se refieren a materias consideradas más estrechamente ligadas con la soberanía estatal: nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo (art. 149. 1. 2.^a), relaciones internacionales (art. 149. 1. 3.^a), defensa y Fuerzas Armadas (art. 149. 1. 4.^a), administración de Justicia (art. 149. 1. 5.^a), régimen aduanero y arancelario, comercio exterior (art. 149. 1. 10.^a), sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad; bases de la ordenación del crédito, banca y seguros (art. 149. 1. 11.^a) y Hacienda general y Deuda del Estado (art. 149. 1. 14.^a). Es necesario tener en cuenta que respecto de dos de estas materias, a la vista del propio texto constitucional cabe la posibilidad de que los Estatutos de autonomía atribuyan algunas potestades a las Comunidades Autónomas; y así en relación a la Administración de Justicia, el artículo 152.1 permite que los establezcan los supuestos y las formas de participación de las Comunidades autónomas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio, siempre de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y dentro de la unidad e independencia de éste. Del mismo modo, en relación con la Hacienda, el artículo 156.2, dispone que las Comunidades autónomas podrán actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquél, de acuerdo con las leyes y los Estatutos.



Por otro lado, también serían competencias exclusivas *stricto sensu* las siguientes: sanidad exterior (art. 149.1.16), marina mercante y abanderamiento de buques; iluminación de costas y señales marítimas; puertos de interés general; aeropuertos de interés general; control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, servicio meteorológico y matriculación de aeronaves (art. 149.1.20), ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad autónoma; régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación (art. 149.1.21), obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.24), régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos (art. 149.1.26), estadísticas para fines estatales (art. 149.1.31) y autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum (art. 149.1.32). En este grupo de competencias exclusivas del Estado se distinguen tres grupos; el primero, que integrarían los números 16, 26 y 32, cuya atribución de competencia al Estado se justifica, en el primer caso, por la conexión con las relaciones internacionales que tiene la materia, y en los dos restantes, por motivos políticos relacionados con la seguridad nacional, en el supuesto del número 26, y con el control del uso del potencial político que encierra toda consulta popular, en el caso del número 32. El segundo grupo lo integrarían los números 20 y 21, relacionados con distintos medios de transporte de indudable relevancia nacional, en otros existe incidencia en interés suprarregional o nacional, y en



otros, como es el caso del abanderamiento de naves y aeronaves, se trata de una indiscutible cuestión de soberanía. Y el tercero lo integrarían los números 24 y 31, que son competencias instrumentales, definidas por la nación de interés general o interregional.

Serían competencias no exclusivas realmente, las siguientes: legislación mercantil, penal y penitenciaria, legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.6), legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.7), legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan y, en todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto en este último caso a las normas de derecho foral o especial (art. 149.1.8), legislación sobre propiedad intelectual e industrial (art. 149.1.9), legislación sobre pesas y medidas así como determinación de la hora oficial (art. 149.1.12), bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13), fomento y coordinación general de la investigación científica y



técnica (art. 149.1.15), sanidad exterior así como bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16), legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades autónomas.(art. 149.1.17), las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas (art. 149.1.18), pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuyan a las Comunidades Autónomas (art. 149.1.18), la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial (art. 149.1.22), la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección y la legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias (art. 149.1.23), bases del régimen minero y energético (art. 149.1.25), normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social,



sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas (art. 149.1.27), defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.28), seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica (art. 149.1.29); y finalmente la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia (art. 149.1.30). Respecto de estas materias se puede considerar que existen los siguientes tipos:

1.º Las materias en las que el Estado tiene atribuidas competencias legislativas, bien con el carácter de leyes marco o de principios.

2.º Materias en las que el Estado comparte la potestad legislativa general, reservando ciertos sectores específicos a la legislación de determinadas Comunidades Autónomas.

3.º Materias en las que la competencia estatal es exclusiva en relación a su ordenación legislativa.



4.º Materias en las que el Estado se reserva la competencia de planificación o determinación de las bases de la política administrativa en el sector.

5.º Materias en las que el Estado tiene atribuida la competencia de coordinación de las atribuciones que puedan corresponder a las Comunidades Autónomas.

6.º Materias en las que corresponde al Estado determinar el régimen económico de la gestión del servicio.

7.º Materias en las que el Estado se reserva determinadas atribuciones de gestión, permitiendo que el resto pueda corresponder a las Comunidades Autónomas.

8.º Materias en las que el Estado tan sólo se reserva la titularidad del servicio, pero no su gestión.

Para Muñoz Machado resultan reseñables los casos en que la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas depende, no ya del contenido de los correspondientes Estatutos de autonomía sino de otro tipo de norma estatal. Es el caso de lo dispuesto en el artículo 149.129 CE que, designando al Estado como competente en seguridad pública, prescribe que ello es "sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica". En estos casos se puede considerar que la remisión que la Constitución



lleva a cabo a los Estatutos para que determinen las competencias de las Comunidades autónomas no es directa o de primer grado en la medida en que los mismos tienen que estar a lo establecido en leyes estatales; y se plantea la cuestión de si una regulación estatal posterior podría conllevar, en su caso, la modificación o la derogación de lo establecido en el Estatuto de autonomía³⁴.

Por otro lado, la distinción entre competencias exclusivas y concurrentes reviste gran relevancia a la vista de la cláusula de prevalencia estatal contenida en el artículo 149.3 CE ya que la misma encuentra su límite en las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas. Además, es necesario tener en cuenta que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado en el sentido de reinterpretar preceptos estatutarios matizando sus afirmaciones de exclusividad competencial. Y es que, en este sentido que tampoco es pacífico el concepto de competencia compartida en la medida en que, si bien se podría entender que existe en todos los casos en que la competencia no sea exclusiva, hay quien entiende que las competencias concurrentes son una *tertium genus* que se daría cuando dos entes tienen facultades del mismo nivel en relación con una misma materia, ejercidas de manera concurrente porque los fines perseguidos son compatibles entre sí (caso en que al

34 MUÑOZ MACHADO, Santiago. "La interpretación estatutaria del sistema constitucional de distribución de competencias", en *Revista de Derecho Político*, núm. 5, invierno 1979-1980, págs. 66-68.



Estado le corresponde la legislación básica y a las Comunidades Autónomas le puede corresponder el desarrollo de la misma); y también hay quien se refiere al concepto de competencia concurrente cuando varios títulos competenciales concurren de modo que los de un ente limitan a los de otro³⁵. Sobre este último supuesto, el Tribunal Constitucional se ha manifestado en múltiples casos, señalándose ahora en uno, a título de ejemplo, que “es claro, pues, que en materia de enseñanzas mínimas y de ordenación general del sistema educativo tiene el Estado la exclusiva competencia y puede, por ello, regular tales materias tanto en el régimen ordinario como en el experimental, y someter a previa autorización cualquier experimentación que las altere cuando se pretenda la homologación de los estudios y títulos correspondientes”³⁶. Por tanto, es obvio que ni el concepto de competencia exclusiva es unívoco en la doctrina ni tampoco es pacífica la caracterización conceptual de las competencias compartidas y concurrentes, no habiendo sido, por otra parte, estrictos, ni el constituyente ni el legislador estatutario. El Alto Tribunal ha hecho afirmaciones del tenor de “sin entrar en el sentido marcadamente equívoco con el que el adjetivo “exclusivo” se utiliza tanto en el texto de la Constitución como en el de los Estatutos de Autonomía hasta ahora promulgados (...)”³⁷.

35 ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario. *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2021, pág. 931-933.

36 STC 38/1992, de 23 de marzo (F.J. 5º).

37 STC 37/1981, de 16 de noviembre (F.J. 1º).



Otro sector doctrinal, protagonizado por García de Enterría, entiende que son competencias exclusivas absolutas aquellas que excluyen toda participación de las Comunidades Autónomas tanto a priori a la vista del artículo 149.1 CE como a través de leyes de transferencia o delegación. Y es que el artículo 150. 2 CE dispone que “el Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación (...)”. Se estaría en el caso de esas materias indelegables o intransferibles por su propia naturaleza; siendo sin duda problemática la utilización de conceptos jurídicos tan indeterminados. Un segundo tipo de competencias exclusivas serían aquellas respecto de las que algunas facultades de gestión pueden ser objeto de transferencia o delegación a las Comunidades Autónomas en los términos del artículo 150. 2 CE. En tercer lugar están las competencias exclusivas respecto de las que, según previsión expresa del propio artículo 149.1 CE, se admite en su desarrollo y ejecución una participación de las Comunidades Autónomas. Respecto de este tercer grupo el artículo 149 incluye los siguientes supuestos: competencia exclusiva del Estado en las bases de una regulación y de las Comunidades Autónomas en la regulación de lo que no esté incluido en dichas bases, regulación exclusiva del Estado con competencias de las Comunidades Autónomas en lo que respecta a la ejecución; competencias compartidas con coordinación asignada al Estado y competencia



inespecífica cuya concreción queda remitida a una norma estatal. Finalmente, en cuarto lugar, están las competencias exclusivas recogidas en el apartado 1 del artículo 149 CE que configuran una distribución de competencia entre las dos esferas sobre un criterio del ámbito territorial del servicio respectivo junto con las de legislación civil. En este último caso, relativo a la legislación civil, se da una configuración diferente a la de los casos anteriores, y es que no se configura la potestad legislativa autonómica como mero desarrollo de unas bases estatales previas, sino como un ámbito material separado de la legislación civil del Estado y, por tanto, no sometido en principio a ésta, salvo lo establecido en el Derecho civil sobre el carácter de Derecho común de la legislación civil general y sus consecuencias, de modo que la competencia autonómica no se articula en este caso como una participación en una competencia exclusiva del Estado sino como una competencia exclusiva y completa de la Comunidad Autónoma. En lo que respecta a los párrafos 20, 21, 22 y 24 del artículo 149.1, se opera con una técnica de distribución que tampoco se establece sobre el esquema bases-normas complementarias, sino con un criterio de separación análogo al anterior, de modo que se utilizaría el criterio de la incidencia territorial de los respectivos servicios, atendiendo a la necesidad de no fragmentar el régimen de un servicio unitario que traspasa los límites de una sola Comunidad Autónoma, si bien tal separación de ámbitos competenciales no es, sin embargo, absoluta, puesto que se debe entender que los servicios intraterritoriales han de estar ordenados de modo que no sólo no obstaculicen, sino que hagan posible y faciliten los servicios interterritoriales o



nacionales de la misma clase, lo que supone necesariamente un cierto grado de articulación, aun cuando no sea estrictamente jerárquica³⁸.

Por su parte, Eliseo Aja distingue entre cuatro tipos de competencias: competencias exclusivas del Estado, competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, competencias concurrentes, competencias compartidas y finalmente categorías especiales de competencias. En este último bloque estarían las que se definirán por el bloque de constitucionalidad con criterios específicos (financiación, policía y televisión, principalmente), las indistintas (cultura) y en último lugar las definidas por el tipo de intervención pública o construidas en base a una colaboración obligatoria entre el Estado y las comunidades autónomas (por ejemplo, la investigación)³⁹. En definitiva, el sistema es complejo y se debe tener en cuenta que la exclusividad absoluta se predica en muy pocos casos que se referirán, por otra parte, a competencias estatales.

38 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, mayo-agosto 1982, págs. 83-90.

39 AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España: balance y perspectivas", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 4, 1989, págs. 248-252.



V. LA ATRIBUCIÓN DIRECTA POR LA CONSTITUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DEL ESTADO Y SU CAPACIDAD DE INCIDIR SOBRE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS

De la lectura de los artículos 148 y 149 de la CE se observa una muy diferente concepción entre las competencias del Estado y las de las Comunidades Autónomas. Efectivamente, el artículo 149.1 CE indica que “el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...)”, mientras que el 148 CE prescribe que “las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: (...)” y que “transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos, las Comunidades Autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149”. Por tanto, las competencias estatales nacen directamente de la Constitución y para su ejercicio no se precisa ningún desarrollo que normativo de la Constitución, siendo ello consecuencia de la doctrina del efecto directo de las normas constitucionales. Así, es desde la Constitución donde se debe dilucidar su alcance, sin perjuicio de que en virtud del artículo 149.3 CE sea necesario determinar si los Estatutos de autonomía han atribuido determinadas competencias a las Comunidades autónomas y si debe aplicarse o no, según la conclusión a la que se llegue, la reserva supletoria contenida en el mismo artículo. Por el contrario, los Estatutos de Autonomía, normas infraconstitucionales y sometidas a la Constitución, son los instrumentos jurídicos que establecen y delimitan las competencias autonómicas. La



competencia normativa del Estado, a priori, no tiene límites, es una competencia general⁴⁰.

Alguna doctrina afirma que en el Estado compuesto diseñado por la Constitución el legislador estatal es "omnicompetente" porque no hay materia alguna, en principio, cuya regulación le esté vedada; y la razón de esta ausencia de límites radica no sólo en lo que Muñoz Machado denominó el mito de la exclusividad de las competencias autonómicas, sino sobre todo en la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal contenida en el artículo 149.3 CE, que permite al legislador estatal regular en su integridad cualquier materia, como si se hallara en un Estado unitario⁴¹.

Efectivamente, Muñoz Machado afirmó, al referirse a los textos originales de los Estatutos de autonomía del País Vasco y de Cataluña, que calificaban como exclusivas determinadas competencias autonómicas cuando el artículo 149 CE atribuye al Estado la legislación básica o principal en relación a las mismas, que la exclusividad no es tal al tener que concurrir necesariamente los poderes normativos de la Comunidad Autónoma con los del Estado, de lo cual fue consciente el legislador estatutario al introducir continuamente cláusulas de

40 DE OTTO Y PARDO, Ignacio. *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Madrid, Civitas, 1986, pág. 67.

41 DÍEZ PICAZO, Luis María. "Ley autonómica y ley estatal (sobre el significado del principio de competencia en el Estado autonómico)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 25, enero-abril 1989, págs. 70-71.



salvaguardia y remisión a los poderes estatales en el sentido ya examinado. Por otra parte, cuando el Estatuto de autonomía se refiere a la competencia estatal para fijar las bases, los principios o la coordinación general está utilizando conceptos jurídicos indeterminados que van a ser concretados por el legislador estatal, teniéndose en cuenta, eso sí, que lo que el Estado no puede hacer válidamente es, al hacer uso de la remisión en cuestión, reducir a la nada el contenido de la competencia de la Comunidad autónoma, considerando, por ejemplo, básico, lo que son pormenores de desarrollo o aspectos de gestión⁴².

Por el contrario, el Estado goza de unas competencias legislativas amplísimas dadas las atribuciones constitucionales en materias concretas pero también en base a los títulos competenciales legislativos de carácter horizontal como son el recogido en el primer apartado del artículo 149.1 CE, que atribuye al Estado la competencia para "la regulación" de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales", la competencia relativa al establecimiento de las bases de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13), la prevalencia de la legislación estatal sobre al autonómica (art. 149.3 CE) o la supletoriedad del

42 MUÑOZ MACHADO, Santiago. "La interpretación estatutaria del sistema constitucional de distribución de competencias", en *Revista de Derecho Político*, núm. 5, invierno 1979-1980, págs. 70-73.



derecho estatal sobre el derecho de las Comunidades Autónomas (último inciso del art. 149.3 CE)⁴³.

Así, para el Tribunal Constitucional el Estado no sólo puede incidir en ámbitos materiales de las Comunidades Autónomas a través del establecimiento de las bases de una materia, sino también a través del ejercicio de los títulos horizontales, que pueden condicionar el ejercicio de competencias autonómicas atribuidas estatutariamente incluso aunque estén delimitadas de una manera pormenorizada. Y es que, en el Estado Autonómico, igual que ocurre en el federalismo cooperativo y coercitivo, no existen esferas separadas y ambos niveles territoriales pueden llegar a establecer regulaciones sobre una misma materia cuando ejercen sus respectivos títulos competenciales a diferencia de lo que ocurre con la concepción del federalismo dual, según el cual la federación y los estados federados tienen esferas de actuación diferenciadas, y ambos son soberanos en sus respectivas esferas. Así, junto a las competencias compartidas, donde una misma materia se encuentra repartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, encontramos en la Constitución las denominadas por el Tribunal Constitucional competencias horizontales o transversales, donde se reconoce al Estado un título competencial definido en función de la consecución de un objetivo de modo que

43 IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe. "Una crítica del reparto de *competencias* en la Constitución, su desarrollo y alguna sugerencia", en Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, núm. 28, 2013, págs. 145.



permiten al Estado regular materias de competencia exclusiva autonómica con la finalidad de promover los objetivos que fundamentan aquellas⁴⁴. Se trata además de títulos competenciales muy amplios que afectan a competencias autonómicas aunque hayan sido asumidas en exclusiva, con todas sus potestades. De hecho, alguna doctrina nos recuerda que desde algunas posiciones se ha llegado a considerar que, en base a dichos títulos las competencias del Estado se han expandido y han invadido los espacios materiales reservados a la competencia exclusiva de las Comunidades, de tal suerte que la exclusividad autonómica se ha volatilizado quedando las competencias autonómicas materialmente a merced de la voluntad del legislador estatal con el beneplácito del TC. Como recuerda la doctrina a la que se alude, dicha concepción es, cuando menos, discutible, porque tan constitucionales son los títulos competenciales horizontales como cualesquiera otros recogidos en la Constitución.

En lo que se refiere al desarrollo del derecho de la Unión Europea, la existencia de los títulos horizontales ha hecho especialmente patente la fuerza expansiva de los títulos estatales horizontales debido, primero, a que el derecho originario de la Unión no contiene una delimitación material de carácter objetivo, sino que la naturaleza teleológica de la delimitación resulta del objetivo que se pretende alcanzar. Y segundo, porque la acción normativa

44 DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, Tomás. "El papel del Tribunal Constitucional en la construcción del estado autonómico", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 53, 2024, págs. 372-373.



europea susceptible de aplicación interna se refiere derechamente a materias de competencia exclusiva de las CCAA como agricultura, ganadería, comercio, industria, etc., a través de actuaciones que generalmente tienen incidencia económica, lo que favorece el uso del título horizontal derivado del artículo 149.1.13 CE. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha determinado que la actuación transversal del Estado en este ámbito procede sólo si se dan tres requisitos: en primer lugar, uno referente al sentido o finalidad de la norma, de manera que si no se pretende la realización de la competencia estatal estaremos en presencia del ejercicio de una competencia autonómica, en segundo, la relevancia real del ejercicio de una determinada facultad competencial y en tercer lugar, la aplicación preferente de la regla especial sobre la general⁴⁵.

Asimismo, se suelen considerar títulos competenciales horizontales los contenidos en los artículos 149.1.1 y 149.1.13 CE. Sin embargo, resulta necesario matizar, en lo que respecta al primero, que el Tribunal Constitucional ha señalado que “no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional” tras indicar también

45 MONTILLA MARTOS, José Antonio. “La articulación normativa bases-desarrollo al incorporar el derecho europeo en el Estado autonómico”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 2, 2004, págs. 211-213.



que "Así, en lo que hace a su ámbito material o alcance horizontal, es de advertir que la "materia" sobre la que recae o proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos."⁴⁶. Sí se puede considerar transversal en lo que se refiere a su carácter netamente finalista y desde luego, aporta al Estado un radio de acción notablemente elevado. El título contenido en el artículo 149.1.13 CE sí es un título horizontal de manera indubitada para toda la doctrina y jurisprudencia. Igualmente, existe consenso en la consideración horizontal de los títulos contenidos en las materias numeradas como 11ª, 15ª, 16 y 22 del citado artículo constitucional⁴⁷.

En caso de colisión entre una regulación estatal dictada en ejercicio de un título competencial horizontal y otra dictada al amparo de una competencia autonómica, la colisión no conlleva la incompetencia y por ende la invalidez de la regulación autonómica opuesta a la del Estado, sino su inaplicabilidad a la vista de la aplicación prevalente de un derecho estatal válido frente a un derecho autonómico también válido. Y es que, en estos casos, el ejercicio de la competencia estatal no supone la determinación del alcance de la autonómica aunque afecte a la aplicabilidad de la misma. Sin embargo, y a diferencia de este caso, en el de la fijación de lo básico por parte del legislador estatal sí existe una determinación del alcance de su competencia y por

46STC 61/1997, de 20 de marzo (F. J. 7º).

47 ALZAGA VILLAAMIL, Óscar y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. *Derecho político español según la Constitución de 1978*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2021, pág. 684.



ende de la autonómica de desarrollo, con lo cual sí que se daría la invalidez de la norma autonómica de desarrollo si se opone a la normativa básica⁴⁸.

Por otro lado, existen títulos competenciales del Estado que, al margen de su consideración como horizontales o no, y aunque tengan una definición más concreta que el del artículo 149.1.13 CE, pueden tener efectos horizontales. Y la labor del Tribunal Constitucional ha resultado esencial en su configuración por ejemplo cuando indicó, en referencia al contenido en el artículo 149.1.2 CE que "En las Sentencias referidas recordamos lo afirmado en la STC 31/2010, de 28 de junio, pues "la evolución del fenómeno inmigratorio en España impide configurar la competencia estatal ex art. 149.1.2 CE como un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales de las Comunidades Autónomas de carácter sectorial con evidente incidencia en la población migratoria, en relación con la cual han adquirido especial importancia las prestaciones de determinados servicios sociales y las correspondientes políticas públicas (educación, asistencia social, sanidad, vivienda, cultura, etc.)." (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 83)."⁴⁹.

En cualquier caso, en este último caso no se puede decir que se esté estrictamente ante títulos

48 DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, Tomás. "La reforma de los Estatutos de Autonomía y sus límites constitucionales", en *Cuadernos de derecho público*, núm. 24, 2005, pág. 192.

49 STC 154/2013, de 10 de septiembre (F. J. 5º).



horizontales sino ante una pluralidad de títulos competenciales que pueden operar sobre una realidad social, sobre una materia. Pero el carácter horizontal de una competencia a veces no se puede determinar de manera apriorística, sino que la regulación de un sector de la realidad puede dar lugar a que se aprecie ese carácter horizontal de la competencia estatal, que podrá actuar sobre una materia incluso habiéndose asumido como exclusiva por parte de las Comunidades Autónomas. Además, se ha de tener en cuenta que los Estatutos de autonomía, igual que no pueden establecer lo básico, tampoco pueden establecer el alcance de los títulos horizontales estatales.

En cuanto a la función de precisión competencial que, efectivamente cumplen los Estatutos de Autonomía nunca podrá ser, sin embargo, en relación con la precisión de las competencias directamente atribuidas al Estado en la Constitución, sino únicamente en relación con la precisión de las competencias asumidas por la respectiva Comunidad Autónoma; y es que esa precisión competencial debe realizarse siempre en el marco de la Constitución, entre el que se encuentra lo que respecta a las competencias exclusivas del Estado, y por tanto corresponderá al Tribunal Constitucional la interpretación del artículo 149.1 CE al igual que el del resto del texto constitucional. Cuestión distinta es que el legislador estatal pueda ejercer sus competencias de diversas maneras dentro del respeto a la Constitución, pero al hacerlo no está concretando el alcance de las mismas entre varias concreciones posibles. Si el legislador estatutario pudiese determinar, por ejemplo, el alcance de la legislación



básica no se garantizaría ninguna de las dos funciones que actualmente cumplen las bases en nuestro ordenamiento constitucional: no se garantizaría un mínimo común normativo en todo el territorio nacional y no se garantizaría la posibilidad de que el alcance de las bases pudiese ser modificado por el legislador estatal en atención a la necesidad de responder a nuevas circunstancias⁵⁰.

Sin embargo, es posible que determinadas leyes estatales desarrollen una función de delimitación competencial, bien porque así lo prescriba la Constitución o bien porque los propios Estatutos de Autonomía reclamen una intervención de ese tenor. Esta habilitación no es general sino que nace de una potestad específica y concreta del texto constitucional. Salvo en estos casos, junto con los de las de leyes de transferencia o delegación y las relativas a la legislación básica, el legislador estatal no puede delimitar ámbitos competenciales. Así, existen ámbitos en los que las competencias autonómicas han quedado definidas por la legislación estatal, tales como los relativos a administración de justicia, educación, tributos, radiodifusión o policías locales y autonómicas. El Tribunal Constitucional ha negado una

50 DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, Tomás. "Interpretación y determinación del alcance de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2009, págs. 14-19.



posibilidad similar a las Comunidades Autónomas⁵¹ y a los Estatutos de Autonomía, puesto que el citado Tribunal les niega toda función configurativa de manera que es función suya establecer el objeto al que se refiere la competencia, es decir, la materia o submateria de que se trate, pero no puede determinar la clase de facultades en que el título consiste porque ello supone la definición de categorías y principios constitucionales; de modo que determina si la Autonomía es competente sobre un objeto y en qué medida, pero no puede determinar qué es ser competente, de manera que carece de posibilidad de proyectarse sobre el sistema de fuentes⁵².

La técnica consistente en atribuir al Estado las bases de un determinado sector material permitiendo que, mediante los Estatutos de Autonomía, las Comunidades Autónomas asuman competencia legislativa en el desarrollo de las bases, es usada profusamente en el artículo 149.1 CE. En estos casos, las competencias legislativas estatales y autonómicas se pueden considerar exclusivas pero sólo dentro de su ámbito, que en el primer caso es el establecimiento de las bases y en el segundo el desarrollo de las mismas; y es por ello que, desde otra perspectiva, se

51 VELASCO RICO, Isabel. *Delimitación de competencias en el Estado autonómico y puntos de conexión*, Barcelona, Generalidad de Cataluña, 2012, págs. 177-179.

52 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "La Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña: una visión de conjunto", en *Revista de estudios políticos*, núm. 151, 2011 (Ejemplar dedicado a: El Estado Autonómico en cuestión. La organización territorial del Estado a la luz de las recientes reformas estatutarias (2006-2010)), págs. 218-221.



pueden considerar como competencias compartidas. Si bien, desde un primer momento el Tribunal Constitucional ha rechazado la equiparación entre normas básicas y principios entendidos éstos como reglas no directamente ordenadoras de los supuestos de hecho que dan lugar a la necesidad de otras normas posteriores para que exista una norma realmente aplicable⁵³.

En el caso de la determinación de las bases se parte de que, por mandato constitucional este tipo de competencia presenta la especificidad de que es el propio titular de la misma, el Estado, quien, con ocasión de su ejercicio, concreta y delimita su alcance y expansión de manera que de manera inevitable afectará al alcance y expansión de las correlativas competencias autonómicas. Así, si el alcance funcional y material de las competencias básicas puede variar en función del propio ejercicio de la competencia, y ello es así por mandato constitucional. Por otra parte, no tendría sentido que a un mismo concepto constitucional, que además debe suponer el mínimo común, se le atribuyan diversos significados según determinen normas infraconstitucionales. Por tanto, la determinación de las bases de una materia es un contenido proscrito para los Estatutos de autonomía. En este sentido, es importante señalar que, además, por dicho mandato constitucional, lo

53 ARAGÓN REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, César. *Organización general y territorial del Estado. Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo II, Cizur Menor, Civitas, 2011 pág. 424 y 428.



básico desempeña una función de canon de constitucionalidad de las leyes autonómicas. Es por tanto la configuración constitucional de la competencia la que da origen a que en virtud del artículo 28.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. "Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas."⁵⁴.

Lo básico tiene un cierto nivel de contingencia, ello derivaría tanto de la necesidad de atender a circunstancias cambiantes como a la consideración del pluralismo político como "valor superior" del ordenamiento jurídico que recoge el artículo 1.1 CE; efectivamente, se reserva de manera expresa al legislador estatal la calificación de lo que, en cada momento, debe ser objeto de inclusión en una regulación básica, pudiendo incluso darse variaciones hacia criterios opuestos al existente en un determinado momento, de modo que se pueda atender tanto a las distintas coyunturas como, especialmente, a la diversidad de opciones políticas.

54 FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. "Estado Autonómico y Tribunal Constitucional: reflexiones sobre la vinculación del legislador estatutario a la Constitución y a la Jurisprudencia Constitucional", en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. Extra 1, 2006, págs. 346-348.



Además, en la medida en que, la normativa básica ha de comprender la normativa completa que sostiene el interés general o nacional, se debe tener en cuenta que la determinación de qué se entiende en cada caso por ese interés general responde a una decisión puramente política, en este ámbito; y cada uno de los cambios que se produzcan afectarán, obviamente, a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁵⁵.

Si bien corresponde a órganos políticos del Estado la prerrogativa consistente en determinar qué es lo básico de cada materia y además, como ya se ha señalado, existiendo un cierto nivel de contingencia, esa determinación no puede llegar a un punto que deje vacía de contenido las correlativas competencias autonómicas, según estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia 1/1982, de 28 de enero; y reside aquí, en esta salvaguardia de las exigencias inexcusables de la autonomía, el límite que no podrá ser traspasado por la regulación básica estatal. Ahora bien, es muy difícil determinar a priori el límite, pudiéndose sólo señalar que la libertad de opción con la que cuenta el Estado en el ejercicio de su competencia entraña una inicial libertad de opción que sólo se ha de detener ante la de lo que se estimen contenidos mínimos para el desarrollo autonómico, y si la competencia de la Comunidad Autónoma resulta

55 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos sistema de relaciones", en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero-diciembre 1983, págs. 238-244.



reconocible, no es procedente adoptar el criterio consistente en que se debe optar el criterio más favorable para el desarrollo autonómico en cualquier caso⁵⁶. En definitiva, las bases suponen un elemento nuclear del sistema de distribución competencial que crea un régimen de concurrencia en numerosas competencias de gran importancia y que obliga a la actividad legislativa tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas.

VI. CONCLUSIONES

El núcleo de competencias exclusivas del Estado conforma un elenco de poderes o facultades de muy diversa índole en cada caso y la Constitución, con él, constituye un elemento limitador del principio dispositivo que sirve para sostener la estructura del Estado entendido en sentido amplio. Y es que la existencia de ese núcleo, que puede considerarse bastante amplio, no responde meramente a la búsqueda de la eficacia y buena organización, sino a la pervivencia de un Estado en el que la soberanía es única. De hecho, algunas de las competencias exclusivas estatales están tan vinculadas a la soberanía que se construyen sobre materias sin las cuales no existiría el mismo Estado y en cuyo ejercicio no participan las Comunidades Autónomas.

Lo referido anteriormente supone la preponderancia del poder del Estado, que también se

56 JIMÉNEZ CAMPO, Javier. "¿Qué es "lo básico"?: legislación compartida en el Estado autonómico", *Revista española de derecho constitucional*, núm. 27, 1989, págs. 64-65.



manifiesta en su capacidad para incidir en competencias autonómicas en la medida en que existen competencias horizontales y dada la importancia que tienen las bases normativas estatales en el conjunto del sistema. Si bien, el reconocimiento de la autonomía se hace efectivo también en ese sistema que, por su complejidad e incluso a veces falta de precisión en lo que se refiere al régimen competencial, hace esencial en grado máximo la labor del Tribunal Constitucional. La tesis de que la autonomía no es soberanía justifica la connotación de superioridad de la que gozan las competencias estatales, que además dotan al Estado de la capacidad de incidir en las competencias autonómicas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España: balance y perspectivas", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 4, 1989, págs. 233-254.

ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel. "Los bienes históricos y el Tribunal Constitucional", en *Revista española de derecho constitucional*, núm. 32, 1991, págs. 187-224

ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario. *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2021.

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. *Derecho político español según la*



Constitución de 1978, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2021.

ARAGÓN REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, César. *Organización general y territorial del Estado. Temas básicos de Derecho Constitucional*, tomo II, Cizur Menor, Civitas, 2011.

ARROYO GIL, Antonio. "Una concepción de los principios de competencia y prevalencia en el estado autonómico español", en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 20, 2009-II, págs. 195-217.

BASSOLS COMA, Martín y SERRANO ALBERCA, José Manuel. "El artículo 149 de la Constitución en relación con el 150.2: análisis de la delegación en materia de las competencias estatales exclusivas", en *Revista de Administración Pública*, núm. 97, enero-abril 1982, págs. 31-72.

COSCULLUELA MONTANER, Luis. "La determinación constitucional de las competencias de las comunidades autónomas", en *Revista de administración pública*, núm. 89, 1979, págs. 7-60.

DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, Tomás. "El papel del Tribunal Constitucional en la construcción del estado autonómico", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 53, 2024, págs. 371-402.

DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, Tomás. "Interpretación y determinación del alcance de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2009, págs. 1-22.



DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, Tomás. "La reforma de los Estatutos de Autonomía y sus límites constitucionales", en Cuadernos de derecho público, núm. 24, 2005, págs. 175-202.

DE OTTO Y PARDO, Ignacio. *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Madrid, Civitas, 1986.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. "Ley autonómica y ley estatal (sobre el significado del principio de competencia en el Estado autonómico)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 25, enero-abril 1989, págs. 63-86.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. "Estado Autonómico y Tribunal Constitucional: reflexiones sobre la vinculación del legislador estatutario a la Constitución y a la Jurisprudencia Constitucional", en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. Extra 1, 2006, págs. 335-356.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos sistema de relaciones", en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero-diciembre 1983, págs. 213-291.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, mayo-agosto 1982, págs. 63-93.

GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro José, NÚÑEZ RIVERO, Cayetano y GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. *El Estado Autonómico Español*, Madrid, Dykinson, S.L., 2014.



IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe. "Una crítica del reparto de competencias en la Constitución, su desarrollo y alguna sugerencia", en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 28, 2013, págs. 133-159.

MONTILLA MARTOS, José Antonio. "La articulación normativa bases-desarrollo al incorporar el derecho europeo en el Estado autonómico", en *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 2, 2004, págs. 207-234.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. "La interpretación estatutaria del sistema constitucional de distribución de competencias", en *Revista de Derecho Político*, núm. 5, invierno 1979-1980, págs. 61-76.

NAVAS CASTILLO, Antonia y NAVAS CASTILLO, Florentina. *El Estado de las Autonomías*, Madrid, Dykinson, S.L., 2018

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. "La posición de los Estatutos de autonomía con relación a las competencias estatales tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, septiembre-diciembre 2010, págs. 267-285.

PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco. "El papel del Tribunal Constitucional en el Estado Autonómico", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 40, 2017, págs. 369-384.

QUEREDA TAPIA, Ángel. "La supletoriedad del derecho estatal en los ordenamientos autonómicos", en *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*, núm. 45, 2008, págs. 35-54.



SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "La Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña: una visión de conjunto", en *Revista de estudios políticos*, núm. 151, 2011 (Ejemplar dedicado a: El Estado Autonómico en cuestión. La organización territorial del Estado a la luz de las recientes reformas estatutarias (2006-2010), págs. 203-229.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ. "Límites y soberanía en el orden constitucional español", en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 19, 2009, págs. 265-282.

VELASCO RICO, Isabel. Delimitación de competencias en el Estado autonómico y puntos de conexión, *Generalidad de Cataluña*, Barcelona, 2012.

VILLAR ROJAS, Francisco José. "La discutida doctrina sobre la supletoriedad del Derecho Estatal", en *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 2001, págs. 311-324.



EL PERSONAL DIRECTIVO PÚBLICO: SU ESPECIALIDAD EN LAS ENTIDADES LOCALES Y, EN ESPECIAL, EN LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA

D. Francisco Suay Ojalvo

Funcionario de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Secretario general de la Diputación de Albacete

Resumen: En el presente artículo abordamos la figura del directivo público, con atención a sus especialidades en las entidades locales y, en especial, en las Diputaciones Provinciales de Castilla La Mancha. Para ello, comenzaremos planteando el debate sobre las funciones directivas y realizaremos un análisis de su evolución legislativa. Seguiremos resaltando las características de la figura en la normativa estatal y autonómica, de la mano de los pronunciamientos judiciales y de la sana doctrina.

Seguidamente nos centraremos en su régimen jurídico deteniéndonos en el propio de las Diputaciones Provinciales de Castilla La Mancha. Para ello



abordaremos la prelación de fuentes, su posible existencia y regulación en los entes provinciales, nombramiento, cese y retribuciones. No nos olvidaremos de tratar sus funciones, régimen de incompatibilidad y responsabilidad en su gestión.

Por último, realizaremos unas conclusiones sobre lo expuesto donde se extraerán las enseñanzas de la legislación, doctrina y jurisprudencia.

Palabras clave: Función directiva, público, discrecionalidad, resultados de gestión, mérito y capacidad, normativa propia.

Abstract: In this article, we address the role of the public manager, focusing on their specialties in local entities and, specifically, in the Provincial Councils of Castilla-La Mancha. To this end, we will begin by raising the debate on managerial functions and analyze their legislative evolution. We will continue to highlight the characteristics of this role in state and regional regulations, drawing on judicial rulings and sound legal doctrine.

Next, we will focus on their legal status, focusing on that of the Provincial Councils of Castilla-La Mancha. To this end, we will address the priority of sources, their possible existence and regulation in provincial entities, their appointment, dismissal, and remuneration. We will also address their functions, incompatibility regime, and responsibility in their management.



Finally, we will draw conclusions from the above, drawing lessons from legislation, legal doctrine, and jurisprudence.

Keywords: Management function, public, discretion, management results, merit and capacity, own regulations.

SUMARIO

1.- Introducción y planteamiento del debate.

2.- Evolución histórica de la figura del directivo público.

3.- Características del directivo público.

4.- Régimen jurídico del personal directivo local. Especial referencia a las Diputaciones Provinciales.

a) Prelación de fuentes normativas aplicables al directivo local.

b) Existencia del directivo local en la normativa propia provincial.

c) Nombramiento del personal directivo local.

d) Retribuciones del personal directivo local.

e) Incompatibilidades del personal directivo local.



f) Funciones del personal directivo local.

g) Responsabilidad por su gestión.

h) Cese del personal directivo.

5.- Conclusiones.

Bibliografía.

1.- Introducción y planteamiento del debate.

La figura del directivo público siempre ha suscitado un gran interés en la Administración. En la búsqueda de la eficacia, la eficiencia, la mejora de los resultados en la gestión de fondos y recursos públicos, la mirada de lo público se ha fijado en la empresa privada y, por ende, en sus directivos. A estos efectos, antes de nada, se debe partir sobre las innegables diferencias entre un directivo público y privado: el primero se encuadra organizaciones que sirven a los intereses generales y se sujetan a una serie de principios (legalidad, reserva de ley, jerarquía...) que obligan a una tramitación más lenta, pero al mismo tiempo, o precisamente por ello, más formalista, debido al procedimiento administrativo, que pueden afectar a la eficacia y eficiencia del resultado. Dicho de otro modo, el directivo privado posee un margen de actuación más amplio y sin limitación más que a los resultados,



objetivos y metas a conseguir¹. El público se debe ciertamente a estos resultados, pero no puede olvidar el procedimiento administrativo, garantía del ciudadano y del actuar conforme a derecho de la Administración

Por lo tanto, vamos a definir las características del directivo público, pero centrándonos en las Diputaciones Provinciales en el ámbito territorial de Castilla La Mancha, para no hacer en exceso extenso el trabajo y poder descender a una Administración concreta. Por ello partiremos de las características de la figura, pasaremos por la legislación aplicable, con especial referencia al sistema de fuentes, estudiaremos la jurisprudencia e

¹ Con esto lo que queremos decir es que no se incardina en la Administración Pública con procedimientos reglados que pueden ser más lentos o complejos. Por ejemplo, en recursos humanos, la modificación de una relación de puestos de trabajo, o en urbanismo, la aprobación de un Plan General, que en ambos casos tienen una serie de procesos (exposiciones públicas, informes de otras Administraciones...) que hacen prácticamente imposible la agilidad en la tramitación. Otra cosa es afirmar que la dirección privada no tiene ninguna cortapisa a la hora de conseguir resultados: evidentemente, no es así, puesto que terminaríamos en una sociedad que busca el éxito económico sin valores éticos. Por ello, podemos decir que las relaciones de la Administración con su personal basan en principios esenciales y característicos del derecho público –legalidad, igualdad, imparcialidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.– y no sólo en los de eficacia, eficiencia y productividad, como ocurre en el sector privado.



intentaremos establecer una serie de conclusiones prácticas sobre la materia².

2.- Evolución histórica de la figura del directivo público.

En cuanto a la evolución histórica del personal directivo, Fariña³ encuentra el primer antecedente en el apartado tercero del artículo 23 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de funcionarios civiles del Estado, que regula el régimen jurídico de los funcionarios del Cuerpo Técnico de Administración Civil, que realizan "*funciones de gestión, estudio y propuesta de carácter administrativo de nivel*

² Según diversos informes de la OCDE nuestro país está a la cola en la profesionalización de la función directiva, una de las claves para avanzar en el fortalecimiento institucional, tal como indica dicho organismo. Esta anomalía ha sido puesta de manifiesto en el Informe OCDE *Survey on Strategic Human Resources Management in Government* de 2006, del que puede consultarse una versión actualizada de 2016 en <http://www.oecd.org/gov/survey-on-strategic-human-resources-management-2016.pdf>; y ha vuelto a ser resaltado en la base de datos elaborada por la unidad especializada de la OCDE sobre *Public Employment and Management working party* (PEM), de libre acceso en <http://www.oecd.org/gov/government-at-a-glance-2017-database.htm>

³ Fariña Guillén, J. F., *La posibilidad de la dirección pública profesional en los gobiernos locales. Su funcionalidad y viabilidad jurídica*. Documentación Administrativa, 11, 23-37, 2003. <https://doi.org/10.24965/da.11281>.



superior". El precepto implica que todos ellos deben poseer el título de enseñanza superior universitaria o técnica, pero una serie de plazas, las de mayor responsabilidad y clasificadas como tales, se reservarán a funcionarios del mismo que ostenten diploma de directivos. Así se vincula dicho diploma a una consideración adecuada de dichos funcionarios a efectos de remuneración, en una suerte de promoción interna horizontal. Por lo tanto, la primera regulación de directivos exige dos aspectos: formación para serlo, ligado a una mejora retributiva, y caracterización de los puestos (en la terminología actual) que reclaman su desempeño por estos funcionarios.

El segundo paso para este autor es la letra c), apartado primero del artículo 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, en la modificación introducida por la Ley 23/1988, de 28 de julio, que establece la provisión de determinados puestos de trabajo por el sistema de libre designación en la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, así como en las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. Entre ellos figuran los de *"carácter directivo o de especial responsabilidad, para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo"*. Es decir, dentro de las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado se caracterizan determinados puestos de carácter directivo y su forma de provisión es la libre designación.



Para Cortés-Abad⁴, las modificaciones de la Ley 30 en esta materia y, a los efectos de la profesionalización directiva, fueron limitadas: la creación de la subdirección general como nivel administrativo superior y que el sistema de provisión tipo de puestos directivos fuera el de libre designación mediante la Ley 23/1988, de 28 julio, de Reforma de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Para este autor *"llama la atención que la ley del 84 y su complemento del 88, siendo normas con una clara vocación modernizadora, no consideraran la dirección pública y su profesionalización como asuntos clave para el desarrollo de la que vendrá a ser la función pública del nuevo Estado democrático. En paralelo se desarrolla el modelo territorial del Estado con unas marcadas características de isomorfismo institucional (DiMaggio y Powell, 1991). El nacimiento de nuevas instituciones con autonomía política y organizativa no supone una innovación o un cambio de orientación respecto del modelo de función pública estatal que viene de la Ley 30/1984, básica para todo el Estado. Las nuevas entidades autonómicas reprodujeron las estructuras estatales y heredaron sus funcionarios"*.

Este autor⁵ entiende que *"la existencia de una dirección pública profesional no es una opción, sino una obligación como «institución de mediación» que aglutine*

⁴ Cortés-Abad, O., *Situación de la dirección pública profesional en España. Análisis comparado en el sector público estatal y autonómico*, Revista Documentación Administrativa, número 12, junio de 2024.

⁵ Cortés Abad, op. cit.



la legitimidad democrática con la gestión operativa en todas sus dimensiones jurídica, técnica, organizativa o presupuestaria”.

Jiménez Asensio⁶ comentando el desarrollo de esta norma indica que *“en la mayor parte de las entidades locales se desarrolló la inserción de la función directiva local a través de la figura de funcionarios designados por libre designación, por medio del personal laboral de alta dirección o, en su mayor parte, a través de la discutida figura del personal eventual, cuyo perfil normativo, dadas las funciones que desempeña (confianza y asesoramiento especial), está diametralmente alejado de una función directiva que, por la naturaleza de las cosas, desempeña en las estructuras gubernamentales funciones que acarrear, por lo común, el ejercicio de potestades públicas”*. Cuando abordemos la figura jurídica de este personal podremos observar su caracterización y las condiciones para su desempeño.

Mauri⁷ se remonta a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE). Dicha norma

⁶ Jiménez Asensio, R., *La dirección pública profesional en los Gobierno locales. Marco general y análisis de dos regulaciones autonómicas: Euskadi y Cataluña*, QDL 60, Cuadernos de Derecho Local, octubre de 2022.

⁷ Mauri Majós, J., *La situación del personal directivo de las diputaciones provinciales después de la STS de 17 de diciembre de 2019: alternativas de interpretación y propuestas de regulación*, Cuadernos de Derecho Local, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre 2020.



consagra el principio de profesionalización de la Administración General del Estado, distinguiendo entre los órganos superiores, integrados por los ministros y los secretarios de Estado, y los órganos directivos compuestos por los subsecretarios y secretarios generales, secretarios generales técnicos, directores y subdirectores generales. Dichos órganos directivos han de ser provistos por funcionarios de carrera (excepto los secretarios y directores generales, motivadamente) y tienen la condición de alto cargo, excepto los subdirectores.

Carrillo⁸ afirma que el modelo de la LOFAGE fue reproducido, con algunas variables reseñables, por los artículos 57 a 68 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), que, con carácter general, atribuye a los órganos superiores la principal función de establecer los planes de actuación de la organización situada bajo su responsabilidad y a los órganos directivos su desarrollo y ejecución (apartado nueve del artículo 55). Es de consignar que la LRJSP derogó la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, que introdujo un régimen para el personal directivo de las Agencias que implantaba la posibilidad de selección por órganos especializados en los que residía la facultad de proponer de manera motivada a tres candidatos, al tiempo que hacía posibles

⁸ Carrillo Donaire, J.A., *Claves para la definición de un Estatuto del directivo público profesional*, Revista Documentación Administrativa, número 7, enero-diciembre de 2020.



los contratos de alta dirección. Se trataba de una fórmula que pretendía garantizar la transparencia y objetividad en los procesos de nombramiento, que debían efectuarse atendiendo a los criterios de competencia profesional y experiencia entre titulados superiores, preferentemente –pero no exclusivamente– funcionarios, y mediante un procedimiento que garantizase el mérito, la capacidad y la publicidad.

Cortés Abad⁹ indica que España, a mediados de la primera década del siglo XXI, con la evolución histórico que hemos detallado, ocupaba el último lugar de los países OCDE en cuanto a institucionalización de un cuerpo de directivos públicos estatal. De ahí la aprobación del Plan Moderniza (2006-2008), que establece la necesidad de un paquete normativo que propicie una transformación institucional de la Administración pública con especial atención al nivel central. En este contexto del Plan Moderniza se sitúa la aprobación del EBEP mediante la Ley 7/2007, que veremos posteriormente.

3.- Características del directivo público.

Ramió¹⁰, al profundizar en su estudio del directivo público, afirma que genera sorpresa que en todos los procesos de diagnóstico y de estrategias normativas de

⁹ Cortés Abad, op. cit.

¹⁰ Ramió Matas, C., *El modelo directivo en las entidades locales*, Revista Internacional de Organizaciones (RIO), número 1, diciembre 2018.



mejora de la Administración ha habido una falta de atención espectacular a aquellos temas vinculados a la cultura institucional y a la regulación y gestión de los empleados públicos, que sólo se han producido en los últimos tiempos. Y alerta que el directivo público debe desvincularse del nombramiento meramente político, integrándose en la organización del personal autónomo e independiente de nuestras administraciones, que por ello se diferencian de las empresas privadas. Así propone que el directivo público local debe tener como características: un alto nivel de formación en gestión directiva y, especialmente, en gestión de redes de organizaciones privadas que prestan una parte importante de los servicios locales; una potente socialización en valores institucionales de carácter público y en valores derivados de una ética de la gestión pública; y los conocimientos necesarios para la utilización conceptual de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y de los mecanismos que facilitan la participación de los ciudadanos.

Para Mauri¹¹ el directivo público se encuentra a caballo entre el derecho de organización y el empleo público. Se encuadra en el derecho de organización porque cada Administración, según sus propias normas, determina cuáles son, su inserción en la estructura, su dependencia y competencias y su régimen jurídico. Pero sin olvidar que se trata de un empleado público, sujeto a una serie de normas que debe respetar dicho derecho de organización. Es decir, posee la Administración su poder

¹¹ Mauri, op.cit.



de autoorganización enmarcado dentro de las normas legales del personal para definir sus propios directivos.

Así el autor entiende que el empleado público no es un tipo especial de personal público al no aparecer en el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante TREBEP. Su regulación se establece de forma diferenciada en el capítulo II, que viene a regular las particularidades del personal funcionario o laboral que desempeña funciones directivas profesionales. El personal directivo ha de reunir la condición de personal funcionario o de personal laboral, ya que no parece que pueda reunir la condición de personal eventual, personal que, tal como se dice en el artículo 12.1 del TREBEP, *"solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial"*, un asesoramiento especial que la letra i), apartado primero del artículo 87 del TREBEP nos recuerda que es un *"asesoramiento político"*. El mismo Proyecto de Ley aprobado por el Congreso de los Diputados y presentado al Senado, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, número 94-14, el 2 de enero de 2007, acabó incorporando una letra e) al párrafo 8.2 del articulado que conceptualizaba al personal directivo como una clase de personal, opción que fue corregida por el mismo Grupo Socialista a través de la enmienda 265, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, número 85 (d), el 21 de febrero de 2007, en la cual se proponía la supresión de la letra e) del apartado 2 del artículo 8, relativa a "personal directivo", afirmando en la correspondiente justificación lo siguiente: *"En realidad el personal directivo o será personal funcionario o será*



personal laboral. Por lo tanto, no es, en sus estrictos términos, otra clase de empleado público”.

Jiménez Asencio¹² comparte esta postura de Mauri indicando que la definición de la normativa básica de lo que sean funciones directivas es puramente circular, ya que encuadra al personal directivo como aquel que ejerce funciones directivas definidas como tales en las normas específicas de cada Administración pública.

De este mismo modo se pronuncia el Tribunal Supremo¹³ afirmando que *“no se debe ocultar que este personal es una figura que la experiencia ha revelado necesaria, pero, al mismo tiempo, es ajena al esquema típico del empleo público. Ni se debe pasar por alto que este art. no lo define en realidad porque su apartado 1, –referencia al art. 13 del EBEP– después de decir que personal directivo es el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, o sea que directivo es el que dirige, se viene a remitir a las normas específicas de cada Administración. Tampoco se ha de ignorar que el Estatuto Básico no trata de la duración del ejercicio de sus funciones, ni de las causas por las que cesará. Falta, además, en él toda referencia a sus condiciones de empleo, derechos y*

¹² Jiménez Asencio, R. (2006, 5-6 de julio). Los directivos públicos en España (tres tesis y algunas propuestas). II Congreso Catalán de Gestión Pública, Barcelona. CEMICAL.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo número 1829/2019, de 17 de diciembre, Roj:STS 418/2019 – ECLI:ES:TS:2019:4148.



deberes fuera de someterle a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia».

El mismo Mauri¹⁴ realiza una importante distinción entre alto cargo y personal directivo. Los altos cargos serán para este autor figuras propias y exclusivas del Estado y de las comunidades autónomas, y aunque se les considera titulares de órganos directivos no son, o no han de ser, conceptualizados como directivos públicos profesionales. Una línea plenamente confirmada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁵ analizando la figura del Director General de la Policía afirma que no es personal directivo sino alto cargo: *"La Dirección General es, ciertamente, un órgano directivo del Ministerio, pero tal calificación no supone que quien está al frente de ella sea o forme parte del personal directivo profesional al que alude el artículo 13 del Estatuto Básico del Empleado Público"*.

A ello hay que añadir que, en base a la doctrina establecida por jurisprudencia de los tribunales superiores autonómicos¹⁶, en la normativa reguladora de la Administración local no existe ninguna mención al concepto de alto cargo, ni tampoco una enumeración de

¹⁴ Mauri, op.cit.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo número 150/2016, de 28 de enero de 2016, Roj: STS 94/2016 – ECLI:ES:TS:2016:94

¹⁶ Así lo afirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, número 117/2015, de seis de marzo de 2015, Roj: STSJ AR 265/2015 – ECLI:ES:TSJAR:2105:265STSJ; y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana número 541/2014, de once de septiembre de 2014, Roj: STSJ CV 8088/2014 – ECLI:ES:TSJCV:2014:8088.



los altos cargos que pueden llegar a existir en la organización municipal o provincial, limitándose el régimen jurídico de los municipios de gran población a establecer como "*órganos superiores*" al alcalde y a los miembros de la junta de gobierno, sin que se les atribuya la condición de alto cargo, concluyendo que, en definitiva, los titulares de los órganos superiores y de los órganos directivos en la Administración local, y por ende en las Diputaciones Provinciales, no tienen la consideración de alto cargo.

El mismo Tribunal Supremo¹⁷, unificando doctrina y abordando el complemento de alto cargo de quien ha dejado de serlo, considera que no es aplicable a quienes fueron alto cargo de la Administración Local, según lo prevenido por los artículos 33, apartado segundo, de la Ley de Presupuestos Generales del Estado del 91 y el apartado tercero del artículo 87 del TREBEP. Así indica que, en atención a la literalidad de los preceptos indicados, puesto que el primero prevé el complemento exclusivamente para los ex altos cargos de la Administración del Estado y de la Seguridad Social, y el segundo, para el ámbito municipal, sólo contempla a los alcaldes, y a condición de que sean retribuidos y con dedicación exclusiva, no procede la interpretación

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo número 1044/2022, de 14 de julio de 2022, Roj. STS 2890/2022 – ECLI:ES:TS:2022:2890.



analógica y por ello entiende que este complemento no es aplicable al no ser alto cargo según la LRBRL¹⁸.

Además, la citada jurisprudencia¹⁹ precisa la diferencia también entre el personal directivo y del designado por confianza política, indicando la *"enorme confusión terminológica y conceptual existente en una materia en la que se tiende a equiparar al directivo público con los altos cargos y los puestos de confianza política, advirtiendo acertadamente de que el personal directivo se inserta en un espacio propio entre la dirección política y la función pública superior de carrera, de manera que la figura ha de ser concebida como la de un profesional con capacidad de liderazgo que posee la formación y las habilidades necesarias para hacer funcionar adecuadamente el engranaje administrativo, bajo la dirección de los correspondientes órganos de gobierno, desarrollando una gestión que ha de quedar*

¹⁸ La petición rechazada en este caso era el reconocimiento, tras el reingreso en el servicio activo como funcionario del Cuerpo Técnico de Hacienda, del complemento de destino de Director General (nivel 30), al haber ejercido en el Ayuntamiento de Gijón un puesto calificado como de personal directivo durante casi 7 años. El Tribunal Supremo afirma que *"es claro que no existe suficiente similitud entre los ex altos cargos de la Administración del Estado y los de la Administración local, ni siquiera cuando de municipios de gran población se trata: la posición constitucional y la esfera competencial de las entidades locales tienen rasgos específicos y, desde luego, diferentes de los propios del Estado y de las Comunidades Autónomas"*.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha número 163/2010, de fecha siete de mayo de 2010, Roj.STSJ CLM 1821/2010 – ECLI:ES:TSJCLM:2010:1821.



sometida a criterios de eficacia, eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de objetivos previamente definidos, advirtiendo al respecto que optar por dar preeminencia al elemento político en la configuración del régimen directivo podría resultar contrario a los principios constitucionales de mérito y capacidad que inspiran a la función pública (art. 103.3 CE), a los de objetividad de la actuación administrativa y eficacia (art. 103.1 CE), y a los de eficiencia y economía en el gasto público (art. 31.2 CE)”.

Fariña²⁰, con la finalidad de que la Administración logre resultados y un sistema de gestión eficaz, resalta la dirección pública profesional como instrumento imprescindible para lograr dicho sistema, basado en la responsabilidad por sus resultados y en su pericia y capacitación. Además, distingue el cargo público de libre elección vinculado a la adopción de decisiones en la acción de gobierno, personal eventual, del personal directivo, que es nombrado para asumir la alta dirección en el desempeño de funciones profesionales de naturaleza ejecutiva. El nombramiento de ambos varía: el del primero se basa en la confianza con la autoridad o cargo superior para el desarrollo de funciones de interlocución, de representación, participación o concertación en la formulación de planes, actuaciones o iniciativas públicas. El segundo debe ser designado atendiendo a la acreditación de determinadas

²⁰ Fariña, op. cit.



competencias o conocimientos expertos que garanticen su adecuada ejecución.

Jiménez Asensio²¹, entiende que la legitimidad político-electoral de los órganos de gobierno y la meritocrática del funcionariado conforman un modelo en el que falta una visión de dirección ejecutiva y profesional, con competencias transversales para la definición, seguimiento y control de proyectos, desde un marco orgánico y funcional que se sustente en la dirección por objetivos, la autonomía en la adopción de decisiones y la evaluación de los resultados alcanzados.

Para Ramió²² los puestos de dirección tienen “*las competencias para ejercer de intermediario o de «rótula» entre el espacio político y el espacio administrativo. Es decir, tener la capacidad de interpretar las decisiones políticas y saberlas traducir en proyectos viables de gestión*”.

Carrillo²³ afirma que las experiencias de éxito apuntan a los modelos abiertos de selección objetiva a partir de la demostración de una formación específica y de aptitudes directivas que permiten que el talento entre y salga de manera natural de la Administración sin preconditionar las competencias del directivo público

²¹ Jiménez Asensio, op. cit.

²² Ramió Matas, C. (2020). Dirección pública profesional en la Administración local: ¡ya! (primera parte). Entrada de blog,

El blog de espublico.

<https://www.administracionpublica.com/direccion-publica-profesional-en-la-administracion-local-ya-primera-parte/>

²³ Carrillo, op. cit.



profesional a la necesaria condición de funcionario público, pero sin que tampoco sea tal condición un obstáculo para ello. No obstante, constata que la disfuncional dualidad de politización de la alta función pública y funcionarización de la política provoca una zona de fricción entre los cargos de designación política y los funcionarios de carrera que deja poco espacio a la existencia de una franja reservada a directivos profesionales.

Existe una propuesta de Estatuto del personal directivo público presentada por la Asociaciones de Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado (FEDECA) a finales de 2018 que sitúa la figura del directivo público profesional en el ámbito que media entre la dirección política y la Administración, asumiendo que su función consistiría en formular las políticas públicas en consonancia con los ejes de la acción de Gobierno, planificar y movilizar los apoyos necesarios, y ejecutar aquellas de forma eficiente y mensurable a partir de los recursos humanos y materiales que estén bajo su responsabilidad²⁴. Plantean dichas Asociaciones que lo primero es configurar el puesto directivo en la relación de puestos de trabajo para, posteriormente seleccionar al ocupante de dicho puesto, en un procedimiento público de concurrencia competitiva, con evaluación de su desempeño mediante los resultados obtenidos, con un cese no discrecional. Por último, afirma que *"para que esta imagen permita fortalecer la*

²⁴ Propuesta que puede consultarse en <https://fedeca.es/prensa/presentaci%C3%B3n-de-fedeca-de-su-propuesta-de-estatuto-del-directivo-p%C3%BAblico>.



confianza ciudadana en la Administración, resulta esencial someter la actuación de los directivos públicos a un código de conducta que asegure el cumplimiento de los principios de integridad, ejemplaridad, respeto, honestidad, objetividad en la toma de decisiones, profesionalidad, y eficiencia en la gestión”.

Por lo tanto, los autores entienden al directivo como una mejora de la organización pública, complementando de alguna manera la organización existente, sin olvidar su papel de engarce entre la parte política y la técnica administrativa, pero cuya selección depende de sus conocimientos expertos. Además, se configura como distinto del alto cargo estatal, sin llegar a ser una categoría propia del personal de las Administraciones Públicas.

4.- Régimen jurídico del personal directivo local. Especial referencia a las Diputaciones Provinciales.

a) Prelación de fuentes normativas aplicables al directivo local.

La complejidad de comprender el régimen jurídico de todo el personal de las entidades locales en un estado autonómico donde se suceden y superponen numerosas normas, nos lleva a tener que precisar y situar las fuentes aplicables al personal de las Diputaciones Provinciales y, en particular, al directivo. En este sentido, Fondevilla²⁵ establece, de manera precisa que el orden de prelación de dichas fuentes es el siguiente:

²⁵ Fondevila Antolín, J., *El empleo público local y su sistema de fuentes: un estudio con relación a su “supuesto” conflictivo*



En primer lugar, estarían las previsiones de la Ley 7/1985, de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local.

En segundo lugar, el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

En tercer lugar, las previsiones del 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, en lo que no previsto por la anterior legislación²⁶.

marco jurídico, Revista Documentación Administrativa, número 11, diciembre de 2003.

²⁶ El Estado ha procedido al desarrollo reglamentario de su personal directivo en dos normas: el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo; y la Orden TDF/379/2024, de 26 de abril, para la regulación de especialidades de los procedimientos de provisión de puestos del personal directivo público profesional y las herramientas para su gestión en el marco de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. No obstante, al no referirse al personal de las



En cuarto lugar, la legislación de cada comunidad autónoma, si en su ámbito de aplicación se encuentran las entidades locales²⁷. Y si no fuera así, se situaría la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública y supletoriamente la legislación de las Comunidades Autónomas no aplicable directamente, como supletoriedad de primer grado, debiendo recordar a este respecto los reenvíos que a este respecto realiza el RDL 781/1986 en diversas materias (permisos, licencias, situaciones administrativas, etc.), volviendo a tomar plena vigencia con carácter general.

Y finalmente, deberá tomarse en consideración la normativa sectorial de carácter reglamentario específica del ámbito local, en tanto no se produzca colisión con la normativa con rango de Ley, anteriormente expuesta, entre otras destacamos el Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración Local

Diputaciones Provinciales y con el desarrollo en nuestra Comunidad Autónoma de la Ley del Empleado Público citada, no analizaremos las mismas por entenderlos prácticamente inaplicables con carácter supletorio.

²⁷ Por ejemplo, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla La Mancha, en su apartado primero del artículo 2 indica que: *"Esta Ley se aplica al personal funcionario y, en lo que proceda, al personal laboral y al personal eventual al servicio de alguna de las siguientes Administraciones públicas, entidades, organismos o instituciones: (...) b) Las Administraciones de las entidades locales de Castilla-La Mancha"*.



y el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local.

Siguiendo esta jerarquía normativa, vamos a empezar a analizar la figura del personal directivo provincial en la legislación existente, no sin antes citar a Mauri²⁸ que afirma que la naturaleza última del personal directivo como personal funcionario y personal laboral de las administraciones públicas, permitiría afirmar que el Estatuto Básico del Empleado Público debe actuar como norma supletoria necesaria para la cobertura de todo tipo de vacíos que pudieran detectarse en su régimen jurídico, tal como, por cierto, parece apuntar el apartado cinco del artículo 2 del TREBEP²⁹.

b) Existencia del directivo local en la normativa propia provincial.

El artículo 32 bis de la LRBRL, introducido por la Ley 27/2013, de Racionalidad y Sostenibilidad de la Administración Local, establece la posibilidad de existencia de personal directivo en Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares. La misma modificación también afectó al artículo 130 de dicha norma,

²⁸ Mauri, op.cit.

²⁹ “El presente Estatuto tiene carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación”.



denominando como coordinadores generales o directores generales al personal directivo de los municipios de gran población.

La LRBRL menciona también al personal directivo como el titular del máximo órgano de dirección en los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales de los municipios de gran población, en sus artículos 85 y 130.

Igualmente se denomina como directivo público a los habilitados nacionales que ocupen puestos en Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, Ayuntamientos, capitales de Comunidad Autónoma o de provincia y de municipios con población superior a cien mil habitantes, siempre que tengan asignado nivel 30 de complemento de destino y que excepcionalmente deben cubrirse por el sistema de libre designación, según el apartado segundo del artículo 99 de la citada norma.

También se equipara al Secretario General del Pleno al personal directivo en los municipios de gran población, en el apartado cinco del artículo 122 de la LRBRL y al titular de la asesoría jurídica.

Por último, el apartado quinto de la Disposición Adicional decimocuarta de la LRBRL establece que también procede el nombramiento de personal directivo en los Cabildos Insulares Canarios, remitiéndose a las normas dicho personal en los municipios de gran población.

La Disposición Adicional Decimoquinta de la LRBRL define al personal directivo local como aquellos órganos que *"ejercen funciones de gestión o ejecución de*



carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales”.

El Tribunal Constitucional³⁰, al abordar la constitucionalidad de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, afirma que la competencia estatal para el diseño básico de la organización local permite determinar un elenco que no ha de considerarse cerrado de órganos directivos, y los requisitos específicos de las personas que han de ser titulares de los mismos, en aras de garantizar la imparcialidad y la objetividad en el ejercicio de las funciones que se encomienden a dichos órganos directivos, subrayando que la regulación de las funciones directivas responde a objetivos de interés general que justifican su regulación con carácter común para todos los municipios, sin que ello haya de suponer eliminar la competencia de desarrollo de las comunidades autónomas que podrían completar la determinación de dichos órganos directivos, dentro de su capacidad para regular la organización complementaria de los entes locales.

El profesor Mauri³¹ indica que el desarrollo de la dirección pública profesional se ha llevado a cabo a través de determinadas leyes autonómicas sobre empleo o función pública.

³⁰ En sentencia número 103/2013, de 25 de abril.

³¹ Mauri op.cit.



Fuentetaja Pastor³² estima que el único ámbito competencial reservado a las entidades locales en la concreción del modelo de empleo público tras la aprobación del EBEP es el de la aprobación de los instrumentos específicos de ordenación y estructuración del empleo público. Por ello, partiendo de las normas estatales y autonómicas, el ámbito de estos instrumentos podría abordar el personal directivo de las entidades provinciales, por ejemplo, en la relación de puestos de trabajo.

El artículo 23 de la Ley 4/2011, del Empleo Público de Castilla La Mancha, de 10 de marzo, regula las relaciones de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas de esta comunidad autónoma³³. En su apartado segundo indica que debe contener la totalidad de los puestos que deben ser ocupados por personal directivo profesional, indicando las siguientes características del mismo:

³² Fuentetaja Pastor, J. A. (2013). *Pasado, Presente y Futuro de la Función Pública*. Civitas – Thomson Reuters.

³³ Recordemos que en la letra b), apartado primero artículo 2 de la norma lo entiende aplicable al personal de las Administraciones de las entidades locales de Castilla La Mancha, entre el que se encuentra, evidentemente, las Diputaciones Provinciales. Como hemos desarrollado en los apartados anteriores, el hecho de no aludir al personal directivo se resuelve reconduciendo esa figura al personal funcionario o laboral.



- I. Denominación y número.
- II. Tipo de jornada.
- III. Subgrupo de clasificación profesional o en el caso de que este no tenga subgrupo, al que asimilen sus funciones.
- IV. Forma de provisión.
- V. Posibilidad de ser o no desempeñados por nacionales de otros estados.
- VI. Complemento del puesto.
- VII. Requisitos para el desempeño del mismo.

Además, la publicidad que recoge el apartado cuarto de dichas relaciones de puestos, facilita el conocimiento y control de los mismos.

Por lo tanto, y en lo que nos interesa, las Diputaciones Provinciales pueden crear y proveer puestos de directivos en su organización, configurando dichos puestos en su relación de puestos de trabajo.

Surge en este momento abordar los límites de la potestad reglamentaria de las entidades locales³⁴ y, en

³⁴ Hemos de indicar que la relación de puestos de trabajo, tras numerosos vaivenes judiciales, ha sido considerada como un acto administrativo y no una disposición de carácter general, tras la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso



especial, de las Diputaciones Provinciales para la regular el régimen de su personal directivo. Resulta muy significativa, a estos efectos, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, número 1829/2019 de 17 de diciembre de 2019, número de recurso 2145/2017³⁵ que vamos a comentar pormenorizadamente. Dicho pronunciamiento judicial establece que el artículo 13 del Estatuto Básico del Empleado Público no habilita a los entes locales para regular el régimen jurídico de su personal directivo. Esta afirmación la sustenta el Supremo en una interpretación conjunta de las normas en conflicto (artículos 4.1 a). 32 bis, 85 bis, y la D.A. 15ª LRRL, art. 13 EBEP, y arts. 137 y 140 CE), y llega a la conclusión de que no existe atribución alguna a las entidades locales para regular el régimen jurídico del personal directivo.

Para explicar la resolución citada debemos detenernos en los antecedentes de hecho indicando que se resolvía el recurso de casación interpuesto por la Diputación Provincial de Cáceres contra la sentencia número 61, de 9 de febrero de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior

Administrativo, de fecha cinco de febrero de 2014, número de sentencia 902/2014 y número de recurso 2896/2012, ECLI:ES:TS:2014:902. Por lo tanto, la configuración del puesto directivo en la relación de puestos de trabajo se debe limitar a los establecido en la legislación, dejando su posible regulación propia a un Reglamento.

³⁵ ECLI:ES:TS:2019:4148



de Justicia de Extremadura³⁶. El recurso cuestionaba el Acuerdo Plenario de la Diputación de Cáceres de fecha de 9 de febrero de 2016, de aprobación definitiva del Reglamento que regula entre otras materias el régimen jurídico del personal directivo de la Diputación Provincial, que quedaba anulado por decisión de dicho Tribunal. En todo caso, la parte del Reglamento Orgánico de la Diputación Provincial de Cáceres que fue anulado era el capítulo dedicado íntegramente al personal directivo, que contenía un artículo 104, sobre el régimen jurídico del personal directivo, un artículo 105, sobre órganos directivos, un artículo 106, sobre funciones del personal directivo, un artículo 107, sobre requisitos del personal directivo, un artículo 108, sobre nombramiento del personal directivo, un artículo 109, sobre el régimen jurídico aplicable al personal directivo, y un artículo 110, sobre responsabilidad por la gestión y evaluación de resultado. Dicho régimen acabado y completo se fundaba en lo previsto en el artículo 32 bis y la disposición adicional 15.a de la LRBRL, así como en el artículo 13 del TREBEP.

³⁶ No se trata de un pronunciamiento único de Tribunales Superiores. Con base a la sentencia del de Extremadura, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, en sentencia número 2144/2018, de fecha 26 de noviembre de 2018, número de recurso 103/2016, ECLI:ES:TSJAND:2018:17503, resuelve de modo similar la regulación del personal directivo en el Reglamento Orgánico de la Diputación de Almería.



Las cuestiones en las que entendió el Tribunal Supremo que existía interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia eran las siguientes:

a) Si el artículo 13 del TREBEP es relevante y resulta de aplicación en la determinación de las competencias de los entes locales para la regulación de su personal directivo.

b) Si entra dentro de las competencias de los entes locales y, en particular, de las diputaciones provinciales la regulación de su personal directivo.

c) Si existe una reserva de ley en la regulación del personal directivo de los entes locales y, en ese caso, qué grado de intensidad normativa se ha de contener en la norma de rango legal para entender satisfecha la reserva de ley sin menoscabo de la potestad de autoorganización de los entes locales.

La solución del alto tribunal es que el artículo 13 sólo habilita al Gobierno y a las Comunidades Autónomas para dotar de regulación al personal directivo del conjunto de las Administraciones Públicas, incluyendo el de las corporaciones locales, lo que se justifica por la necesidad de conseguir una cierta homogeneidad, siendo este el elemento fundamental de la sentencia. Es evidente que, fueran las que fueran las razones a las que se ha debido, no hay en este artículo una reserva de Ley del Estado ni de las Comunidades Autónomas. Ahora bien, es igualmente, manifiesto que tampoco se encuentra en él ninguna atribución a los entes locales y sí al Estado, concretamente al Gobierno, y a las Comunidades Autónomas para regular el régimen



jurídico específico de este personal directivo y los criterios para determinar su condición dentro del respeto a los principios enunciados por el propio precepto. Así se afirma que la Ley 13/2015, de 8 de abril, de la Función Pública de Extremadura, no contiene habilitación para ello a las entidades locales y, además, su artículo 20.4 afirma que su aplicación al personal directivo profesional se hará sin perjuicio de lo establecido en los artículos 32 bis, 130 y concordantes de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local³⁷.

Jiménez Asensio³⁸ afirma en su comentario a esta sentencia, que la competencia normativa local quedaba suspendida o condicionada a que se definiera normativamente por la comunidad autónoma el régimen jurídico de tales niveles directivos locales. Y, por consiguiente, debía ser el legislador autonómico (o, en su defecto, el Gobierno de la comunidad autónoma, según la interpretación literal del precepto realizada por el Tribunal Supremo) el que estableciera una regulación de desarrollo que marcara los elementos básicos de ese régimen jurídico-institucional de directivos locales profesionales y, en paralelo, habilitara al ejercicio de la potestad normativa local para su complemento y concreción. Y finalizaba afirmando literalmente que "no

³⁷ Aunque bien es cierto que en la comentada sentencia tuvo un voto particular, en el que dos magistrados de la sección abogaban por que la entidad local sí que podía hacer uso de sus competencias normativas para la regulación del personal directivo.

³⁸ Jiménez Asensio, op.cit.



dejaba de ser un cierto desprecio al principio de autonomía local y a su manifestación más fuerte, como es la potestad de autoorganización, que otra institución, diferente de la propia entidad local, se pudiera entrometer en la configuración de las estructuras directivas por medio del establecimiento de unas reglas jurídicas más o menos incisivas en cuanto a la organización local”.

Por tanto, la jurisprudencia veta a las entidades locales para regular el régimen de su personal directivo por no estar previsto legalmente. Jiménez Asencio³⁹ afirma en este sentido que *“el cierre del modelo, que se asienta formalmente en una atribución indistinta a la ley o al reglamento*

(estatal o autonómico) para intervenir primariamente en esta materia, puede dejar a las entidades locales en una posición subordinada, particularmente extraña si fuera el poder reglamentario estatal o autonómico el que previera esa regulación primaria, imposible de justificar en aquellos aspectos en los que, material o formalmente, haya una reserva de ley”.

La Ley 4/2011 de Castilla La Mancha indica, en su artículo 14, que para ser designado personal directivo profesional es necesario tener la condición de personal funcionario de carrera del grupo A de cualquier Administración pública y acreditar capacidades directivas en la forma que se determine reglamentariamente. El desarrollo reglamentario lo ha efectuado esta comunidad autónoma en el Decreto 215/2019, de 30 de julio, del Estatuto de la Dirección Pública Profesional de la

³⁹ Jiménez Asencio, op. cit.



Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha. Pero, según el artículo segundo, su ámbito de aplicación se circunscribe a los puestos directos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha y de los organismos autónomos dependientes de la misma, por lo que no sería aplicable a las Diputaciones Provinciales.

No obstante, a nuestro juicio, en el ámbito territorial de Castilla La Mancha se abre esta posibilidad por la remisión reglamentaria que existe y que hemos apuntado. A ello se suman dos argumentos: el primero, la potestad reglamentaria que atribuye la letra a) del apartado primero del artículo 4 de la LRBRL⁴⁰. El segundo es que la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha no ha incluido a las entidades locales en el ámbito de aplicación del Decreto 215, reservando, según parece, esa posibilidad de desarrollo, dentro de los márgenes legales, a las propias entidades locales.

Evidentemente ello podría llevar a la fijación de cuestiones no resueltas en la normativa estatal y autonómica. Y, en caso de una nueva regulación de estas instancias, tanto a nivel legislativo como reglamentario, cuyo ámbito subjetivo afectara a las entidades locales o

⁴⁰ "En su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los municipios, las provincias y las islas: a) Las potestades reglamentaria y de autoorganización".



a las diputaciones provinciales, se produciría el efecto “desplazamiento” tal como ha considerado el Tribunal Supremo⁴¹ afirmando que *“queda desplazada la autonómica previa por la estatal básica posterior: ésta, en lo que dispone con tal carácter, desplaza a aquélla, que queda inaplicable e ineficaz hasta tanto no varíe o se modifique, haciéndolas compatibles, la estatal básica. (..)En tal supuesto (sentencia de 20 de febrero de 2007, dictada en el recurso de casación número 4381/2003), y ante motivos de casación que también denunciaban, en esencia, la infracción consistente en inaplicar una ley autonómica sin plantear previamente la cuestión de inconstitucionalidad, respondió este Tribunal negando que tales motivos pudieran ser acogidos: «lisa y llanamente -decíamos- porque la Sala de instancia no declara inconstitucional ni nula ninguna norma con rango de Ley, sino que se limita, como le compete, a seleccionar la norma aplicable; labor en la que le es perfectamente lícito «desplazar» una Ley autonómica cuando otra posterior, estatal, ha declarado el carácter de legislación básica de una determinada regulación a la que no se ajusta la establecida en aquélla”.*

c) Nombramiento del personal directivo local.

El mencionado artículo 32 bis de la LRBRL afirma que su nombramiento “deberá efectuarse de acuerdo a criterios de competencia profesional y experiencia, entre

⁴¹ Por todas, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, de fecha 26 de octubre de 2010, número de sentencia 5412/2010, número de recurso 1535/2009, ECLI:ES:TS:2010:5412.



funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el correspondiente Reglamento Orgánico permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario”.

En cuanto a los habilitados nacionales que ocupen puestos que puedan considerarse como directivos se indica que pueden, excepcionalmente, cubrirse por el sistema de libre designación, en el apartado sexto del artículo 92 bis de la LRBRL.

En los municipios de gran población su nombramiento y cese, radica en la Junta de Gobierno Local, según la letra i) del apartado primero del artículo 127 de la norma, a excepción de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, que en la letra b) de la Disposición Adicional Octava remite a sus normas específicas⁴². A sensu contrario, en los municipios de régimen común y en las Diputaciones Provinciales, tal como indican las letras g y h) del apartado primero de los artículos 21 y 34 de la LRBRL, es competencia del Alcalde y Presidente tanto la

⁴² El artículo 46 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, residencia el nombramiento en el Presidente de la Corporación, dando cuenta al órgano competente autonómico y estatal para su publicación en el Boletín Oficial del Estado.



aprobación de las bases de la convocatoria como su nombramiento para la provisión del puesto.

La Ley 4/2011 de Castilla La Mancha indica, en su artículo 14, que para ser designado personal directivo profesional es necesario tener la condición de personal funcionario de carrera del grupo A de cualquier Administración pública y acreditar capacidades directivas en la forma que se determine reglamentariamente.

Frente a esta reserva a favor del funcionario de carrera para ocupar el puesto de directivo, la norma prevé la excepción de designar como tales a personas que no ostenten esta condición, siempre que el puesto directivo no implique la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Para ello se ha de establecer así en la correspondiente relación de puestos de trabajo, reuniendo los requisitos exigidos para el desempeño del puesto directivo y acreditando capacidades directivas, capacidades que se han de desarrollar reglamentaria de forma semejante a cómo aludimos en el apartado anterior.

Como ya vimos, el artículo 32 bis de la LRBRL suma a estas condiciones la de pertenecer a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1 (o titulación semejante se infiera si no se ostenta tal condición) y la regulación en el Reglamento Orgánico (que coincide con



nuestra observación sobre la posibilidad de desarrollo reglamentario⁴³).

La duda que se plantea es la de si es posible el nombramiento como personal directivo de alguien que no ostente la condición de funcionario de carrera o personal laboral. Del tenor literal de la norma castellano manchega y, sobre todo, del apartado cuarto del artículo 13 del TREBEP, parecería que no es posible. E incluso en los municipios de gran población, el apartado tercero del artículo 130 iría en esta dirección⁴⁴. Recordemos que el directivo no es un tipo de personal sino un puesto con unas funciones directivas que, según las normas aludidas, será desempeñado por personal funcionario o, excepcionalmente si no ejerce funciones públicas y en las Diputaciones Provinciales de Castilla La Mancha se establece en el Reglamento Orgánico, por personal laboral. A estos efectos, el Tribunal Superior de Justicia

⁴³ Recordemos que de la condición de Reglamento Orgánico se deriva su necesidad de ser aprobado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, tal como dispone la letra f) del apartado segundo del artículo 47 de la LRBRL.

⁴⁴ *"El nombramiento de los coordinadores generales y de los directores generales, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el Reglamento Orgánico Municipal permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario".*



de Castilla La Mancha⁴⁵ afirmó que no es suficiente *"la posesión de correspondiente título universitario que es a lo que se limitaba la base anulada. Es necesario, conforme a la regla general del artículo 130.3 de la LBRL (Ley 7/1985, de 2 de abril, de*

Bases de Régimen Local) que la persona designada deba serlo (la ley habla en términos imperativos) *"entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales o funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, a los que se exija para su ingreso el título de doctor, licenciado, ingeniero, arquitecto o equivalente"*.

Cortés-Abad⁴⁶ al estudiar la normativa estatal y la autonómica indica que *"por lo general imponen como requisito que solo pueda ser directivo el personal funcionario de carrera o el laboral fijo de plantilla, sin que quepa la posibilidad de un acceso lateral, con algunas excepciones como el caso vasco"*. El mismo autor, reflexionando sobre esta forma de proceder, indica que *"cerrarse en un modelo de naturaleza funcional que aleje completamente a la política del espacio directivo es, a juicio de instituciones internacionales, una dificultad para llevar a cabo las políticas gubernamentales y supondría alejar lo político tanto del diseño y ejecución de los programas públicos como de su responsabilidad sobre los mismos (Matheson et al., 2007). Por otra parte, otros autores, como Blanco*

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, de fecha siete de mayo de 2010, número 163/2010, número de recurso 198/2008, ECLI:ES: TSJCLM:2010:1821.

⁴⁶ Cortés-Abad, op. cit.



Gaztañaga (2010), señalan que una dirección pública profesional sustentada en un marco regulatorio del derecho laboral privado sería más precaria e influenciable, con menor capacidad de imponer su criterio y mantener su independencia e imparcialidad frente a un nivel político que, además, podría colonizar con mayor facilidad”.

En ambos casos, en la legislación estatal y autonómica, se resalta la necesidad de que su selección sea con criterios de competencia profesional y experiencia

Cortés Abad⁴⁷ afirma que *“la valoración de los principios de mérito y capacidad es una de las piedras angulares del proceso selectivo de directivos públicos y una de las vías para acotar la discrecionalidad. Son siete los entes autonómicos que han apostado por incluirlos como principios directores en el nombramiento de sus directivos públicos, yendo más allá Andalucía, Galicia, Asturias, Castilla-La Mancha o Extremadura al añadir la publicidad en la convocatoria del puesto”.*

El mismo autor, al estudiar la legislación autonómica indica que, en Andalucía, *“se contempla qué valorar para acreditar el mérito y la capacidad (actitudes, conocimientos, experiencia y competencias) y se pone en marcha un órgano de selección independiente que introduzca una cierta profesionalización en la selección, proporcionando candidatos a la consejería o agencia que, de manera discrecional, seleccionará de entre aquellos propuestos. Sobre cómo hacer esa valoración del mérito*

⁴⁷ Cortés-Abad, op. cit.



y capacidad algunas comunidades autónomas han reflejado la exigencia de acreditar competencias directivas mediante la obtención de certificados de acreditación emitidos por sus escuelas de función pública (Andalucía, Castilla-La Mancha o Illes Balears) o la presentación de un programa de gestión que pueda ser evaluado antes del nombramiento directivo y le sirva de contrato marco para el desarrollo de sus funciones (Castilla-La Mancha, Valencia)".

Si se trata de personal laboral, el apartado cuarto del artículo 13 del TREBEP indica que *"estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección"*. Relativo a esta circunstancia se suscita la pregunta de si le es aplicable el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, (en adelante DPAD) por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Roca Valero⁴⁸ afirma que de la interpretación conjunta del artículo del 13 TREBEP y el apartado segundo del artículo 1 del DPAD, se desprende que el Real Decreto de alta Dirección es aplicable a las relaciones laborales especiales de alta dirección, pero su concepto se ve necesariamente ampliado por la nueva dicción del artículo 13 del TREBEP. Para fundamentar esta postura acude a una sentencia del Supremo⁴⁹,

⁴⁸ Roca Valero, Violeta, *Alta dirección en el sector público estatal en la Administración General del Estado*, Estudios jurídicos, 2011.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo número 2752/2001, de 2 de abril de 2001, Roj: STS 2752/2001 – ECLI:ES:TS:2001:2752.



indicando que en la misma se cuestionaba la naturaleza de alta dirección de los contratados como titulares de los órganos de dirección de los centros sanitarios de las instituciones de este carácter del Instituto Nacional de la Salud. El Tribunal consideró que no cabía exigir la concurrencia de los requisitos del apartado segundo del artículo 1 del DPAD, pues tal interpretación vaciaría de contenido una norma de rango legal (la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud, que expresamente preveía la cobertura del puesto por personal de alta dirección en su DA 10ª), dejándola sin efecto.

Este hecho ha sido resuelto por la modificación del DPAD por el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades. En su Disposición Final Primera añade un apartado cuarto al artículo 1 del DPAD afirmando que *"el presente real decreto se aplicará a los máximos responsables y personal directivo a que se refiere el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, sobre régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, que no estén vinculados por una relación mercantil, en aquello que no se oponga al mismo ni al Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral"*.

El Real Decreto Ley 3/2012 afirma en su Disposición Adicional Octava las especialidades en los



contratos mercantiles y de alta dirección en el sector público estatal, que después analizaremos.

Nos queda, sin duda, que el DPAD será aplicable a los contratos de alta dirección de personal laboral de la Administración Estatal, siempre que no se oponga al TREBEP, a la legislación de desarrollo y a las otras dos normas citadas: Real Decreto 451/2012 y Real Decreto Ley 3/2012.

En el caso de las Diputaciones Provinciales, el artículo 32 bis nada nos indica en este sentido, así que parecería que sería legislación supletoria si el Reglamento Orgánico posibilita el nombramiento de personal directivo que no sea funcionario de carrera. De no entenderlo así, sería difícil mantener ajustado a derecho que la potestad reglamentaria de las entidades locales pudiera “inventar” una forma contractual distinta. Como ya hemos dicho, las remuneraciones las estudiaremos en un apartado posterior.

En la estatal, el legislador determina, en el apartado segundo del artículo 13 del TREBEP, que su designación atenderá a *“principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia”*. Son principios de relevancia constitucional, al estar previstos (mérito y capacidad) en el apartado tercero del artículo 103.3 de la Constitución Española de 1978, y con similar formulación a los exigidos para el acceso al empleo público (artículo 55 de TREBEP).



En cuanto al criterio de idoneidad se aplica a determinados órganos directivos de la Administración General del Estado que tienen la consideración de altos cargos. La Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, establece en su art. 2, apartado 1, que *"el nombramiento de los altos cargos se hará entre personas idóneas y de acuerdo con lo dispuesto en su legislación específica. Son idóneos quienes reúnen honorabilidad y la debida formación y experiencia en la materia, en función del cargo que vayan a desempeñar"*. En la valoración de la formación, como señala el apartado cuarto del artículo 2 de la citada Ley 3/2015, de 30 de marzo, se tendrán en cuenta *"los conocimientos académicos adquiridos"*.

Resulta curiosa la introducción en el apartado segundo del artículo citado de la norma castellano manchega del término discrecional antes de repetir los principios de la norma estatal⁵⁰. Dada su forma de redacción, debemos indicar que no depende el nombramiento de un mero acto de voluntad libre del órgano competente para ello, máxime cuando la redacción del precepto continúa aludiendo a los principios de idoneidad, mérito, capacidad, publicidad y concurrencia. Mas bien hay que entender dicha

⁵⁰ Literalmente afirma: *"La designación del personal directivo profesional será discrecional, atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia"*.



discrecionalidad semejante al nombramiento que se efectúa de funcionario en la forma de provisión de libre designación. Así lo entiende también Jiménez Asencio⁵¹

Además, debemos destacar que la jurisprudencia del Supremo⁵² que afirma que la libre designación es una forma de provisión de puestos que debe respetar los principios de mérito y capacidad. Aunque este sistema permite una valoración discrecional de la idoneidad basada en la confianza, dicha confianza debe estar relacionada con la capacidad técnica y profesional del candidato para desempeñar el puesto, y no basarse únicamente en afinidades personales o políticas.

En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha⁵³, al indicar que la discrecionalidad en los nombramientos en puestos de libre designación permite valorar la idoneidad técnica o capacidad para el mejor desempeño de las funciones del puesto, pero siempre dentro de los límites de la no arbitrariedad. La confianza en la libre designación debe entenderse como

⁵¹ Jiménez Asencio, op. cit.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha uno de julio de 2024, número de resolución 1165/2024, número de recurso 2678/2022, ECLI:ES:TS:2024:3654.

⁵³ Sentencias de la Sala de Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, número 10045/2017, número de recurso 318/2015, ECLI:ES:TSJCLM:2017:279; número 183/2018, número de recurso 2810/2018, ECLI:ES:TSJCLM:2017: y número 184/2007, número de recurso 139/2006, ECLI:ES:TSJCLM:2007:1970



la creencia en que el candidato está mejor preparado técnicamente para el puesto, y no confundirse con afinidades personales o políticas.

La letra f) apartado primero del artículo 87 del TREBEP prevé el pase a la situación de servicios especiales de los funcionarios de carrera que desempeñen responsabilidades en los órganos directivos municipales. Sorprendentemente no sucede de este modo en los funcionarios que desempeñen dichas responsabilidades en los puestos directivos de las Diputaciones al interpretar los tribunales restrictivamente dicho artículo⁵⁴ puesto que el tenor literal del artículo habla de municipales y no de provinciales. Así un funcionario de carrera de otra administración pública que ocupar un puesto de trabajo directivo en Castilla La Mancha, quedaría en situación de servicio en otras Administraciones Públicas en su Administración de origen, tal como dispone el artículo 88 del TREBEP. Además, el tiempo que desempeñen los puestos directivos se regirán por la legislación de la Administración en la que estén destinados de forma efectiva y conservan su condición de funcionario de la Administración de origen y el derecho a participar en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo que se efectúen por esta última. El tiempo de servicio en la Administración Pública en la que estén destinados se

⁵⁴ Por todas, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, de fecha 21 de mayo de 202, número 471/2020, número de recurso 95/2020, ECLI:ES:TSJCL:2020:1629



les computará como de servicio activo en su cuerpo o escala de origen, obteniendo el reconocimiento profesional de los progresos alcanzados en el sistema de carrera profesional y sus efectos sobre la posición retributiva conforme al procedimiento previsto en los convenios de Conferencia Sectorial y demás instrumentos de colaboración que si no existen conllevarán dicho reconocimiento cuando reingresen.

El artículo 116 de la Ley 4/2011 mantiene esta postura incidiendo en la conservación de los derechos del empleado en ambas administraciones: grupo o subgrupo y derechos económicos.

Se podría mantener que, al ser un puesto directivo provisto por un procedimiento de libre designación, con motivo del cese se aplicaría lo previsto en el apartado 3 del artículo 84 del TREBEP, al que también alude el citado precepto 116. Así, en el supuesto de cese directivo, la Administración de destino, en el plazo máximo de un mes a contar desde el día siguiente al del cese, puede acordar la adscripción del funcionario a otro puesto de la misma o comunicarle que no va a hacer efectiva dicha adscripción. En todo caso, durante este periodo se entenderá que continúa a todos los efectos en servicio activo en dicha Administración.

Transcurrido el plazo citado sin que se hubiera acordado su adscripción a otro puesto, o recibida la comunicación de que la misma no va a hacerse efectiva, el funcionario deberá solicitar en el plazo máximo de un mes el reingreso al servicio activo en su Administración de origen, la cual deberá asignarle un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de



puestos vigentes en dicha Administración, con efectos económicos y administrativos desde la fecha en que se hubiera solicitado el reingreso. El reingreso se produciría en adscripción provisional hasta el próximo concurso que pueda participar, estando obligado a ello, según los artículos 75 y 76 de la Ley 4/2011. De no solicitarse el reingreso al servicio activo en el plazo indicado será declarado de oficio en situación de excedencia voluntaria por interés particular, con efectos desde el día siguiente a que hubiesen cesado en el servicio activo en la Administración de destino.

La adscripción provisional la acuerda, en Castilla La Mancha, la Consejería competente en materia de función pública, en el plazo máximo de tres meses, a puestos de cualquier Consejería o entidad de derecho público. Durante esta fase la asignación tiene carácter obligatorio para puestos en la misma localidad y voluntario para puestos que radiquen en distinta localidad. Mientras se produce este hecho y desde su solicitud, tal como indica el apartado tercero del artículo 76 de la citada norma castellanomanchega, se encomendarán al personal funcionario de carrera afectado, tareas adecuadas a su cuerpo o escala.

En las Diputaciones Provinciales esta asignación de puestos se llevará a cabo por el Presidente de la misma, según la letra h), apartado primero del artículo 34 de la LRBRL.

El artículo 15 de la LEPCLM afirma en su apartado primero que al personal directivo profesional le es



aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal funcionario de carrera. En todo caso, le son de aplicación las normas sobre jornada, horario, permisos, reducciones de jornada, vacaciones y régimen disciplinario aplicables al personal funcionario de carrera.

Además, el apartado segundo de este artículo afirma que cuando concurren las circunstancias que para el personal funcionario de carrera dan lugar al pase a la situación de excedencia por cuidado de familiares, excedencia por violencia de género o suspensión de funciones, en estos dos últimos casos durante el periodo en que el personal funcionario de carrera tendría derecho a la reserva de la plaza⁵⁵, el personal directivo tiene derecho a la suspensión de su nombramiento con reserva de la plaza.

d) Retribuciones del personal directivo local.

La LRBRL fijó las retribuciones de este personal en los *"entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público local"*, en la Disposición Adicional Duodécima, clasificándolas en básicas y complementarias, añadida por la Ley 57/2003 y modificada por la 27/2013. Se estableció así que la retribución básica se refiere a las características de la

⁵⁵ Según el apartado segundo del artículo 120 de la norma, los seis primeros meses, prorrogable a un máximo de dieciocho meses; y según el apartado tercero del artículo 125, la suspensión firme determina la pérdida del puesto de trabajo cuando exceda de seis meses.



entidad con una cuantía mínima obligatoria, según cada una de ellas. Y una retribución complementaria, que comprende un complemento de puesto (según sus funciones) y uno variable (según los objetivos establecidos), aplicándose en los términos de la Disposición Transitoria Octava a los nombramientos que sucedieran tras la entrada en vigor de la citada modificación legal. También se fijó que la Asesoría Jurídica le prestaría su asesoramiento jurídico.

En estas entidades el órgano competente para la fijación de sus retribuciones resulta ser el pleno por la letra n, del apartado primero del artículo 122⁵⁶ de la citada norma.

Además, hay que recordar como lo hicimos ut supra, que el Tribunal Supremo ha negado el complemento de alto cargo a quien deja de ser personal directivo de una entidad local y se reintegra a su Administración de origen.

⁵⁶ Literalmente afirma, en los siguientes términos, la competencia plenaria para fijar el régimen retributivo de todo el personal directivo: *"Establecer el régimen retributivo de los miembros del Pleno, de su secretario general, del Alcalde, de los miembros de la Junta de Gobierno Local y de los órganos directivos municipales"*. Dicha mención no es baladí puesto que la aprobación de la relación de puestos de trabajo de todo el personal en los municipios de gran población, así como la fijación de sus retribuciones, es competencia de la Junta de Gobierno Local, aún dentro de las previsiones presupuestarias (letra h) del apartado primero del artículo 127 de la LRBR).



Aún sin estar regulado expresamente, las relaciones de puestos de trabajo de las Diputaciones Provinciales deben establecer su forma de retribución, siendo lógico seguir para ello la forma prevista que se ha relatado y recoge la legislación vigente. Además, su aprobación es competencia del Pleno de la Corporación Provincial, según establece la letra f) del apartado segundo del artículo 33 de la LRBRL.

Las indemnizaciones por cese de este personal han sido reguladas por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, referidas al sector público estatal. Al no existir legislación propia para las Diputaciones Provinciales se entiende que se podría remitir de forma supletoria a estos supuestos. Concretamente en su Disposición Adicional Octava regula que la extinción del contrato por desistimiento del empresario únicamente dará lugar a una indemnización no superior a siete días por año de servicio de la retribución anual en metálico, con un máximo de seis mensualidades, refiriéndose a la retribución íntegra y total, excluidos incentivos y complementos variables.

Se excluye de esta indemnización a todo personal que ostente la condición de funcionario de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, o sea empleado de entidad integrante del sector público estatal, autonómico o local con reserva de puesto de trabajo.

Además, se establece un plazo de antelación del desistimiento del contrato de quince días naturales, cuyo



incumplimiento provoca la indemnización por una cuantía equivalente a la retribución correspondiente al periodo de preaviso incumplido.

El Tribunal Supremo⁵⁷ ha afirmado que con motivo del cese de este personal, necesariamente se ha de entender que en los supuestos de extinción del contrato de alta dirección por desistimiento del empresario existe el derecho a una indemnización mínima obligatoria de 7 días de salario por año de trabajo, con el límite de seis mensualidades y, por tanto, que esa cuantía de la indemnización está exenta de tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al amparo del artículo 7.e) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo.

Ya hemos abordado la diferencia entre alto cargo propiamente dicho y personal directivo. El Tribunal Supremo⁵⁸ también ha abordado esta diferencia desde el punto de vista retributivo afirmando que el complemento de ex alto cargo no es aplicable a quien fue alto cargo en la Administración Local, según la literalidad de los artículos 33 de la Ley de Presupuestos General del Estado de 1991 y el apartado tercero del artículo 87 del

⁵⁷ Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, del Tribunal Supremo, número 1528/2019, de 5 de noviembre de 2019, número de recurso 2727/2017, ECLI:ES:TS:2019:3678.

⁵⁸ Sentencia de la Sala Tercera de la Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 14 de julio de 2022, número 1004/2022, número de recurso 7104/2020, ECLI:ES:TS:2022:2890.



TREBEP. El motivo de dicho rechazo es que el primero de los preceptos citados prevé el complemento exclusivamente para los ex altos cargos de la Administración del Estado y de la Seguridad Social, sin posibilidad de aplicación analógica. Y el segundo, para el ámbito municipal, sólo contempla a los alcaldes, y a condición de que sean retribuidos y con dedicación exclusiva. Aunque podamos entender y compartir el razonamiento jurídico parece que las normas priorizan a unos directivos (los estatales) sobre otros (los locales) lo que no incentiva, evidentemente, a los empleados públicos para desempeñar dichos puestos y desempeñar estas funciones.

e) Incompatibilidades del personal directivo local.

La Disposición Adicional decimoquinta de la LRBRL trata del régimen de incompatibilidades y de las declaraciones de actividades y bienes de los Directivos locales. Esta norma fue introducida por la normativa urbanística estatal (primero por la Ley de 2007, modificada por la de 2008 y por último por el Texto Refundido de 2015). En la misma se afirma el sometimiento de dicho personal a la Ley de Incompatibilidades del Estado, 53/84, de 26 de diciembre, a su desarrollo y a la que puedan dictar las autonomías en el marco de sus competencias. Además, se indica la pertinencia de la aplicación del artículo 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del alto cargo de la Administración General del Estado, a este personal, limitando la prestación de servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones



en las que hayan participado en dos años. Dicho precepto es completo pues llega a definir cuando se entiende que un alto cargo participa en la decisión: al suscribir un informe preceptivo, una resolución administrativa o un acto equivalente sometido al Derecho Privado en relación con la empresa o entidad de que se trate o cuando hubiera intervenido, mediante su voto o la presentación de la propuesta correspondiente, en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado la decisión en relación con la empresa o entidad. Por último, el apartado cuarto del artículo 130, como también hace la Adicional Decimoquinta, somete al personal directivo de los municipios de gran población al régimen de incompatibilidades recogido en la Ley 53/84 y en otras normas estatales o autonómicas que les sean de aplicación. En esta última se establecen limitaciones temporales (dos años) al desempeño de puestos relacionados con servicios que han gestionado tras su cese, de la misma forma que la exigida para los electos en el apartado octavo del artículo 75 de la LRBRL. Y se completa afirmando que tampoco pueden celebrar contratos a través de entidades participadas por ellos directa o indirectamente en más del diez por ciento.

Para que se respeten estas limitaciones se establece que los altos cargos deban presentar durante este período de dos años, declaración sobre las actividades que vayan a realizar. Dicha declaración deberá ser presentada ante el secretario de la entidad local, tal como dispone el apartado séptimo del artículo 75 de la LRBRL y la letra k), apartado segundo del artículo 3 del Real Decreto 128/128, en modelo aprobado



por el órgano plenario. Si se entiende que la actividad puede afectar la actividad a desempeñar a las limitaciones expuestas y, tras un plazo de alegaciones por parte del ex alto cargo y la mercantil donde va a prestar sus servicios, la entidad local se pronunciará sobre la compatibilidad, notificándolo a ambas partes. Al no establecer el órgano competente, nos inclinamos por el Pleno, a semejanza de la Ley 53/84, en cuanto indica al mismo como el encargado de autorizar la compatibilidad.

Además, aborda todas las posibilidades al afirmar que a los altos cargos que reingresen a la función pública también se les aplicarán dichas limitaciones en cuanto a las compatibilidades para prestar servicios retribuidos de carácter privado.

Y finaliza estableciendo que el personal directivo local y los funcionarios de las Corporaciones Locales con habilitación de carácter estatal que desempeñen en las Entidades locales puestos que hayan sido provistos mediante libre designación en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman, deben realizar declaración de causas de posible incompatibilidad y actividades que les puedan proporcionar ingresos económicos y declaración de bienes y derechos patrimoniales que se inscribirán en el Registro de Actividad y de Bienes Patrimoniales de la Corporación Local.

La Disposición final tercera de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, elimina la posibilidad de otorgar compatibilidad, en todo caso, al



personal directivo, en el que , por supuesto, se engloba al de las Diputaciones Provinciales.

f) Funciones del personal directivo local.

Cortés-Abad⁵⁹ distingue las funciones del directivo, en la legislación estatal y autonómica, como las relacionadas con la gestión desde una perspectiva más operativa, con tres grandes grupos de tareas: la planificación, la coordinación y gestión de recursos, la evaluación y rendición de cuentas.

El artículo 12 de la LRBRL incide en la posibilidad de asistencia de los directivos, en los municipios de gran población, a alguna sesión de la Junta de Gobierno Local, que son secretas, siempre que sean convocados por el Alcalde (entendemos que previa adopción de un acuerdo en el área de gestión de dicho personal directivo).

El apartado cuarto del artículo 13 del TREBEP establece que las condiciones de empleo del personal directivo no tendrán la consideración de materia objeto de negociación colectiva. Consecuentemente la letra c, apartado segundo del artículo 37, cuando aborda las materias objeto de negociación colectiva, excluye estas condiciones. En este mismo sentido, Mauri⁶⁰ afirma que estos preceptos abocan a su concreción a través de una decisión unilateral de la Administración, que deberá ser

⁵⁹ Cortés-Abad, op. cit.

⁶⁰ Mauri, op. cit.



objeto de aceptación por la persona titular de la correspondiente posición directiva.

Debemos destacar la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2025⁶¹, que aborda dos cuestiones planteadas en las que entiende existir interés casacional. La primera es determinar si deben ser objeto de negociación colectiva las condiciones de trabajo del personal directivo público profesional del artículo 13 TREBEP cuando estos puestos de trabajo figuran en las correspondientes RPTS. La segunda, en el caso de respuesta negativa sobre la primera, determinar si las funciones asignadas a tales puestos de trabajo en la RPT pueden ser alteradas mediante la convocatoria del procedimiento para la provisión del puesto de trabajo.

En este punto el Tribunal entiende que es pertinente diferenciar “condiciones de empleo”, a las que se refiere la primera cuestión de interés casacional, de “funciones” del puesto de alta dirección, a las que se refiere la segunda. Las primeras pueden hacer referencia, por ejemplo, a forma de provisión, retribución, duración del nombramiento, titulación, categoría exigible o tipo de empleado público que puede desempeñar el puesto, o si está abierta su cobertura por personas ajenas al empleo público. Y “funciones” más bien al cometido que se desempeña en el puesto de alta dirección, las competencias exigidas para su desempeño, todo lo cual que está en la base y justificación de su creación.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2025, Sala de lo contencioso administrativo sección 4, número de resolución 320/2025, número de recurso 5431/2022,ECLI:ES:TS:2025:1304.



Desarrollando este punto afirma que la Ley 30/1984, ya citada, estableció un sistema de ordenación del empleo público que pivota en el puesto de trabajo, no en cuerpos o escalas que es como se venía estructurando con la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964. Por ello las RPT o instrumentos equivalentes, necesariamente deben incluir la denominación de los puestos, grupo o grupos de clasificación profesional a los que se adscriben, los cuerpos o escalas a que estén adscritos, sistemas de provisión, requisitos para su desempeño, nivel de complemento de destino y, en su caso, específico cuando hayan de ser desempeñados por funcionarios, o la categoría profesional y régimen jurídico aplicable cuando sean desempeñados por personal laboral, y qué puestos puede desempeñar el personal eventual.

Y concluye afirmado que, a diferencia de las condiciones de trabajo o empleo, si la descripción de las funciones o cometido del puesto de alta dirección se integra en la RPT u otro instrumento análogo, sólo cabe alterarlas mediante su expresa y directa modificación. Dichas funciones o cometido del puesto de alta dirección serán, obvio, coherentes con la competencia del órgano en el que se crea o figura el puesto, luego tanto la creación del puesto de alta dirección como la descripción de la función o cometido asignado participa del ejercicio por la Administración de su libre potestad de autoorganización, que está excluida de la negociación, tratándose de un puesto de alta dirección, pues sus



condiciones de empleo no son objeto de negociación colectiva.

Sin perjuicio de lo anterior, Jiménez Asensio⁶² manifiesta al respecto que *"(...) a dirigir no se aprende en el aula y sin contacto previo con las organizaciones. La formación de directivos debe ser configurada como un elemento más del sistema de organización y gestión de recursos humanos en una administración pública y, en general, como medio de capacitar a aquellos altos funcionarios que acrediten las aptitudes y actitudes requeridas para desempeñar tales funciones"*.

La Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en sentencia dictada al efecto⁶³, abordando el tema de las funciones de personal directivo, indica que: *"el problema que plantea el art. 13 del EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril) es que no contiene ninguna referencia a las concretas funciones que han de ser consideradas como funciones de dirección profesional de la Administración. Si tomamos como referencia la legislación estatal, hasta ahora las normas sobre organización administrativa se limitaban meramente a informar cuáles de sus órganos eran directivos, pero sin llegar a definir qué era un directivo público. (...) La regulación que el art. 13 del EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril) hace del personal directivo es excesivamente escasa por indefinida, y hasta en tanto*

⁶² Jiménez Asensio, R. *El personal directivo en la Administración Local*. Estudios de relaciones laborales. 2009.

⁶³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, núm. 163/2010, de 7 de mayo, ROJ. STSJ CLM 1821/2010, ECLI:ES:TSJCLM:2010:1821.



no se desarrollen las Leyes sobre función pública anunciadas en el propio EBEP, algunos aspectos como el que nos ocupa van a ser necesariamente objeto de resolución en sede judicial. El personal directivo se inserta entre la dirección política y la función pública superior de carrera”.

g) Responsabilidad por su gestión.

El apartado tercero del artículo 13 del TREBEP regula la responsabilidad del directivo derivada de su gestión en los siguientes términos: *“El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados”*. Parece establecer el precepto indicado que la evaluación ha de realizarse con respecto a los objetivos que les hayan sido fijados. La dificultad sería establecer dichos objetivos y quién evalúa los mismos: ¿un órgano unipersonal o colegiado? ¿quién lo nombra?; ¿quién lo compone?. Seguramente esta materia debe estar regulada en el Reglamento o norma interna relativa al personal directivo. La competencia para dicha la aprobación de dicha evaluación recaería en principio en el Presidente de la Diputación, en sus funciones de jefe de personal, tal como indica la letra h), apartado primero del artículo 34 de la LRBRL.



El apartado tercero del artículo 14 de la LEPCLM repite esta necesidad de evaluación, pero precisando que debe ser periódica y, como mínimo, anual.

Fariña⁶⁴ entiende que la evaluación como instrumento de medición en el ejercicio de las responsabilidades directivas y su relación con los objetivos que previamente hayan sido fijados es un requisito absolutamente imprescindible para establecer conclusiones sobre el valor que aporta la dirección pública profesional. A ello deberíamos agregar que también lo es respecto sobre el desarrollo de sus funciones y su mantenimiento en el puesto, valorando lo acertado o no de su selección.

Ramió⁶⁵ indica que en defecto de habilitación legal, la delimitación de sus funciones puede llevarse a cabo a través de la Relación de Puestos de Trabajo de la organización local, destacando la planificación, dirección, coordinación e incorporando los rasgos diferenciadores vinculados con la función directiva, esto es, definición de los objetivos a conseguir en un periodo temporal, sistema de evaluación de los resultados conseguidos y sus efectos (abono de retribución variable continuidad o cese en el puesto de trabajo).

Jiménez Asencio⁶⁶ afirma que la evaluación del personal al servicio de las administraciones públicas resulta un reto muy difícil de llevar a cabo en organizaciones públicas, herramienta infrautilizada o, peor aún, absolutamente desconocida. En el caso de los directivos públicos supone que si se evalúa por la gestión

⁶⁴ Fariña, op. cit.

⁶⁵ Ramió, op. cit.

⁶⁶ Jiménez Asencio, op.cit.



es normal que se preserve la continuidad en el ejercicio de la función directiva de quien obtiene buenos resultados, lo que contradice que exista en estos casos un sistema de libre cese, entendido como discrecional, que veremos a continuación.

h) Cese del personal directivo.

El apartado cuarto del artículo 14 de la LEPCLM indica que *"el cese del personal directivo profesional se produce, además de por las causas previstas en el régimen aplicable al personal funcionario, por decisión discrecional del órgano competente para su designación o por una evaluación negativa de su gestión"*. En este sentido la discrecionalidad debe ser entendida tal como lo hicimos en su nombramiento, es decir, motivada en aspectos objetivos. Y se concreta, con claridad, como uno de ellos la evaluación negativa de su gestión. Quizá la diferenciación entre evaluación negativa y discrecionalidad, tal como hemos visto, no exista.

En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁷ considera que la resolución de cese ha de esta motivada adecuadamente, respaldadas por ejemplos concretos en el caso de una mala gestión,

⁶⁷ Por todas las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 24 de mayo de 2021, número de resolución 723/2021, ECLI:ES:TS:2021:2044; o de fecha 27 de mayo de 2021, número de resolución 748/2021 y número de recurso 6186/2019, ECLI:ES:TS:2021:2226.



subrayando la importancia de evitar decisiones arbitrarias en la gestión pública.

Mauri⁶⁸, cuando aborda el cese del personal directivo, indica que no se entiende muy bien por qué se ha de regular una particular duración del ejercicio de las funciones directivas, es decir, la existencia de periodos de desempeño de los puestos directivos temporalmente limitados. Además, afirma que parece lógico relacionar las causas del cese en una determinada función con las de su nombramiento. Por lo tanto, si el personal directivo ha de ser nombrado de conformidad con el principio de igualdad, mérito e idoneidad, es decir, si el procedimiento de cobertura de la titularidad del puesto directivo ha obedecido a un sistema mínimamente reglado y objetivado, el cese deberá estar también reglado y objetivado, de manera que no pueda ser arbitrario y se produzca por causas tasadas que respondan a criterios vinculados a la idoneidad y al desempeño del puesto directivo.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía⁶⁹, con ocasión de un cese de personal directivo de una Diputación Provincial, realiza una importante precisión. Así afirma que, si el nombramiento fue efectuado con arreglo a los principios de mérito y capacidad, parece que el cese debería atender a los mismos criterios. Pero

⁶⁸ Mauri, op.cit.

⁶⁹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, de fecha cuatro de octubre de 2017, número 922/2017, número de recurso 203/2017, ECLI:ES:TSJAND:2017:9225.



posteriormente precisa que *"se trata de un puesto de trabajo que ha sido suprimido por Acuerdo Plenario que reduce las nuevas Áreas funcionales. Mera aplicación de la potestad de autoorganización. El cese no guarda relación alguna ni con el desempeño profesional ni con la duración del nombramiento sino exclusivamente con la supresión del Área de Innovación y Empleo por reestructuración"*. Por lo que, al ser dicho cese, consecuencia de la desaparición del puesto directivo se entiende conforme a derecho.

Cortés-Abad⁷⁰ afirma que la legislación autonómica ha ido introduciendo salvaguardas en el cese del personal directivo. Así *"una de las fórmulas elegidas es dotar de una mínima estabilidad a la función directiva garantizando una serie de años en el puesto (cinco, en el caso estatal y del País Vasco; dos, en Extremadura); en otros casos, se introducen causas tasadas de cese – la más habitual– como resultado de una evaluación negativa (Administración General del Estado, Extremadura, Castilla-La Mancha, Galicia, Andalucía). El caso andaluz es reseñable porque establece una diferenciación entre el cese de los directivos públicos altos cargos (basado en la pérdida de confianza) y el cese de los directivos públicos altos funcionarios (que no puede producirse si no hay una evaluación negativa), dándose además la circunstancia de que se abre la posibilidad de reciclar a directivos públicos cesados que contaran con evaluaciones positivas"*.

⁷⁰⁶⁸Cortés-Abad, op. cit.



5.- Conclusiones.

Primera: La evolución histórica de la figura del directivo público se remonta a la Ley Funcionarios Civiles de 1964 que, en una serie de promoción interna, les exigía una formación específica. Ya tras la Constitución Española la Ley 30/84 y la Ley 6/97 fueron dando tímidos pasos en la configuración de dicha figura, que culmina el TREBEP.

Segunda: El directivo público se caracteriza por no ser un tipo de personal sino engarzar con la organización administrativa para el desempeño de funciones directivas con un margen de independencia del nombramiento puramente político. Así, esta figura ha de ser el engarce entre la política y la Administración, con formación y cualificación que lo hagan experto, no considerándolo como alto cargo en las Diputaciones Provinciales y evaluado por sus resultados y logros.

Tercera: El marco normativo local del directivo público lo compone la legislación básica local seguida de la de empleo público, que puede ser desarrollada por la legislación autonómica, la normativa sectorial no básica y la propia local. Recordemos que en Castilla La Mancha puede existir habilitación normativa propia aplicable a las Diputaciones Provinciales (Ley 4/2011, del Empleo Público).

Cuarta: El artículo 32 bis de la LRBRL ha posibilitado la existencia de personal directivo en las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, a los que se equiparan los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, con un nivel 30 de complemento de destino. La



configuración de dichos puestos deberá realizarse en la relación de puestos de trabajo. En Castilla La Mancha, las Diputaciones Provinciales, debido a la remisión legislativa de su ley de empleo y la falta de desarrollo autonómico aplicable a estos entes, cabría un desarrollo reglamentario que podría ser desplazado por normativa posterior.

Quinta: De la normativa estatal y autonómica se colige que el nombramiento de personal directivo debe valorar el mérito y capacidad, su competencia profesional y experiencia, así como respetar el principio de publicidad, en un procedimiento semejante al de libre designación. Además, para desempeñar dichos puestos en las Diputaciones Provinciales de Castilla La Mancha, se debe ser funcionario de carrera o, si lo permite el Reglamento Orgánico de la Corporación, personal laboral, que ostentará un contrato de alta dirección. La situación administrativa en la que queda el personal nombrado en las Diputaciones Provinciales en su administración de origen (si fuera distinta de la actual) no es la de servicios especiales sino la de servicio en otras administraciones públicas, con las consecuencias jurídicas inherentes al mismo: reconocimiento de servicios y posibilidad de reingreso a la primera tras el cese, si no es reubicado en la de destino.

Sexta: La retribución del personal directivo de las Diputaciones Provinciales debe establecerse en la relación de puestos de trabajo, siendo lógico, por la aplicación analógica de la legislación estatal y la naturaleza del puesto, la diferenciación entre retribución básica, complementaria y variable. La indemnización por



cese no existirá en las Diputaciones Provinciales al ser funcionario de carrera o personal laboral fijo el nombrado. Y, por último, al no ser alto cargo, el personal directivo local no obtendrá el complemento derivado de este hecho.

Séptima: El régimen de incompatibilidades es estricto para la figura que estudiamos. Mientras desempeña dichas funciones no es posible actividad pública o privada compatible. Con ocasión de su cese y reingreso a su puesto, no podrá compatibilizar actividad que tenga relación con el puesto directivo desempeñado durante al menos dos años. Por último, se encuentran obligados a realizar declaración de causas de posible incompatibilidad y actividades, así como a realizar declaración de bienes y derechos patrimoniales.

Octava: Sus funciones son definidas en la relación de puestos de trabajo de modo unilateral por la Diputación Provincial sin necesidad de que exista negociación colectiva. Evidentemente dichas funciones serán de planificación y ejecución de políticas públicas, coordinación y dirección de equipos, siendo puente entre la aprobación política y la ejecución administrativa.

Novena: La evaluación de la gestión y la actividad del directivo público aparece como una de las piedras angulares de la figura, debiendo concretar la forma de realizarlo en los reglamentos propios de las Diputaciones Provinciales o, en su caso, en la relación de puestos de trabajo.

Décima: En cuanto al cese, como su nombramiento, ha de ser motivado y reconducido a la evaluación de los objetivos a conseguir, desvinculándolo



de cualquier consideración que no sea la estrictamente técnica.

BIBLIOGRAFÍA

Blanco Gaztañaga, C. (2010). La figura del directivo público profesional: reclutamiento y estatuto. *Documentación Administrativa*, (286-287), 179-205. <https://doi.org/10.24965/da.v0i286-287.9669>.

Carrillo Donaire, J.A., *Claves para la definición de un Estatuto del directivo público profesional*, Revista Documentación Administrativa, número 7, enero-diciembre de 2020.

Castillo Blanco, F. A., *El Estatuto Básico del Empleado Público: ¿Hasta dónde llegan las bases? (El sistema de empleo público en un gobierno multinivel)*. En R. Gómez-Ferrer Morant, E. Desdentado Daroca, L. Ortega y F. A. Castillo Blanco. *El control de la legalidad urbanística. El Estatuto Básico del Empleado Público* (pp. 247-289). Sevilla: IAAP, 2009.

Cortés-Abad, O., *Situación de la dirección pública profesional en España. Análisis comparado en el sector público estatal y autonómico*, Revista Documentación Administrativa, número 12, junio de 2024.



Del Río Fernández, Angel Luis, *Aproximación a un modelo de Dirección Pública Profesional para la Administración Local. Especial referencia a los municipios de gran población*. Revista Digital CEMCI, número 40, octubre a diciembre de 2018.

Fariña Guillén, J. F., *La posibilidad de la dirección pública profesional en los gobiernos locales. Su funcionalidad y viabilidad jurídica*. Documentación Administrativa, 11, 23-37. <https://doi.org/10.24965/da.11281,2023>.

Fondevila Antolín, J., *El empleo público local y su sistema de fuentes: un estudio con relación a su "supuesto" conflictivo marco jurídico*, Revista Documentación Administrativa, número 11, diciembre de 2003.

Fuentetaja Pastor, J. A., *Pasado, Presente y Futuro de la Función Pública*. Civitas – Thomson Reuters, 2013.

Generalitat Valenciana, *Informe para la modificación de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana*. Valencia: Generalitat Valenciana, 2016.

Grupo de análisis y propuesta de reformas en la Administración Pública, *13 propuestas para reformar la Administración del Estado*. Madrid: INAP, 2021.

INAP, *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* (Estudios Goberna INAP). Madrid: INAP, 2005.

Informe OCDE *Survey on Strategic Human Resources Management in Government* en <http://www.oecd.org/gov/survey-on-strategic-human-resources-management-2016.pdf>; y emitido por la unidad especializada de la OCDE sobre *Public Employment and Management working party* (PEM), de



libre acceso en <http://www.oecd.org/gov/government-at-a-glance-2017-database.htm>

Jiménez Asensio, R., *Los directivos públicos en España (tres tesis y algunas propuestas)*. II Congreso Catalán de Gestión Pública, Barcelona. CEMICAL, (2006, 5-6 de julio).

Jiménez Asensio, R. *El personal directivo en la Administración Local*. Estudios de relaciones laborales. 2009.

Jiménez Asensio, R., *La dirección pública profesional en los Gobierno locales. Marco general y análisis de dos regulaciones autonómicas: Euskadi y Cataluña*, QDL 60, Cuadernos de Derecho Local, octubre de 2022.

Matheson, A., Weber, B., Manning, N. y Arnould, E. (2007). *Study on the Political Involvement in Senior Staffing and on the Delineation of Responsibilities Between Ministers and Senior Civil Servants* [OECD Working Papers on Public Governance n.º 6]. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/136274825752>

Mauri Majós, J., *La situación del personal directivo de las diputaciones provinciales después de la STS de 17 de diciembre de 2019: alternativas de interpretación y propuestas de regulación*, Cuadernos de Derecho Local, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre 2020.

Ortega Álvarez, L. y Maeso Seco, L.F. (Coord.), *La alta dirección pública: análisis y propuestas*. INAP. Madrid. 2010.



Ramió Matas, C., *Dirección pública profesional en la Administración local: ¡ya! (primera parte)*. Entrada de blog, *El blog de espublico*. <https://www.administracionpublica.com/direccion-publica-profesional-en-la-administracion-local-ya-primera-parte/>, 2020.

Ramió Matas, C., *El modelo directivo en las entidades locales*, Revista Internacional de Organizaciones (RIO), número 1, diciembre 2018.

Parra Muñoz, Juan Francisco, *La relación de puestos de trabajo: naturaleza jurídica, procedimiento para su aprobación o modificación y limitaciones presupuestarias para su aplicación*, Revista digital CEMCI, número abril a junio de 2018.

Roca Valero, Violeta, *Alta dirección en el sector público estatal en la Administración General del Estado*, Estudios jurídicos, 2011.

Sánchez-Morón, M., *Derecho de la función pública* (13.^a ed.). Tecnos, 2020.



LA RACIONALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ACUERDOS MARCO, SISTEMAS DINÁMICOS DE ADQUISICIÓN Y CENTRALES DE CONTRATACIÓN, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS ENTIDADES LOCALES

D. Héctor Serrano García

Máster de formación permanente en contratación
pública de la Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: En línea con la evolución del Derecho de la Unión Europea y con la orientación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la racionalización de la contratación pública se ha convertido en una técnica indispensable para compatibilizar la garantía de los principios de publicidad, transparencia, igualdad y competencia con la exigencia de eficiencia en el gasto público. La norma sistematiza los instrumentos de racionalización —acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición (SDA) y centrales de contratación— como fórmulas que permiten, de un lado, reducir costes de transacción y tiempos de tramitación y, de otro, profesionalizar la compra pública mediante órganos o unidades especializadas.



El presente trabajo ofrece un análisis doctrinal y práctico de estos mecanismos, abordando su evolución normativa, su configuración jurídica en la LCSP y los principales retos que plantea su aplicación, con especial atención a las entidades locales. Asimismo, se analizan los riesgos derivados de la agregación de la demanda (colusión, cierre de mercado y exclusión de pymes) y se proponen criterios de diseño para equilibrar eficiencia y competencia.

Palabras clave: contratación pública; racionalización; acuerdos marco; sistemas dinámicos de adquisición; centrales de contratación; entidades locales; competencia; contratación electrónica.

Abstract: In line with EU public procurement law and Spain's Law 9/2017 on Public Sector Contracts, procurement rationalisation is essential to reconcile transparency, equal treatment and effective competition with value-for-money and administrative efficiency. Law 9/2017 systematises the main rationalisation tools—framework agreements, dynamic purchasing systems (DPS) and central purchasing bodies—as mechanisms that reduce transaction costs and lead times while enabling professionalised purchasing structures. This paper provides an in-depth doctrinal and practical analysis of these mechanisms, examining their regulatory evolution, their legal configuration under Law 9/2017 and the main challenges arising from their implementation, with particular reference to local authorities. It also assesses competition risks linked to demand aggregation (collusion, market closure and SME



exclusion) and offers design recommendations to balance efficiency and competition.

Keywords: public procurement; rationalisation; framework agreements; dynamic purchasing systems; central purchasing bodies; local authorities; competition; e-procurement.

Sumario

I.- INTRODUCCIÓN

II.- ANTECEDENTES DE MECANISMOS DE RACIONALIZACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

III.- LA RACIONALIZACIÓN TÉCNICA DE LA CONTRATACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

1. LOS ACUERDOS MARCO

2. SISTEMAS DINÁMICOS DE ADQUISICIÓN

3. CENTRALES DE CONTRATACIÓN

IV.- PROBLEMÁTICA DE LA COLUSIÓN EN LOS ACUERDOS MARCO Y POSIBLES CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LA AGREGACIÓN DE LA DEMANDA

V.- TÉCNICAS DE RACIONALIZACIÓN Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

VI.- LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LAS ENTIDADES LOCALES Y SU RACIONALIZACIÓN

VII.- CONCLUSIONES



VIII.- BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La contratación pública se ha consolidado, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, como uno de los instrumentos esenciales de intervención económica del sector público. Su relevancia trasciende la mera función de aprovisionamiento de bienes, servicios y obras necesarios para el funcionamiento de las Administraciones Públicas, proyectándose como un mecanismo con capacidad real para ordenar mercados, influir en las estructuras de oferta y demanda y canalizar la consecución de objetivos estratégicos de carácter transversal. En este sentido, la contratación pública se ha convertido en un vehículo privilegiado para la implementación de políticas públicas en ámbitos tan diversos como la sostenibilidad medioambiental, la innovación, la cohesión social y territorial, la integridad institucional o el fomento de la competencia efectiva.

En el contexto de la Unión Europea, esta evolución funcional de la contratación pública se ha visto acompañada por una progresiva sofisticación de su marco normativo, orientada a conciliar dos exigencias que, en ocasiones, pueden aparecer en tensión: de un lado, la garantía efectiva de los principios estructurales que rigen el Derecho europeo de la contratación — publicidad, transparencia, igualdad de trato y libre competencia—; y, de otro, la necesidad de asegurar una utilización eficiente de los recursos públicos, reduciendo cargas administrativas, plazos de tramitación y costes de



transacción. Es precisamente en este punto donde adquiere especial protagonismo la denominada racionalización de la contratación pública.

La racionalización se presenta como una respuesta jurídica y organizativa a la complejidad creciente de los procedimientos de contratación y a la reiteración de necesidades homogéneas en el tiempo. A través de técnicas de agregación de la demanda, estandarización de condiciones contractuales y profesionalización de los órganos de compra, estos mecanismos pretenden optimizar la actividad contractual sin menoscabar los principios que la informan. No se trata, por tanto, de una simplificación meramente formal o procedimental, sino de una transformación estructural del modo en que las Administraciones planifican, diseñan y ejecutan sus procesos de adquisición.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en línea con las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, ha otorgado sustantividad propia a estas técnicas al sistematizar los principales instrumentos de racionalización en el denominado Capítulo de "racionalización técnica de la contratación". En particular, los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición y las centrales de contratación se configuran como fórmulas jurídicas destinadas a compatibilizar eficiencia, seguridad jurídica y competencia, al tiempo que permiten una gestión más profesionalizada de la compra pública.

No obstante, la implantación y utilización de estos instrumentos no está exenta de tensiones ni de riesgos. La agregación de la demanda, si bien genera economías de escala y ahorros presupuestarios, puede producir



efectos indeseados sobre la estructura del mercado, tales como el cierre efectivo del acceso a nuevos operadores, el desplazamiento de pequeñas y medianas empresas o el incremento del riesgo de conductas colusorias entre licitadores. Estas preocupaciones han sido reiteradamente puestas de manifiesto tanto por la Comisión Europea como por las autoridades nacionales de competencia, lo que exige un análisis crítico y equilibrado de los mecanismos de racionalización desde una perspectiva jurídico-económica.

Estas cuestiones adquieren una especial relevancia en el ámbito de las entidades locales. La Administración local, y particularmente los municipios de menor población, se enfrenta a limitaciones estructurales significativas en materia de contratación pública: escasez de recursos financieros, carencia de personal especializado y una complejidad normativa que, en muchos casos, resulta desproporcionada en relación con la entidad de las prestaciones a contratar. En este contexto, los instrumentos de racionalización pueden constituir una oportunidad para superar dichas limitaciones mediante fórmulas de cooperación interadministrativa y contratación agregada, aunque su utilización práctica sigue siendo claramente desigual y, en muchos casos, residual.

El presente trabajo tiene por objeto analizar de forma sistemática y crítica los mecanismos de racionalización de la contratación pública previstos en la LCSP, abordando su evolución normativa, su configuración jurídica actual y los principales problemas derivados de su aplicación práctica. El estudio presta una atención



específica a las entidades locales, evaluando tanto las ventajas que estos instrumentos pueden ofrecer como los riesgos que conllevan, especialmente en términos de competencia y acceso al mercado. Asimismo, se examina el papel de la contratación electrónica como elemento imprescindible para el correcto funcionamiento de estas técnicas y se proponen criterios de diseño orientados a equilibrar eficiencia, transparencia y competencia efectiva.

II. ANTECEDENTES DE MECANISMOS DE RACIONALIZACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Los antecedentes más remotos de la contratación centralizada en España tienen su origen en el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado aprobado por Decreto 923/1965¹ cuyo artículo 88 disponía que *“Los contratos de suministro que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso se verificarán a través de una Juntas de Compras radicada en cada Departamento ministerial. En aquellos casos que por similitud de suministros o para la obtención de mejores condiciones se haga conveniente la contratación global, podrá el Gobierno acordar la creación de una Junta de Compras de carácter interministerial, con la composición y competencia que aquel establezca”*. Fruto del artículo anterior, se creó, entre otros, el Servicio Central de Suministros de material de oficinas para la Administración Civil del Estado dependiente del

¹ Publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 97, de fecha de 23 de abril de 1965. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1965/04/23/pdfs/A05914-05924.pdf>



Ministerio de Hacienda por el artículo 20 del Decreto 2764/1967, de 27 de noviembre, sobre reorganización de la Administración Civil del Estado para reducir el gasto público, cuyo desarrollo se produjo en el Decreto 3186/1968, de 26 de diciembre, por el que se organiza el Servicio Central de Suministros de Material Mobiliario y de Oficina y se regulan las Juntas de Compras de los Ministerios civiles, todavía en vigor.

Posteriormente, la Ley 17/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y el Texto Refundido de la Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, ampliaron el ámbito subjetivo y objetivo de esta modalidad de adquisición.

Respecto del acuerdo marco, es la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 183.f) la que menciona la posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad del contrato de suministro *“En las adjudicaciones derivadas de un acuerdo o contrato marco, siempre que este último haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta Ley”* los contratos de suministros derivados de un Acuerdo o contrato marco, siempre que este último haya sido adjudicado con sujeción a las normas de aquella Ley.

Con todo, es con la Directiva 2004/18/CE que aparece la regulación de nuevos mecanismos de licitación destinados a la simplificación administrativa y burocrática basados en el uso de los medios electrónicos, dedicando su Capítulo II, del Título II (normas aplicables a los contratos públicos) a las *“Técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada”* (arts. 33 a



39), regulando los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición, las subastas electrónicas, las actividades de compra centralizada y centrales de compra; y, de forma aún más novedosa, los catálogos electrónicos y la contratación conjunta esporádica (contratación con intervención de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros).

Así, con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Ley 30/2007) aparece en la legislación española lo que la propia Ley en su punto IV de la Exposición de motivos definió como *"la nueva regulación de diversas técnicas para racionalizar las adquisiciones de bienes y servicios (acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición y centrales de compras)"*² que contemplaba 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 servicios³. De esta forma, la Ley 30/2007

² Ello a pesar de que la Directiva establecía que la trasposición de dichos mecanismos era voluntaria, de acuerdo con el Considerando 16 de la norma, que establecía: *"Para tener en cuenta las diversidades existentes en los Países miembros, conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compra, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y a diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva"*.

³ Trasposición insuficiente de acuerdo con gran parte de la doctrina, debido a la falta de trasposición del recurso especial, la no ampliación de su ámbito subjetivo, la falta de regulación de los contratos sujetos a regulación armonizada, entre otras cuestiones. Véase MORENO MOLINA, J.A. «La insuficiente



traspuso a la normativa contractual española la regulación de los acuerdos marco (artículos 180 a 182), los sistemas dinámicos de contratación (arts. 183 a 186) y las centrales de contratación (arts. 187 a 191). Estos mecanismos tienen el objetivo de simplificar y hacer más eficientes los procedimientos administrativos para la contratación de prestaciones similares, evitando iniciar los procesos desde cero en cada ocasión, reduciendo los trámites y aumentando la eficacia y operatividad de los órganos de contratación; fomentando, además, relaciones contractuales más estables, cercanas y basadas en la confianza con las empresas proveedoras previamente seleccionadas y habilitadas. Como resultado, se mejora la calidad de los bienes y servicios públicos, al tiempo que se optimizan los recursos, ahorrando tiempo, esfuerzo y dinero para todas las partes involucradas en el proceso de contratación pública.

Asimismo, la Ley 30/2007 optaba por incluir a las entidades que integran la administración local en su ámbito subjetivo, cargándose de un plumazo las peculiaridades del régimen de contratación pública establecidas en la LRBRL con la derogación de su artículo 88⁴, el cual inicialmente disponía que: "*Sin perjuicio de*

incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público», Revista Aragonesa de Administración Pública. *Monografía: Los contratos del Sector Público*, año 2008, págs. 49-86.

⁴ Artículo derogado por la letra b) de la disposición derogatoria única de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con efectos de abril de 2008.



lo dispuesto en el artículo 5, apartado C), la contratación de las Corporaciones locales se ajustará a las siguientes peculiaridades: 1. La competencia para contratar de los distintos órganos se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y en la legislación de las Comunidades Autónomas sobre régimen local. 2. Los supuestos de incapacidad e incompatibilidad para contratar con las Entidades locales se determinarán por la legislación básica del Estado. 3. Por razón de la cuantía, la contratación directa sólo podrá acordarse en los contratos de obras, servicios y suministros cuando no excedan del 5 por 100 de los recursos ordinarios del Presupuesto. En ningún caso podrá superarse el límite establecido para la contratación directa en las normas básicas aplicables a todas las Administraciones Públicas. 4. Las fianzas deberán depositarse en la Caja de la Corporación contratante”.

No obstante, tres años después, la Ley 30/2007 sumaba siete reformas legislativas, además de tres modificaciones por norma reglamentaria con la finalidad de adaptar umbrales y formularios a las Directivas de la Unión Europea⁵. Esta «avalancha normativa»⁶ dio origen a una importante inseguridad jurídica que, unida a la necesaria utilización de tecnologías informáticas para la tramitación de estos procedimientos – por aquel

⁵ Concretamente a las Órdenes 3875/2007, de 27 de diciembre, y 3497/2009, de 23 de diciembre, y del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que modificó los anexos I y II.

⁶ Palabra usada por J.A. MORENO MOLINA en «Las últimas reformas legislativas en materia de contratos públicos y el futuro próximo. Crónica de una avalancha normativa», *Observatorio de contratos públicos*, 2011.



entonces obsoletas en gran parte de las Administraciones públicas de este país, especialmente en las de menor envergadura – llevó a *“la huida de muchos poderes adjudicatarios en la utilización de estos mecanismos, perdiéndose la oportunidad para agilizar la contratación pública y la optimización de los recursos”*, en palabras de la profesora Cid Villagrasa⁷. En este sentido, el documento denominado Libro Verde sobre «La modernización de la política de contratación pública de la UE» de 2011⁸ nacido del proceso de consulta realizado por la Comisión Europea durante el primer trimestre de 2011, entre sus conclusiones determinó que *“Podría ser conveniente establecer un marco procedimental más ligero para los poderes adjudicadores locales y regionales, aprovechando todas las posibilidades de flexibilidad que ofrece el Acuerdo de Contratación Pública⁹ para las entidades subcentrales y los operadores de servicios públicos, sin comprometer el requisito de transparencia. Las Directivas actuales*

⁷ CID VILLAGRASA, BLANCA. “La racionalización técnica de la Contratación: Título II, del Libro III, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, ISSN-e 2951-665X, ISSN 1575-5312, nº 22, 2010, págs. 195-226

⁸ “Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”, COM (2011), 15 final, de 27 de enero de 2011.

⁹ Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP de 1994), acuerdo plurilateral auspiciado por la Organización Mundial del Comercio (OMC) que regula la contratación de bienes y servicios por parte de las autoridades públicas de las partes del acuerdo, basado en los principios de apertura, transparencia y no discriminación.



prevén esta flexibilidad solo para los operadores de servicios públicos, pero no para los poderes adjudicadores locales y regionales. Este tipo de sistema diferenciado daría a las entidades locales más libertad en su actividad de contratación y reduciría las cargas administrativas, precisamente en aquellas áreas en las que podrían ser desproporcionadas.”; no obstante, añadía que la creación de “*diferentes niveles de requisitos de procedimiento*” podría dar lugar a una mayor complejidad del marco jurídico global que dificultase su aplicación práctica. Igualmente, este documento señala que la agregación de la demanda podría implicar ciertos riesgos para la competencia y dificultar el acceso de pymes a los contratos públicos. Extremo que también es puesto de manifiesto en múltiples ocasiones por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia¹⁰, a la cual, desde la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio (DGRCC) se le dirige solicitud de informe previo de los pliegos reguladores de los procedimientos de contratación centralizada, con el objetivo de asegurar el fomento de la competencia.

A pesar de todo, la coyuntura económica de los años posteriores a la aprobación de la Ley 30/2007 impulsó el desarrollo de las técnicas de racionalización en la

¹⁰ Informes CNMC/072/17 de sistemas y elementos de seguridad. CNMC/159/17 de vehículos turismos. CNMC/215/17 acuerdo marco de vehículos industriales pesados, CNMC/112/17 sobre acuerdo marco para el suministro de papel de equipos de impresión, fotocopadoras y multcopiadoras, entre muchos otros.



contratación¹¹ con el objetivo de conseguir una mayor eficacia de la actividad contractual en el Sector Público. El Informe publicado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA)¹² en 2013 otorgaba múltiples ventajas a la contratación centralizada, incluyendo *“reducción de precios (con descuentos del 15-20% por economías de escala y por recompra de equipos); mayor agilidad en la tramitación; mayor concurrencia; mayor transparencia (por la intervención de un tercero ajeno a suministrador y destinatario); y constituirse en apoyo a la implementación de políticas públicas (protección al medio ambiente, políticas de calidad, de carácter social, etc.)”*. En este sentido, valoraba en 28,9 millones de euros el ahorro obtenido en el año 2010 como consecuencia de la realización de compras a través del sistema de adquisición centralizada (página 187 del informe).

¹¹ GALLEGO CÓRCOLES, I.: «La racionalización técnica de la contratación: aspectos prácticos», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 120, La Ley, 2012 o MOREO MARROIG, T.: «Racionalización y acuerdos marco», en Gimeno Feliu (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, p. 1515.

¹² Reforma de las Administraciones Públicas. Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Disponible en

https://administracionelectronica.gob.es/pae/Home/dam/jcr:587ee685-9911-4933-8ac9-bffa7a86c642/2013_CORA.pdf



El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por su propio carácter de texto refundido, no vino a traer ninguna novedad en materia de racionalización administrativa; no obstante, en el ámbito local es de mencionar la modificación realizada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante RSAL) del artículo 36 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante LRBRL) al introducir dentro de las competencias propias de la Diputación o entidad equivalente, entre otras: *"La prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes."*

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante DCP 2014) vuelve a introducir el debate de la racionalización en la contratación afirmando en su considerando 59 que *«en los mercados de contratación pública de la Unión se comienza a observar una marcada tendencia a la agregación de la demanda por los compradores públicos con el fin de obtener economías de escala, incluida la reducción de los precios y de los costes de transacción, y de mejorar y profesionalizar la gestión de la contratación. Ello puede hacerse concentrando las compras, bien por el número de poderes adjudicadores participantes, bien por su volumen y valor a lo largo del tiempo. No obstante, la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse cuidadosamente para evitar una excesiva*



concentración de poder adquisitivo y la colusión y preservar la transparencia y la competencia, así como las posibilidades de acceso al mercado de las PYME». Igualmente, sobre las centrales de compras, el considerando 69 determina que “conviene establecer una definición a escala de la Unión de las centrales de compras al servicio de los poderes adjudicadores y aclarar que dichas centrales operan de dos maneras diferentes”.

Así, la DCP 2014 dedica el Capítulo II por completo a las “*Técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada*”, en el cual desarrolla las figuras de los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición, las subastas electrónicas los catálogos electrónicos, las actividades de compra centralizada y centrales de compras, la contratación conjunta esporádica, y la contratación con intervención de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros.

A la insistencia de las directivas comunitarias en relación a la implementación de sistemas de contratación pública agregada por los países miembros, se unieron varios “tirones de orejas” de la Unión Europea a España en este sentido, como la Decisión (UE) 2017/984 del Consejo de 8 de agosto de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a una reducción del déficit, en la cual el Consejo afirma que “*el uso limitado de instrumentos de contratación centralizada o conjunta impide que las mejoras de eficiencia contribuyan a los ahorros presupuestarios*”.



III. LA RACIONALIZACIÓN TÉCNICA DE LA CONTRATACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

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 otorga sustantividad propia a los mecanismos de racionalización de la contratación pública introduciendo su regulación en el Capítulo II titulado "Racionalización técnica de la contratación" dentro del Título I del Libro Segundo, dedicado a las disposiciones generales de los contratos de las Administraciones Públicas.

Así, la LCSP traspone a nuestro ordenamiento jurídico la normativa relativa a la formalización de acuerdos marco, implementación de sistemas dinámicos de adquisición, y constitución de centrales de contratación. Los tres instrumentos mencionados, son desarrollados en la LCSP como fórmulas de contratación dirigidas a establecer una mayor racionalización y eficiencia en la contratación pública, logrando ahorro de recursos y mayor calidad en la contratación, homogeneizando los procesos de licitación, simplificando la estructura de los órganos de contratación y facilitando su conformación, entre otras muchas ventajas que conlleva su empleo.

1. LOS ACUERDOS MARCO

La LCSP no contiene una definición de lo que es un acuerdo marco, debiendo acudir a la DCP 2014, cuyo artículo 33.1 entiende por tal: *"un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores*



económicos, cuya finalidad es establecer los términos que han de regir los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular, por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas.” De esta forma, un acuerdo marco es un instrumento consistente en el establecimiento de una serie de condiciones que deberán cumplir todos los contratos que se adjudiquen dentro del acuerdo y durante la vigencia de este. Así, tal y como ha apuntado tradicionalmente tanto la doctrina como la jurisprudencia, los acuerdos marco tienen carácter de contrato normativo o de precontrato¹³, otorgando una mayor agilidad en la tramitación de los contratos basados¹⁴ que si su licitación se realizase mediante los procedimientos ordinarios. La regulación de celebración de acuerdos marco, así como la adjudicación de los contratos basados en los mismo aparece en los artículos 219 a 222 de la LCSP, con las peculiaridades que a lo largo del articulado de la Ley se prevén¹⁵.

¹³ PALMA FERNÁNDEZ, J. L. (2021). El acuerdo marco como contrato de contratos. Su resolución por incumplimiento. *Revista de Administración Pública*, 216, págs. 323-343.

¹⁴ GÓNZALEZ SANFIEL, ANDRÉS M.: «Acuerdos marco», en Tratado de Contratos del Sector Público, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

¹⁵ En este sentido, por ejemplo, el artículo 107 LCSP prevé respecto de la exigencia de garantía definitiva en los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición, que los pliegos que rijan estos instrumentos deberán establecer si la garantía definitiva “*se fija estimativamente por la Administración o se fija para cada contrato basado en relación con su importe de adjudicación.*”



En todo caso, la celebración de un acuerdo marco requerirá la previa licitación, siguiendo las reglas establecidas para la preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas establecidas en las Secciones 1.ª y 2.ª, respectivamente, del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP, por lo que para la ejecución de este instrumento de racionalización de la contratación debemos distinguir dos fases: por un lado, la celebración del acuerdo marco entre uno o varios órganos de contratación del sector público y una o varias empresas y, por otro lado, la formalización de los contratos basados en el acuerdo marco firmado, que únicamente podrá darse entre las empresas y los órganos de contratación que hayan sido originariamente partes en el mismo.

Dicho lo anterior, y firmado el acuerdo marco, la tramitación de los contratos basados en el mismo dependerá, en primer lugar, de si el acuerdo marco se ha concluido con una única empresa o con varias; en el primer caso los acuerdos basados se adjudicarán de conformidad con los términos establecidos en el mismo previa consulta al empresario para que complete su oferta si fuera necesario. En cambio, si el acuerdo marco se ha firmado entre uno o varios órganos de contratación del sector público con varias empresas:

- Si el acuerdo marco contiene todos los términos y condiciones a que han de ajustarse los contratos basados, deberá atenderse a lo previsto en el pliego regulador del acuerdo marco respecto de los supuestos en que es necesaria la celebración de una nueva licitación para la adjudicación de los contratos basados en el mismo, siendo necesario para la no celebración de una nueva licitación que el pliego del acuerdo marco



“prevea las condiciones objetivas para determinar qué empresa parte del acuerdo marco deberá ser adjudicatario del contrato basado y ejecutar la prestación” de acuerdo con el artículo 221.4.a) LCSP.

- Si el acuerdo marco no contiene todos los términos y condiciones de la prestación objeto del contrato, es obligatorio que para cada contrato basado se realice una nueva licitación invitando a las empresas incluidas en el acuerdo marco firmado.

Los acuerdos marco podrán contener lotes de diferente carácter, pudiendo ser los contratos basados de algunos de ellos de adjudicación directa y otros con obligación de celebrar una licitación previa.

El párrafo 6 del artículo 221 contiene el desarrollo del procedimiento de licitación para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco, el cual requerirá para cada contrato basado que se invite a presentar oferta a través de los medios establecidos en el acuerdo¹⁶ a todas las empresas parte que de conformidad con el mismo estén en condiciones de realizar el objeto del contrato basado, las cuales estarán obligadas a presentar oferta¹⁷. La duración de los

¹⁶ En este sentido, la no realización de las invitaciones de conformidad con lo previsto en el acuerdo marco comportará la anulación de los actos posteriores del procedimiento de licitación (Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 30 de noviembre de 2022).

¹⁷ Respecto a la obligación de presentar oferta, ha sido ampliamente discutido y objeto de recurso especial el hecho



acuerdos marco no puede ser superior a cuatro años, siendo independiente la duración de los contratos basados, a los cuales será de aplicación lo dispuesto en el artículo 29 LCSP.

En el año 2023 se llegaron a firmar 13.816 contratos basados en acuerdos marco en el seno del sector público estatal por un importe total superior a tres mil ciento setenta y ocho euros con setenta y seis céntimos, el 28,26% de los expedientes de licitación se tramitaron a través de este procedimiento¹⁸. Muchos de ellos se tramitaron a través de la D.G. de Racionalización y

de si dicha obligación ha de extenderse a cada uno de los lotes de la convocatoria de contratación basada en el acuerdo o ha de entenderse cumplida con la presentación de oferta a uno de los lotes. Así, la Resolución nº 211/2021 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, de 30 de junio de 2021 concluye que ante la falta de previsiones específicas en la documentación que rige la contratación basada, no es de aplicación el incumplimiento de la obligación de presentar oferta a todos los lotes de la convocatoria; sin embargo, la Resolución nº 268/2021 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid estima el recurso especial interpuesto por uno de los licitadores de una convocatoria de contratación basada, contra la adjudicación de un lote de la misma a un licitador que sólo había presentado oferta a uno de los dos lotes para los cuales se habían requerido ofertas a las empresas participantes en el acuerdo marco, por venir así establecido en la documentación de pliegos.

¹⁸ Informe Anual de Supervisión de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon) para la anualidad 2024. Disponible en <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Oirescon/Paginas/ias.aspx>



Centralización de la Contratación de la AGE, la cual cuenta en la actualidad con más de una docena de acuerdos marco para la adquisición de vehículos, material de oficina, combustibles, muebles, publicidad institucional, etc. los cuales permiten la contratación de suministros, obras y servicios declarados de contratación centralizada, en algunos casos directamente y, en otros, previa licitación con las empresas participantes en el acuerdo marco. En este sentido, la aplicación AÚNA permite gestionar de forma electrónica las contrataciones propuestas por los organismos públicos, basadas en acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición del sistema estatal de contratación centralizada de la DGRCC, así como las solicitudes de actualización de productos realizadas por los adjudicatarios.

Sin embargo, en la Administración local el uso de los contratos basados en acuerdos marco continúa siendo residual, suponiendo apenas el 0,14% del total de procedimientos de contratación, mientras que en el sector estatal o el autonómico este porcentaje suele alcanzar anualmente el diez por ciento.

2. SISTEMAS DINÁMICOS DE ADQUISICIÓN

El artículo 223 de la LCSP regula los sistemas dinámicos de adquisición, haciéndose eco en sus dos primeros párrafos de la definición que sobre los mismos realiza la Directiva 2004/18/CE: *“un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder*



adjudicador, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones”; si bien, incorporando a la misma el requisito de que “el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.”

El Consejo de Estado, al emitir su dictamen preceptivo durante la tramitación de la vigente LCSP, describió el sistema dinámico de adquisición como un procedimiento de adquisición con tres características principales: se desarrolla completamente por medios electrónicos, está dirigido a la compra de bienes o servicios de uso habitual cuyas especificaciones se encuentran habitualmente disponibles en el mercado, y permanece abierto durante todo su periodo de vigencia para cualquier operador económico que cumpla los requisitos de selección¹⁹.

De esta forma, el sistema dinámico de adquisición se plantea como una herramienta para gestionar, de forma ordenada y ágil, aquellos gastos de importe reducido que se repiten y pueden preverse, evitando tener que recurrir a los procedimientos de contratación habituales que, por sus plazos, podrían ralentizar la actividad diaria de las administraciones públicas. Todo ello se realiza asegurando el cumplimiento de los principios de libre acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, así como de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

¹⁹ Dictamen n.º 1116/2015 del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, de fecha 10/03/2016.



Al igual que en la adjudicación de contratos de un acuerdo marco, en los sistemas dinámicos de adquisición se distinguen dos fases: por un lado, la selección de los productos de los empresarios que acceden al sistema y, por otro lado, la adjudicación de los contratos durante el plazo de existencia del sistema.

Así, la primera fase consiste en la publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante indicando que se trata de un sistema dinámico de adquisición y su periodo de vigencia, a cuyo respecto la LCSP no establece un plazo máximo, sino que únicamente hace mención a que tendrá *"una duración limitada y determinada en los pliegos"*²⁰. Asimismo, los pliegos publicados deberán indicar la naturaleza y cantidad estimada de compras previstas, y la información relativa al sistema dinámico de adquisición, el modo de funcionamiento de este, el equipo electrónico necesario y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión. También toda división en categorías de productos, obras o servicios y las características que definen dichas categorías. Por último, los pliegos deberán tener acceso libre, directo y completo durante todo el periodo de vigencia del sistema.

Publicado el anuncio de licitación, cualquier empresario interesado podrá solicitar ser admitido al sistema dinámico de adquisición durante su periodo de

²⁰ Su periodo de vigencia es una de las principales diferencias con los acuerdos marco, cuya duración máxima son cuatro años, salvo casos excepcionales debidamente justificados (219.2 LCSP)



vigencia²¹, siendo de aplicación para la admisión de la solicitud los criterios de solvencia establecidos en los pliegos, y sin posibilidad de limitar el número de candidatos admisibles; igualmente podrán causar baja en cualquier momento.

Al respecto del plazo de presentación de solicitudes de admisión, si bien el párrafo segundo del artículo 225 establece un plazo de treinta días contados a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, este es el periodo mínimo que, con carácter inicial, se debe garantizar para que los empresarios presenten sus solicitudes de admisión, antes de enviar la invitación para la primera contratación específica, el cual además puede ser ampliado hasta ese mismo momento. La evaluación de solicitudes se deberá realizar en el plazo de diez días hábiles siguientes a su recepción y durante el mismo tampoco se podrán realizar invitaciones, si bien, el párrafo cuarto del artículo 225 LCSP determina que *“Los órganos de contratación informarán lo antes posible a la empresa que solicitó adherirse al sistema dinámico de adquisición de si ha sido admitida o no.”*

La segunda fase de los sistemas dinámicos de adquisición se refiere a la adjudicación de los contratos específicos, los cuales deberán ser objeto de una licitación específica siguiendo las normas del

²¹ Esta es otra de las diferencias con el acuerdo marco, en el que, tal y como se ha explicado, sólo se podrán adjudicar contratos basados, ya sea de forma directa o previa licitación “interna”, a las empresas que hayan resultado adjudicatarias del acuerdo marco, pero sin que posteriormente puedan admitirse nuevas.



procedimiento restringido – regulado en los artículos 150 a 165 LCSP – con las especialidades que establecen los artículos 223 a 226 LCSP, configuradores de este sistema de racionalización de la contratación. Así, en dicha licitación deberá invitarse a todas las empresas admitidas para cada categoría del sistema dinámico de adquisición para que presenten oferta en el plazo mínimo de diez días, contados a partir de la fecha de envío de la invitación, la cual deberá contener las indicaciones para permitir el acceso por medios electrónicos a cualquier documentación pertinente.

Finalmente, el órgano de contratación, de acuerdo con los criterios de valoración de las ofertas establecidos en los pliegos, adjudicará el contrato específico al licitador que hubiera presentado la mejor oferta, no resultando necesaria su formalización, ya que se perfeccionan con su adjudicación.

No obstante, la utilización de los sistemas dinámicos de adquisición ha sido muy residual tanto en nuestro país como, en general, en toda la Unión Europea, situación que intentó corregir la DCP 2014 al suprimir la necesidad de formular ofertas indicativas con ocasión de la implementación del sistema, de modo que para formar parte de él no sea preciso formular oferta alguna, y estableciendo que el procedimiento para la adjudicación de los contratos específicos de un sistema dinámico se tramitase como una modalidad del procedimiento restringido. Ello, unido a que el plazo mínimo para la recepción de las ofertas es de tan sólo 10 días, hace de los sistemas dinámicos un instrumento tremendamente ágil que en un entorno de contratación electrónica



pretendía ser más atractivo para los órganos de contratación.

A lo anterior, se une que la DGRCC, siguiendo las recomendaciones de preferencia de los sistemas dinámicos de adquisición sobre los acuerdos marco realizadas por la CNMC, solicitó a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328.3.c) LCSP, informe acerca de la posibilidad de modificar el artículo 8 de la Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada, en el que se establece el procedimiento de adhesión a los sistemas de contratación centralizada para permitir que las Comunidades Autónomas, Entidades Locales, los organismos autónomos y entes públicos dependientes de ellas, así como el resto de entidades del sector público estatal no incluidas en el ámbito obligatorio de aplicación se pudieran adherir. De esta forma, desde el 6 de agosto de 2022, fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado la Orden HFP/761/2022, de 2 de agosto, todas estas entidades se puedan adherir, no sólo a los Acuerdos Marco, sino también a los Sistemas Dinámicos de Adquisición que celebre la DGRCC.

3. CENTRALES DE CONTRATACIÓN

El último de los instrumentos que prevé la LCSP para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos es la posibilidad de constituir centrales de contratación.

La Central de compras es definida en el artículo 2.1.16 de la DCP 2014 como *“un poder adjudicador que realiza actividades de compra centralizadas y, eventualmente, actividades de compra auxiliares.”* Asimismo, de la regulación establecida en el artículo 227 LCSP podemos



extraer que son servicios especializados que actúan *“adquiriendo suministros y servicios para otros entes del sector público, o adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos.”*

Con todo, en España, las centrales de contratación se han articulado generalmente como instrumentos para la administración de sistemas dinámicos de adquisición y celebración de acuerdos marco a través de los cuales los poderes adjudicadores puedan adquirir obras, suministros y servicios.

El artículo 228 LCSP desarrolla la creación de centrales de contratación por las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, limitándose a ordenar que han de ser creadas por acuerdo del Pleno; y estableciendo la posibilidad de adhesión a centrales ya creadas por otras entidades del sector público mediante los correspondientes acuerdos²². Al artículo anterior hay que sumar, en relación con las entidades locales, lo dispuesto en el párrafo 6 de la disposición adicional segunda, titulada «Competencias en materia de contratación en las Entidades Locales», que establece que: *“En los municipios de población inferior a 5.000 habitantes las competencias en materia de contratación podrán ser ejercidas por los órganos que, con carácter de centrales*

²² Posibilidad que el párrafo tercero del artículo 228 LCSP extiende también a los organismos y entidades dependientes de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades locales.



de contratación, se constituyan en la forma prevista en el artículo 228 de la presente Ley, mediante acuerdos al efecto." Igualmente, el apartado décimo de la disposición adicional tercera de la LCSP «Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales», permite a los entes locales adherirse también a las centrales de contratación que creen conforme a esta Ley las asociaciones de entidades locales; para lo cual se remite a la disposición adicional quinta de la LRBRL, cuyo primer párrafo establece que "Las Entidades Locales pueden constituir asociaciones, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de sus intereses comunes, a las que se les aplicará su normativa específica y, en lo no previsto en él, la legislación del Estado en materia de asociaciones." y continúa en su párrafo tercero "Conforme a lo previsto en el artículo 203 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público – referencia que debemos entender hecha al párrafo décimo de la DA 3ª LCSP –, estas asociaciones podrán crear centrales de contratación. Las Entidades Locales a ellas asociadas, podrán adherirse a dichas centrales para aquellos servicios, suministros y obras cuya contratación se haya efectuado por aquéllas, de acuerdo con las normas previstas en ese Texto Refundido, para la preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas."

Por último, el artículo 229 LCSP establece las bases del sistema estatal de contratación centralizada, a lo que el artículo 230 suma las especialidades en la adquisición centralizada de equipos y sistemas para el tratamiento de la información.

Las centrales de contratación son la herramienta por excelencia para optimizar recursos en materia de



contratación pública, ya que además de abaratar costes y utilizar economía de escala, evitan multiplicidad de recursos personales en la gestión de los expedientes²³. Así, es importante hacer hincapié en el doble objetivo de las centrales de contratación, en tanto que, por un lado, agilizan y simplifican la tramitación administrativa de los procedimientos de licitación y, por otro lado, como consecuencia de la agregación de la demanda, suponen un mayor ahorro en el gasto público debido a la obtención de mejores condiciones económicas por parte de los proveedores de la Administración,

En cualquier caso, debe destacarse que la agregación de la demanda no implica necesariamente la creación de una central de compras. Con el anterior TRLCSP surgió la duda de si dos Administraciones distintas podían licitar conjuntamente un acuerdo marco sin recurrir a una central de contratación; el artículo 219 de la LCSP aclara expresamente que *“uno o varios órganos de contratación del sector público podrán celebrar acuerdos marco [...]”*, resolviendo este debate doctrinal. En consecuencia, las disposiciones adicionales 27 y 31 de la LCSP parecen haber perdido utilidad. La primera se refería a la adquisición conjunta de medicamentos y productos sanitarios mediante acuerdos marco; la segunda recogía la disposición adicional trigésima segunda introducida en el TRLCSP por el Real Decreto-ley 4/2013, que permitía a la Dirección General del Servicio Público de Empleo

²³ BATET JIMENEZ, M.^a P., “Las centrales de contratación y los acuerdos marco como sistema para la racionalización de la contratación en la Administración local”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 15-16, La Ley, 2013.



Estatual y a los órganos de contratación de las comunidades autónomas (junto con sus organismos dependientes integrados en el Sistema Nacional de Empleo) formalizar acuerdos marco conjuntos para contratar servicios de intermediación laboral.

Son varios los ejemplos de centrales de contratación cuyo éxito ha sido indiscutible. En primer lugar, debemos mencionar el sistema estatal de contratación centralizada de cuya gestión se encarga la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación (en adelante DGRCC), entidad adscrita al Ministerio de Hacienda, a la que compete la elaboración de los pliegos, tramitación administrativa de los expedientes de contratación centralizada y funciones de secretaría del órgano de contratación del sistema estatal de contratación centralizada que es la Junta de Contratación Centralizada, entidad esta última que lleva a cabo *“las funciones de órgano de contratación del sistema estatal de contratación centralizada regulado en los artículos 229 y 230”* (art. 323.3 LCSP)²⁴. Sólo durante el año 2024, a través de la DGRCC se han formalizado un total de 4.315 contratos basados y específicos, por un importe superior a los mil quinientos millones de euros, además de 159 acuerdos de adhesión específica a los acuerdos marco y sistemas dinámicos vigentes.

Merece especial mención también la Central de Contratación creada por la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) en virtud de la posibilidad

²⁴ Además, la Junta Central de Contratación tiene su propia regulación en la Orden HAP/2834/2015, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Orden EHA/1049/2008.



abierta por el párrafo décimo de la DA 3ª de la LCSP y la disposición adicional quinta de la LRBRL permitiendo a las asociaciones de entidades locales crear centrales de contratación. Tiene más de 2.800 entidades adheridas, la mayoría de las cuales son entidades locales de poca población.

A nivel autonómico las centrales de contratación son muy utilizadas como órganos interdepartamentales para la contratación de suministros y servicios declarados de contratación centralizada y uso común. Así, por ejemplo, el Decreto 16/2012, de 20 de enero, del Consell creó la Central de Compras de la Generalitat Valenciana, adscrito a la Conselleria con competencias en materia de hacienda, con la finalidad de centralizar con carácter obligatorio la contratación de ciertos suministros y servicios de características homogéneas, y al cual se encuentran adscritos los diferentes departamentos de la Generalitat y sus entidades autónomas, así como los entes del sector público empresarial y fundacional de la Generalitat.

Por último, debemos mencionar otras iniciativas a menor escala para la racionalización de la contratación pública, como la del Servicio de Contratación Centralizada de la Diputación de Badajoz, que contiene una Central de Compras a través de la cual las entidades locales adheridas de población inferior a 20.000 habitantes de la provincia con medios limitados pueden encargar la gestión de sus procedimientos de contratación, lo cual adicionalmente permite la aplicación de economías de escala. En el mismo sentido se han creado centrales de



contratación por las diputaciones provinciales de Burgos, Alicante, Valencia, etc.

En cualquier caso, ante el solapamiento en muchos casos de diferentes centrales de contratación para la adquisición de servicios y suministros, hay que recordar que el artículo 228.3 LCSP establece que *“En ningún caso una misma Administración, ente u organismo podrá contratar la provisión de la misma prestación a través de varias centrales de contratación”*.

IV. PROBLEMÁTICA DE LA COLUSIÓN EN LOS ACUERDOS MARCO Y POSIBLES CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LA AGREGACIÓN DE LA DEMANDA

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha abogado por el uso de los sistemas dinámicos de adquisición frente a los acuerdos marco, dado que estos últimos incrementan el riesgo de colusión²⁵ entre

²⁵ El concepto de colusión en la contratación pública (también denominado «licitación colusoria») hace referencia a los acuerdos ilegales entre operadores económicos destinados a falsear la competencia en los procedimientos de adjudicación. La Oficina europea de lucha contra el fraude (OLAF) publicó un manual titulado «Fraude en la contratación pública: Recopilación de indicadores de alerta y mejores prácticas» elaborado sobre la base de las aportaciones de expertos de los Estados miembros con una sección dedicada a la colusión, en la que se proporciona una lista exhaustiva y muy detallada de «indicadores de alerta» y consejos para detectar la colusión en la fase previa a la licitación y en la fase de licitación. Otros organismos, como la OCDE o el Banco Mundial también han desempeñado una labor importante en relación con el problema de la colusión en la contratación pública.



los participantes al generar un entorno reducido y cerrado, en el que se conoce la identidad de los potenciales licitadores²⁶.

En su "Informe sobre los pliegos que rigen la celebración del acuerdo marco para la contratación de servicios de desarrollo de sistemas de administración electrónica" (INF/CNMC/004/15) la CNMC defiende la preferencia de utilizar los sistemas dinámicos de adquisición a los acuerdos marco en este concreto sector, argumentando que: *"... en los Acuerdos Marco se produce un cierre efectivo del mercado durante el periodo de duración del mismo, pues no existe la posibilidad de incorporación de otros operadores. Esta circunstancia constituiría una barrera de entrada a la licitación de los contratos en la "segunda fase" (contratos basados en el Acuerdo Marco). (...) Por lo tanto, el cierre del mercado favorecería claramente a operadoras incumbentes frente a nuevos entrantes, limitando la competencia efectiva. (...) Por todo ello, teniendo en cuenta además que **se** trata de un sector donde existe una oferta amplia y dinámica en el mercado, se recomienda plantearse la figura del Sistema Dinámico de Adquisición (SDA) dado su carácter abierto y no limitativo del número de potenciales operadores que concurren a las licitaciones."*

Respecto de la realización de prácticas colusorias, en un caso real relativo a campañas de publicidad institucional

²⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo*, DOUE C 91, 18.3.2021, pp. 1-28.



de la Administración General del Estado, la CNMC sancionó a cinco empresas y a tres de sus directivos por prácticas colusorias consistentes en el intercambio de información comercial sensible. El objetivo de esta conducta fue repartirse las adjudicaciones de los contratos derivados del Acuerdo Marco 50/2014, restringiendo así la competencia efectiva en el mercado de intermediación publicitaria en España.

Las prácticas ilícitas se desarrollaron entre diciembre de 2014 y mayo de 2016. Durante este periodo, las empresas implicadas coordinaron sus actuaciones con el fin de manipular el resultado de las licitaciones públicas, asegurando que cada una obtuviera determinados contratos previamente acordados.

La CNMC inició el expediente de oficio, a raíz de la evaluación de las licitaciones vinculadas a dicho Acuerdo Marco. Este análisis se originó tras una consulta previa formulada por la Junta de Contratación Centralizada del Ministerio de Hacienda, motivada por las quejas de dos licitadores que denunciaban posibles irregularidades. Las sospechas llevaron a la realización de inspecciones en las sedes de varias de las empresas implicadas en mayo de 2016, en las que se recabó documentación probatoria del intercambio de información y de la planificación de los repartos.

El caso ilustra cómo, incluso en procedimientos centralizados de contratación pública, la existencia de un marco contractual común no impide que se produzcan acuerdos ilícitos entre operadores económicos para alterar el resultado de las adjudicaciones, en perjuicio de la competencia y de los principios de igualdad y transparencia que deben regir la contratación pública.



Por otro lado, con carácter general, la centralización de la contratación pública supone la concentración de la demanda y unificación de múltiples procesos de licitación de menor volumen, los cuales favorecen la participación de pequeñas y medianas empresas (pymes) en la contratación pública, dado que los diferentes contratos son de dimensiones manejables y los requisitos de acceso más accesibles. De esta forma, la centralización de compras genera un efecto de exclusión competitiva de las pymes ya que los volúmenes de los contratos centralizados suelen ser tan elevados que resultan inalcanzables para pequeñas empresas, ya sea por su limitada capacidad de producción, por las exigencias financieras (aval, garantías, plazos de cobro) o por la complejidad administrativa de licitar en procesos de gran envergadura; y de concentración del mercado en grandes compañías. Como resultado, los actores locales quedan desplazados y pierden oportunidades de negocio que antes estaban a su alcance en un entorno descentralizado, lo que puede acabar debilitando el tejido productivo y reduciendo la resiliencia del mercado frente a crisis de suministro o disrupciones globales.

De esta forma, el análisis de un cambio de modelo hacia la centralización de las compras debe integrar no solo los beneficios inmediatos en términos de ahorro y eficiencia, sino también las consecuencias estructurales sobre la competencia, la diversidad empresarial y la sostenibilidad del tejido productivo. De esta forma, la implantación de sistemas de racionalización de la contratación pública debe seguir integrando herramientas como la división en lotes, la reserva de



contratos para pymes o criterios de impacto social y territorial para mitigar los riesgos derivados de la centralización de las compras.

V. TÉCNICAS DE RACIONALIZACIÓN Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Tanto los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición como, especialmente y, en general, el funcionamiento de las centrales de contratación, han de llevarse a cabo mediante herramientas electrónicas²⁷ que permitan presentar las ofertas en un formato estructurado y normalizado que permita su comparación y evaluación, con el objetivo de simplificar el proceso de contratación y, a su vez, favorecer la participación del mayor número de licitadores y permitir un mayor control y seguimiento de los mecanismos de contratación.

En este sentido, AUNA²⁸ es la aplicación puesta en marcha dentro del sistema de contratación centralizada

²⁷ Obligaciones en relación con la tramitación electrónica de los procedimientos de licitación establecidas ya, entre otros, en los Considerandos 52 y 63 de la Directiva 2014/24/UE, y desarrolladas, por todos, en MARTÍN DELGADO, I. (2017). Contratación pública y procedimiento administrativo común: una reflexión general sobre el uso obligado de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 147, págs. 10-17.

²⁸ Desde el 30 de junio de 2025 por resolución de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación por la que se sustituye conecta-centralización como herramienta única de gestión de acuerdos marco y de sistemas dinámicos de adquisición del sistema estatal de contratación centralizada.



por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación para la realización de las gestiones relacionadas con la contratación de productos y servicios disponibles en los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición en vigor por dicha entidad, tanto por parte de los organismos adheridos en relación con la realización de propuestas de adjudicación y gestión de contratos basados y específicos; como por parte de las empresas adjudicatarias de acuerdos marcos o sistemas dinámicos de adquisición del sistema estatal de contratación centralizada de la DGRCC, para la administración de la información y usuarios de la empresa, la gestión de posibles cambios en los productos adjudicados, así como el seguimiento y gestión de los procesos de contratación.

Del mismo modo, otras centrales de contratación, como la de la Diputación de Burgos, mantienen plataformas propias²⁹ que dan un soporte electrónico para las gestiones tanto de los municipios adheridos como a los empresarios dados de alta en el sistema.

Con todo, la aplicación de mecanismos de contratación electrónica ha supuesto en muchos casos la utilización de catálogos electrónicos que si bien, regulados en el art. 36 DCP 2014, no han sido objeto de transposición en el Derecho español por la LCSP, la cual no contiene ninguna referencia a los mismos.

En cualquier caso, la incorporación de mecanismos de contratación electrónica eficaces en los sistemas de

²⁹ Disponible en: <https://central.burgos.es/inicio.do>



racionalización de la contratación pública permite maximizar las ventajas de su implantación.

VI. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LAS ENTIDADES LOCALES Y SU RACIONALIZACIÓN

La nueva regulación introducida por la LCSP, cambiando la tradición española en materia de contratación pública, históricamente dirigida a la garantía de los intereses públicos dentro del contrato y a la defensa de las prerrogativas de la Administración pública en los mismos, lleva a cabo una renovación legislativa fundamentada en el ya asentado Derecho comunitario europeo de la contratación pública, cambiando los anteriores objetivos, por un lado, por la utilización de la contratación pública como instrumento para la implementación de las políticas nacionales y europeas – en todos sus diferentes ámbitos de regulación: medioambiental, social, de crecimiento económico, desarrollo, etc. – y, por otro lado, por la persecución en la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad, tal y como menciona el preámbulo de la Ley.

La adaptación de la LCSP y, por ende, la aplicación de los citados principios a la legislación propia de la Administración local, una vez derogada toda la normativa en materia de contratación administrativa local por la Disposición derogatoria de la citada norma, ha sido únicamente incorporar dos disposiciones adicionales segunda y tercera, repitiendo la fórmula usada ya por primera vez en la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y su



Disposición Adicional Segunda titulada: *"Normas específicas de contratación en las Entidades Locales"*; ello pese a que en el dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público que dio lugar a la citada norma dicho organismo ya defendió que sería preferible *"incluir una nueva división en la ley que en su rúbrica hiciese referencia a las especialidades de la contratación local y en la que figurase, desglosado en artículos, el contenido de la actual disposición adicional segunda"*, la cual además consideraba excesivamente larga. En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en el dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, relativo a la norma de 2017, defendiendo la conveniencia *"de ponderar si el contenido de estas disposiciones no debería integrar un título nuevo, relativo a las Entidades Locales"* lo cual, además *"facilitaría el manejo de la norma por el operador jurídico"*.

Con todo, finalmente las especialidades en materia de contratación pública local se introdujeron en la norma a través de sendas disposiciones adicionales: *"Disposición adicional segunda. Competencias en materia de contratación en las Entidades Locales"* y *"Disposición adicional tercera. Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales"*; aplicándose, en cualquier caso, ambas disposiciones con carácter de legislación básica por mandato de la Disposición final primera de la norma; así como el resto de la LCSP, encontrándose dentro del ámbito subjetivo de la Ley, de conformidad con el artículo 3.1 y por orden del apartado 1º de la Disposición adicional tercera, de conformidad



con el cual *“Las Administraciones Públicas locales aplicarán las reglas contenidas en esta Ley, con las especialidades que se recogen en la disposición adicional anterior y en la presente”*. Además de las disposiciones adicionales citadas, son muy pocas las menciones a la Administración Local que aparecen en el texto. Concretamente, en materia de racionalización, la LCSP únicamente hace referencia en el párrafo décimo de su DA 3ª ya mencionada, que permite a las entidades locales adherirse al sistema estatal de contratación centralizada y a las centrales de contratación de las Comunidades Autónomas y de otras Entidades Locales y a las creadas por asociaciones de entidades locales.

Complementando lo anterior subsisten algunos artículos de escasa importancia en otras normas de derecho local, como los artículos 111, 114 y 117 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local (TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

Con todo, la aplicación de los principios derivados de la actualización de la legislación estatal con la LCSP al Derecho comunitario europeo se enfrenta a importantes dificultades a la hora de su implementación práctica en las entidades locales, en gran medida como consecuencia de la insuficiente atención recibida por el legislador a la hora de adaptar esta normativa a la Administración local, especialmente en los municipios de menor población.

Entre los principales problemas podemos mencionar los siguientes:

1. La falta de recursos financieros. La escasez de medios económicos influye en la dificultad para llevar a cabo



procesos de contratación adecuados y competitivos, lo que redunda especialmente en una menor eficiencia en la contratación pública y, en ocasiones, en desequilibrio en la calidad-precio de la prestación contratada.

2. Ausencia de personal especializado. La formación y capacitación del personal encargado de la contratación, una materia compleja y en actualización constante, es a menudo insuficiente. Esto puede resultar en errores en la aplicación de la normativa y en la gestión de los contratos, y supone un obstáculo para la adaptación a las actualizaciones y cambios normativos, llevando a una aplicación inadecuada o tardía. Del mismo modo, da lugar a incumplimientos en la normativa aseguradora de los principios la transparencia y acceso a la información.
3. Complejidad de la tramitación administrativa. Las exigencias procedimentales inherentes a los procedimientos administrativos en materia de contratación pública – en gran medida derivadas del aspecto garantista de los principios de que se dota la contratación pública actual – en muchos casos pueden parecer desproporcionadas y poco prácticos para la envergadura de las necesidades a cumplir y para las capacidades de los entes locales, especialmente los de menor población. Todo ello, unido a la mencionada falta de personal especializado, redunda igualmente en retrasos y complicaciones en la gestión de la contratación pública y en incumplimiento de la normativa y de los principios generales de la contratación.



4. Falta de competencia y dependencia de proveedores locales. En localidades pequeñas el número de potenciales licitadores puede llegar a ser muy reducido, lo cual disminuye la competencia y crea cierta dependencia de los proveedores cercanos geográficamente existentes; los cuales, además, tienen dificultades para adaptarse a la normativa en materia de contratación pública y a la licitación electrónica. Asimismo, los operadores locales se pueden ver beneficiados por actuaciones de nepotismo derivadas de falta de transparencia o de control consecuencia de incumplimientos de la normativa, afectando a la calidad y coste de los servicios.

Para abordar estos problemas y conseguir una mayor eficacia en el cumplimiento de los principios y objetivos establecidos por la normativa comunitaria sobre contratación pública de las entidades locales, una solución a gran parte de los problemas planteados podría ser avanzar en la conclusión de acuerdos marco, la articulación de sistemas dinámicos de adquisición, y la implantación de centrales de contratación por parte de las Diputaciones Provinciales, las cuales en la configuración dada por la LCSP se constituyen como un *"instrumento de colaboración administrativa y de asistencia y cooperación jurídica y técnica con las entidades locales"*³⁰ incardinándose en el ejercicio de la competencia que tienen otorgadas respecto de la *"asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad"*

³⁰ CARBONERO GALLARDO, J. M. y CALLEJAS DÍEZ, J. L., "Las centrales de compras", en Contratación Administrativa Práctica, La Ley, julio 2013.



económica y de gestión” por el artículo 36.1.b) de la LRBRL.

No obstante, hay que reconocer que la implementación de los sistemas de racionalización de la contratación pública en las entidades locales se enfrenta a los mismos desafíos que su propia adaptación, con carácter general, a las prescripciones de esta Ley; por ello, en este sentido se hace igualmente necesario el papel de las Administraciones Públicas de mayor nivel, siendo de reconocer las iniciativas llevadas en este sentido por algunas Diputaciones Provinciales, ya mencionadas, así como por la DGRCC que, mediante la Orden HFP/761/2022, de 2 de agosto, modificó el artículo 8 de la Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada, para permitir que las Comunidades Autónomas, Entidades Locales, los organismos autónomos y entes públicos dependientes de ellas, así como el resto de entidades del sector público estatal no incluidas en el ámbito obligatorio de aplicación, se puedan adherir, a partir de ahora, no sólo a los acuerdos marco, sino también a los sistemas dinámicos de adquisición que celebre la Dirección General dentro del sistema estatal de contratación centralizada.

VII. CONCLUSIONES

La racionalización de la contratación pública, a través de la trasposición de las Directivas comunitarias con la Ley 9/2017, es una realidad en nuestro país, y se configura como una herramienta clave para garantizar una utilización más eficiente y coherente de los recursos



públicos, tanto personales como materiales, de las administraciones públicas, ello a través de procedimientos transparentes tramitados de forma electrónica, alineados con las exigencias comunitarias.

Los acuerdos marco constituyen el instrumento más utilizado en nuestro país, especialmente en el ámbito estatal, debido a la agilidad que aportan en la adjudicación de contratos basados. Sin embargo, su carácter cerrado limita la entrada de nuevos operadores económicos y, como ha señalado la CNMC, puede favorecer riesgos de colusión y reducción de la competencia.

Por su parte, los sistemas dinámicos de adquisición representan un mecanismo más flexible y abierto, pues permiten la incorporación continua de licitadores y están orientados a la adquisición de bienes y servicios de uso corriente. Pese a ello, su implantación en España sigue siendo residual, a pesar de las ventajas que ofrece en términos de competencia y dinamismo.

Por último, las centrales de contratación se han consolidado como el instrumento más eficaz para aprovechar economías de escala y optimizar recursos, a través de ellas se puede canalizar la formalización de acuerdos marco e implantación de sistemas dinámicos de adquisición. El ejemplo de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, así como de diversas diputaciones provinciales y de la FEMP, demuestran que este modelo facilita la tramitación de los procedimientos de contratación pública y supone un importante ahorro de costes derivado, por un lado, de la obtención de ofertas económicamente más ventajosas por la agregación de la demanda y, por otro lado, por



una mayor eficiencia de los recursos personales destinados a la gestión de los expedientes.

No obstante, la aplicación de estos sistemas de racionalización de la contratación pública se sigue enfrentando a muchas dificultades, especialmente en lo que se refiere a entidades locales de poco tamaño, derivadas de la falta de recursos financieros, carencia de personal especializado y complejidad normativa. Estas limitaciones explican el escaso uso de los instrumentos de racionalización en la esfera municipal, lo que provoca una aplicación desigual de la LCSP en función del nivel de la Administración.

Del mismo modo, la implantación de sistemas de racionalización de la contratación pública conlleva importantes riesgos como la exclusión de las pymes o la concentración del mercado que, a medio y largo plazo pueden derivar en una dependencia excesiva en proveedores concretos o suponer un importante impacto en el tejido productivo local.

En definitiva, la racionalización de la contratación pública puede ser una herramienta vital para garantizar la eficiencia del gasto público; si bien, su éxito depende de múltiples factores, como la incorporación de mecanismos que permitan evitar los riesgos que su utilización entraña, así como el establecimiento de centrales de contratación como fórmulas de cooperación interadministrativa que permitan superar las limitaciones formales para el establecimiento de sistemas de racionalización en las Administraciones más limitadas.



VIII. BIBLIOGRAFÍA

BATET JIMENEZ, M.^a P., "Las centrales de contratación y los acuerdos marco como sistema para la racionalización de la contratación en la Administración local", en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 15-16, La Ley, 2013.

CARBONERO GALLARDO, J. M. y CALLEJAS DÍEZ, J. L., "Las centrales de compras", *Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, julio 2013.

CID VILLAGRASA, BLANCA. "La racionalización técnica de la Contratación: Título II, del Libro III, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público". *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, ISSN-e 2951-665X, ISSN 1575-5312, nº 22, 2010, págs. 195-226

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo*, DOUE C 91, 18.3.2021, pp. 1-28.

GALLEGO CÓRCOLES, I.: «La racionalización técnica de la contratación: aspectos prácticos», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 120, La Ley, 2012.

GÓNZALEZ SANFIEL, ANDRÉS M.: «Acuerdos marco», en *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MAÑES MARTÍNEZ, E., "La defensa de la competencia en la contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos", *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2014*



núm. 6, Institución Fernando El Católico, Zaragoza, 2015.

MARTÍN DELGADO, I. Contratación pública y procedimiento administrativo común: una reflexión general sobre el uso obligado de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 147, págs. 10-17.

MORENO MOLINA J.A. «Las últimas reformas legislativas en materia de contratos públicos y el futuro próximo. Crónica de una avalancha normativa», *Observatorio de contratos públicos*, 2011.

MORENO MOLINA, J.A. «La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Aragonesa de Administración Pública. Monografía: Los contratos del Sector Público*, año 2008, págs. 49-86.

MOREO MARROIG, T.: «Racionalización y acuerdos marco», en Gimeno Feliu (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, p. 1515.

PALMA FERNÁNDEZ, J. L. (2021). El acuerdo marco como contrato de contratos. Su resolución por incumplimiento. *Revista de Administración Pública*, 216, págs. 323-343.

SÁNCHEZ GRAELLS, A., "Una visión crítica de la Guía sobre contratación pública y competencia publicada por la CNC", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 21, La Ley, mayo-junio 2011.



Dictamen relativo a la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario: lex artis y pérdida de oportunidad

D^a Ruth Bautista Fernández

Abogada. Asesora jurídica criminología. Especializada
en cuestiones de género

Resumen: Este Trabajo de Fin de Máster analiza la responsabilidad patrimonial sanitaria por el retraso en el diagnóstico de un tumor ovárico, partiendo de un supuesto ficticio con importantes implicaciones jurídicas y sociales.

Se estudia la vulneración de la lex artis ad hoc por la falta de realización oportuna de pruebas diagnósticas, que derivó en daños físicos, psicológicos y morales irreparables debido a una cirugía radical. Se aplican principios clave como la pérdida de oportunidad, fundamentándose en normativa relevante (Ley de Expropiación Forzosa, Constitución Española, Leyes 39/2015 y 40/2015), jurisprudencia del Tribunal Supremo y dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.



Además, se incluye una perspectiva de género, analizando cómo este retraso afectó específicamente a la paciente como mujer, particularmente en su salud reproductiva y proyecto vital. Finalmente, se concluye motivadamente la procedencia de indemnizar a la paciente por los daños sufridos.

Palabras clave: Responsabilidad patrimonial sanitaria, lex artis ad hoc, pérdida de oportunidad, retraso diagnóstico, perspectiva de género, Consejo Consultivo, daño antijurídico, salud reproductiva, jurisprudencia, indemnización.

Abstract: This Master's Thesis analyzes public healthcare liability due to delayed diagnosis of an ovarian tumor, using a hypothetical case with significant legal and social implications. It addresses the breach of the lex artis ad hoc resulting from the failure to perform appropriate diagnostic tests despite clear symptoms, ultimately requiring radical surgery with irreparable physical, psychological, and moral damages.

The study applies fundamental principles such as "loss of opportunity," referencing key legislation (Spanish Constitution, Compulsory Expropriation Act, Laws 39/2015 and 40/2015), Supreme Court jurisprudence, and advisory opinions from the Consultative Council of Castilla-La Mancha. A gender perspective emphasizes the specific harm to the patient's reproductive health and life plan. Finally, the thesis concludes with a reasoned proposal advocating compensation for damages suffered.



Keywords: Public healthcare liability, Delayed diagnosis, Lex artis ad hoc, Loss of opportunity, Gender perspective, Reproductive health, Compensation, Spanish legislation, Supreme Court jurisprudence, Consultative Council of Castilla-La Mancha.

Objetivos

El presente trabajo tiene como finalidad principal analizar la responsabilidad patrimonial sanitaria derivada del retraso en el diagnóstico de enfermedades graves, aplicando los principios jurídicos y doctrinales que fundamentan esta figura dentro del Derecho Administrativo. Para lograr este objetivo general, se proponen los siguientes objetivos específicos:

2.1. Identificar el marco jurídico aplicable

El presente trabajo tiene como objetivo establecer un marco normativo claro y detallado que permita analizar los fundamentos legales de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. Para ello, se abordarán las siguientes normas clave:

1. Ley de Expropiación Forzosa: Aunque su ámbito principal está relacionado con la privación forzosa de bienes o derechos por razones de utilidad pública o interés social, el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa (1954) establece principios que han influido en la configuración del régimen general de responsabilidad patrimonial. Este artículo, vigente en la actualidad, establece que los daños ocasionados por actos administrativos deberán ser indemnizados, siempre que cumplan con los requisitos de antijuridicidad, relación de causalidad y evaluación económica. Esta norma sirve como antecedente histórico y complementa el análisis de



los principios recogidos en la Constitución y la legislación específica.

2. El artículo 106.2 de la Constitución Española: Este precepto constitucional garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Su carácter objetivo establece que no es necesario demostrar culpa o dolo por parte de la Administración, sino únicamente acreditar el daño y su relación causal con el servicio público.

3. La Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público: Esta norma desarrolla los principios del artículo 106.2 de la Constitución y establece los requisitos sustantivos para que proceda la

responsabilidad patrimonial. En particular, el artículo 32 detalla los elementos que deben concurrir para que el afectado pueda reclamar indemnización: daño efectivo, antijurídico y evaluable económicamente; ausencia de deber de soportarlo; y relación causal directa entre el daño y el funcionamiento del servicio público.

4. La Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: Esta ley regula el procedimiento administrativo aplicable a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, asegurando que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos de manera transparente y efectiva. Entre sus disposiciones clave se encuentran las relativas a la instrucción del procedimiento, el trámite de audiencia, los plazos de resolución, y la obligatoriedad de consultar



a órganos competentes como los Consejos Consultivos cuando se superan ciertos umbrales económicos.

5. Normativa sanitaria específica de Castilla-La Mancha: Dado que la competencia sanitaria está transferida a la comunidad autónoma, es imprescindible considerar la Ley 8/2000, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, y el Decreto 22/2007, de la Carta de Derechos y Deberes de los Pacientes. Estas normas establecen los estándares de calidad y los derechos de los pacientes en el ámbito sanitario regional, así como los deberes de las Administraciones públicas de garantizar una atención adecuada conforme a la *lex artis ad hoc*.

2.2. Analizar los principios jurídicos clave

El trabajo tiene como objetivo profundizar en los principios doctrinales y jurisprudenciales que resultan esenciales para determinar la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, tales como:

- La infracción de la *lex artis ad hoc*, que exige ajustar la actuación médica a los estándares profesionales aceptados.
- El principio de pérdida de oportunidad, aplicable cuando la falta de diligencia médica priva al paciente de opciones razonables de mejora o curación.

Se estudiará la aplicación de estos principios a través de jurisprudencia relevante del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, así como de dictámenes emitidos por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

2.3. Exponer y resolver un supuesto de hecho práctico



El objetivo central del trabajo es aplicar los conocimientos teóricos y normativos a un supuesto de hecho ficticio basado en una problemática real: el retraso en el diagnóstico de un tumor ovárico en una mujer joven, que derivó en daños físicos irreversibles y una pérdida de oportunidad para un tratamiento temprano.

Este supuesto permitirá:

- Describir los hechos y contextualizar las circunstancias en las que se produjo el retraso diagnóstico.
- Analizar si la actuación médica se ajustó a la *lex artis ad hoc* y determinar si existió un funcionamiento anormal del servicio público sanitario.
- Evaluar la concurrencia de una relación de causalidad directa entre el retraso diagnóstico y las consecuencias sufridas por la paciente.
- Proponer una resolución del caso basada en el marco normativo, doctrinal y jurisprudencial estudiado.

2.4. Valorar las implicaciones jurídicas y sociales del caso

Por último, el trabajo pretende reflexionar sobre las consecuencias jurídicas y sociales de los casos de responsabilidad patrimonial sanitaria, poniendo énfasis en:

- La protección de los derechos de los pacientes y el deber de las Administraciones Públicas de garantizar una atención sanitaria de calidad.



- La importancia de aplicar de manera efectiva los protocolos clínicos y las buenas prácticas médicas para evitar situaciones similares.
- El impacto que tiene la pérdida de oportunidad en el proyecto vital de los afectados, especialmente en casos como el presente, donde se vulneró la capacidad reproductiva de la paciente.

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Contextualización del dictamen

El presente dictamen jurídico se enmarca en el análisis de la responsabilidad patrimonial sanitaria, dentro del Derecho Administrativo español. La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es un principio recogido en la Constitución Española (art. 106.2), que garantiza el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por daños sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en este caso, los servicios de salud. En un contexto donde la asistencia sanitaria es crucial para la vida y bienestar de las personas, la administración debe cumplir con estándares adecuados, y su falta o mal funcionamiento puede generar responsabilidad patrimonial. El presente trabajo busca abordar este tema mediante un análisis profundo de un supuesto práctico que refleja las consecuencias de un retraso en el diagnóstico médico.

1.2. Responsabilidad patrimonial sanitaria

La responsabilidad patrimonial sanitaria ha permitido el desarrollo de conceptos jurídicos específicos como la infracción de la *lex artis ad hoc*, que refiere a la negligencia médica al no seguirse las reglas de buena



praxis, y la pérdida de oportunidad, que alude a los daños derivados de no haber brindado un tratamiento oportuno y adecuado que pudiera haber mejorado el pronóstico del paciente. En el ámbito sanitario, estos principios son esenciales para determinar cuándo la administración debe responder económicamente por los daños causados a los pacientes. La literatura y jurisprudencia que han emergido en torno a estos conceptos, particularmente en casos de negligencia médica y retrasos en diagnósticos, servirán de base para el análisis que se llevará a cabo.

1.3. Relevancia del caso

El caso ficticio planteado en este trabajo resulta altamente relevante debido a la situación crítica que se deriva de un retraso prolongado en el diagnóstico de una enfermedad grave. Este tipo de situaciones, aunque ficticias en el presente caso, están lamentablemente bien documentadas en la práctica real y generan graves consecuencias tanto físicas como psicológicas para los

afectados. En este trabajo se tomará como referencia dos dictámenes recientes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, los dictámenes 124/2024 y 115/2022, que examinan retrasos en diagnósticos y la aplicación de los principios antes mencionados.

II. SUPUESTO DE HECHO

2.1. Descripción del caso

El presente supuesto de hecho se centra en una mujer de 32 años, en plena etapa fértil y sin hijos, que acudió en varias ocasiones a los servicios médicos públicos



debido a un dolor abdominal y pélvico persistente. En sus primeras visitas, su médico de Atención Primaria atribuyó los síntomas a dismenorrea, vinculada a irregularidades en su ciclo menstrual, y a dolores musculares, supuestamente derivados del estrés y de una vida sedentaria. Se limitaron a pautarle analgésicos y antiinflamatorios, sin realizarle pruebas diagnósticas complementarias que pudieran confirmar o descartar otras patologías.

Con el paso de los meses, el dolor comenzó a intensificarse, extendiéndose hacia la zona lumbar y acompañándose de fatiga crónica, distensión abdominal y episodios de sangrado irregular. A pesar del evidente empeoramiento de su estado, los síntomas continuaron siendo tratados de forma superficial y sintomática. Durante este tiempo, la paciente volvió en repetidas ocasiones a la consulta de Atención Primaria y, en varias ocasiones, a los servicios de urgencias, donde se mantuvo el diagnóstico inicial sin considerar la realización de pruebas más concluyentes, como una ecografía pélvica o una resonancia magnética.

Finalmente, tras un episodio de dolor incapacitante que le impidió continuar con su rutina diaria, la paciente acudió nuevamente a urgencias, donde, ante la gravedad de los síntomas, se decidió realizarle una resonancia magnética urgente. Los resultados evidenciaron la presencia de un tumor ovárico avanzado, que había crecido de forma invasiva, comprometiendo órganos circundantes como el útero y las trompas de Falopio.

2.2. Pruebas y evidencias

A lo largo del procedimiento médico, la historia clínica de la paciente refleja de forma nítida el reiterado error



diagnóstico y la falta de realización de pruebas complementarias en el momento oportuno. Durante más de seis meses, la paciente acudió a su médico de Atención Primaria con síntomas recurrentes, mientras los facultativos continuaron emitiendo diagnósticos

erróneos sin llevar a cabo ninguna prueba de imagen que pudiera confirmar o descartar patologías graves.

Un análisis posterior del caso, a través de informes periciales médicos, evidenció que si se hubiese actuado conforme a la *lex artis ad hoc*, es decir, a los estándares médicos exigibles, habría sido posible detectar el tumor en sus fases iniciales mediante pruebas tan accesibles como una ecografía transvaginal o una TAC pélvica. De haberse realizado estas pruebas, se podría haber intervenido con tratamientos menos agresivos y, sobre todo, se habría preservado la capacidad reproductiva de la paciente.

Los especialistas en ginecología y oncología concluyen en sus valoraciones que existió una pérdida de oportunidad evidente, al no haberse agotado los medios diagnósticos disponibles a tiempo. El retraso en la detección permitió que el tumor creciera de manera descontrolada, provocando un daño irreversible.

2.3. Consecuencias del retraso diagnóstico

El retraso en el diagnóstico tuvo consecuencias devastadoras para la paciente. En el momento en que se detectó finalmente el tumor, este ya había invadido órganos circundantes, lo que hizo necesaria una cirugía radical. Los cirujanos tuvieron que practicarle una histerectomía completa, con extirpación de los ovarios,



útero y trompas de Falopio, eliminando toda posibilidad de concebir hijos de manera natural.

Más allá de las secuelas físicas derivadas de la intervención y del posterior tratamiento con quimioterapia y radioterapia, la paciente sufrió un impacto psicológico considerable. Los informes periciales psiquiátricos evidencian la aparición de un trastorno depresivo reactivo, asociado al trauma emocional de haber perdido su capacidad reproductiva y de enfrentarse a un tratamiento agresivo que debilitó significativamente su salud general.

Por último, la calidad de vida de la paciente quedó severamente afectada. Las secuelas físicas, como la fatiga crónica, molestias abdominales persistentes y la cicatriz quirúrgica, limitan su día a día, tanto en el ámbito laboral como personal. La pérdida de oportunidad derivada del retraso diagnóstico no solo truncó su salud física, sino también su proyecto vital, generando un daño moral y emocional de gran magnitud.

III. MARCO NORMATIVO

3.1. Constitución Española: artículo 106.2 y su relación con el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa

El artículo 106.2 de la Constitución Española establece que "los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Este precepto consagra el principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, configurándolo como un derecho subjetivo de los ciudadanos frente a la Administración.



- Naturaleza objetiva del régimen de responsabilidad patrimonial

La doctrina y la jurisprudencia han señalado que esta responsabilidad es de carácter objetivo, es decir, no requiere prueba de dolo o culpa por parte de la Administración. Basta con que se acredite un daño efectivo, antijurídico y una relación causal directa entre el daño y el funcionamiento del servicio público.

- Relación con el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa.

El artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa (1954) establece que “las lesiones que sufra un particular en sus bienes o derechos como consecuencia de actos administrativos que no se deban soportar conforme a la Ley serán indemnizadas”. Aunque inicialmente diseñado para situaciones específicas de expropiación, este artículo sirve como antecedente histórico y doctrinal del régimen de responsabilidad patrimonial que posteriormente se consolidó en el artículo 106.2 de la Constitución.

Este precepto refuerza dos principios clave en el ámbito de la responsabilidad administrativa:

1. Antijuridicidad del daño: El daño debe ser evaluable económicamente y no estar justificado legalmente. En el caso de la asistencia sanitaria, esto se traduce en que un diagnóstico tardío o una actuación médica negligente que vulnere los estándares de la *lex artis ad hoc* configura un daño antijurídico indemnizable.



2. Relación causal: El daño sufrido debe ser consecuencia directa e inmediata de la actuación administrativa, ya sea por acción u omisión. En el ámbito sanitario, este principio cobra especial relevancia en casos de retrasos en diagnósticos o tratamientos.

Aplicación en el ámbito sanitario: En el contexto sanitario, estos principios adquieren una dimensión crucial. El funcionamiento anormal del servicio público, como la falta de realización de pruebas diagnósticas oportunas, puede generar un daño que no tiene el deber de ser soportado por el paciente, configurando así un caso de responsabilidad patrimonial.

Por tanto, la combinación del artículo 106.2 de la Constitución y el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa forma un marco normativo sólido que respalda las reclamaciones de los ciudadanos frente a la Administración cuando esta no actúa con la diligencia y estándares exigibles en la prestación de los servicios públicos.

3.2. Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (artículo 32 y siguientes)

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, regula la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y constituye la normativa fundamental en el desarrollo del artículo 106.2 de la Constitución Española. Es en su artículo 32 donde se establecen los presupuestos y principios esenciales para que un particular pueda reclamar una indemnización como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.



El artículo 32.1 consagra el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- Que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.
- Que el daño no derive de un deber jurídico de soportarlo por parte del afectado.
- Que exista relación causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público.

Este régimen de responsabilidad patrimonial se configura como objetivo, lo que significa que no es necesario demostrar culpa o dolo por parte de la Administración. Basta con acreditar que el daño sufrido deriva directa y exclusivamente del funcionamiento del servicio público, como ocurre en casos de retraso en el diagnóstico dentro del ámbito sanitario.

1. Principio de daño antijurídico

La doctrina ha consolidado que el daño debe ser antijurídico, es decir, que el afectado no tenga el deber de soportarlo conforme a la normativa vigente. En el caso de la asistencia sanitaria, un retraso en el diagnóstico o tratamiento que incumpla los estándares exigidos por la *lex artis ad hoc* puede derivar en un daño antijurídico indemnizable.



2. La relación de causalidad

El artículo 32.3 de la Ley 40/2015 señala que será necesario probar una relación causal directa e inmediata entre el daño producido y la actuación administrativa. En el ámbito sanitario, esto significa acreditar que la demora en el diagnóstico ha sido determinante en el agravamiento de la patología y en la imposibilidad de aplicar tratamientos menos invasivos o preservar la salud del paciente.

3. Aplicación en el ámbito sanitario

En el contexto sanitario, la Ley 40/2015 se aplica especialmente en casos de mal funcionamiento del servicio público, como errores diagnósticos, retrasos en la atención médica o falta de medios adecuados. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha matizado que la responsabilidad no convierte a la Administración en aseguradora universal de la salud de los pacientes, pero sí exige que actúe con la diligencia y estándares médicos razonablemente exigibles.

Por lo tanto, cuando se acredita que el retraso en la actuación médica ha vulnerado la *lex artis ad hoc* y ha supuesto una pérdida de oportunidad para el paciente, se configura el supuesto de responsabilidad patrimonial, dando lugar al derecho a una indemnización, tal y como desarrollaremos más adelante en el análisis del caso.

3.3. Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, regula el procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, garantizando los derechos de los ciudadanos y



estableciendo las fases y principios fundamentales que rigen cualquier actuación administrativa.

Relevancia en la Responsabilidad Patrimonial

En los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial, la Ley 39/2015 establece las normas que deben seguirse para su tramitación:

- **Iniciación del procedimiento (art. 65):** Puede iniciarse de oficio o a instancia del interesado. En el caso de retrasos diagnósticos, suele ser a instancia del afectado.
- **Instrucción del procedimiento (art. 77 y ss.):** Durante esta fase, se recaban las pruebas necesarias (historial clínico, informes periciales) para demostrar la existencia del daño, la relación causal y la antijuridicidad del mismo. En la fase de instrucción es preceptivo, y tiene un relevante papel, el informe emitido por el servicio administrativo al que se imputa el resultado lesivo.
- **Trámite de audiencia (art. 82):** Garantiza que los interesados puedan conocer el expediente y formular alegaciones antes de la resolución.
- **Intervención de los órganos consultivos** para que emitan el dictamen correspondiente cuando las reclamaciones superan los umbrales económicos establecidos para su exigencia (15.001 euros en CLM, Ley 11/2003). Ello ocurre en la mayoría de los casos



que generan responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario.

- Resolución (art. 91): La Administración debe resolver de manera motivada en un plazo máximo de 6 meses. El silencio administrativo en estos casos es desestimatorio.

La Ley 39/2015 otorga seguridad jurídica y transparencia en la resolución de las reclamaciones. El cumplimiento de los plazos, la recopilación adecuada de pruebas y el respeto al derecho de audiencia son elementos clave para evitar nulidades o indefensión en el proceso. Por tanto, en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, el procedimiento administrativo común es la vía que garantiza que las reclamaciones por retrasos diagnósticos sean estudiadas y resueltas conforme a derecho.

3.4. Normativa sanitaria aplicable en Castilla-La Mancha

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, además de la normativa estatal, es necesario tener en cuenta la normativa autonómica específica de Castilla-La Mancha, ya que las competencias en materia de sanidad están transferidas a la comunidad autónoma conforme al artículo 149.1.16 de la Constitución Española y al Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

1. Ley 8/2000, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha

Esta ley establece el marco general de organización y funcionamiento del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM). Entre sus objetivos se encuentran la prestación de una atención sanitaria integral y de



calidad, así como garantizar la protección de los derechos de los pacientes. La ley refuerza el deber de la Administración sanitaria de actuar conforme a la *lex artis ad hoc* y con la diligencia debida, principios esenciales en la determinación de responsabilidad patrimonial.

2. Decreto 22/2007, de Carta de Derechos y Deberes de los Pacientes.

Este decreto reconoce los derechos de los ciudadanos en relación con el sistema sanitario público, incluyendo:

- El derecho a una atención médica adecuada.
- El acceso a información veraz sobre su estado de salud.
- El derecho a que los procedimientos diagnósticos y terapéuticos se realicen de acuerdo con los estándares científicos y técnicos actualizados.

El incumplimiento de estos derechos, como en los casos de retraso diagnóstico que generan daño, puede derivar en la exigencia de responsabilidad patrimonial.

3. Protocolos y guías clínicas

El SESCAM dispone de protocolos específicos y guías clínicas que establecen las buenas prácticas médicas en diagnósticos y tratamientos. Estos documentos son fundamentales para determinar si la actuación sanitaria ha seguido la *lex artis ad hoc*. En casos de retraso diagnóstico, la no aplicación de estos protocolos puede evidenciar un funcionamiento anormal del servicio.



4. Aspecto orgánico y competencial

La resolución de los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria en Castilla-La Mancha recae en el Consejero o Consejera de Sanidad, en su calidad de órgano competente. Esta competencia deriva de la distribución de funciones establecida por la normativa autonómica y la Ley 39/2015, que regula el procedimiento administrativo común.

El procedimiento administrativo incluye los siguientes aspectos:

- **Intervención del Consejo Consultivo:** En Castilla-La Mancha, es preceptivo solicitar el dictamen del Consejo Consultivo cuando la cuantía de la reclamación supera los 15.001 euros, conforme a la Ley 11/2003, de Creación del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Aunque este dictamen no es vinculante, su análisis técnico-jurídico es fundamental para la resolución del caso.
- **Competencia del Consejero o Consejera de Sanidad:** Corresponde a este órgano resolver de manera motivada sobre la procedencia o no de la indemnización, asegurando que la decisión esté fundamentada en los principios de legalidad, *lex artis ad hoc* y pérdida de oportunidad.

Así, la normativa autonómica no solo establece los derechos de los pacientes y las obligaciones de la Administración sanitaria, sino que también determina las competencias y procedimientos que deben seguirse para resolver reclamaciones de responsabilidad patrimonial en Castilla-La Mancha. La correcta aplicación de estos



principios es esencial para garantizar que las decisiones adoptadas respeten los derechos de los ciudadanos y la seguridad jurídica.

3.5. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores sobre responsabilidad patrimonial sanitaria

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia ha sido clave en el desarrollo de la responsabilidad patrimonial sanitaria, especialmente en casos de retraso diagnóstico, errores médicos y vulneración de la *lex artis ad hoc*. A continuación, se analizan sentencias relevantes que establecen los criterios aplicados.

1. Infracción de la Lex Artis Ad Hoc

El principio de *lex artis ad hoc* obliga a los profesionales médicos a actuar conforme a los estándares de la práctica médica aceptados en el momento del acto sanitario. Cuando se vulnera este principio y el paciente sufre un daño, la Administración es responsable.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2010 (recurso 5931/2006): El Tribunal Supremo condenó a la Administración sanitaria por no realizar las pruebas diagnósticas necesarias en un paciente con síntomas graves, retrasando el diagnóstico de un tumor. El tribunal señaló que la falta de diligencia y la ausencia de pruebas complementarias supusieron un funcionamiento anormal del servicio público, lo que generó responsabilidad patrimonial.



- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 11 de mayo de 2022: En un caso de retraso diagnóstico de una enfermedad oncológica, el TSJ condenó al SESCAM por no realizar pruebas de imagen pese a los síntomas persistentes. La sentencia destacó que el retraso en la detección impidió aplicar tratamientos menos agresivos, causando un agravamiento del daño.

2. Pérdida de Oportunidad

El principio de pérdida de oportunidad es clave en la responsabilidad sanitaria cuando una actuación médica tardía o incorrecta priva al paciente de posibilidades razonables de curación o mejora.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2014 (recurso 2802/2012):

El Tribunal reconoció la pérdida de oportunidad en un caso donde el retraso en el diagnóstico de un ictus impidió aplicar un tratamiento trombolítico. Se declaró la responsabilidad patrimonial, aunque no se pudo acreditar que el daño final (secuelas graves) hubiera sido completamente evitable. La indemnización se moduló atendiendo al grado de probabilidad perdido.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 27 de enero de 2023:

La sentencia analizó un caso en el que un retraso de cinco meses en la realización de una biopsia provocó que un cáncer inicial pasara a una etapa avanzada. El tribunal determinó que la Administración vulneró la *lex artis* y generó una pérdida de oportunidad significativa, dado que un diagnóstico precoz habría posibilitado una



intervención menos invasiva y mejores perspectivas de supervivencia.

3. Criterios de Imputación y Daño Antijurídico

La jurisprudencia insiste en la necesidad de acreditar el nexo causal directo entre la actuación sanitaria y el daño sufrido, así como la antijuridicidad del daño, es decir, que el paciente no tenga el deber legal de soportarlo.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016 (recurso 4025/2014): El Tribunal destacó que no toda complicación médica genera responsabilidad patrimonial; es necesario demostrar que el daño fue causado por un funcionamiento anormal del servicio. En este caso, la falta de pruebas diagnósticas razonables y adecuadas llevó a condenar a la Administración.

Como conclusión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores ha consolidado los siguientes principios en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria:

1. La vulneración de la lex artis ad hoc como base para la responsabilidad.
2. La pérdida de oportunidad como criterio para indemnizar daños derivados del retraso diagnóstico.
3. La necesidad de probar la relación causal entre el daño y la actuación sanitaria.

Estos pronunciamientos judiciales ofrecen un marco claro y sólido para abordar casos como el presente, en el



que el retraso en el diagnóstico de un tumor generó consecuencias irreparables.

IV. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

4.1. Principio de infracción de la lex artis ad hoc

El principio de lex artis ad hoc constituye uno de los pilares fundamentales en la valoración de la responsabilidad patrimonial sanitaria. Se refiere a la adecuación de la actuación médica a los estándares exigibles en el momento del acto sanitario, conforme a los conocimientos científicos y técnicos existentes. La doctrina y jurisprudencia han consolidado que la infracción de este principio se produce cuando la actuación del profesional no se ajusta a las normas de buena praxis, generando un daño al paciente.

En este sentido, la lex artis ad hoc no implica un resultado óptimo, sino la obligación de emplear todos los medios y procedimientos disponibles de forma razonable y diligente. Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, el médico no es garante absoluto de la salud del paciente, pero sí está obligado a adoptar las medidas necesarias para cumplir con los estándares aceptados.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que:

- La vulneración de la lex artis debe valorarse atendiendo a las circunstancias particulares del caso concreto.
- Es clave determinar si existieron omisiones en los diagnósticos, pruebas complementarias o tratamientos médicos que hubieran permitido una actuación más eficaz y oportuna.



En el caso de retraso en el diagnóstico, como el supuesto planteado en este trabajo, la infracción de la *lex artis ad hoc* se manifiesta cuando no se realizan las pruebas complementarias necesarias a tiempo, permitiendo que la enfermedad avance y se generen daños mayores. Esta vulneración no solo puede derivar en un diagnóstico tardío, sino también en un tratamiento más agresivo y un peor pronóstico para el paciente, configurando así la responsabilidad patrimonial de la Administración.

4.2. Principio de pérdida de oportunidad

El principio de pérdida de oportunidad es otro de los elementos clave en la responsabilidad patrimonial sanitaria. Este concepto hace referencia a la privación de una posibilidad razonable de obtener un resultado más favorable para el paciente si la actuación médica hubiese sido adecuada.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aclarado que no se exige demostrar que el daño final habría sido evitado con certeza, sino que debe acreditarse que la actuación diligente habría aumentado las probabilidades de un mejor pronóstico o menor daño. Por tanto, la pérdida de oportunidad no se centra en el daño final, sino en la probabilidad frustrada de evitarlo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2014 es un ejemplo paradigmático, al establecer que la falta de realización de pruebas diagnósticas privó al paciente de recibir un tratamiento adecuado en fases iniciales, lo que agravó su estado de salud. Esta doctrina es especialmente relevante en casos de retraso diagnóstico, donde el daño sufrido no deriva



exclusivamente de la enfermedad subyacente, sino de la falta de intervención médica en el momento adecuado.

En el supuesto de hecho planteado, la pérdida de oportunidad se configura por la demora en la detección del tumor ovárico. De haberse realizado las pruebas pertinentes (como ecografías o TAC) en una fase temprana, el tumor podría haberse diagnosticado en un estadio inicial, permitiendo un tratamiento menos agresivo y preservando la capacidad reproductiva de la paciente.

4.3. Perspectiva de género

La cuestión de género es un elemento fundamental a tener en cuenta en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, especialmente en un caso como el analizado, donde el retraso en el diagnóstico afecta de forma directa e irreparable a la salud reproductiva de una mujer en edad fértil. Este enfoque no solo contribuye a visibilizar las desigualdades estructurales en el acceso y tratamiento en el ámbito sanitario, sino que también permite plantear medidas orientadas a mejorar la perspectiva de género en la prestación de los servicios públicos.

- El impacto diferenciado en la salud de las mujeres

En el supuesto de hecho planteado, la demora en la realización de pruebas diagnósticas adecuadas ha derivado en la extirpación del útero y los ovarios de la paciente, causando un daño irreparable: la pérdida de su capacidad reproductiva. Este tipo de consecuencia afecta directamente a la salud integral de las mujeres, no solo desde un punto de vista físico, sino también psicológico y social.



La salud reproductiva es un derecho reconocido internacionalmente, protegido por instrumentos como:

- El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que consagra el derecho a la salud.
- La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que insta a los Estados a adoptar medidas específicas para proteger los derechos de las mujeres en materia de salud.

La falta de diligencia en la atención sanitaria en este caso demuestra una invisibilización del impacto diferencial que los retrasos diagnósticos pueden tener en mujeres en edad reproductiva. El sistema sanitario, en su deber de actuar conforme a la *lex artis ad hoc*, debe garantizar una atención con perspectiva de género que permita detectar a tiempo patologías que afectan especialmente a las mujeres, como el cáncer ginecológico.

- Sesgos de género en la atención sanitaria

La doctrina ha identificado que, en muchos casos, existen sesgos de género en la atención sanitaria que afectan negativamente a las mujeres. Estos sesgos se manifiestan, entre otras formas, en:

- La infravaloración de síntomas relacionados con el dolor abdominal, que en mujeres se asocian con frecuencia, y de forma errónea, a problemas como la dismenorrea (dolor menstrual), retrasando diagnósticos más graves.



- La tardanza en la realización de pruebas específicas (ecografías, TAC o resonancias), especialmente cuando los síntomas no se consideran "urgentes" desde un enfoque generalista.

En este caso, la paciente fue diagnosticada de dolores musculares y dismenorrea en varias ocasiones antes de realizarse las pruebas definitivas.

Este retraso refleja un tratamiento superficial del caso, que probablemente no se habría producido si se hubieran considerado con mayor rigor los factores específicos de género en su diagnóstico.

- Vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación

La perspectiva de género también debe analizarse desde el prisma de la igualdad y la no discriminación, reconocidos en el artículo 14 de la Constitución Española y en el artículo 9.2, que obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que impiden la igualdad efectiva.

En este caso, la actuación sanitaria no solo vulneró los principios de *lex artis ad hoc* y pérdida de oportunidad, sino que también tuvo un impacto desproporcionado en la paciente por su condición de mujer. La consecuencia directa (pérdida de la capacidad reproductiva) supone una lesión a su proyecto vital y a su derecho a la integridad física y moral, protegido por el artículo 15 de la Constitución Española.

- La perspectiva de género como obligación de la Administración

La normativa actual exige que la perspectiva de género esté presente en la actuación de las Administraciones



Públicas, incluida la gestión de los servicios sanitarios. Por ejemplo:

- La Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, establece que los poderes públicos deben integrar la perspectiva de género en todas sus políticas y actuaciones.
- En el ámbito sanitario, se deben desarrollar protocolos específicos para garantizar que la atención médica responda a las necesidades particulares de las mujeres y elimine posibles sesgos de género.

La actuación sanitaria en este caso incumplió este mandato, al no haber ofrecido una atención diferenciada y ajustada a la situación clínica de la paciente, lo que derivó en una consecuencia desproporcionada y claramente evitable.

- Conclusiones en perspectiva de género

La perspectiva de género en la responsabilidad patrimonial sanitaria permite visibilizar cómo el retraso diagnóstico y la falta de atención adecuada pueden tener un impacto específico en las mujeres, especialmente en su salud reproductiva. Este caso pone de manifiesto la necesidad de adoptar medidas orientadas a:

- Garantizar una atención sanitaria con enfoque de género.
- Eliminar los sesgos de diagnóstico que afectan desproporcionadamente a las mujeres.



- Reforzar los protocolos para el diagnóstico temprano de patologías ginecológicas.

La inclusión de este análisis en el dictamen refuerza la dimensión social y jurídica del caso, subrayando la importancia de proteger el derecho a la salud y la igualdad efectiva de las mujeres.

4.4. Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y su relevancia

La doctrina administrativa recogida en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha ofrece una referencia imprescindible para analizar la responsabilidad patrimonial sanitaria en casos de retraso diagnóstico. A continuación, se destacan dos dictámenes relevantes:

4.4.1. Dictamen 124/2024

En este dictamen, se analiza el caso de un retraso en el diagnóstico de un plasmocitoma que derivó en una fractura vertebral y daños neurológicos irreversibles. El Consejo Consultivo concluyó que no existió infracción de la *lex artis ad hoc*, ya que la actuación médica fue acorde a los síntomas manifestados por el paciente en el momento de cada consulta. Este caso resulta relevante porque delimita la necesidad de valorar las circunstancias específicas de cada acto médico, evitando realizar juicios retrospectivos basados únicamente en el resultado final.

4.4.2. Dictamen 115/2022

Este dictamen trata sobre un retraso en la realización de pruebas diagnósticas que impidió detectar a tiempo un proceso patológico grave, generando un agravamiento



del daño. A diferencia del dictamen anterior, en este caso sí se apreció una vulneración de la *lex artis ad hoc*, al no haberse seguido los protocolos clínicos adecuados ni agotado los medios disponibles. El Consejo reconoció una pérdida de oportunidad, al considerar que un diagnóstico temprano habría mejorado el pronóstico del paciente y minimizado las secuelas sufridas.

4.4.3. Dictamen 123/2023

Este dictamen analiza una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada contra el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) por los familiares de un paciente fallecido, alegando deficiencias en la atención sanitaria recibida que contribuyeron al desenlace fatal. Según los reclamantes, el retraso en la realización de pruebas diagnósticas y la omisión de ciertos tratamientos indicados agravaron el estado de salud del paciente.

El Consejo Consultivo evaluó si la actuación sanitaria se ajustó a los estándares exigidos por la *lex artis ad hoc* y si existía una relación causal clara entre la atención médica proporcionada y el fallecimiento del paciente. En su análisis se concluyó lo siguiente:

- Vulneración de la *lex artis ad hoc*: El Consejo determinó que el servicio sanitario no actuó con la diligencia requerida, ya que no se llevaron a cabo las pruebas diagnósticas necesarias en un tiempo razonable, ni se aplicaron tratamientos disponibles que podrían haber mejorado el pronóstico. - Pérdida de oportunidad: Se identificó que el retraso y la omisión en la atención médica privaron al paciente de una posibilidad razonable



de mejorar su estado de salud, configurando una pérdida de oportunidad significativa.

El Consejo propuso estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial, reconociendo que existió un funcionamiento anormal del servicio público sanitario. Además, recomendó fijar una indemnización proporcional al daño sufrido, considerando tanto el impacto directo en el paciente como el perjuicio moral experimentado por sus familiares.

4.5. Dictámenes de otros Consejos Consultivos en relación con la materia tratada

4.5.1. Consejo Consultivo de Canarias: Dictamen 448/2024

Este dictamen analiza una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada contra el Servicio Canario de Salud por un retraso en el diagnóstico de un carcinoma mamario. La paciente acudió en varias ocasiones a su médico de Atención Primaria con síntomas compatibles con un tumor, sin que se le realizaran las pruebas diagnósticas necesarias en el momento adecuado. Esto derivó en un diagnóstico tardío, que redujo significativamente sus opciones de tratamiento menos invasivo.

El Consejo Consultivo concluye que la actuación sanitaria no se ajustó a la *lex artis ad hoc* y constituyó un funcionamiento anormal del servicio público, al no aplicar los protocolos clínicos establecidos para el diagnóstico temprano. Además, se identificó una pérdida de oportunidad para la paciente, al haberse privado de un posible mejor pronóstico y calidad de vida.



En atención a lo anterior, el Consejo recomienda estimar parcialmente la reclamación y propone una indemnización modulada, atendiendo a las probabilidades frustradas de un mejor desenlace clínico.

6.5.2. Consejo Consultivo de Castilla y León: Dictamen 414/2023

Este dictamen analiza una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por los familiares de una paciente fallecida debido al retraso en la realización de un cateterismo urgente, recomendado tras presentar episodios cardíacos graves. Aunque la intervención estaba indicada de forma prioritaria, la demora de varios días en su realización, atribuida a la falta de recursos, agravó de forma decisiva el estado de la paciente, que falleció poco después.

El Consejo Consultivo concluyó que la actuación sanitaria no se ajustó a la *lex artis ad hoc*, ya que no se garantizaron los estándares de atención exigibles en un caso de riesgo cardíaco elevado. Asimismo, determinó que este retraso configuró una pérdida de oportunidad significativa, al privar a la paciente de opciones razonables de mejora y supervivencia.

En su resolución, el Consejo recomendó estimar parcialmente la reclamación y fijar una indemnización modulada al grado de probabilidad frustrada, establecido en un 30%, incluyendo el daño moral para los familiares

V. RESOLUCIÓN DEL CASO

En el supuesto planteado, nos encontramos ante una reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria



derivada de un retraso diagnóstico de un tumor ovárico en una mujer joven en edad fértil. A continuación, se analiza la concurrencia de los requisitos legales exigidos para la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y se formula una propuesta de resolución.

5.1. Análisis de los requisitos de responsabilidad patrimonial

De acuerdo con el artículo 32 de la Ley 40/2015, para que exista responsabilidad patrimonial es necesario que concurren los siguientes elementos:

1. Existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado:

o La paciente ha sufrido un daño físico irreversible debido a la extirpación del útero y los ovarios, lo que ha provocado la pérdida de su capacidad reproductiva.

o Asimismo, existen daños psicológicos acreditados por informes periciales, que reflejan un trastorno depresivo reactivo asociado a la pérdida de su proyecto vital.

o Estos daños son perfectamente evaluables económicamente, tomando como referencia el baremo de la Ley 35/2015, de reforma del sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

2. Relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público:

o La relación de causalidad es clara y directa. El retraso en la realización de pruebas diagnósticas adecuadas (como ecografías transvaginales o TAC pélvico) permitió que el tumor creciera de forma incontrolada hasta alcanzar un estado avanzado, obligando a realizar una



cirugía radical que no habría sido necesaria en fases iniciales.

o Este retraso constituye un funcionamiento anormal del servicio público, ya que no se actuó conforme a la *lex artis ad hoc*, vulnerando los estándares de buena praxis médica.

3. Daño antijurídico:

o El daño sufrido es antijurídico, ya que la paciente no tenía el deber de soportar las consecuencias de una actuación médica tardía que podría haberse evitado si se hubiesen seguido los protocolos médicos adecuados.

5.2. Aplicación de los principios doctrinales y jurisprudenciales

En el análisis de este caso, resulta imprescindible aplicar los principios clave que rigen la responsabilidad patrimonial sanitaria: la infracción de la *lex artis ad hoc* y el principio de pérdida de oportunidad. Ambos conceptos han sido desarrollados ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia, sirviendo de fundamento para la valoración de casos similares.

1. Infracción de la *lex artis ad hoc*

La *lex artis ad hoc* constituye el conjunto de reglas técnicas y científicas que rigen la práctica médica en un momento y contexto determinados. Para valorar si se ha producido una infracción, se debe analizar si la actuación médica se ajustó a los estándares profesionales exigibles en las circunstancias concretas del caso.



En este supuesto, los profesionales sanitarios no realizaron las pruebas diagnósticas necesarias (ecografía pélvica, resonancia magnética o TAC abdominal) a pesar de la persistencia de síntomas alarmantes:

- Dolor abdominal constante e incapacitante.
- Distensión abdominal progresiva.
- Sangrados irregulares.

La persistencia de estos síntomas durante varios meses debió ser interpretada como una señal de alerta, lo que habría obligado a adoptar medidas diagnósticas más exhaustivas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo establece de manera reiterada que la ausencia de actuaciones médicas acordes con la sintomatología y los protocolos clínicos vigentes constituye una vulneración de la lex artis ad hoc.

Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2010 subraya que no realizar pruebas complementarias cuando los síntomas lo justifican, o actuar de manera superficial sin un diagnóstico preciso, genera responsabilidad patrimonial para la Administración. En nuestro caso, el retraso en la realización de estas pruebas provocó que el tumor ovárico no fuese detectado en sus fases iniciales, permitiendo su crecimiento descontrolado y agravando las consecuencias físicas y psicológicas para la paciente.

De acuerdo con la doctrina administrativa reflejada en dictámenes como el 124/2024 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, la actuación sanitaria debe evaluarse conforme a los conocimientos médicos disponibles y a los protocolos aplicables en cada situación. La omisión de



pruebas diagnósticas en un cuadro clínico persistente y complejo constituye un funcionamiento anormal del servicio público sanitario, lo que configura la responsabilidad patrimonial.

2. Principio de pérdida de oportunidad

El principio de pérdida de oportunidad se aplica cuando la actuación deficiente del servicio sanitario priva al paciente de una posibilidad razonable de obtener un resultado más favorable. A diferencia de otros supuestos, en los que se debe probar que el daño habría sido completamente evitado, aquí basta con demostrar que la intervención médica oportuna habría mejorado las expectativas de tratamiento o calidad de vida.

En este caso, la falta de un diagnóstico precoz del tumor ovárico supuso una clara pérdida de oportunidad para la paciente:

- Un diagnóstico temprano habría permitido actuar en fases iniciales de la enfermedad, facilitando un tratamiento menos invasivo y con mejores resultados.
- La detección a tiempo podría haber evitado la cirugía radical (histerectomía completa con extirpación de ovarios y útero), preservando la capacidad reproductiva de la paciente.
- La progresión del tumor obligó a aplicar tratamientos agresivos, como quimioterapia y radioterapia, que



incrementaron las secuelas físicas y el impacto psicológico.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2014 estableció que, en casos donde existe un retraso diagnóstico, no es necesario demostrar con certeza que el daño habría sido evitado, sino que debe analizarse si existía una probabilidad significativa de mejorar el pronóstico o minimizar las consecuencias. La falta de actuación temprana no solo privó a la paciente de esta posibilidad, sino que truncó de manera definitiva su proyecto vital, al impedirle ser madre.

La doctrina también ha señalado que la pérdida de oportunidad debe valorarse atendiendo a los daños concurrentes y a la gravedad de las secuelas. En este caso, la combinación de las secuelas físicas, psicológicas y morales refuerza la necesidad de reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración y el derecho de la paciente a ser indemnizada.

5.3. Propuesta de resolución

A la vista de los elementos analizados y en aplicación de los principios doctrinales y jurisprudenciales, procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la paciente, reconociendo la existencia de un funcionamiento anormal del servicio público sanitario y la vulneración de la *lex artis ad hoc*.

Se propone el abono de una indemnización económica a la reclamante, que deberá cuantificarse de acuerdo con el baremo de la Ley 35/2015. En concreto, se tendrán en cuenta los siguientes conceptos:

- Daño físico: Valoración de la pérdida del útero y los ovarios como secuelas permanentes.



- Daño moral: Compensación por la pérdida de la capacidad reproductiva y el impacto psicológico asociado.
- Perjuicio estético: Derivado de las cicatrices quirúrgicas.
- Pérdida de calidad de vida: Limitaciones funcionales y personales derivadas de la intervención y del tratamiento postoperatorio.

La valoración total deberá ser determinada por un perito especializado, tomando en consideración los informes médicos y psicológicos aportados al procedimiento.

En base al análisis jurídico realizado, se acredita la concurrencia de los requisitos exigidos para la responsabilidad patrimonial de la Administración. La demora en el diagnóstico vulneró los estándares de la *lex artis ad hoc* y generó una pérdida de oportunidad significativa para la paciente, configurando así un daño antijurídico indemnizable.

VI. ASPECTOS FINALES

El presente trabajo ha analizado un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria derivado de un retraso en el diagnóstico de un tumor ovárico. A lo largo del dictamen se ha demostrado la concurrencia de los requisitos legales establecidos en el artículo 32 de la Ley 40/2015, fundamentando la existencia de un daño antijurídico, una relación causal y un funcionamiento anormal del servicio público sanitario.



La vulneración de la *lex artis ad hoc* y la pérdida de oportunidad han sido elementos clave para configurar la responsabilidad patrimonial de la Administración, destacándose cómo la omisión de pruebas diagnósticas oportunas contribuyó a agravar el daño sufrido por la paciente. Este caso también pone de manifiesto la importancia de integrar la perspectiva de género en la valoración de estas situaciones, dado el impacto diferenciado que ciertas decisiones médicas pueden tener en las mujeres, especialmente en su salud reproductiva y proyecto vital.

Por último, el análisis invita a reflexionar sobre la necesidad de reforzar los protocolos clínicos y garantizar una adecuada gestión de los recursos en los servicios públicos de salud. La prevención de situaciones similares requiere una mayor diligencia y un enfoque más personalizado que asegure una atención sanitaria de calidad y respetuosa con los derechos de los pacientes.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ, T. R. (2021). Curso de Derecho Administrativo (21ª ed.). Civitas.
- PAREJO ALFONSO, L. (2019). Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Aranzadi.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2020). Principios de Derecho Administrativo General. Iustel.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2021). Derecho Administrativo: Tomo

II. Civitas Thomson Reuters.



- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, L. (2020). El principio de pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria. Bosch.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (2020). Responsabilidad sanitaria y derecho a la salud. Thomson Reuters Aranzadi.
- VILLALÓN, A. G. (2017). Responsabilidad patrimonial por errores diagnósticos: análisis jurisprudencial y doctrinal. Revista Española de Derecho Administrativo, (203), 15-45.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2016). Lex artis ad hoc y responsabilidad sanitaria en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo. Revista General de Derecho Sanitario, 44, 89-115.
- FERNÁNDEZ TORRES, I. (2019). Responsabilidad patrimonial sanitaria: jurisprudencia reciente y perspectivas futuras. Revista de Estudios Jurídicos, (41), 59-82.
- LÓPEZ MENÉNDEZ, C. (2020). El daño antijurídico en la responsabilidad sanitaria: un análisis desde la doctrina y la jurisprudencia. Revista General de Derecho Administrativo, (53), 77- 102.
- DE LORENZO Y MONTERO, R. (2018). La pérdida de oportunidad en la responsabilidad patrimonial sanitaria. Anuario de Derecho Sanitario, 2(4), 12-29.

VIII. ANEXOS: Otras fuentes utilizadas



8.1. Normativa

- Constitución Española. (1978). Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 236, de 2 de octubre de 2015.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 236, de 2 de octubre de 2015.
- Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 228, de 23 de septiembre de 2015.
- Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha. Diario Oficial de Castilla-La Mancha (DOCM), núm. 137, de 5 de diciembre de 2000.
- Decreto 22/2007, de 20 de marzo, por el que se regula la Carta de Derechos y Deberes de los Pacientes en Castilla-La Mancha. Diario Oficial de Castilla-La Mancha (DOCM), núm. 65, de 27 de marzo de 2007.

8.2. Jurisprudencia



- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 7 de julio de 2010, recurso 5931/2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 25 de marzo de 2014, recurso 2802/2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 18 de julio de 2016, recurso 4025/2014.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 27 de enero de 2023.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 11 de mayo de 2022.

8.3. Dictámenes Administrativos

- Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Dictamen n.º 124/2024, de 27 de junio.
- Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Dictamen n.º 115/2022, de 21 de abril.



LA IGNORANCIA DELIBERADA EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA CON ESPECIAL ÉNFASIS EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITAL

D^a Laura Sánchez de Rivera García

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

Resumen: Este trabajo se centra en el análisis doctrinal y la evolución jurisprudencial de la figura de la ignorancia deliberada, con relación, en particular, y dada la problemática que se suscita en torno a la prueba del tipo subjetivo, en el delito de blanqueo de capitales. Como se analizará, la *ignorancia deliberada* ha sido objeto de variaciones interpretativas significativas, en cuanto a su aplicación por la Sala Segunda, llegando a encuadrarse en el dolo eventual, en la culpa e, incluso, considerándose de manera autónoma como forma de eludir acreditar el elemento cognoscitivo del dolo.

Palabras clave: dolo eventual; ignorancia deliberada; imprudencia; blanqueo de capitales.



Abstract: This paper focuses on the doctrinal analysis and jurisprudential development of the concept of deliberate ignorance, with particular reference —given the evidentiary difficulties surrounding the subjective element— to the offence of money laundering. As will be shown, deliberate ignorance has been subject to significant interpretative shifts in its application by the Criminal Chamber of the Supreme Court, being variously subsumed under *dolus eventualis*, negligence, and even treated as an autonomous construct used to circumvent the need to establish the cognitive element of intent.

Keywords: *dolus eventualis*; deliberate ignorance; negligence; money laundering.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. DOLO, DOLO EVENTUAL E IMPRUDENCIA

2.1 EL DOLO

2.2 EL DOLO EVENTUAL

2.3 LA IMPRUDENCIA

III. PRIMER PRONUNCIAMIENTO JURISPRUDENCIAL Y EVOLUCIÓN

A. IGNORANCIA DELIBERADA Y DOLO EVENTUAL

B. LA IGNORANCIA DELIBERADA COMO FIGURA AUTÓNOMA

C. IGNORANCIA DELIBERADA COMO *WILLFUL BLINDNESS*



IV. LA IGNORANCIA DELIBERADA Y EL BLANQUEO DE CAPITALES

V. LA IGNORANCIA DELIBERADA: ¿UN LUGAR PROPIO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

VI. LA IGNORANCIA DELIBERADA: ¿MÁS ALLÁ DEL DOLO EVENTUAL?

VII. EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO, ¿ES ACEPTABLE UN TRATAMIENTO PENOLÓGICO MÁS BENIGNO PARA TODAS LAS CONDUCTAS QUE NO PUEDEN SER ABARCADAS POR EL CONCEPTO TRADICIONAL DE DOLO EVENTUAL?

VIII. EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO, ¿ES ACEPTABLE UN CONCEPTO DE DOLO SIN CONOCIMIENTO?

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Capítulo 1. **INTRODUCCIÓN**

Podemos comenzar definiendo la ignorancia deliberada como aquélla que tiene lugar *«cuando alguien abriga una sospecha y deliberadamente omite toda averiguación en relación con la misma, por cuanto es su deseo mantenerse en la ignorancia¹»*; más sintéticamente podemos aproximarnos a esta figura vinculando la misma con *«no querer saber aquello que se debe y puede conocer²»*.

¹ STS 409/2020, de 8 de octubre.

² Tribunal Supremo de 10 de enero del 1999 (ponente Joaquín Giménez García).



Como señala RAGUÉS Y VALLÈS³, la aparición de la *ignorancia deliberada* en la jurisprudencia española no acaece hasta el año 1999. La razón de la tardía incorporación de esta figura, importada de los países del *Common Law*, cuya teoría de la *willful blindness* ha estado presente desde hace más de dos siglos⁴, se debe a la presencia en nuestra doctrina del dolo eventual. El dolo eventual, figura de creación doctrinal y jurisprudencial que surge en España en los años sesenta y que se sitúa a caballo entre la culpa consciente y el dolo directo, permitió resolver satisfactoriamente situaciones colindantes al dolo directo en los que los elementos volitivo y cognitivo se presentaban ante el sujeto con menor intensidad.

Desde finales de la década de los noventa, y de manera significativa a partir de 1999, el concepto de ignorancia deliberada comienza a adquirir relevancia en la práctica jurisprudencial, siendo utilizado como un criterio equiparable al dolo para neutralizar las alegaciones de desconocimiento formuladas por los acusados. Su aplicación inicial se circunscribe fundamentalmente a los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales, en los que se cuestionaba la falta de conocimiento sobre la naturaleza de los bienes transportados. Posteriormente, esta construcción se proyecta sobre otros tipos penales, como los delitos de terrorismo, estafa o alzamiento de bienes.

³ RAGUÉS I VALLÉS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 21-50.



Capítulo 2. **EL DOLO, EL DOLO EVENTUAL Y LA IMPRUDENCIA**

2.1 EL DOLO

El Código Penal establece en su artículo 10 que: «*Son delitos las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*». En esta definición, nuestra legislación recoge el dolo y la imprudencia como las únicas fuentes de imputación subjetiva existentes, lo cual se manifiesta de forma expresa en el artículo 5 al afirmar que «*no hay pena sin dolo o imprudencia*».

Nuestro Código Penal no define el concepto de dolo, simplemente, y como se ha señalado, lo menciona. En algunos tipos utiliza el término *intencionadamente* (arts. 270.2, 275, 277, 408) y en otros *a sabiendas* (arts. 320, 322, 329, 404)⁵. Esta distinción se hace eco también en la doctrina, donde la concepción del dolo se divide en teorías del conocimiento y teorías volitivas. Si nos situamos en una posición intermedia con respecto a esta dualidad doctrinal, podemos definir el dolo en un primer acercamiento como «*conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito*»⁶. Esta es la postura seguida

⁵ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, 8ªed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010. p. 267

⁶ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, *op.cit.* p. 267



mayoritariamente por la doctrina que, tal y como expresa RAGUÉS I VALLÉS⁷, es fruto de una tradición jurídica de raíces romanas e influencias principalmente alemanas⁸. Sin embargo, no cabe olvidar que esta definición es una definición doctrinal y no legal, por lo que es susceptible de cambio e interpretación constante; esta flexibilidad en el término será relevante más adelante cuando analicemos el lugar que ocupa la ignorancia deliberada en nuestro Derecho.

Partimos de un concepto de dolo marcado por connotaciones que hacen referencia a la voluntad de la acción. La traducción social que se hace de *acto doloso* por *acto malicioso* deriva en una primacía, *a priori*, de la teoría volitiva del dolo, la cual defiende la necesidad de que la voluntad abarque la conducta típica –bien como dolo directo, bien como aceptación o conformidad–. La relevancia de la intención en la conducta delictiva se refleja en la propia definición que recoge el Diccionario de la lengua española⁹ del concepto de dolo. El Diccionario establece tres definiciones distintas para el

⁷ RAGUÉS I VALLÉS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, op. cit., p. 116.

⁸ En coherencia con este autor, expresa BELLO LANDROVE: «*Baste como ejemplo (de recepción de la dogmática alemana en España), la vigorosa caracterización del dolo eventual en el tratado de Mezger y su interesante y su interesante anotación para el Derecho hispano de la época realizada por Rodríguez Muñoz*» (BELLO LANDROVE, F. "El dolo eventual en España (reflexiones para un debate)", en *Jueces para la democracia*, nº 32, 1998, pp. 14-16).

⁹ Diccionario de la lengua española. 23ª ed. 2014.



dolo. La primera retrata el dolo como “engaño, fraude, simulación”. En las siguientes, la carga intencional no está implícita, sino que parte del término *voluntad* para identificar esta figura. Así pues, el dolo queda definido como: «voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud» y como «voluntad maliciosa de engañar a alguien, de causar un daño o de incumplir una obligación contraída». Sólo la segunda hace una referencia al elemento cognitivo de forma expresa, al mencionar el carácter *deliberado* que ha de impregnar dicha voluntad.

Sin embargo, y a pesar de la asociación automática del elemento volitivo al concepto de dolo, si situamos ambos elementos –cognitivo y volitivo– en términos comparativos, debemos dar primacía al primero. El carácter esencial del elemento intelectual del dolo hace difícil que, en su ausencia, podamos afirmar encontrarnos ante esta figura¹⁰. Así lo expresa el Tribunal Supremo al afirmar que «*sólo aquel que ejecuta la acción típica con alguna forma de conocimiento de los*

¹⁰ El propio RAGUÉS da primacía al elemento cognitivo del dolo al afirmar: «*Aunque tradicionalmente el dolo se ha definido como conciencia y voluntad de la realización de una conducta objetivamente típica, esta definición ha sido paulatinamente abandonada por la doctrina y por los tribunales, hasta el punto de poderse afirmar que, hoy en día, el dolo se concibe (de forma explícita o implícita) sólo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo. Por expresarlo de forma simple pero contundente, el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento*». (RAGUÉS I VALLÉS, R. “Consideraciones sobre la prueba del dolo” en *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 4, 2004 pp. 13-26).



elementos del tipo objetivo, puede hacerse merecedor de pena»¹¹. Esta necesidad de mínimo conocimiento no puede ser negada, ni siquiera, por los defensores de las conductas volitivas, ya que «nadie puede tener intención de lo que no sabe»¹².

MUÑOZ CONDE, al describir el elemento intelectual del dolo, expresa la necesidad de que éste abarque los elementos de la conducta típica (sujeto, conducta, resultado, relación causal, etc.) y que sea un conocimiento actual y no meramente potencial; «*El sujeto ha de saber lo que hace, no basta con que hubiera debido o podido saberlo*»¹³. El conocimiento no ha de ser exacto; basta con un conocimiento aproximado; *una valoración paralela en la esfera del profano*¹⁴.

¹¹ STS núm. 234/2012 de 16 marzo.

¹² STS núm. 797/2006, de 20 de julio.

¹³ En este mismo sentido se manifiesta la TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 234/2012 de 16 marzo. Este matiz tiene relevancia a la hora de analizar los elementos que integran el concepto de la ignorancia deliberada, que se verá más adelante. La configuración de tales elementos —entre los que se integra la sospecha previa de la futura causación de un daño a un bien jurídico protegido— servirá para evitar que los tribunales, tomando como referencia exclusivamente este deber de conocer, incumplan su deber probatorio del conocimiento y voluntad del autor.

¹⁴ Esta denominación para el paralelismo del conocimiento que ha de tener el sujeto activo con respecto a las circunstancias del tipo se adopta a partir de Mezger. ARIAS ELBE, M.J., *El*



Tomando como ejemplo el tipo de hurto¹⁵, para que la condena pueda recaer sobre este delito en su modalidad dolosa, el autor ha de conocer los elementos objetivos descritos en el tipo. El artículo 234 del Código Penal califica como autor del delito doloso de hurto a aquel que, *con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño*. De esta definición podemos extraer dos elementos objetivos del tipo: tomar las cosas muebles y que dicha acción se produzca sin la concurrencia del consentimiento del dueño. Por lo tanto, para acreditar la existencia del elemento cognitivo del dolo, el sujeto ha de saber que está sustrayendo la cosa mueble (se excluiría, por ejemplo, quien, por descuido e, inconscientemente, lleva a cabo tal conducta) y que dicha cosa mueble no es suya (no nos encontraríamos ante un delito de hurto cuando el sujeto toma la cosa bajo la falsa creencia de que le pertenece). Sin embargo, no sería necesario que el autor conociera el significado de *cosa mueble*; basta con un conocimiento aproximado relativo a su acción de sustraer y la condición de ajenidad de la cosa (*valoración paralela en la esfera de profano*).

2.2 EL DOLO EVENTUAL

La exigencia de estos elementos se flexibiliza en la figura del dolo eventual. No debemos olvidar que nuestro Derecho ha optado por un concepto de dolo carente de clasificaciones, al contrario de lo que sucede con otros derechos extranjeros. Un ejemplo de ello sería el Derecho angloamericano, donde se distingue entre

error en derecho penal en el código de 1995, Dykinson, 2007, p. 17.

¹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 241.



*purposefully, knowingly y recklessly*¹⁶. Como se adelantaba, el dolo eventual es una figura de creación doctrinal y jurisprudencial que empieza a aplicarse como equivalente al dolo –incluso para los delitos más graves– a partir de los años sesenta¹⁷. Esta equivalencia, como matiza BELLO LANDROVE, será *legítima*, aunque no *expresamente legal*¹⁸, fruto de una labor interpretativa cuya evolución no va de la mano de un cambio en la legislación. La equiparación de este concepto al de dolo eventual obedece a causas prácticas al tratar de evitar que circunstancias colindantes a la concepción tradicional del dolo sean tratadas como imprudentes. El criterio, por tanto, de su nacimiento es el de justicia, lo cual plantea ciertos problemas dogmáticos a la hora de establecer sus elementos definitorios.

Dependiendo del grado de intensidad con la que los mismos se manifiesten, podemos hablar de dolo directo o eventual. Dentro del dolo directo se distingue el dolo directo de primer grado y el dolo directo de segundo grado. El primero coincide con la definición tradicional de dolo (conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito), por lo que no nos detendremos en su análisis. En el dolo directo de segundo grado hay que matizar el carácter del elemento volitivo; cuando se da esta figura, el sujeto no quiere realizar la conducta típica, pero la

¹⁶ RAGUÉS I VALLÉS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal, op. cit., pp. 70-71.*

¹⁷ BELLO LANDROVE, F. "El dolo eventual en España (reflexiones para un debate)", *op. cit.*, p. 14

¹⁸ *Ibidem*, p. 14.



acepta como resultado necesario ligado a otro que pretende.

En el dolo directo de segundo grado es el elemento volitivo el que se presenta con ciertos matices, mientras que el elemento psicológico permanece intacto. La información de la que dispone el sujeto es completa: su conocimiento recae sobre todos los elementos del tipo en el que es subsumible su conducta. Sin embargo, en la figura del dolo eventual, tanto el elemento cognitivo como el volitivo se presentan en el sujeto con menor intensidad. No existe una conexión directa entre el conocimiento o consciencia de éste con el resultado de su conducta; el resultado es de probable producción, pero no es seguro. Por otro lado, el elemento volitivo desaparece en el dolo eventual como intención; el sujeto no *quiere* que se produzca el resultado. Para poder afirmar la existencia de dolo, por tanto, debemos recurrir a una serie de conceptos sustitutivos de la equiparación clásica de conocimiento a *certeza* y voluntad a *intención*. En este caso, el elemento cognitivo quedaría representado por una alta probabilidad de que un determinado resultado se produzca; si bien, el sujeto carece de la certeza de que de su conducta derivará un daño a un bien jurídico protegido, esta probabilidad supone la *previsibilidad* de dicha lesión, lo que debería haber desembocado en un cese en su conducta. Al continuar con la misma, y al haber podido prever el resultado, se crea en el sujeto un estado de *aceptación* o indiferencia con respecto al daño que su conducta ocasionará al bien jurídico. Equiparamos, por tanto, en el dolo eventual, voluntad a aceptación o indiferencia rayana a la misma (indiferencia grave).



Como es sabido, doctrinalmente se manejan tres teorías que distinguen el dolo eventual de la imprudencia¹⁹:

1. *La teoría de la probabilidad:*

La teoría de la probabilidad se basa en el elemento intelectual del dolo. Cuando el resultado es de muy probable producción, el sujeto tiene conocimiento de la relación causal existente entre su acción y dicho resultado. Si, a pesar de ello, actúa, su conducta será dolosa, independientemente del elemento volitivo (si acepta o si le es indiferente la lesión del bien jurídico). Si la probabilidad no se manifiesta con tanta intensidad, nos encontraríamos ante un caso de imprudencia.

Esta teoría tiene a su favor el prescindir de un elemento tan difícil de probar como es la intención del sujeto, sin embargo, no está carente de críticas. Destaca ZUGALDÍA ESPINAR²⁰ la insuficiencia de la acreditación de una alta probabilidad de producción de un resultado para afirmar la voluntad del sujeto de lesionar un bien jurídico si, a pesar de la existencia de dicha probabilidad, el sujeto piensa que el resultado no se producirá. Añade este autor que esta teoría no otorga una respuesta a los casos en los que el sujeto logra llevar a cabo un resultado querido, pero con unos medios inadecuados, de forma

¹⁹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, *op.cit.* pp. 271-274.

²⁰ ZUGALDIA ESPINAR, J.M., "La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 39, 1986, p. 397.



que dicho resultado se plantea como de improbable producción. Como ejemplo de ello, expone el caso de *«un mal tirador que a gran distancia y apuntando mal, dispara y da en el blanco de todos modos, matando a quien quería matar»*.

2. La teoría de la voluntad o del consentimiento:

La *teoría de la voluntad o del consentimiento*, por otro lado, se centra en el elemento volitivo del dolo. El resultado ha de ser de probable producción, para que la concurrencia de su previsibilidad haga sancionable la conducta, pero a ello ha de añadirse la aceptación o conformidad del sujeto. MUÑOZ CONDE menciona la fórmula de FRANK para distinguir la acción imprudente de la dolosa al reducir a éstas últimas aquellas que se realicen bajo la premisa de *«aun cuando fuere segura su producción, actuaría»*²¹. Para poder afirmar la existencia de este elemento el juez o magistrado ha de retrotraerse al momento de realización de la acción, realizar un juicio hipotético *ex ante* y plantearse la pregunta relativa a: *«de haber sabido que el resultado era seguro, ¿habría actuado de la misma forma?»*. De responderse afirmativamente a dicha cuestión, nos encontraríamos ante un caso de dolo eventual; en caso contrario, la conducta sería, a lo sumo, imprudente.

El problema que nos plantea esta teoría es su falta de objetividad. En realidad, no se estaría juzgando el acto de forma aislada, sino que entraríamos en un terreno en el que el Derecho toma como referencia al autor,

²¹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, op.cit. p. 271.



recurriendo a elementos como la personalidad del delincuente, sus antecedentes, etc. Sin embargo, tampoco la teoría de la probabilidad parece resolver todos los supuestos. MUÑOZ CONDE²² expone como ejemplos los casos de intervenciones quirúrgicas de alto riesgo y la conducción de vehículos de motor a gran velocidad en una carrera. En ambos supuestos, la probabilidad de que se produzca un resultado lesivo para un bien jurídico es muy alta; si olvidamos el elemento volitivo, podemos imputar a título de dolo conductas que, a lo sumo, merecerían la pena correspondiente a un delito imprudente²³.

3. *La teoría mixta:*

Tal y como expone MIR PUIG, para la existencia de dolo eventual se exige, por un lado, que el resultado se presente como posible ante el sujeto y, por otro, que éste

²² *Ibidem*, pp. 271-272.

²³ Tal y como establece LUZÓN PEÑA, J.M en *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, S.L., Madrid, 2016, p. 75, la doctrina y la jurisprudencia se decantaron en un primer momento por la teoría del consentimiento. A partir de 1988, el Tribunal Supremo empieza a adoptar la teoría de la probabilidad (STS 6-2-1988, ponente: Moner). Actualmente, parece aceptada una posición ecléctica que conjuga ambas tesis, aunque, en ocasiones, sostiene que, a partir del caso de la Colza (STS 23-4-1992, ponente: Bacigalupo), «este Tribunal se acerca de manera muy destacada a las consecuencias de la teoría de la probabilidad» (SSTS 388/2004, ponente: Sánchez Melgar; 846/2011 y 563/2015, ponente: Granados).



acepte dicho resultado, de forma que nos encontraríamos ante un supuesto de imprudencia en el caso de que el sujeto actúe confiando en que el resultado no se produzca²⁴.

Existe una discrepancia respecto a qué teoría acogerse tanto en la doctrina como en la jurisprudencia²⁵. En todo caso, la respuesta más adecuada parece encontrarse en un híbrido de ambas, adoptando una postura mixta.

Por un lado, no parece razonable desprenderse del elemento de la *probabilidad*. De entrada, porque éste constituye un indicador de la voluntad del sujeto; un razonamiento lógico nos lleva a colegir que, a mayor seguridad de la producción de un resultado, si el sujeto no desiste en su conducta, más intensa será su intención de que tal resultado se produzca. Es evidente que no siempre tiene por qué cumplirse esta relación causal; la voluntad del tirador que se encuentra a doscientos metros de matar a quien dispara puede ser idéntica de aquel que dispara a menos distancia y con mejor puntería. Sin embargo, para evitar la punición de meros deseos se requiere que exista una mínima previsibilidad de que el resultado llegará a producirse. De esta forma, al aceptar el elemento de la probabilidad como necesario en la teoría del dolo eventual, se rechazaría la posibilidad

²⁴ LUZÓN PEÑA, J.M, *Compendio de Derecho Penal. Parte General, op.cit.*, p. 75.

²⁵MUÑOZ CONDE expone como ejemplos el caso de la Colza, en el que el tribunal mantiene una concepción del dolo eventual basada en la teoría de la probabilidad y el caso Bultó, en el que el TS adopta la teoría del consentimiento (MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General, op.cit.* p. 274).



de imputar, tal y como señala ZUGALDÍA ESPINAR²⁶, a una persona un resultado a título de dolo eventual cuando el peligro existente de que el mismo se produjera con su conducta fuera ínfimo, siempre y cuando no lo desaprobara interiormente; de igual modo, quedaría descartada la figura del dolo eventual en conductas altamente peligrosas si el autor no desea el resultado.

Por otro lado, la voluntad del sujeto y su aceptación del daño al bien jurídico nos permitirá establecer la frontera entre dolo e imprudencia para casos en los que el sujeto no acepta la producción de un resultado pese a la probabilidad de su producción. Este puede ser el caso del conductor que, pese a saber que su vehículo no funciona correctamente decide posponer la revisión ante la creencia de que continuará funcionando correctamente un día más. O de aquel que, con ingenuidad, acepta un cargo de testafierro debido a la confianza –basada, por ejemplo, en una relación de afectividad, o familiar– de que quien se lo propone nunca le pondría en una situación de la que pudiera derivarse responsabilidad penal²⁷.

²⁶ ZUGALDIA ESPINAR, J.M., "La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 39, 1986, p. 398.

²⁷ En este sentido, PUPPO expresa: «La persona ingenuamente criminal, ¿tenía el deber de averiguar el carácter ilícito de la actividad? Diríamos que no, porque solo la sospecha inicial genera el deber». (PUPPO, A. "Comentario a Mejor no saber Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho



Por lo tanto, podemos resolver la cuestión afirmando que, tanto la voluntad del sujeto, como su conocimiento de los elementos típicos reflejado en la previsibilidad del resultado, deberán ser probados ante el juez o tribunal, en principio, mediante la prueba de indicios. En caso de no poder acreditar que concurren estos mínimos exigidos que demuestren que el sujeto actuó dolosamente, nos encontraríamos, a lo sumo, ante un caso de imprudencia.

2.3 LA IMPRUDENCIA

Como se adelantaba, el dolo eventual conforma el puente entre el dolo y la imprudencia; un término medio o frontera en donde los requisitos que configuran el dolo (conocimiento y voluntad) se desdibujan, pero su presencia es lo suficientemente intensa para sobrepasar el umbral de la imprudencia, siendo mayor el desvalor de la conducta en relación con ésta. Cabe matizar, sin embargo, que la imprudencia no es consecuencia de la no concurrencia del dolo eventual, de forma que, de no cumplirse los requisitos de conocimiento y voluntad mínimos para imputar una conducta a título de dolo (dolo eventual), se infiera automáticamente que nos encontramos ante su modalidad imprudente. El dolo eventual se sitúa en el último escalón del dolo, constituyendo una delimitación entre el dolo y el no-dolo y, como consecuencia, entre el dolo y la imprudencia. Ello, sin perjuicio de que, posteriormente, deba

penal, de Ramon Ragués I Vallès" en *Discusiones* (XIII-2), 2013, p. 49-51).



acreditarse que se cumplen los requisitos necesarios para poder calificar una conducta como imprudente²⁸.

La imprudencia se articula en torno al concepto de *deber objetivo* (y subjetivo) de cuidado, de forma que, solo cuando se aprecie este elemento y únicamente en aquellos casos expresamente previstos por la Ley, podrá castigarse al autor de una conducta típica por un delito imprudente. Este deber objetivo de cuidado es definido por MUÑOZ CONDE como: «*divergencia entre la conducta realmente realizada y la que debería haber sido realizada*»²⁹; es decir, se aprecia falta de diligencia cuando la conducta se aleja de aquella que, en las mismas circunstancias, habría sido efectuada por una persona media atendiendo a un juicio valorativo de la conducta y de previsibilidad del resultado. En relación con dicho resultado, es necesario que de la conducta se derive una lesión a un bien jurídico o su puesta en peligro.

Como se ha mencionado al abordar los elementos cognitivo y volitivo del dolo, la doctrina no es unánime con respecto a sobre qué elemento debe recaer la carga de diferenciación entre los delitos dolosos e imprudentes. En este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR³⁰ fija esta distinción atendiendo a la voluntad del sujeto (querer o aceptar

²⁸ STRUENSEE, E., "Consideraciones sobre el dolo eventual", en *Indret*, nº 4, 2009, Barcelona, p. 3.

²⁹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 284.

³⁰ ZUGALDIA ESPINAR, J.M., "La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual", op. cit., pp. 396-397.



producir un daño). Esta postura es defendida también por MUÑOZ CONDE, quien sostiene que, con la teoría de la voluntad³¹, la frontera entre dolo e imprudencia es más sólida³².

Por otro lado, para FEIJOO, la razón de la distinción se encuentra en el elemento cognitivo, definiendo la imprudencia como *«error sobre los elementos del tipo»*³³. Añadiendo que, *«dicho error se convierte en punible cuando se entiende que sería evitable con una mayor prestación de atención o se encuentra vinculado a una gestión poco cuidadosa de riesgos»*. En el mismo sentido, con relación a la imprudencia consciente se manifiesta STRUENSEE al argumentar que la distinción entre ésta y el dolo radica en el desconocimiento del riesgo real de que de su conducta se derive un resultado lesivo, dándose, por tanto, un error de tipo³⁴.

En todo caso, y en coherencia con lo expuesto al respecto del dolo eventual, optando por una posición intermedia, podemos acudir a la definición de VALLEJO JIMÉNEZ,

³¹ «[...] la opinión dominante no busca la diferencia entre dolo y no-dolo en el plano de los factores intelectuales (las representaciones). El dolo contiene, según la visión dominante y casi unánime, todavía un segundo elemento denominado voluntad». STRUENSEE, E., "Consideraciones sobre el dolo eventual", *op. cit.*, p. 3.

³² MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 272.

³³ FEIJOO SÁNCHEZ, B., "La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial" en Indret, nº3, Barcelona, 2015, p. 4.

³⁴ STRUENSEE, E., "Consideraciones sobre el dolo eventual", *op. cit.*, p. 11.



quien sostiene que *«la imprudencia constituye la infracción del deber de cuidado, [...] que supera límites de riesgos permitidos, posibles de prever en el tráfico jurídico en que se desenvuelve el autor, causando como consecuencia un resultado típico no querido por éste»*³⁵.

De esta toma de posición se deriva –dejando al margen la voluntad del sujeto– la importancia de los conocimientos de los que éste dispone en el momento de llevar a cabo la conducta dañosa, para determinar si actuó dolosa o imprudentemente. Dicho esto, se plantea la pregunta de si cabe aplicar una pena por un delito doloso faltando el elemento cognitivo. Para responder a la misma, se comenzará por observar las soluciones que dan jueces y tribunales a casos en los que se presenta la figura de la ignorancia deliberada.

Capítulo 3. **PRIMER PRONUNCIAMIENTO JURISPRUDENCIAL Y EVOLUCIÓN**

3.1. IGNORANCIA DELIBERADA Y DOLO EVENTUAL

La primera sentencia que se dictó en la que se hizo referencia a la figura de la ignorancia deliberada fue la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero del 1999 (ponente Joaquín Giménez García). La Sala Segunda desestima la alegación de desconocimiento del reo de un delito de receptación sobre la base de determinados

³⁵ VALLEJO JIMÉNEZ, G.A., “Aproximación al concepto de imprudencia”, en *Nuevo Derecho*, Vol. 5, nº 6, 2010, p. 37.



indicios, de los cuales, a juicio del Tribunal, debería, cuanto menos, haber nacido la sospecha en el autor de comisión de tal ilícito. Concluye que *«quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación –cobraba un 4% de comisión–, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias»*.

La ignorancia deliberada, de esta forma, no se aleja en este primer pronunciamiento del tradicional dolo eventual, que ya llevaba operando satisfactoriamente en la jurisprudencia española desde hacía años. En cierta forma, al enumerar los indicios que llevan a afirmar el conocimiento se niega el desconocimiento de los elementos del tipo, incorporando esta fórmula sobre la base de la concurrencia de los requisitos de: i) un deber conocer; ii) un poder conocer; iii) beneficio de la situación³⁶. No obstante, la conclusión alcanzada por el

³⁶ Posteriormente, la jurisprudencia descarta que tal beneficio deba ser necesariamente económico; en otras ocasiones no se hace referencia a este requisito. La Sala Segunda en Sentencia núm. 1524/2003, de 5 de noviembre (ponente: Giménez García), dispone que *«el consentimiento en efectuar el traslado sin querer saber la realidad de la que huía, no es sino la manifestación del principio de la "ignorancia deliberada"»*, afirmando la existencia de un beneficio, aunque sin concretar respecto a quien ayudaba a su pareja, miembro de una banda terrorista, a cruzar la frontera a Francia. También con relación a un delito de terrorismo, la STS 267/2019, 28 de mayo, afirma que queda constatado el elemento subjetivo del tipo, en tanto que *«pueden ser punibles las contribuciones económicas en determinados contextos cuando el cooperante*



Tribunal es que el sujeto ha aceptado la realidad de la comisión del hecho delictivo, quedando así acreditado el elemento cognitivo. Ello no se aleja de la concepción del dolo eventual, particularmente, después de la Sentencia de 23 de abril de 1992 (caso de la Colza), a partir de la cual, la Sala Segunda sostiene que se va aproximando muy cercanamente a la teoría de la probabilidad (SSTS 117/1994, de 28 enero; 1619/1994, de 16 septiembre y 641/1995, de 5 mayo). En todo caso, si definimos el dolo eventual como la representación de un resultado típico en el sujeto de alta probabilidad de producción, no directamente querido, pero aceptado (SSTS 366/2020, de 2 de julio y de 8 de julio de 1985), tal concepción no difiere del concepto inicialmente acogido de ignorancia deliberada.

En este sentido, conviene recordar la STS de 20 de julio de 2006, de la que fue ponente Bacigalupo Zapater, en la que se descarta la aplicación de la figura de la ignorancia deliberada afirmando que se trata de una *contradictio in terminis*, en tanto que «*si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora. Nadie puede tener intención de lo que no se sabe*». Se señala, asimismo que tales expresiones «*no resultan ni idiomática ni conceptualmente adecuadas*». En dicha resolución, la Sala Segunda, pese a rechazar la

sabe o se representa y prefiere no saber (ignorancia deliberada) que su destino será mantener a la organización terrorista»; esta vez sin hacer referencia a la obtención de un beneficio como elemento.



aplicación de esta figura, desestima el recurso planteado por los reos condenados por un delito de blanqueo de capitales, aplicando para ello el dolo eventual y la prueba indiciaria para entender acreditados los elementos cognitivo y volitivo del dolo. En sentido similar se manifiesta el Alto Tribunal en STS 336/2009, de 2 de abril, (ponente: Martínez Arrieta), al disponer que *«la duda es incompatible con el desconocimiento»*.

La Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia 8/2006, de 13 de enero, (Rec. 36/2004), asimila ambas figuras: dolo eventual e ignorancia deliberada. Dispone: *«Nos encontramos, por tanto, ante un claro supuesto de dolo eventual fundado en la doctrina del asentimiento, que viene a centrar la esencia del dolo eventual en el agente que si bien desconoce en todos sus detalles el acto ilícito penal en que se encuentra involucrado, lo asume en la medida que acepta todas las consecuencias de su ilícito actuar, pues como dicen las S.T.S. de 10-01-1999 y 16-10-2000, quien se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que puede y debe saber, está asumiendo y aceptando todas las consecuencias del ilícito negocio en el que voluntariamente participa»*.

3.2. LA IGNORANCIA DELIBERADA COMO FIGURA AUTÓNOMA

A partir de la STS 946/2002, de 22 de mayo³⁷, la concepción de la ignorancia deliberada varía. En los pronunciamientos anteriormente reflejados podía observarse que esta figura era utilizada o bien de forma

³⁷ Ponente: Giménez García.



terminológica similar al dolo eventual o bien como indicio para entender acreditada la voluntad (o aceptación) que la concurrencia de dolo exige. No obstante, se abre una nueva vía interpretativa en el seno de la jurisprudencia, de modo que, pese a no desligar la ignorancia deliberada del dolo eventual, ya no es utilizada la figura como un indicio más de la presencia del elemento volitivo, sino que su presencia supone la acreditación automática de dicha voluntad, liberando, así, al órgano judicial de la necesidad de probar su concurrencia.

Tal prueba se plantea especialmente problemática en lo que a la acreditación de la cantidad exacta de sustancia transportada en los delitos de tráfico de drogas, por lo que, en tal resolución se dispone: *«El propio recurrente reconoció el transporte de droga y el dinero que iba a percibir por ello, en esta situación por propia decisión debe asumir las consecuencias de su delictivo actuar porque lo sabido y querido al menos vía dolo eventual coincidió con lo efectuado ya que fue libre de decidir el transporte de droga y las condiciones del mismo, y el no querer saber los elementos del tipo objetivo que caracteriza el dolo, equivale a querer y aceptar todos los elementos que vertebran el tipo delictivo cometido»*.

En Sentencia 33/2005, de 19 de enero³⁸ se separa finalmente la figura del dolo eventual de la ignorancia deliberada. En esta resolución para la acreditación del conocimiento del delito antecedente en el delito de blanqueo de capitales, la Sala Segunda dispone que «no

³⁸ Ponente: Giménez García.



se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada». Se establecen, de este modo, tres categorías de dolo: el dolo directo, el dolo eventual y la ignorancia deliberada, que se define como la situación en la que el actor se coloca cuando «pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración». Se prescinde, por tanto, de la necesidad de obtener un beneficio como elemento. En este caso, basta con la posibilidad y deber de conocer –entendemos que el deber viene derivado de la existencia de un marco previo que hace sospechar de la comisión de un hecho delictivo— y decidir no hacerlo para que se entienda concurrente el tipo subjetivo.

Esta autonomía puede justificarse, tal y como dispone la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Sentencia 234/2012 de 16 de marzo, (Rec. 11381/2011), en la necesidad de castigar cuanto menos por dolo eventual aquellas situaciones de indiferencia hacia el bien jurídico palmarias. Señala esta resolución que la ignorancia deliberada cobra relevancia en aquellos «casos en los que el autor, pese a colmar todas las exigencias del tipo objetivo, ha incorporado a su estrategia criminal, de una u otra forma, rehuir aquellos conocimientos mínimos indispensables para apreciar, fuera de toda duda, una actuación dolosa, siquiera por la vía del dolo eventual». De este modo, se torna preciso, a juicio de la Sala, establecer una serie de requisitos que, en caso de concurrir, permitirían equiparar la ignorancia deliberada al dolo eventual, diferenciando, por tanto, ambas figuras; estos requisitos son: i) una sospecha con



relación a la representación en el sujeto de la realidad de los elementos del tipo que revele una grave indiferencia por parte del autor hacia el bien jurídico protegido; ii) posibilidad de conocer los elementos del tipo; iii) decisión consciente de no conocer, que ha de permanecer en el tiempo, y iv) propósito de obtener un beneficio, que el Tribunal, en esta resolución, identifica con el ánimo de eludir la responsabilidad penal.

3.3 IGNORANCIA DELIBERADA COMO WILLFUL BLINDNESS

Sin variar su concepto –decidir ignorar aquello que debe y puede conocerse— nos encontramos ante diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo en el que se equipara esta figura al *willful blindness* del derecho angloamericano. De esta forma, la ignorancia deliberada se sitúa de manera independiente al dolo eventual, pero ya no como figura autónoma de acreditación del dolo, sino como forma de acreditación de un conocimiento de los hechos delictivos que puede conducir a una imputación tanto a título de dolo como de culpa.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 970/2016, de 21 de diciembre, (Rec. 525/2016), dispone: «*En los tipos previstos en nuestro Código, incurre en responsabilidad incluso quien actúa con ignorancia deliberada (willful blindness), respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y en otros a título de culpa*». Precisa que «*ello, tanto si hay representación, considerando el sujeto que es posible la procedencia delictiva de los bienes y, pese a ello, actúa confiando en*



que no se producirá la actuación o encubrimiento de su origen, como cuando no existe tal representación, esto es, que no se prevea la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo, pero debiendo haber apreciado la existencia de indicios reveladores del origen ilegal del dinero».

En sentido similar se pronuncia la STS 468/2020, de 23 de septiembre, «[e]n los tipos previstos en nuestro Código incurre en responsabilidad, incluso quien actúa con ignorancia deliberada (willful blindness), respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y en otro a título de culpa».

Esta correlación entre ambas figuras es una muestra de lo frágil de la teoría de la concepción autónoma de la ignorancia deliberada. Por definición, ese conocer sin querer conocer, además de la contradicción terminológica a la que antes se aludía, no se alejaba de las teorías tradicionales que trataban de establecer la frontera entre el dolo eventual y la culpa consciente. En este sentido, la delimitación podía quedar reflejada en un «rechazar el resultado típico» o en un «aceptar el resultado típico». De este modo, la representación de ese resultado como probable o posible no difiere del primer estadio de delimitación, pudiendo tal “ignorancia” encuadrarse finalmente tanto en la culpa como en el dolo.

No obstante, y en tanto que no aporta novedad respecto a la jurisprudencia anterior, el importar esta figura del derecho anglosajón no hace, sino generar confusión, especialmente cuando la jurisprudencia ya ha aludido a



la ignorancia deliberada como elemento del dolo eventual, como equivalente y como figura autónoma.

Otros ejemplos de resoluciones que adoptan esta concepción serían: SSTs de 14 de septiembre de 2005, de 11 de mayo de 2006, de 26 de diciembre de 2005, y de 13 de septiembre de 2006, 997/2013, de 19 de diciembre; 586/2014, de 23 de julio; 374/2017, de 24 de mayo; 451/2018, de 10 de octubre; 478/2019, de 14 de octubre.

Capítulo 4. **LA IGNORANCIA DELIBERADA Y EL BLANQUEO DE CAPITALES**

La figura de la ignorancia deliberada está particularmente presente en el delito de blanqueo de capitales, habiendo oscilado la Sala Segunda en su interpretación del elemento subjetivo del delito –en particular en cuanto a la necesidad de acreditar el conocimiento del delito antecedente procedencia de los bienes— por las tres teorías anteriormente expuestas. Es más, en ocasiones, en el análisis de tal necesidad de probar el conocimiento y voluntad de cometer la infracción penal en este concreto delito, el Tribunal Supremo ha englobado todas ellas en un mismo razonamiento. En este sentido, conviene destacar la STS 228/2013, de 22 de marzo (Rec. 11045/2012). En esta resolución, se enlaza, por un lado el dolo eventual con la ignorancia deliberada, como indicio más de su concurrencia: *«No sería suficiente la mera sospecha, aunque bastaría con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que el dinero procede de un delito grave, con plena admisión*



del dolo eventual como forma o modalidad dentro del cual se pueden incardinar los supuestos de ignorancia deliberada» o como asimilación «No es necesario el conocimiento "actual e inmediato" del origen de los bienes, basta el dolo eventual, es suficiente el conocimiento del ámbito de que aquéllos procedían y haberle sido indiferente aquel origen». Por otro, se concibe la ignorancia deliberada como figura autónoma: «[...] no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada», para finalmente hacer referencia a la willful blindness: «Por tanto el único dolo exigible al autor es el derivado de la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar el conocimiento de la procedencia de los bienes de un delito grave, incurriendo en responsabilidad incluso quien actúa con ignorancia deliberada (willful blindness) , respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y en otros a título de culpa». También, se alude, en la sentencia, a la teoría tradicional de dolo eventual, al concluir que «en el plano subjetivo -decíamos en STS. 974/2012 de 5.12 - no se exige un conocimiento preciso o exacto del delito previo (que, de ordinario, solo se dará cuando se integren organizaciones criminales amplias con distribución de tareas delictivas) sino que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito grave (ahora ya de cualquiera, aunque no sea grave) por ejemplo por su cuantía, medidas de protección, contraprestación ofrecida, etc.».

No parece, por tanto, que en nuestra jurisprudencia exista una concepción clara y definida de la figura de la



ignorancia deliberada, sino que se intenta salvar la dificultad probatoria del tipo subjetivo –particularmente destacada en algunos tipos, como en el blanqueo de capitales, el delito fiscal o el tráfico de drogas– mediante la adopción de diversos criterios en función del caso concreto.

No obstante, no debe obviarse la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* que ha de regir el Derecho penal. En este sentido, cabe entender que la mera asunción de la existencia de dolo por la decisión de no saber, sin estar acompañada de otros indicios, puede rebasar los límites del dolo eventual, vulnerando las exigencias de acreditación de la culpabilidad.

En este sentido, señala la STS 849/2023 de 20 de noviembre, (Rec. 10445/2022): *«se ha llamado la atención sobre el riesgo de que la fórmula de la "ignorancia deliberada" -cuya incorrección idiomática ya fue señalada en la STS de 20-7-2006- pueda ser utilizada para eludir "la prueba del conocimiento en el que se basa la aplicación de la figura del dolo eventual", o, para invertir la carga de la prueba sobre este extremo»*. Añade: *«Debemos, por lo tanto, aclarar que en el derecho vigente no cabe ni la presunción del dolo, ni eliminar sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo del dolo»*.

Acudiendo de nuevo a las teorías tradicionales que delimitan el dolo eventual de la culpa, la STS 204/2021, de 4 de marzo, dispone:



Existe suficiente conciencia a efectos de culpabilidad cuando el autor duda y, pese a tal duda de entidad, actúa desplegando una conducta que sabe muy probablemente delictiva. Una actitud de indiferencia o desprecio frente a la alta probabilidad de la antijuricidad de la conducta no sería error.

La reacción ante la duda fundada (no ante la duda remota) debería ser no actuar, en lugar de actuar. Si se plantea la alternativa de que su acción puede ser, con un alto grado de probabilidad, típica debe abstenerse de ejecutar el comportamiento probablemente delictivo.

Por tanto, se revela innecesaria la utilización de la figura de la ignorancia deliberada. El delito de blanqueo de capitales precisa el conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes, que «normalmente puede fijarse mediante un proceso de inducción, que no implican presunción, sino su acreditación con arreglo a las reglas de la lógica a partir de unos hechos acreditados» (STS 383/2019, de 23 de julio). Ello no implica que la mera sospecha pueda traducirse en la existencia de dolo, en tanto que la sospecha no equivale a conocimiento; la representación en el sujeto de determinados hechos que pudieran derivar en la comisión de un ilícito penal no cobra, *a priori*, entidad suficiente como para permitir deslindar su conducta de la de imprudencia, en tanto que la sospecha inicial puede bien quedarse en una esfera superficial que pudiera generar responsabilidad sólo a título de culpa, incurriendo, en su caso, en el error del artículo 14.1 del Código Penal.



Así, el Tribunal Supremo, en Sentencia 567/2021, de 30 de junio (Rec. 4129/2019), dispone que *«la mera sospecha de que una persona mueve un dinero como lo hace porque procede de delito previo no les hace cooperadores de un delito de blanqueo de capitales si no existen elementos sólidos que hagan prevalecer el dominio del conocimiento de la ilicitud penal, -ni tan siquiera ilicitud- sobre el dominio de la sospecha»*. Es decir, ha de acreditarse el conocimiento –que no la sospecha– sobre los elementos esenciales del tipo penal. En este sentido, dispone la sentencia: *«El delito de blanqueo de capitales tipificado en el art. 301 CP no goza de un régimen probatorio relajado, ni legal ni jurisprudencial»*. Añade: *«Solo cuando el bagaje probatorio permita llegar a una convicción sin margen para una duda razonable, de que un sujeto maneja con alguna de las finalidades previstas en el precepto fondos o bienes que proceden de actividades constitutivas de delito, conociendo ese origen, o, al menos, representándose y mostrando indiferencia frente a ello (dolo eventual), puede abrirse paso una condena por delito doloso de blanqueo de capitales»*.

En cuanto a la frontera con la imprudencia en este tipo concreto, la Sala Segunda ha acogido el concepto de ignorancia deliberada bajo esta modalidad, precisando que *«la imprudencia recae, no sobre la forma en que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes receptados, de tal modo que debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, actúe sobre ellos, adoptando una conducta de las que describe el tipo y causando así*



objetivamente la ocultación de la procedencia de tales bienes (su blanqueo) con un beneficio auxiliador para los autores del delito de que aquellos procedan» (STS 997/2013, de 19 de diciembre, rec. 854/2013). De este modo, el incumplimiento del deber de conocimiento por parte del autor, sin haber adoptado las cautelas procedentes, no supone la aplicación del tipo doloso, sino imprudente, quedando las sospechas relegadas al ámbito de la culpa, y al ámbito del dolo el efectivo conocimiento; ello, sin perjuicio de que pueda acreditarse la concurrencia de tal conocimiento a través de pruebas indiciarias, permitiendo constatar de este modo la existencia de dolo eventual.

Capítulo 5. **LA IGNORANCIA DELIBERADA: ¿UN LUGAR PROPIO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO?**

Cuando analizábamos las respuestas que la jurisprudencia había ido dando a las situaciones en las que se presentaba la ignorancia deliberada en el sujeto, nos detuvimos en la STS de 2 de abril de 2009. En ella, para tratar de delimitar el radio de acción de esta figura, el Tribunal estableció los requisitos que debían concurrir para afirmar su existencia, acercándonos a su definición:

1º.- Una falta de representación suficiente de todos los elementos que definen el tipo delictivo de que se trate. Esa falta de representación, si es absoluta, nunca podrá fundamentar la imputación subjetiva a título de dolo. Los supuestos abarcados estarán relacionados, de ordinario, con la conciencia de que se va a realizar, con una u otra aportación, un acto inequívocamente ilícito. La sospecha puede incluso no llegar a perfilar la representación de todos y cada uno



de los elementos del tipo objetivo, al menos, con la nitidez exigida de ordinario para afirmar la concurrencia del elemento intelectual del dolo. Sin embargo, sí ha de ser reveladora de una grave indiferencia del autor hacia los bienes jurídicos penalmente protegidos, pues, pese a representarse el riesgo que su conducta puede aparejar, no desiste del plan concebido.

2º.- Una decisión del sujeto de permanecer en la ignorancia, aun hallándose en condiciones de disponer, de forma directa o indirecta, de la información que se pretende evitar. Además, esa determinación de desconocer aquello que puede ser conocido, ha de prolongarse en el tiempo, reforzando así la conclusión acerca de la indiferencia del autor acerca de los bienes jurídicos objeto de tutela penal.

3º.- Un componente motivacional, inspirado en el propósito de beneficiarse del estado de ignorancia alentado por el propio interesado, eludiendo así la asunción de los riesgos inherentes a una eventual exigencia de responsabilidad criminal.

Realmente, lo expresado en esta resolución no dista mucho de la postura mantenida por RAGUÉS I VALLÈS; sin embargo, existen algunos aspectos con respecto a lo mantenido por el Tribunal en los que RAGUÉS I VALLÈS difiere.



Tomando como punto de partida la propuesta desarrollada por HUSAK Y CALLENDER³⁹, son tres los requisitos que han de apreciarse para poder equiparar la ignorancia deliberada al dolo; en caso de faltar alguno de ellos nos encontraríamos, a lo sumo, ante un caso de imprudencia.

Para ello ha de concurrir: (i) una *sospecha justificada* acerca de la concurrencia en la conducta del autor de los elementos exigidos en un determinado delito; (ii) *disponibilidad de la información* (a través de medios rápidos, fiables y ordinarios) y (iii) una razón para no informarse (*motivación*), que no debe estar fundada en causas como pereza, estupidez o ausencia de curiosidad.

RAGUÉS I VALLÉS⁴⁰ matiza esta teoría añadiendo paralelamente al requisito de la sospecha justificada la *falta de representación suficiente*⁴¹ (desconocimiento

³⁹ RAGUÉS I VALLÉS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal, op. cit.*, pp. 133-155.

⁴⁰ RAGUÉS I VALLÉS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal, op. cit.*, p. 138.

⁴¹ Realmente, en los casos en los que la ignorancia deliberada puede ser equiparada al dolo existe una sospecha previa, aunque no se concrete en la representación de unos determinados elementos típicos. Tomando como ejemplo el supuesto del directivo que pone barreras en el entramado empresarial para filtrar la información y no tener conocimiento de la comisión de ningún acto ilícito por parte de sus empleados, aunque a éste no le conste que se está cometiendo un concreto delito, la conducta dirigida a tomar estas medidas ya es indicadora de la presencia de una sospecha, cuanto menos, de la potencialidad de realización de un acto lesivo para un bien jurídico. El único supuesto de los ejemplos



absoluto o conocimiento insuficiente), de forma que puedan incluirse dentro de esta figura los supuestos de ignorancia deliberada *stricto sensu*⁴². En cuanto a la disponibilidad de la información, el autor la admite como un requisito necesario para poder hablar de ignorancia deliberada –si la información no es accesible al autor, la ignorancia no es fruto de su decisión– sin embargo, no lo considera un elemento indispensable para poder calificar la conducta como dolosa ya que el rechazo a la misma también deriva de no haber dejado de actuar pese a no contar con los conocimientos necesarios (el testaferro que acepta el cargo pese a que quien se lo propuso se niega a proporcionarle más información muestra un desinterés hacia el bien jurídico similar que

mencionados como casos de ignorancia deliberada *stricto sensu* en los que el desconocimiento sería absoluto—sin mediar sospecha—sería el caso del alcalde firmante, cuya actuación merecería la calificación de imprudente y no de dolosa. Por lo expuesto, en mi opinión, sería preferible, más que establecer un nuevo requisito de forma paralela a la sospecha previa, definir dicha sospecha previa, aclarando que no sería necesario para calificar la conducta como dolosa que ésta se concretara en los elementos específicos de un tipo.

⁴² Posteriormente, en RAGUÉS I VALLÈS, R., “A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva”, *op. cit.*, p. 156, el autor no realiza tal distinción, mencionando únicamente dos requisitos: 1) *Que el sujeto haya obrado en la sospecha de estar llevando a cabo una acción u omisión potencialmente lesiva en el futuro para algún interés indeterminado*; y 2) *pero ha preferido mantenerse en un estado de ignorancia como una estrategia para, llegado el caso, poder alegar dicha ignorancia en su descargo*.



quien lo acepta sin hacer preguntas). Así pues, junto a la figura de la ignorancia deliberada, RAGUÉS I VALLÉS añade el concepto de *ignorancia como consecuencia necesaria*⁴³, dándole el mismo tratamiento. Añade como argumento la postura de LUBAN, quien, en su teoría de los zorros y los avestruces⁴⁴, recuerda que lo que se castiga es la conducta y no la acción de ocultación de la información, por lo que carecería de sentido que aquel sujeto que, siendo consciente de que no dispone de toda la información, decide no cesar en su actuación, quede impune. Por otro lado, cabe matizar que la sospecha ha de recaer sobre la potencialidad de que de la conducta del sujeto se derive una lesión para un bien jurídico, pero no es necesario que conozca la naturaleza concreta de dicha lesión. En el ejemplo del sujeto que transporta droga en una maleta sin saber cuál es su contenido, responderá por el delito correspondiente fuera la sustancia marihuana o cocaína, quedando únicamente excluido aquel contenido que fuera imprevisible para el sujeto⁴⁵. Lo mismo se predica respecto de aquél que

⁴³ RAGUÉS I VALLÉS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, *op.cit.*, p. 142.

⁴⁴ LUBAN distingue entre dos sujetos ignorantes deliberados: aquel que actúa como un avestruz (opta por el desconocimiento debido a su debilidad moral) y aquel que actúa como un zorro (decide ignorar con la finalidad de eludir responsabilidades). (RAGUÉS I VALLÉS, R. "Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal", *op. cit.*, p. 32).

⁴⁵ FEIJOO expone como ejemplo el caso de que en la maleta que le dan al sujeto hubiera una bomba atómica o un cadáver descuartizado, en la medida que "lo decisivo es que todo este abanico de posibilidades quede abarcado por el potencial lesivo de su contribución de una forma consciente". FEIJOO



acepta el cargo de testaferro sospechando de la ilicitud de la actividad que será llevada a cabo por sociedad; éste podrá responder por un delito de estafa, de blanqueo de capitales, etc.

En cuanto al requisito de motivación, RAGUÉS I VALLÈS distingue en él dos dimensiones⁴⁶: la *decisión de no conocer*, que puede concretarse en una acción (llevar a cabo las medidas necesarias para impedir la recepción de la información) o en una omisión (abstenerse de tratar de conocer) y que ha de permanecer en el tiempo (esta duración será un indicador de la mayor o menor muestra de interés a la hora de determinar si nos encontramos ante una conducta dolosa o imprudente); y la *intencionalidad*⁴⁷ que guía esa decisión. De las posibles causas que pueden conducir a la decisión de no conocer (pereza, razones de eficacia, no confiar en la información que se le precisa, contar con una alegación en su descargo), RAGUÉS I VALLÈS identifica como dolosas

SÁNCHEZ, B., "Mejor no saber....más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal", op. cit., p. 106.

⁴⁶ RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, op. cit., pp. 150-155.

⁴⁷ Como se ha mencionado anteriormente (V *supra* 5), este elemento es el que sirve, fundamentalmente, para distinguir la ignorancia deliberada en la imprudencia y en el dolo. "Los *déficits cognitivos que se presentan en estas situaciones se ven compensadas por el componente motivacional*" (RAGUÉS I VALLÈS, R., "A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva", op. cit., p. 157).



tres: la voluntad de evitarse complicaciones (éste sería el caso de Albert Speer); la basada en la falta de confianza en obtener información (un ejemplo de ello sería el anteriormente expuesto del testaferro que decide aceptar el cargo a pesar de que no dispone de la información requerida), y la voluntad de obtener un beneficio de su estado de desconocimiento (ignorancia como estrategia para eludir responsabilidades)⁴⁸.

A estos requisitos, RAGUÉS I VALLÈS les añade uno más: el deber de conocimiento⁴⁹. Este deber no tiene que tratarse de un deber específico de conocimiento, basta con la obligación que tiene todo sujeto de examinar conductas potencialmente lesivas.

Finalmente, de este análisis de los elementos que configuran la ignorancia deliberada (entendida como ignorancia deliberada equiparable al dolo), podemos extraer una definición de este concepto que nos permita establecer una barrera entre él y los casos de imprudencia. Así pues, definimos la ignorancia deliberada como: *conducta objetivamente típica efectuada por un sujeto en el que no se representan que concurren en ella los concretos elementos de un tipo penal, pero que sospecha que está actuando de manera*

⁴⁸ A pesar de esta distinción, la frontera con la imprudencia sólo parece sólida en el último supuesto y, en los dos primeros, siempre y cuando se hallen en relación con la obtención de algún beneficio por parte del sujeto. Esta dificultad a la hora de diferenciar la conducta dolosa de la imprudente cuando concurre la ignorancia deliberada se hace especialmente patente en relación a los casos de *phishing*.

⁴⁹ RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, op. cit., pp. 142-145.



potencialmente lesiva para un interés ajeno y que, pudiendo desistir de tal conducta, prefiere realizarla, manteniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada en el tiempo como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidades⁵⁰.

Capítulo 6. **LA IGNORANCIA DELIBERADA: ¿MÁS ALLÁ DEL DOLO EVENTUAL?**

Como hemos podido observar, en la mayoría de los casos en los que jueces y tribunales se enfrentan a la figura de la ignorancia deliberada, éstos pueden resolverse mediante el dolo eventual tal y como se venía haciendo hasta ahora: acreditando la concurrencia del elemento volitivo del dolo a través de los hechos probados mediante indicios. De hecho, se han analizado sentencias en las cuales se niega la posibilidad de adoptar dicha figura por nuestro Derecho –en coherencia con parte de la doctrina– tomando como fundamento, principalmente, el peligro de llevar a la práctica una inversión de la carga de la prueba del conocimiento.

De conformidad con la labor jurisprudencial, la doctrina coincide (incluyendo al propio RAGUÉS⁵¹) en que la

⁵⁰ Definición extraída, con algunas modificaciones, de RAGUÉS I VALLÉS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, op. cit., p. 192.

⁵¹ RAGUÉS I VALLÉS, R., “A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva”, op. cit., p. 145: «[...] la mayoría de casos de ignorancia deliberada pueden ser de dolo eventual con una adecuada motivación de los juicios de inferencia».



necesidad de recurrir a la ignorancia deliberada se circunscribe a un ámbito muy reducido. Es especialmente interesante la postura de GRECO al respecto⁵²:

La mayor parte de los presuntos casos de ignorancia deliberada son casos en los que o bien no existe tal ignorancia, y si la acción que inmediatamente realiza el tipo es practicada con conciencia de la posibilidad de un riesgo, lo que es suficiente para el dolo eventual; o bien en que la posterior ignorancia es resultado de una situación anterior de conocimiento, de modo que el comportamiento previo justificará la responsabilidad por dolo, según los principios de la autoría mediata /de la actio libera in causa / del delito a distancia⁵³. Ya sea por vía directa o por vía indirecta, existe aquí dolo eventual y no ignorancia.

Es decir, la mayoría de los supuestos que se dan en la práctica quedarían cubiertos por la figura del dolo

⁵² GRECO, L., "Comentario al artículo de Ramón Ragués" en *Discusiones* (XIII-2), 2013, p. 70.

⁵³ GRECO defiende esta teoría a través del siguiente argumento: «En la mayoría de los casos, [...] será posible identificar un comportamiento previo, en que ese conocimiento mínimo estaba presente y en que se tomó la decisión a favor de la ignorancia. Cuando esto ocurre, por regla será ese comportamiento anterior, y no el comportamiento inmediatamente causante de la realización del tipo, el comportamiento transgresor de la norma. Aquí, no hay más que una autoría mediata en que el autor hace uso de su yo futuro como instrumento que actúa con error excluyente del dolo». (*Ibíd.*, p. 69).



eventual, bien porque el autor dispone de un conocimiento mínimo a la hora de realizar la acción que provoca el resultado lesivo en el bien jurídico protegido, bien porque dicho conocimiento mínimo se representa en un momento anterior en el que el autor decide optar por la ignorancia.

Dicho esto, surge la pregunta de si existe un lugar propio para la ignorancia deliberada en nuestro Ordenamiento jurídico. Ciertamente es que, a través de las formas de imputación subjetiva existentes puede –con carácter general– evitarse que el autor cuya conducta supone un desvalor similar al de una conducta dolosa se beneficie de su propia ignorancia al aplicársele una pena por la comisión imprudente o al lograr la impunidad. Esto es así porque lo habitual será encontrarnos frente a situaciones en las cuales el sujeto no carece por completo de conocimientos con respecto al tipo, sino que goza de un conocimiento parcial que, posteriormente, decide no ampliar.

Como hemos dicho anteriormente, tanto al analizar el concepto del dolo como en el análisis de la jurisprudencia, para poder acreditar la existencia del dolo es necesario que el conocimiento del sujeto recaiga sobre todos los elementos del tipo concreto en el que se pretende subsumir la conducta. Como ya se ha visto, dicho conocimiento no ha de ser absoluto, bastando la mera sospecha cuando ésta tuviera la suficiente relevancia como para considerar probado dicho conocimiento. Tanto los defensores de las teorías cognitivas del dolo como los defensores de las teorías



volitivas coinciden en que, en caso de faltar este conocimiento mínimo, no puede imputarse una conducta a título de dolo⁵⁴.

Sin embargo, no en todas las situaciones se dan los requisitos necesarios para poder apreciar la existencia de este conocimiento mínimo, por lo que dichas actuaciones no podrán ser calificadas como dolosas –ni si quiera bajo la figura del dolo eventual–, de forma que la pena que podrá imponerse a las mismas será la correspondiente a una conducta imprudente o la impunidad. Como muestra de la diferente intensidad con la que puede recaer el conocimiento para una misma conducta típica utilizamos el ejemplo utilizado por RAGUÉS I VALLÈS⁵⁵:

1º A recibe un mensaje de correo electrónico de un juzgado que lleva por título "notificación oficial". Dado que sospecha que puede tratarse de un requerimiento de información que espera desde hace tiempo, pero no quiere complimentar, decide borrar el mensaje –que contenía efectivamente un requerimiento de información– sin llegar a abrirlo siquiera.

2º A recibe un mensaje de correo electrónico de un juzgado que lleva por título "notificación oficial". A sospecha que puede tratarse de varias cosas que le desagradan: un requerimiento de información, una citación a declarar como testigo

⁵⁴ RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal, op. cit.*, pp. 120-121.

⁵⁵ RAGUÉS I VALLÈS, R., "A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva", en *Discusiones* (XIII-2), 2013, pp. 139-166.



o una sentencia que le condena a privación del permiso de conducir. Para no confirmar sus sospechas prefiere borrar el mensaje, que contenía un requerimiento judicial de información que queda sin cumplimentar.

3º A piensa que de la Administración nunca puede llegar ninguna noticia agradable. Por ello, cuando instala su programa de correo electrónico incluye la dirección de los organismos públicos en una lista de "correo basura" que suprime directamente los mensajes que se reciban con dicho origen. Por este motivo, cuatro años más tarde ignora que se le ha enviado un requerimiento de información de un juzgado, una petición que obviamente no cumplimenta.

Podemos observar que en las dos primeras situaciones tendría cabida el dolo eventual, siendo innecesaria la intervención de la figura de la ignorancia deliberada, mientras que en la última nos encontraríamos ante un supuesto en el que no se dan los requisitos de conocimiento necesarios para poder imputar esa conducta como dolosa a través del dolo eventual, ya que la sospecha no recae sobre ningún hecho típico en particular.

En la obra de referencia de este trabajo, RAGUÉS I VALLÈS distingue entre dos situaciones en las que podría tener cabida la ignorancia deliberada, al sobrepasar el ámbito de aplicación del dolo eventual: los delitos que exigen conocimiento cierto en la parte especial y los



casos que el autor denomina *situaciones de ignorancia deliberada stricto sensu*⁵⁶.

- *Delitos que exigen conocimiento cierto en la parte especial.*

Como mencionábamos en el apartado dedicado al análisis del concepto del dolo en nuestra legislación, nuestro Código Penal integra en algunos tipos los términos *intencionalmente* o *a sabiendas*⁵⁷. Mediante esta inclusión, el legislador concreta el concepto del dolo —que, como ya se ha mencionado, no se encuentra definido en nuestro Derecho— exigiendo, al parecer, un conocimiento intensificado (actual y cierto) sobre los elementos del tipo a los que hacen referencia estos términos.

Si seguimos esta interpretación gramatical de la norma, entendiendo, a su vez, que la especificidad en la redacción de estos tipos obedece a una intención del legislador de resaltar el carácter especial de los mismos en materia del grado de conocimiento que hay que

⁵⁶ RAGUÉS I VALLÉS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal, op. cit.*, pp. 103-114.

⁵⁷ Algunos ejemplos de ello son el artículo 217 CP relativo a matrimonios ilegales: «*El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año*»; los artículos 273 y 274 CP relativos a delitos de propiedad industrial al exigir que la conducta se lleve a cabo con conocimiento del registro; y los artículos 404 CP y 446 relativo al delito de prevaricación —en funcionarios públicos y en jueces y magistrados, respectivamente—, en el que se especifica que la resolución arbitraria ha de dictarse *a sabiendas de su injusticia*.



acreditar⁵⁸, la respuesta punitiva ante tales situaciones puede ser: o bien, declarar atípica tal conducta (o aplicarle la pena correspondiente al tipo imprudente, en caso de existir), o bien, equiparar la ignorancia deliberada al conocimiento. En principio, ninguna de

⁵⁸ La doctrina no es unánime al respecto; algunos autores opinan que la intención del legislador a la hora de incluir estos términos no era la de resaltar la necesidad de un conocimiento cualificado, sino que obedecen a una mera definición del término de dolo. Expresiones como *a sabiendas* o *intencionalmente*, han de ser equiparadas a *dolosamente*, por lo que cabría también el dolo eventual. RAGUÉS I VALLÈS se inclina por esta interpretación, expresando que «*la presencia o ausencia de estos elementos no parece explicarse por una decisión político-criminal consciente, sino por una serie de casualidades históricas o legislativas*» (RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, op. cit., p. 105). En este mismo sentido se manifiesta GUANES NICOLI en “El delito de conducción temeraria. Análisis de la de la situación jurisprudencial”: «*[...] según cómo se interpreten, estos elementos subjetivos provocan importantes lagunas de punibilidad, al verse para unos tipos, pero no para otros, cuando, sin embargo, entre todos ellos no existen diferencias valorativas que justifiquen este dispar tratamiento*». (GUANES NICOLI, M. “El delito de conducción temeraria. Análisis de la situación jurisprudencial”, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 164-166). En contra de esta postura se manifiesta MARTINEZ RODRIGUEZ, quien, en relación con el artículo 301.1 del Código Penal, expresa que «*se debe de actuar a sabiendas de la injusticia de lo que se hace, lo que exige dolo directo*». (MARTINEZ RODRIGUEZ, J.A., *Criminología de la Corrupción Urbanística y Prevaricación Funcionarial*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2015, p. 101.)



ambas soluciones parecen satisfactorias; adoptando la primera estaríamos mandando el mensaje erróneo de que el desconocimiento supone una ventaja de cara a sortear las medidas coercitivas impuestas por el legislador como consecuencia a las conductas que lesionen un bien jurídico. Por otro lado, si equiparamos ignorancia deliberada a desconocimiento nos enfrentamos a una posible infracción del principio de legalidad. Sobre este tema volveremos más adelante.

- *Situaciones de ignorancia deliberada* stricto sensu.

RAGUÉS I VALLÈS define estas situaciones como: «*aquellas en que, de forma intencionada, un sujeto consigue evitar incluso la propia obtención de aquellos conocimientos mínimos necesarios para apreciar una actuación dolosa eventual*⁵⁹», logrando así, pese a la realización del tipo objetivo, el tratamiento imprudente o, incluso, la impunidad. El autor clasifica estos supuestos en cuatro ejemplos:

1º El administrador ignorante.

En la práctica se dan numerosos casos en los que un sujeto utiliza administradores de paja o testaferros para eludir las obligaciones de una sociedad o las suyas propias. La mayoría pueden solventarse a través de la figura del dolo eventual. Un ejemplo de ello es la respuesta que da la Audiencia Provincial de Córdoba en la Sentencia de 11 de octubre de 2013, en la cual, en relación a un delito contra la Hacienda Pública, expresa: «[...] *el elemento subjetivo de los delitos contra la*

⁵⁹ RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, op. cit., p. 109.



Hacienda Pública no se constriñe sólo a aquella conducta que se rige por un dolo directo con clara intención pues de defraudar, sino que también admite supuestos de actuación por dolo eventual, siendo aplicable en estos supuestos la doctrina jurisprudencial denominada de la "ignorancia deliberada" para explicar la coautoría en el caso en el que en la defraudación confluya un administrador nombrado formalmente, llamado vulgarmente "hombre de paja", siendo otra persona el real administrador y maquinador de la misma». El Tribunal Supremo se manifiesta de forma semejante en la Sentencia de 14 de abril de 2009, confirmando la condena impuesta a uno de los recurrentes como autor de un delito de estafa, argumentando que «como administrador que era conoció e intervino en las principales decisiones defraudatorias adoptadas por CPV, no fue un "hombre de paja" sino que realizó los elementos del tipo y por tanto tuvo un efectivo dominio del hecho, incluso –y como mera reflexión hipotética–, si lo hubiera sido –hombre de paja– tampoco estaría exento de responsabilidad pues habría ofrecido su propia ineficacia o actividad meramente pasiva al servicio del plan defraudatorio ideado por otros».

Sin embargo, no todos los tipos tienen tan fácil encuadre dentro del concepto de dolo eventual. Un ejemplo de ello sería el delito de falsedades regulado en el artículo 261 del Código Penal⁶⁰, en cuya redacción se precisa la

⁶⁰ RAGUÉS I VALLÈS señala como ejemplo el delito de insolvencias punibles llevado a cabo por un administrador de paja. Sin embargo, dicho precepto fue modificado con la



conurrencia del conocimiento de la falsedad en la presentación de los datos relativos al estado contable. De ser el autor de dicha conducta típica un administrador de paja –entendiendo por tal a un sujeto cuya única función sería firmar, sin conocer qué actividad en concreto se está realizando– nos encontraríamos ante una conducta, en principio, impune, ya que no se prevé una modalidad imprudente.

2º Más allá de los detalles.

En este caso, RAGUÉS I VALLÈS utiliza como ejemplo al director general que, para evitar conocer qué medios

reforma del Código Penal, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, la cual, al suprimir el término *dolosamente* y añadir un tipo imprudente parece resolver estas dudas. Esta interpretación es coherente con lo manifestado en la exposición de motivos de dicha reforma, al establecer como una de las causas de la modificación del delito de insolvencia punible la necesidad «*de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales de la situación de concurso*». A pesar de lo expuesto, podría cuestionarse la admisión del dolo eventual por del delito de insolvencias punibles del artículo 259 si adoptamos una concepción del mismo como delito de *consumación anticipada de resultado cortado*, aunque, como señala MARTÍNEZ-BUJÁN, la mayoría de la doctrina se inclina por la admisión de esta figura con relación al delito de insolvencias punibles (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5ªed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 54).



utilizan sus empleados para alcanzar sus objetivos, coloca una serie de barreras o cargos intermedios que filtran la información que llega a su conocimiento. Lo más probable es que el director general sospeche que en su empresa se está cometiendo algún acto ilícito –en caso contrario, no habría adoptado tales medidas—, o, cuanto menos, albergue la sospecha de que, probablemente, tal conducta podría producirse; sin embargo, esa sospecha no recae en ningún hecho en particular, por lo que no se concreta en ningún tipo.

3º El alcalde firmante.

Con este ejemplo, el autor hace referencia a los actos de prevaricación antes citados, cuyos tipos exigen el conocimiento de la injusticia de la resolución arbitraria. Expone el supuesto de un alcalde que firma sin lectura previa las resoluciones que le han preparado sus subordinados, dotando de eficacia, inconscientemente, a un expediente en el que se sanciona a un ciudadano que no había cometido ninguna infracción⁶¹.

4º Prohibido abrir la puerta.

⁶¹ Teniendo en cuenta que esta conducta se calificaría, a lo sumo, como imprudente (dejando al margen la existencia de sospecha inicial, no se da el elemento motivacional que distingue la ignorancia deliberada equiparable al dolo eventual a efectos punitivos de la imprudente), excluiría este ejemplo de la clasificación de los supuestos de ignorancia *stricto sensu* para evitar confusión, ya que este concepto será utilizado posteriormente por el autor para concretar aquellos casos que deben equipararse al dolo eventual.



RAGUÈS I VALLÉS pone como ejemplo el caso de un sujeto que ordena a sus empleados que no acepten la recepción de ninguna notificación oficial. Una de las notificaciones que los empleados rechazan contiene la información referente a la designación del sujeto como presidente de una mesa electoral, con la consecuencia de la ausencia de éste el día previsto.

5º La responsabilidad de Albert Speer.

Albert Speer, arquitecto jefe de Adolf Hitler y Ministro de Armamento y Guerra del Tercer Reich durante la Segunda Guerra Mundial, alegó en los juicios de Núremberg que no conocía la existencia de los campos de exterminio y que, pese a haber tenido la posibilidad de indagar al respecto, prefirió no hacerlo.

Capítulo 7. **EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO, ¿ES ACEPTABLE UN TRATAMIENTO PENOLÓGICO MÁS BENIGNO PARA TODAS LAS CONDUCTAS QUE NO PUEDEN SER ABARCADAS POR EL CONCEPTO TRADICIONAL DE DOLO EVENTUAL?**

De la clasificación anterior podemos extraer algunas situaciones; sin embargo, la percepción psicológica que tenemos de estas conductas no es la misma. Tomando como referencia el delito de prevaricación, la acción descrita realizada por el juez no nos produce el mismo rechazo que la acción utilizada como ejemplo en el *alcalde firmante*⁶². La diferencia entre ellas radica en el elemento de la *intencionalidad* (intención ligada al conocimiento como elemento acreditativo de la

⁶² V. *supra* 6.



voluntad); lo cual, jurídicamente, ha tenido su reflejo en la distinción entre una conducta dolosa o imprudente.

Poniendo como ejemplo una conducta de la que se deriva el mismo resultado lesivo, podríamos afirmar que, en el caso de existir una diferencia en la gravedad de la pena a imponer entre el que utiliza una marca que sospecha que ya estaba registrada, pero omite realizar dicha comprobación para poder alegar desconocimiento en su descargo, y entre quien la utiliza ilegítimamente de forma consciente, ya que se molestó en comprobar el Registro, se estaría produciendo una incoherencia difícilmente asumible. De la misma forma, podríamos afirmar que, aquel que utiliza la marca ya registrada bajo la falsa creencia de que podía hacerlo legítimamente (por ejemplo, porque desconoce que debe consultar el Registro o, ni siquiera, se le ocurre pensar que dicha marca puede estar ya registrada), no merece la misma pena que aquel que la utiliza con plena consciencia de su ilegitimidad.

La diferencia de percepción se basa de nuevo en la intencionalidad del sujeto⁶³. En el primer caso descrito, este elemento recae tanto en el resultado como en la ignorancia (el sujeto tiene intención de ignorar la información que le permitiría saber la naturaleza de su

⁶³ RAGUÉS distingue entre el autor avestruz y el autor zorro; distinción basada en la teoría de David Luban en función de la causa por la que el sujeto evita conocer (debilidad moral u obtener un descargo en su responsabilidad). RAGUÉS I VALLÉS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, op. cit., pp. 145-155.



conducta y tiene intención de producir el resultado lesivo en tanto que lo asume como probable⁶⁴). Es por ello por lo que, utilizando el criterio de justicia, la respuesta penológica que creemos merecen las dos primeras conductas descritas, es similar, en tanto que la indiferencia hacia el bien jurídico protegido (la propiedad industrial) también lo es.

El Derecho penal y el sentido común –o la conciencia social de lo que es moralmente aceptable– están muy ligados; tienen un denominador común: el principio de justicia. Es inevitable, por tanto, que la diferencia entre la ignorancia deliberada que queda circunscrita al ámbito de la imprudencia y aquella *stricto sensu* equiparable al dolo a efectos punitivos, tenga su fundamento en la especial motivación del autor y, a la hora de determinar cuál fue la esa concreta motivación, es difícil dejar al margen los criterios morales socialmente asumidos.

PUPPO⁶⁵, para fundamentar la influencia de los criterios morales en la determinación de la motivación que llevó al sujeto al desconocimiento, expone como ejemplo el de un sujeto (S) que, a pesar de la previsibilidad de que comience a llover y el previo aviso de su mujer, olvida –o decide olvidar– destender la ropa, ya que comienza un partido de fútbol. A raíz de su ejemplo, se elabora la siguiente tabla:

⁶⁴ Entendiendo en este último caso el término *intención* de forma ligada al conocimiento, como aceptación del resultado.

⁶⁵ PUPPO, A. "Comentario a Mejor no saber Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès", *op. cit.*, pp. 49-53.



Tres proposiciones elementales establecidas por la mera valoración empírica:	Cinco proposiciones que describen estados mentales:	Dos proposiciones morales:	Las conclusiones en cuanto a la responsabilidad son, por lo menos, dos:
p: la ropa está tendida afuera q: ver el partido en la tele r: la ropa se moja	p1: A no podía no saber que p p2: A sospechó que p p3: A tenía razones para creer que p p4: A aceptó que no p p5: A aceptó que no p, por q	p6: q es malo p7: r constituye un daño	p9: si p, p3, p4, entonces S es responsable por r p10: si p, p3, p4, p5, y p6, entonces S es responsable por r



--	--	--	--

Concluye PUPPO⁶⁶ dicho ejemplo expresando que la ignorancia deliberada se circunscribe a p10⁶⁷, con la diferencia con respecto a p9 de que, en aquel está incluido un juicio de valor. De esta forma establece una relación entre los *procesos cognitivos* y un *juicio moral* (una especial motivación que puede encuadrarse dentro de la actitud del autor-zorro de Luban).

Sin embargo, aunque RAGUÉS acepta la presencia de la intencionalidad como elemento diferenciador entre la ignorancia deliberada "dolosa" y la "imprudente"⁶⁸, rechaza basar la argumentación encaminada a determinar su grado de responsabilidad en función de

⁶⁶ PUPPO, A. "Comentario a Mejor no saber Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès", *op. cit.*, p. 52.

⁶⁷ En el concepto que se está elaborando de ignorancia deliberada en este trabajo, también tendría cabida p2. PUPPO diferencia entre sospecha, creencia y aceptación, dando al primer concepto un significado impreciso no equiparable al conocimiento (PUPPO, A. "Comentario a Mejor no saber Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès", *op. cit.*, p. 54-58).

⁶⁸ Lo que se pone de manifiesto en la adopción de la teoría de HUSAK Y CALLENDER como punto de partida para elaborar el concepto de la ignorancia deliberada *stricto sensu*, y su inclusión del requisito de la especial motivación para delimitar el mismo; y en su referencia a la teoría de Luban, ya mencionada.



criterios morales⁶⁹, ya que los mismos no justifican la necesidad de una pena mayor⁷⁰. Tras afirmar que no todos los casos de ignorancia deliberada son semejantes, trataremos de dar respuesta a si es aceptable que los casos de ignorancia deliberada *stricto sensu* sean objeto de un tratamiento penológico similar al del dolo eventual, para lo cual, tomaremos como referencia los argumentos expuestos por RAGUÉS I VALLÈS⁷¹.

⁶⁹ La intencionalidad será relevante para calificar la ignorancia (a efectos probatorios para su distinción con la imprudencia), pero no para determinar el grado de responsabilidad. En tal sentido se manifiesta MANRIQU, M.L., "¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia", en *Discusiones* (XIII-2), 2013, p. 93, calificando tal distinción de incoherente. Sostiene esta autora que: «*Dado que Ragués pretende darle relevancia a los motivos para fundamentar que los casos de ignorancia deliberada en sentido estricto puedan ser castigados de manera más grave que la imprudencia, creo que ello lo compromete con encontrar otro tipo de fundamentación para justificar el mayor reproche de los delitos dolosos sobre los imprudentes*» (*Ibíd*em p. 89).

⁷⁰ RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, op. cit., p. 165: «*Pese a que existen muchas teorías que tratan de justificar la diferencia entre el dolo y la imprudencia partiendo de criterios como la mayor maldad, egoísmo o evitabilidad, si se parte de una visión relativa de la sanción penal, tales planteamientos no resultan útiles al no lograr justificar cuál es la justificación existente entre dichos criterios y la necesidad de una mayor pena*».

⁷¹ RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, op. cit., pp. 165-170.



Este autor menciona tres posturas doctrinales que explican el distinto tratamiento punitivo que la ley prevé para el dolo y la imprudencia⁷²: (i) la que basa la distinción entre dolo e imprudencia atendiendo a la peligrosidad del comportamiento⁷³; (ii) la que la basa en la peligrosidad personal del sujeto activo y (iii) la que fundamenta esta distinción en el contenido expresivo de la acción.

Sin detenernos demasiado en este punto, podemos descartar la primera de las teorías; teniendo en cuenta que estamos comparando conductas que difieren en el grado de conocimiento que el sujeto posee en el momento de realización del acto, pero las cuales comparten unos mismos elementos objetivos y producen un resultado lesivo idéntico, no tiene mucho sentido tratar de comparar la intensidad del peligro entre ambas, ya que ésta va a ser la misma. RAGUÉS I VALLÈS añade que, si atendemos a la peligrosidad como factor distintivo entre dolo y culpa, en un país donde las causas de muerte por accidente son mucho más numerosas que las de asesinatos, sería más coherente penar más

⁷² Escoge las tres teorías que considera que *establecen vínculos efectivos entre la función de la pena y las formas de imputación subjetiva* (RAGUÉS I VALLÈS, R. "Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal" en *Discusiones* (XIII-2), 2013, pp. 11-38).

⁷³ Como ejemplo de defensor de esta postura, GRECO, al sostener que «*la razón por la cual el derecho prohíbe y castiga comportamientos no puede estar, pues, en lo que ellos comunican respecto de la vigencia de una norma y sí en el peligro que esos comportamientos representan para la subsistencia de un bien*». GRECO, L., "Comentario al artículo de Ramón Ragués", *op. cit.*, p. 72.



gravemente la imprudencia en estos casos que la conducta dolosa⁷⁴.

La segunda respuesta, en principio, puede parecer satisfactoria. Fundamentamos la equiparación entre ambas conductas (en el ejemplo del delito contra la propiedad intelectual) en relación con la pena que su autor merece, en el idéntico rechazo que éstas nos producen. La distinción entre la acción descrita a la que no abarca la intención del sujeto y la que se realiza conscientemente nos proyecta una imagen sobre el autor, distinta en cada supuesto. En los casos que calificamos como dolosa la conducta, la imagen del autor es la de un sujeto al que el daño que se produzca sobre el bien jurídico –y, por tanto, el bien jurídico en sí– le es indiferente; rechaza el valor que la sociedad configura y que el Ordenamiento protege. Sin embargo, en el ejemplo de la conducta que, *a priori*, hemos entendido que debería ser objeto de una pena menor (sujeto que, con desconocimiento de la ilegalidad de su acción, utiliza la marca previamente registrada), la imagen que recabamos del autor es la de un sujeto despistado o negligente. No sugiere un rechazo hacia el bien jurídico, sino una cierta falta de consideración basada en la ignorancia. La pena que creemos que merecen es distinta porque la intención de cada sujeto lo es; es decir, la imagen del sujeto es la que, en parte, condiciona nuestra percepción de la conducta. Parece lógico, por

⁷⁴ RAGUÉS I VALLÈS, R., "A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva", *op. cit.*, p. 152.



tanto, que entendamos que la *peligrosidad* de cada sujeto también difiere en ambos casos. Un sujeto que manifiesta una absoluta desconsideración hacia un valor es un sujeto que requiere de un castigo mayor – orientado a la reinserción–que aquel quien sólo obra por negligencia.

Sin embargo, a la hora de hacer estas afirmaciones, nos adentramos en un terreno farragoso. Estamos tratando de enjuiciar al autor por sus características psicológicas y no por la conducta en sí. Es cierto que, al hablar de intencionalidad, necesariamente, estamos añadiendo un elemento subjetivo al proceso de determinación de la pena; no obstante, que dicho elemento subjetivo se proyecte hacia el futuro, tratando de hacer una predicción de qué pena sería necesaria para la buena reinserción del sujeto, parece un argumento un poco endeble. No podemos afirmar con absoluta certeza que un sujeto que realiza un acto típico con total conocimiento de sus elementos requiera de una pena mayor para su reeducación. Es posible que sea más difícil corregir el desinterés presente en el autor imprudente.

Esta relatividad en el argumento nos lleva a rechazarlo, lo cual nos deja la última teoría como única respuesta a la pregunta de por qué merecen el mismo tratamiento jurídico algunas conductas llevadas a cabo con cierto desconocimiento sobre los elementos del tipo que aquellas que son realizadas con pleno conocimiento. Nos alejamos, por tanto, de la consideración de la pena como prevención y nos dirigimos a una teoría que toma su base de una concepción de la misma como castigo.



La postura que fundamenta la distinción entre dolo e imprudencia en el contenido expresivo de la acción se queda a medio camino entre los argumentos que exponíamos para justificar la teoría de la peligrosidad del sujeto. Si bien, antes utilizábamos la intensidad del desinterés hacia el bien jurídico por parte del autor para justificar la gravedad de la pena atendiendo a la necesidad de una mayor intervención estatal para reeducar a dicho sujeto, ahora prescindimos de la reinserción del sujeto como causa. Según esta teoría, la mayor o menor pena que corresponde a una conducta está en correlación con el mayor o menor desinterés mostrado por el sujeto hacia el bien jurídico.

Podemos encontrar una relación entre esta teoría y las teorías absolutas sobre el sentido de la pena. Es una conexión evidente, ya que ambas comparten un mismo objeto de estudio: mientras que la teoría que estamos analizando se centra en la aplicación de la pena, las teorías absolutas o retribucionistas tratan de justificar el porqué de su existencia. Así pues, cuando RAGUÉS I VALLÈS concibe la necesidad de distinguir entre las conductas imprudentes y dolosas a efectos de la gravedad de la pena como un «*acto de reafirmación simbólica por parte del Estado del valor o la norma previamente negados con el hecho delictivo*»⁷⁵, no nos suena muy distinto a la concepción de KANT de la pena como una necesidad ética garante del principio de

⁷⁵ RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, op. cit., p. 169.



justicia⁷⁶, o en palabras de HEGEL: *«La existencia positiva de la vulneración—del Derecho—existe sólo como voluntad particular del delincuente. La vulneración de esta voluntad en cuanto existente que de otro modo sería válido, es el restablecimiento del derecho»*⁷⁷.

JAKOBS, por su parte, basa la necesidad de imposición de la pena en la frustración de la finalidad del autor, como restablecimiento del equilibrio de expectativas sociales que éste quebró con su conducta. En este sentido manifiesta que: *«el autor debe "resarcir" a la sociedad por el daño a la vigencia de la norma que ha ocasionado; no se persigue intimidar al autor para que no cometa ulteriores delitos, sino que, de lo único que se*

⁷⁶ «Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia»; Ejemplo de la isla, extraído de la obra "La metafísica de las costumbres" de Immanuel Kant, en DURÁN MIGLIARDI, M., "Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual", en Revista de Derecho y Ciencias Penales, nº 16, 2011, p. 100.

⁷⁷ Manifestación tomada de: 20. SUAY, C., "Las funciones del sistema penal", en REBOLLO VARGAS, R. y TENORIO TAGLE, F., Derecho penal, Constitución y Derechos, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2013, p. 539, en donde se hace referencia al pensamiento de este autor extraído de su obra *Fundamentos de la filosofía del Derecho*.



*trata, es de una compensación por el daño producido por el autor cuestionando la fidelidad al Derecho*⁷⁸». Según este argumento, sería inconcebible que las conductas anteriormente descritas –en las que el desconocimiento era buscado por el propio autor para obtener un beneficio⁷⁹–, quedaran impunes o recibieran un tratamiento imprudente cuando el desvalor mostrado hacia el bien jurídico fuera equivalente al expresado en una conducta dolosa eventual⁸⁰.

⁷⁸ OLMEDO CARDENETE, M. "JAKOBS, Günther: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal (traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez). Cuadernos Civitas, Madrid, 2003, 163 páginas", en Cuadernos de Política Criminal. Segunda época, nº 83, 2004, p. 140.

⁷⁹ Hago referencia, por tanto, a los casos mencionados anteriormente como ejemplos de ignorancia deliberada expuestos por RAGUÉS, pero dejando al margen el supuesto del alcalde firmante.

⁸⁰ GRECO critica esta idea (GRECO, L., "Comentario al artículo de Ramón Ragués", *op. cit.*, p. 72), argumentando que, de la misma, se derivaría la consecuencia inasumible por el nuestro Ordenamiento de que «*los actos practicados a plena luz del día presentarían mayor contenido de injusto que los actos practicados en secreto*». En mi opinión, el concepto de comunicación o expresividad debe entenderse ligado de forma intrínseca a la conducta, de forma que, el contenido expresivo de ésta sea el mismo independientemente de que sea, o no, conocida por la sociedad. Añade este autor que «*el llamado "crimen perfecto", que nadie descubre, ni siquiera existiría*». Personalmente, no creo que la impunidad sea una consecuencia de la ausencia de contenido expresivo, sino del desconocimiento. Éste no implica que la conducta deba quedar impune, sino que, probablemente, permanecerá sin castigo en



La diferenciación entre delitos imprudentes y dolosos obedecería a una doble causa: en primer lugar, al grado de desinterés mostrado por el sujeto hacia el bien jurídico⁸¹; en segundo lugar, a la existencia de una *poena naturalis*⁸² que justificaría un tratamiento más benévolo hacia el autor imprudente, en términos retributivos.

tanto que no se conozca. En un sentido similar se expresa PUPPO en PUPPO, A. "Comentario a Mejor no saber Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès", *op. cit.*, p. 58.

⁸¹ Para FEIJOO la diferencia entre dolo e imprudencia no se encuentra en la voluntad del sujeto sino en la distinción de bienes jurídicos protegidos. En el caso de la imprudencia el deber de cuidado y en el caso del dolo una prohibición u obligación. "La pena debe ser proporcional a la lesividad social de la conducta", y puesto que la importancia de las normas que imponen obligaciones o prohibiciones es mayor que las que imponen un deber de cuidado, la pena por su vulneración ha de ser mayor. Para este autor, fundamentar la distinción entre dolo e imprudencia únicamente en el desinterés mostrado en la conducta no sólo es *teóricamente erróneo*, sino que tiene *peligrosas consecuencias*. Entre ellas, destaca la calificación por la jurisprudencia de conductas imprudentes como dolosas sobre la base de la existencia de una indiferencia grave. (FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Mejor no saber....más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal", *op. cit.*, pp. 131-135).

⁸² RAGUÉS I VALLÉS admite que la *poena naturalis* también puede advertirse en el delincuente doloso "(por ejemplo, el terrorista gravemente herido por la onda expansiva de su propia bomba homicida), del mismo modo que, excepcionalmente, el delincuente imprudente puede conseguir alguno de sus objetivos", pero descarta, por su excepcionalidad en la práctica, matizar su teoría. (RAGUÉS I VALLÉS, R., "A modo de contrarréplica: la ignorancia



En cuanto al primer argumento, debemos diferenciar entre la manifestación del sujeto de una conducta de oposición o negación de un bien jurídico –conducta que observaríamos en los delitos dolosos de primer grado– y entre las acciones que muestran un mero desinterés. Dentro de estas últimas, tendrán cabida tanto las dolosas de segundo grado como las eventuales y las imprudentes. La distinción entre las dos primeras y ésta última radicará en la intensidad con la que dicho

deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva”, op. cit. pp. 153-154). FEIJOO rechaza la existencia de *poena naturalis* como criterio de distinción (FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Mejor no saber....más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal” en *Discusiones* (XIII-2), 2013, pp. 101-138) al afirmar que existen delitos imprudentes en los que no se aprecia su existencia como en falsedades imprudentes de funcionario, el blanqueo de capitales imprudente, los fraudes alimentarios nocivos imprudentes, o los delitos de homicidio o lesiones en su modalidad imprudente derivados de accidentes laborales. Además, —añade—, la apreciación de esta figura no excluye la responsabilidad por dolo (pone como ejemplo los casos de conductores suicidas-homicidas que pretenden ganar una apuesta). A pesar de que puedan darse situaciones en las que se aprecie la *poena naturalis* y, consecuentemente, la necesidad de pena a imponer sea menor, para FEIJOO éste no es el criterio sobre el que se basa el tratamiento penológico distinto entre imprudencia y dolo, sino que el distinto contenido expresivo de estas conductas tiene su base en el distinto grado de representación de la realidad en la actuación de los autores unido a la naturaleza del deber infringido.



desinterés se manifieste en la conducta del sujeto⁸³. Las conductas que muestren un desinterés más intenso (indiferencia grave) podrán ser calificadas como dolosas de segundo grado –en el caso de que dicho desinterés roce la hostilidad– o como dolosas eventuales; quedando reservada la calificación de imprudente a aquella conducta que manifieste una indiferencia leve. De esta forma, cuando una conducta en la que se concurra la figura de la ignorancia deliberada muestre una indiferencia hacia el bien jurídico similar a la necesaria para su calificación dolosa, se podría –o debería– aplicar una misma pena. Consecuentemente, se cumpliría la finalidad de la pena de provocar el fracaso del delincuente de cara a la sociedad, tanto por motivos retributivos como preventivos, al ser la consecuencia más severa para quien ha alcanzado su objetivo.

El fundamento de la equiparación entre algunos casos de ignorancia deliberada con supuestos de dolo eventual a efectos punitivos toma como base una *declaración de voluntad*. Es por ello por lo que, para concluir esta argumentación, debemos responder a la pregunta de si son punibles en nuestro Ordenamiento las meras expresiones.

A pesar de la concepción del Derecho penal como *ultima ratio*, nuestro Código Penal prevé el castigo ante la manifestación de ciertas expresiones. Ejemplos de ello son los artículos 578 (enaltecimiento del terrorismo) y

⁸³ RAGUÉS I VALLÈS pone de manifiesto su rechazo a que dicha indiferencia se considere un *estado anímico* del sujeto (RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, op. cit., p. 175).



579 (incitación a la comisión de actos terroristas). Por lo tanto, la condena de ciertas expresiones es posible –se da en la práctica– y es legítima, en tanto que lo exige la salvaguarda de la paz social. Esta legitimidad sólo puede coexistir con el principio de *ultima ratio*, en la medida que el Derecho penal intervenga exclusivamente en circunstancias extremas, en las que el riesgo para el modelo social que se pretende proteger sea real y efectivo. Es decir, el Derecho no puede, en principio, restringir la mera manifestación de ideas o pensamientos; su intervención se justifica en la medida en que esa manifestación de ideas conlleve como resultado una puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Ésta es la base sobre la que parte el análisis de la mayor o menor expresividad de oposición o desinterés hacia un bien jurídico para justificar la aplicación de una pena dolosa o imprudente: que, primero, se haya puesto en peligro o lesionado el mismo; de esta forma, tal valoración será legítima.

Capítulo 8. **EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO, ¿ES ACEPTABLE UN CONCEPTO DE DOLO SIN CONOCIMIENTO?**

En los apartados anteriores, hemos podido comprobar que, a pesar de ser minoritarios, en la práctica pueden darse supuestos de *ignorancia deliberada* que no pueden ser abarcados por el concepto tradicional del dolo eventual. Tras esto, hemos analizado si estos supuestos merecen un trato penológico similar a las conductas que pueden calificarse de dolo eventual. A través de la teoría que basa la distinción entre imprudencia y dolo en el contenido expresivo de las conductas, hemos llegado a



una respuesta afirmativa como conclusión. Así pues, el siguiente paso que debemos dar es averiguar *si es posible*, para lo cual debemos responder a la pregunta de si tiene cabida el desconocimiento dentro de nuestro concepto de dolo sin infringir el principio de legalidad.

La cuestión que nos planteamos sólo se suscita frente a aquellas conductas que no pueden ser asimiladas por el dolo eventual –situaciones de ignorancia deliberada *stricto sensu* y delitos que contienen exigencias específicas de conocimiento– ya que es sólo en ellas donde parece no cumplirse el requisito de mínimo conocimiento que tanto los partidarios de las teorías volitivas como los partidarios de las teorías cognitivas, defienden como elemento necesario del concepto de dolo.

Nuestro Ordenamiento, a diferencia del Derecho alemán⁸⁴, no contiene un precepto que excluya el dolo cuando queda acreditado un estado de desconocimiento de los elementos típicos. Expresa MUÑOZ CONDE⁸⁵ que *«la vertiente negativa del dolo es el error (el cual también contiene la ignorancia), que da lugar a que el dolo no exista, determinando, en su caso, la existencia de imprudencia si se dan los elementos conceptuales de ésta»*. El error, en nuestro Código Penal, queda regulado

⁸⁴ Artículo 16 del Código Penal alemán, relativo al error sobre las circunstancias del hecho: "Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente" (Código Penal Alemán traducido por Claudia López Díaz. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1999).

⁸⁵ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 269.



en el artículo 14, el cual dispone que, en caso de apreciarse, excluirá la responsabilidad penal. Esto implica que, de afirmar que el concepto del error incluye el desconocimiento (tal y como parece deducirse de la afirmación de MUÑOZ CONDE), nos encontraríamos ante una laguna legal que sólo podrá ser suplida por el legislador para poder castigar las conductas descritas.

En este sentido se manifiesta también FEIJOO⁸⁶, al afirmar que *«sostener de lege data que no existe un error allí donde el sujeto no quería o no estaba interesado en saber y, por lo tanto, es responsable de su desconocimiento, es una normativización contra legem»*. Argumenta este autor que, a través de la teoría de la ignorancia deliberada, se quiebran las fronteras que separan la conducta imprudente de la dolosa, al prescindir del conocimiento mínimo de la situación típica que sirve como criterio de distinción de la indiferencia presente en ambas conductas. Así pues, para poder condenar a un sujeto como autor de un delito doloso, éste *«debe abarcar intelectualmente el hecho típico ya en el momento de la actio libera o del momento previo en el que se la hace responsable de su ceguera»*.

Sin embargo, y de conformidad con lo expuesto por RAGÚES I VALLES, la conclusión a la que llegamos es que desconocimiento y error se tratan de dos realidades distintas; el desconocimiento o el conocimiento parcial o

⁸⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Mejor no saber....más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal", *op. cit.*, p. 109.



limitado, no puede equipararse al conocimiento falso o viciado. El error ha de recaer sobre los elementos del tipo. Si recurrimos al delito de hurto que utilizábamos para explicar el elemento cognitivo del dolo, nos encontraríamos ante realidades distintas, en el caso de que el error recayera sobre el elemento *ajenidad* – suponiendo, por ejemplo, que el sujeto pensara que la cosa mueble era suya– que si nos encontrásemos ante un caso de desconocimiento que recayera sobre dicho concepto: no sabe si es suyo, o no, y prefiere no saberlo.

En relación con el principio de legalidad, el Tribunal Constitucional⁸⁷ mantiene que sólo se entiende vulnerado *«si la interpretación de la norma penal aplicable y la labor de subsunción realizada carece hasta tal punto de razonabilidad que resulta imprevisible para sus destinatarios»*⁸⁸

⁸⁷ «Y confirmado por los tribunales penales internacionales ad hoc quienes, apoyándose en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (ambas jurisdicciones siendo caracterizadas por el encuentro de jueces de las dos tradiciones), han desarrollado un concepto elástico de legalidad, entendida como previsibilidad, y no como estricta legalidad» (PUPPO, A. "Comentario a Mejor no saber Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès" *op. cit.*, p. 42).

⁸⁸ Auto núm. 259/2005 de 20 junio. El fragmento citado corresponde a la respuesta que da el Tribunal en el fundamento jurídico nº 2 a la alegación por el recurrente de la vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva en relación con el principio de legalidad por existir una errónea aplicación del tipo penal por el que ha sido condenado en la Sentencia impugnada (delito de insolvencia punible) al no



Debemos recordar que, al igual que con el dolo, no existe un concepto de error regulado en nuestro Ordenamiento, por lo que hemos de recurrir a las definiciones ajenas al texto legal. Partiendo de la definición recogida en el Diccionario de la lengua española (*concepto equivocado o juicio falso*)⁸⁹, podemos concluir que dicha noción no resulta *irrazonable* ni *imprevisible*, por lo que no existiría ningún impedimento de calificar como dolosas aquellas situaciones de ignorancia deliberada que expresen una indiferencia grave hacia el bien jurídico⁹⁰.

concurrir, a su juicio, los elementos objetivos ni subjetivos del delito por el que ha sido condenado.

⁸⁹ Diccionario de la lengua española. 23ª ed. 2014.

⁹⁰ En contra, MANRIQUE. Para esta autora la ausencia de definición por parte del legislador del término dolo no otorga tal libertad de interpretación que pueda ser entendido en ausencia de conocimiento. En MANRIQUE, M.L., “¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia” *op. cit.* p. 97, expresa que en su labor interpretativa, los jueces se hallan vinculados por el sentido de las palabras que el legislador les atribuyó, siendo *un indicio de que el legislador ha asumido esa conexión*—la conexión entre conocimiento y dolo— (...) *las razones que excluyen el dolo* (el error de tipo). MANRIQUE entiende, por tanto, que una equiparación de la ignorancia deliberada al dolo vulneraría el sentido literal de la ley, por lo que propone una reforma legislativa que acoja esta figura como salvaguarda de los fines de la pena, evitando así que el autor de una conducta merecedora de una pena dolosa quede impune. En este mismo sentido se expresa GRECO (GRECO, L., “Comentario al artículo de Ramón Ragués”, *op. cit.*, p. 76) al afirmar que: “*el reconocimiento de una ignorancia*



La vía para sortear la laguna punitiva que podría surgir en los delitos que contienen exigencias específicas de conocimiento cuando concurre la figura de la ignorancia deliberada es similar al mecanismo utilizado para evitar su subsunción en el concepto del error: la interpretación de los términos.

Para evitar que comportamientos como el ejemplo citado anteriormente del juez que, sospechando de la prevaricación de su compañero, firma sin leer la sentencia, queden impunes, debemos adoptar una postura en relación con el concepto de *a sabiendas* o *intencionalmente* que sean compatibles con la figura del dolo. Así pues, si entendemos que la intención del legislador era equiparar estos términos a la idea de conocimiento (con conocimiento de su injusticia), el comportamiento antes descrito sería punible mediante el dolo eventual. Por el contrario, si interpretamos que el legislador, al hacer dicha matización exclusivamente en algunos preceptos, lo que quería era diferenciarlos del resto, imponiendo por ello una exigencia cualificada de conocimiento (conocimiento cierto, seguro), se descartaría la aplicación del dolo eventual; sólo serían punibles por dolo directo, por lo que estas conductas quedarían impunes en caso de encontrarnos ante la figura de la ignorancia deliberada. Esta laguna sólo podrá ser salvada mediante la actuación del legislador, ya que es el tenor literal del precepto el que exige el cumplimiento del requisito mencionado.

Capítulo 9. **CONSIDERACIONES FINALES**

deliberada equiparable al dolo (...) significa hacer una analogía contra reo, en violación al principio nullum crimen”.



El análisis de la evolución jurisprudencial de la ignorancia deliberada pone de manifiesto la ausencia de una concepción unívoca y estable de esta figura en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Desde su primera formulación en 1999, la ignorancia deliberada ha sido utilizada de manera oscilante: como una mera fórmula descriptiva próxima al dolo eventual; como una categoría autónoma de imputación subjetiva y como traslación de la *willful blindness* propia del derecho americano, susceptible incluso de fundamentar una responsabilidad a título de imprudencia. Esta falta de coherencia conceptual evidencia que no nos encontramos ante una verdadera categoría dogmática consolidada, sino que es una figura que se utiliza como instrumento por la jurisprudencia, adaptándola al caso concreto.

En el delito de blanqueo de capitales, las dificultades probatorias relativas al conocimiento del delito antecedente han llevado a una flexibilización del análisis del tipo subjetivo. Sin embargo, la utilización de la ignorancia deliberada como vía para suplir o relajar la acreditación del elemento cognoscitivo del dolo plantea serias objeciones desde la perspectiva de los principios de culpabilidad, presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. En particular, la equiparación automática entre la decisión de no conocer y la existencia de dolo —incluso eventual— corre el riesgo de transformar la sospecha o la indiferencia en conocimiento penalmente relevante, desdibujando la frontera entre el dolo y la imprudencia. No obstante, los pronunciamientos actuales se desmarcan de una concepción autónoma de la ignorancia



deliberada insistiendo en el deber probatorio del tipo subjetivo del blanqueo de capitales, de modo que se vuelve a la tradicional concepción del dolo eventual.

A partir de estas premisas, cabe añadir que el problema no reside únicamente en la indeterminación conceptual de la figura, sino en las consecuencias que dicha indeterminación proyecta sobre la estructura misma del juicio de imputación subjetiva. La sustitución del conocimiento efectivo por su evitación no encuentra fácil encaje en nuestro sistema, en el que la imputación a título de dolo continúa exigiendo, como presupuesto mínimo, la concurrencia de un elemento cognoscitivo referido a los elementos esenciales del tipo.

En este sentido, la doctrina ha advertido del riesgo de que la ignorancia deliberada opere como un mecanismo de inversión de la carga de la prueba, en la medida en que permite inferir el conocimiento a partir de la mera constatación de una conducta omisiva de averiguación. Ello resulta particularmente problemático en el ámbito del proceso penal, donde la exigencia de prueba suficiente del dolo no puede verse sustituida por construcciones basadas en criterios de razonabilidad o sospecha, por intensos que éstos sean.

No obstante, no puede desconocerse que una parte significativa de los supuestos que la jurisprudencia ha venido resolviendo mediante la apelación a la ignorancia deliberada pueden reconducirse, sin dificultad, al ámbito del dolo eventual. En efecto, cuando en el sujeto se representa la posibilidad relevante de que su conducta sea típica y, pese a ello, decide actuar mostrando indiferencia frente al resultado, concurren los elementos



necesarios para afirmar la existencia de dolo eventual, sin necesidad de acudir a categorías adicionales.

Ahora bien, la cuestión se torna más compleja en aquellos supuestos en los que el sujeto consigue evitar incluso la representación mínima necesaria para la afirmación del dolo eventual. Estos supuestos — identificados por parte de la doctrina como ignorancia deliberada en sentido estricto— plantean un problema de difícil solución: o bien se admite su tratamiento como conductas dolosas, con el consiguiente riesgo de vulnerar el principio legalidad al prescindir del elemento cognoscitivo, o bien se reconducen al ámbito de la imprudencia o de la atipicidad, asumiendo el coste de una posible respuesta penológica más benigna.

En este punto, la apelación a criterios de justicia material o a la mayor reprochabilidad intuitiva de determinadas conductas no pueden justificar, por sí solas, la ampliación de los límites del dolo. Por ello, la posición que parece más acorde con los principios estructurales de nuestro Ordenamiento pasa por negar a la ignorancia deliberada un espacio autónomo como mecanismo de constatación automática de la concurrencia del dolo. Su utilización debe quedar circunscrita, en su caso, al ámbito del dolo eventual —cuando concurren sus presupuestos— o, alternativamente, al de la imprudencia.

En definitiva, la ignorancia deliberada no constituye una tercera vía entre el dolo y la imprudencia, sino una construcción jurisprudencial que, utilizada con cautela,



puede servir como elemento auxiliar en la valoración del tipo subjetivo, pero que no puede sustituir las exigencias probatorias ni alterar la estructura del dolo. Esta conclusión adquiere especial relevancia en el delito de blanqueo de capitales, donde la complejidad probatoria no puede erigirse en fundamento para la relajación de las garantías penales, debiendo mantenerse la exigencia de acreditar, al menos, un conocimiento eventual de la procedencia ilícita de los bienes como presupuesto ineludible de la imputación dolosa.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

ARIAS ELBE, M.J., *El error en derecho penal en el código de 1995*, Dykinson, 2007.

BELLO LANDROVE, F. "El dolo eventual en España (reflexiones para un debate)", en *Jueces para la democracia*, nº 32, 1998, pp. 14-16.

DURÁN MIGLIARDI, M., "Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual", en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, nº 16, 2011.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Mejor no saber....más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal" en *Discusiones* (XIII-2), 2013, pp. 101-138.



FEIJOO SÁNCHEZ, B., "La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial" en Indret, nº3, Barcelona, 2015.

GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.

GRECO, L., "Comentario al artículo de Ramón Ragués" en *Discusiones* (XIII-2), 2013.

GUANES NICOLI, M. "El delito de conducción temeraria. Análisis de la situación jurisprudencial", Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 164-166.

LUZÓN PEÑA, J.M en *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, S.L., Madrid, 2016.

MANRIQUE, en MANRIQUE, M.L., "¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia", en *Discusiones* (XIII-2), 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5ªed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

MARTINEZ RODRIGUEZ, J.A, *Criminología de la Corrupción Urbanística y Prevaricación Funcionarial*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2015.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, 8ªed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.



PUPPO, A. "Comentario a Mejor no saber Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès" en *Discusiones* (XIII-2), 2013, p. 49-51

RAGUÉS I VALLÉS, R. "Consideraciones sobre la prueba del dolo" en *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 4, 2004 pp. 13-26

RAGUÉS I VALLÉS, R. "Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal" en *Discusiones* (XIII-2), 2013, pp. 11-38.

RAGUÉS I VALLÉS, R. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007.

RAGUÉS I VALLÉS, R., "A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva", en *Discusiones* (XIII-2), 2013, pp. 139-166.

OLMEDO CARDENETE, M. "JAKOBS, Günther: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal (traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez). Cuadernos Civitas, Madrid, 2003, 163 páginas", en *Cuadernos de Política Criminal*. Segunda época, nº 83, 2004.

STRUENSEE, E., "Consideraciones sobre el dolo eventual", en *Indret*, nº 4, 2009, Barcelona.

SUAY, C., "Las funciones del sistema penal", en REBOLLO VARGAS, R. y TENORIO TAGLE, F., *Derecho penal*,



Constitución y Derechos, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2013.

VALLEJO JIMÉNEZ, G.A., "Aproximación al concepto de imprudencia", en *Nuevo Derecho*, Vol. 5, nº 6, 2010.

ZUGALDIA ESPINAR, J.M., "La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 39, 1986.

Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional, Auto núm. 259/2005 de 20 junio.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia de 8 de julio de 1985.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia de 6 de febrero 1988.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia de 23 de abril de 1992 (*Caso de la Colza*).

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 117/1994, de 28 de enero.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 1619/1994, de 16 de septiembre.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 641/1995, de 5 de mayo.



Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia de 10 de enero de 1999.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia de 16 de octubre de 2000.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 946/2002, de 22 de mayo.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 1524/2003, de 5 de noviembre

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 33/2005, de 19 de enero.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia de 14 de septiembre de 2005.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia de 26 de diciembre de 2005.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia de 11 de mayo de 2006.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia de 13 de septiembre de 2006.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia de 20 de julio de 2006.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 336/2009, de 2 de abril.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia de 14 de abril de 2009.



Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 234/2012, de 16 de marzo.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 974/2012, de 5 de diciembre.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 228/2013, de 22 de marzo.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 997/2013, de 19 de diciembre.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 586/2014, de 23 de julio.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 970/2016, de 21 de diciembre.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 374/2017, de 24 de mayo.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 451/2018, de 10 de octubre.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 267/2019, de 28 de mayo.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 383/2019, de 23 de julio.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 478/2019, de 14 de octubre.



Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 366/2020,
de 2 de julio.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 468/2020,
de 23 de septiembre.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 409/2020,
de 8 de octubre.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 204/2021,
de 4 de marzo.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 567/2021,
de 30 de junio.

Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia 849/2023,
de 20 de noviembre.



IMPACTO Y DESAFÍOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UN ESTUDIO JURÍDICO Y ÉTICO

D. Marcos Puñal de Roa

Graduado en Derecho

Resumen: Son numerosos y continuos los avances tecnológicos que abruma a la sociedad moderna, adquiriendo un papel fundamental el desarrollo de la Inteligencia Artificial (IA) en todos los ámbitos, generando continuos debates sociales, políticos, culturales, y en especial, legales. Toma entonces un papel fundamental el derecho ante las afecciones a derechos que la IA puede producir.

Se realiza una recopilación de los hitos más importantes de la historia de la Inteligencia Artificial, hasta la actualidad. A continuación, se configura el marco teórico y legal que ha entrañado la IA en el marco nacional y comunitario, pasando por la reflexión necesaria sobre la personalidad de la IA. Finalmente, en el marco de los DDFF que reconoce la CE, se estudian algunos casos de afecciones a estos derechos.



Abstract: The rapid and continuous technological advancements overwhelming modern society have placed Artificial Intelligence (AI) at the center of all fields, sparking ongoing social, political, cultural, and especially legal debates. Law thus plays a crucial role in addressing the potential infringements of rights caused by AI.

This study compiles the most significant milestones in the history of AI, from its origins to the present. It then outlines the theoretical and legal framework that AI has entailed at both national and community levels, including a necessary reflection on AI's legal personality. Finally, within the framework of fundamental rights recognized by the Spanish Constitution, the study examines specific cases where AI has affected these rights.

Palabras Clave: Derecho, Inteligencia Artificial (IA), Derechos Fundamentales (DDFF), personalidad jurídica, responsabilidad.

Keywords: Law, Artificial Intelligence (AI), Fundamental Rights (FR), legal personality, liability.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN Y MARCO TEÓRICO. 1.1 Objetivos. 1.2 Metodología. 1.3 Introducción. 2. HISTORIA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 2.1 Orígenes de la IA. 2.2 Hitos, avances recientes y estado actual de la tecnología de IA. 3. IA Y DERECHO. 3.1 Marco legal vigente y derechos de la esfera personal. 3.2 La personalidad de la IA. 4. IA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. 4.1 Derecho a la no discriminación y algoritmos sesgados. 4.2 Derecho a la integridad moral. 4.3 Privacidad y protección de datos. 4.4 Tutela Judicial



Efectiva. 5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN Y MARCO TEÓRICO

1.1 Objetivos

Este TFG tiene por objetivo transmitir al lector la especial trascendencia que está teniendo la IA en nuestro mundo, y en especial, hacer ver algunas de las cuestiones legales que de este ámbito se suscitan, de modo que repasaremos de manera detallada dos cuestiones que son primordiales.

La primera, la **personalidad o posición jurídica de la IA**, crucial debido a las implicaciones prácticas que conlleva. Por ejemplo, en el caso de accidentes de tráfico provocados por vehículos con capacidad de conducción autónoma total, surge la pregunta de a quién se debe imputar la responsabilidad: ¿al propietario del vehículo, al fabricante del software, o a la propia IA? Además, se explorarán temas como la creación de obras intelectuales por parte de IA y cómo esto afecta los derechos morales del autor. ¿A quién se atribuye la autoría y responsabilidad de las creaciones generadas por IA? A través de estas cuestiones, se ilustrará la necesidad de clarificar la posición jurídica de las IA para poder asignar responsabilidad, poder determinar la posición jurídica que la IA debería, o no, alcanzar.

La segunda cuestión se centra en los **derechos de la esfera personal y cómo la IA interfiere** en ellos, analizando cómo impactan a la privacidad, la protección de datos, a la vida y a otros derechos fundamentales, así como las posibles respuestas judiciales a estas



interferencias. En un futuro no muy lejano, será esencial determinar cómo debemos reaccionar ante estos desafíos y qué medidas legales deben implementarse para proteger a los individuos, en especial, estudiaremos la opción de introducir nuevas figuras legales, derechos, o mecanismos jurídicos que generen seguridad jurídica en relación con los constantes cambios y evoluciones de la IA y cómo estos requieren una adaptación continua de los marcos legales para asegurar que los derechos no se vean comprometidos.

Es imperioso que, durante los próximos años, el legislador genere un marco legal claro y adecuado, pues la celeridad con la que avanza la tecnología nunca había sido tan precipitada.

El objeto final de este TFG es el de contribuir a un entendimiento más profundo de las implicaciones legales, así como proponer soluciones que anticipen y mitiguen los futuros conflictos.

1.2 Metodología

Este estudio adopta un enfoque comparativo y multidisciplinario para analizar los principales riesgos y daños que la inteligencia artificial (IA) presenta en relación con los derechos fundamentales. En primer lugar, se explorará la historia y evolución de la IA, destacando los hitos tecnológicos de la última década y ofreciendo una perspectiva sobre el futuro cercano de esta tecnología.

Daremos respuesta a las cuestiones más trascendentales sobre el marco legal de la IA, la resolución de los



problemas prácticos, así como se examinarán las relaciones entre la IA y diversos derechos que se han visto afectados por la aparición de estas nuevas tecnologías. En este contexto, se realizará un análisis de los marcos jurídicos existentes, prestando especial atención a la legislación vigente, su fuerza legal y los marcos de protección general en Europa, y España. Además, se estudiarán algunos de los derechos fundamentales de la Constitución española en los que la IA ha tenido incidencia, evaluando esta aparición tanto desde un punto de vista positivo como negativo.

Finalmente, se expondrán conclusiones sobre el futuro de la IA, acompañadas de propuestas de mejora específicas. Estas recomendaciones buscarán orientar el desarrollo y la implementación de políticas y marcos legales que aseguren la protección de los derechos fundamentales frente al avance de la IA.

1.3 Introducción

La inteligencia artificial (de ahora en adelante IA) se ha posicionado en el centro de la revolución tecnológica contemporánea, marcando un punto de inflexión en cómo las máquinas influyen en nuestras vidas, trascendiendo a sectores industriales y afectando a decisiones cotidianas, reformulando desde la atención médica hasta la seguridad nacional, provocando la automatización de diversos empleos, y por ende, provocando su desaparición o transformación, así como la creación de nuevos puestos de trabajo relacionados con la IA. En este contexto, el debate ético se convierte en un pilar fundamental para el desarrollo tecnológico responsable, y es aquí donde las tres "*Leyes de la*



*Robótica*¹ de Isaac Asimov resurgen como un marco teórico para explorar los límites morales y prácticos de la IA.

Aunque diseñadas como un dispositivo literario para abordar dilemas éticos en sus historias de ciencia ficción, ofrecen una base contundente para fundar las regulaciones normativas en la actualidad a las que la Inteligencia Artificial ha de someterse, y a pesar de no ser aplicables en su tenor literal, el espíritu retumba en la creciente idea de una IA ética y regulada;

Un robot no hará daño a un ser humano ni permitirá que un ser humano sufra daño por inacción.

*Un robot debe **cumplir las órdenes dadas por los seres humanos,** excepto cuando **estas órdenes entren en conflicto con la primera ley.***

*Un robot debe **proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no entre en conflicto** con la primera o segunda ley.*

Parte de las historias de ciencia ficción de Isaac Asimov toman de base la existencia de un robot humanoide, no solo con apariencia de ser humano en su forma física, sino también en tanto en cuanto exhiben comportamientos humanos, capaces de interaccionar y entender emocionalmente. Esto no puede extenderse a la realidad actual pues a pesar de que han existido creaciones de robots con apariencia física a un ser humano, el desarrollo tecnológico no ha logrado generar

¹ Asimov, Isaac. 1941. *Círculo Vicioso*. En *El Robot Completo (Saga de los Robots 1)* (pp. 183-198). Alamut.



un robot capaz de sentir y/o tomar decisiones de manera autónoma y teniendo autodominio de sus acciones, pues en realidad nos topamos con robots puramente funcionales, como si fueran manipuladores industriales o unidades de procesamiento que carecen de forma antropomórfica en la inmensa mayoría de casos.

Uno de los problemas que más intereses suscitan es el reconocimiento de ciertos derechos a las IA. Sin embargo, para poder apreciar si estamos ante un objeto o un sujeto de derecho, es fundamental distinguir que, si deseamos equiparar al robot o a la IA moderna con un ser humano, debemos considerar la existencia de una "Psique" tal y como la entendían los griegos. Este espíritu humano no solo debe mostrar reflejos cognitivos (lo cual los avances tecnológicos más novedosos están alcanzando), sino también reflejos afectivos.

La Unión Europea ya en 2018 estaba especialmente concienciada sobre la imperiosa necesidad de controlar desde un primer momento a la IA, pues como se refleja de la "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones" de 25 de abril de 2018 (COM (2018) 237 final):

*Al igual que hicieron la máquina de vapor o la electricidad en épocas anteriores, la IA está transformando nuestro mundo, nuestra sociedad y nuestra industria. El crecimiento de la capacidad informática y la disponibilidad de datos, así como **los avances en los algoritmos, han convertido la IA en una de las tecnologías más estratégicas del siglo XXI.** Es mucho lo que está en juego. Nuestra forma de abordar la cuestión de la IA definirá el mundo en el que vamos a vivir. **En medio de una***



feroz competencia mundial, se requiere un marco europeo sólido².

Ha sido durante el desarrollo de este TFG, y más concretamente el 13 de mayo de 2024, que la Eurocámara ha aprobado el Reglamento para regular la IA³, comúnmente conocida como "Ley IA", respaldada por 523 votos a favor, 46 en contra y 49 abstenciones, un claro reflejo de la preocupación general que entrañan los riesgos de la IA, siendo esta, la primera regulación en el marco comunitario que trata de aportar soluciones al desenfrenado avance de la IA.

² *Inteligencia Artificial para Europa*; {COM(2018) 237 final}; Bruselas, 25.4.2018. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>

³ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2024). *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD))* Bruselas. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf (Última vez visitado, 20 de junio de 2024)



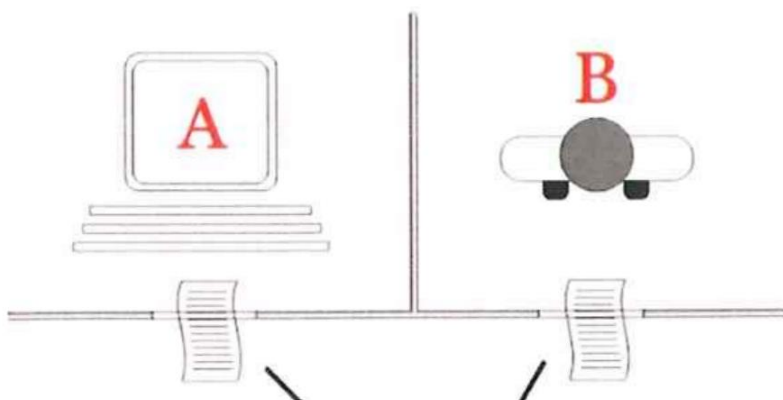
2. HISTORIA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

2.1 Orígenes de la IA

La historia de la IA se remonta a mediados del siglo XX, momento en el cual, situados en el 1950 con la publicación del artículo "*Computing Machinery and Intelligence*"⁴ de Alan Turing, en el cual, se introduce el "Juego de la Imitación", conocido hoy como el Test de Turing, planteando la cuestión: "*¿Pueden pensar las máquinas?*", se propone evaluar la inteligencia de una máquina por su capacidad de imitar el comportamiento humano de manera indistinguible en un juego de preguntas y respuestas, de modo que, si una máquina puede engañar a un interrogador humano para que confunda sus respuestas con las de un humano, entonces se puede considerar que la máquina posee inteligencia, esto es, una Inteligencia Artificial. Este es el punto de partida teórico, y no será hasta 1956 que se den los primeros pasos en IA en la Conferencia de Dartmouth, organizada por John McCarthy, informático y profesor asistente de matemáticas en *Dartmouth College*, siendo esta conferencia uno de los factores que le llevó en 1971 a ser reconocido por sus hazañas en el sector IA galardonado con el Premio Turing. En esta Conferencia, la cual, sirviendo como germen de la IA entendida como un marco de estudio propio y diferenciado, se acuña por primera vez el término "Inteligencia Artificial" refiriéndonos a aquellas máquinas pensantes preexistentes, sentando las bases de la

⁴ Turing, A. M. (1950). *Maquinaria computacional e inteligencia*.

investigación en IA. Sin embargo, de la teoría a la práctica hay un paso.

Ilustración 1:

Academia Lab. (s.f.). Ilustración del Test de Turing [Ilustración]. Academia Lab. <https://academia-lab.com/enciclopedia/test-de-turing/>

En esta Conferencia, se entendía que la IA iba a suponer un sistema individual, algo así como la comprensión que tenía Isaac Asimov, un robot antropomorfo, o no, capaz de operar individualmente, pero que, sin embargo, debido a la carencia del hardware necesario, la IA se ha visto nutrida y cumplimentada por las tecnologías que han ido desarrollándose, y que, como veremos en el siguiente apartado, tiene como fundamento otras tecnologías para su desarrollo.

Para marcar un momento en la historia en la que el ser humano logra generar una infraestructura necesaria para el desarrollo de la IA, no podemos referirnos a otro



momento que no sea posterior al 1950 en base a la aparición del concepto de Inteligencia Artificial, pero sin embargo, las bases son previas a este momento, principalmente gracias a la globalización e internacionalización de la economía, que favorecieron tras la Segunda Revolución Industrial, la proliferación de proyectos que resuelven la carencia de un hardware capaz de soportar una IA. Si bien los primeros avances no son suficientes, sirven de base para nuevos proyectos, pudiendo marcar varios antecedentes. El primero de ellos, a la aparición del primer sistema computacional u ordenador⁵, el "ENIAC" (*Electronic Numerical Integrator and Computer*), completamente digital con propósito general desarrollado durante la Segunda Guerra Mundial por ingenieros de la Universidad de Pensilvania, Filadelfia, en el 1943, la cual tenía la capacidad de realizar 5000 sumas y 300 multiplicaciones por segundo. En realidad, ENIAC sirvió fundamentalmente como base para la obra de Nicholas Constantine Metropolis⁶, que en colaboración con John

⁵ Es cierto que "ENIAC" no fue el primer ordenador entendido como ordenador *estricto sensu*, pues su antecesor fue la máquina "Z1" alemana, computadora electromagnética creada en los años 30 por Konrad Zuse pero que, a diferencia de ENIAC, esta, todavía integraba elementos analógicos.

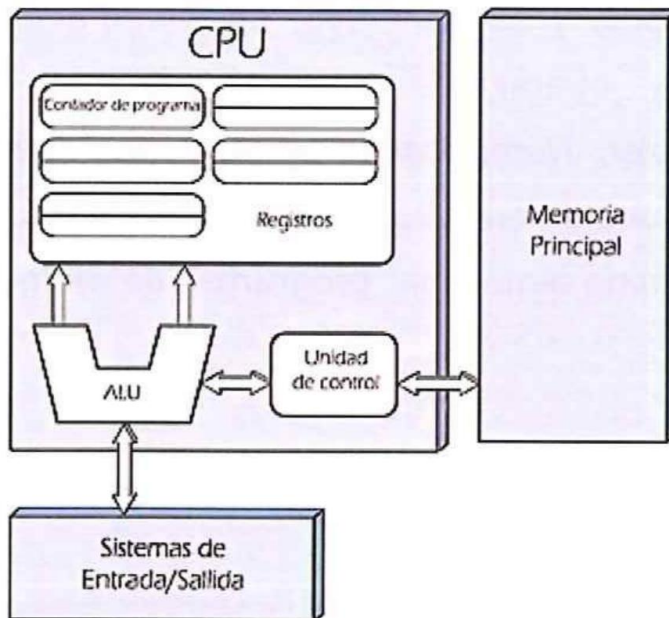
⁶ **Nicholas Constantine Metropolis** (11 de junio de 1915 - Los Álamos, Nuevo México, Estados Unidos, 17 de octubre de 1999) fue un físico y matemático greco-estadounidense, que, habiendo trabajado junto a destacados científicos en el Laboratorio Nacional de Los Álamos, ganó relevancia en el ámbito de la computación durante y después de la Segunda Guerra Mundial. Participó en el desarrollo del "Proyecto



von Neumann⁷, y otros tantos como Julius Robert Oppenheimer, desarrollan la computadora con capacidad memorística, y en definitiva, un sistema computacional capaz de almacenar datos y operar de manera autónoma, esto es, "MANIAC" *Mathematical Analyzer, Numerical Integrator, and Computer*, creada tras la Segunda Guerra Mundial en 1952 con la arquitectura "Princeton" o "Von Neumann", que permitía almacenar programas de memoria, como patrones de actuación en tarjetas perforadas, lo que agilizaba la capacidad de respuesta de estas computadoras.

Manhattan" y es conocido por su trabajo en la creación de la máquina computacional "MANIAC" (Mathematical Analyzer, Numerical Integrator, and Computer), diseñada para realizar los complejos cálculos necesarios en el desarrollo de la bomba H.

⁷ **John Von Neuman** (28 de diciembre de 1903 - Washington D. C., Estados Unidos, 8 de febrero de 1957) fue un matemático húngaro estadounidense, que, habiendo sido profesor en la Universidad de Princeton junto a destacados científicos, no tuvo la relevancia en el ámbito de la IA hasta la Segunda Guerra Mundial que desarrolló para el *Proyecto Manhattan* durante 1939 hasta 1945 la máquina computacional "MANIAC" (*Mathematical Analyzer, Numerical Integrator, and Computer*), la cual tiene por objeto generar los cálculos necesarios para la Bomba H. Autor de la "Arquitectura Von Neumann".

Ilustración 2:

Wikipedia. (s.f.). Diagrama de la arquitectura de Von Neumann [Ilustración]. Wikipedia.

https://es.wikipedia.org/wiki/Arquitectura_de_Von_Neumann

2.2 Hitos, avances recientes y estado actual de la tecnología de IA

Durante toda la historia se han creado robots, máquinas que bien facilitan la vida cotidiana, o bien el desarrollo de ciertas funciones, o simplemente, se crean con el fin de entretener o investigar. Si bien estas creaciones son previas al 1950, ha sido en las últimas décadas que se han producido los verdaderos avances en el sector



tecnológico, impulsado por innovaciones y descubrimientos científicos que ha permitido su aplicación en diversa gama de campos, desde la medicina, hasta la automoción e incluso el procesamiento del lenguaje natural. En este sentido, no tendremos en cuenta todos los avances tecnológicos que han derivado en el estado actual de la IA, sino en aquellos hitos fundamentales que han sido referentes en el campo para el desarrollo de esta tecnología, haciendo una breve revisión histórica y la aplicabilidad de la IA en estos:

1957, "Perceptrón", es la primera red neuronal⁸ o algoritmo de una sola capa, capaz de aprender y tomar decisiones sencillas basado en el funcionamiento de una neurona biológica y es capaz de aprender y tomar decisiones sencillas, fue utilizado principalmente para el reconocimiento y análisis de imágenes.

1961, "Unimate", el primer robot industrial creado por George Devol con aplicación en la industria automotriz, adquirido por General Motors, utilizado para funciones de soldadura. Marca un precedente en la industria, alterando el mercado laboral de manera directa, y suponiendo el inicio de un cambio en los derechos laborales.

⁸ Una Red Neuronal es un programa o modelo de machine learning que tiene la capacidad de simular la toma de decisiones que un ser humano tiene haciendo uso de procesos que simulan la función neuronal biológica con el fin de identificar, analizar y concluir.



1964, "ELIZA", el primer software diseñado por MIT (Instituto Tecnológico de Massachusetts) entre 1964 y 1966 por Joseph Weizenbaum capaz de procesar lenguaje natural, y dar respuestas aparentemente razonadas y comprendidas, aunque en realidad, hacía uso de la reestructuración lingüística para simular esto. Se considera como el inicio de los "*chatterbots*", cuya función es la de simular una conversación cumpliendo con los requisitos del Test de Turing. Esta base servirá para la creación de nuevos chatterbots como "Parry", en 1972, "A.L.I.C.E", en 1995, "Siri", en 2011 desarrollado por la compañía Apple, así como su homólogo "Alexa" por la compañía Amazon, y "GPT-2", en 2019, desarrollado por OpenAI.

1966, "SHAKEY", el primer robot controlado por una IA, desarrollado en el Centro de Inteligencia Artificial del Instituto de Investigación de Stanford entre 1966 hasta 1972, tratándose del primer robot capaz de analizar el orden y desglosar en partes básicas la información que percibe, así como combinando visión y audio, fundando el razonamiento lógico y la acción física.

1986, "Backpropagation Learning" o Propagación hacia atrás, es un algoritmo de aprendizaje supervisado, también denominado "*machine learning*"⁹ que permite entrenar redes neuronales artificiales, de modo que estas aprenden de manera autónoma sin órdenes para

⁹ Podemos definir *machine learning* como los algoritmos que dotan a los ordenadores de capacidad suficiente para identificar patrones en datos masivos y elaborar predicciones o análisis predictivos, siendo estos, fundamentales para el funcionamiento del "*Big Data*".



ello, empleando un ciclo de propagación encadenado basado en un sistema de etiquetas asociadas a unos datos que permiten tomar decisiones, y que en definitiva, permite retroceder cuando se encuentra un error hasta lograr una salida o respuesta idónea.

1996, "Deep Blue", es una computadora desarrollada por IBM, la cual logra por primera vez ganar a Gari Kaspárov en una partida de ajedrez bajo condiciones de campeonato. A diferencia de sus antecesores, la capacidad computacional que se alcanza permitió a Deep Blue calcular hasta 200 millones de posiciones de ajedrez por segundo, gracias al perfeccionamiento de la tecnología "Minimax".¹⁰

1998, "KISMET" el primer robot equipado para identificar y expresar emociones gracias a sus articulaciones servoactuadas que permiten simular un rostro humano. Disponía de dispositivos de entrada que le habilitaban para captar audio y vídeo, pudiendo identificar las emociones humanas y simularlas basándose en las emociones básicas de Russell.

2005, aparición del Big Data: en este punto debemos hacer hincapié, pues en realidad, este es una de las creaciones más controversiales para este trabajo.

¹⁰ La teoría de juego minimax es un mecanismo para la toma de decisiones que permiten minimizar la pérdida máxima en juegos con adversarios, seleccionando la decisión que más beneficia la posición del jugador que aplica el mecanismo, de modo que el algoritmo busca la opción más beneficiosa que permita ganar el juego con el menor número de movimientos.



Podemos definir de varias formas al "Big data"¹¹ como *"El conjunto de estrategias, tecnologías y sistemas para el almacenamiento, procesamiento, análisis y visualización de conjuntos de datos complejos"*, en definitiva, y siguiendo la definición del analista Doug Laney, podríamos decir que Big Data, es la información en un entorno de, gran volumen, variedad, velocidad y veracidad. En realidad, la Big Data es fruto de la necesidad que surge en la primera década del siglo **XXI**, momento en el que acontecen diversos avances, como por ejemplo, la secuenciación del genoma humano en 2003, del cual se desprendían aproximadamente 100Gb de información por ser humano, o por ejemplo, el cambio de estrategias de estudio del mercado por parte de las compañías, que pasan de estudiar el mercado sobre pequeñas muestras, a tratar la información sobre muestras completas y por lo tanto, recopilando información como nunca antes lo habían hecho. Esta revolución en el manejo de datos ha transformado industrias enteras y continúa siendo un campo de desarrollo crítico en el ámbito de la inteligencia artificial y el análisis de datos

2006, Geoffrey Hinton desarrolla el denominado *"Deep Learning"* en aras a desarrollar nuevas Redes Neuronales Profundas, ahora, capaces de analizar muchos más planos. Este sistema solventa el problema de la

¹¹ Universitat Oberta de Catalunya. (2023). *Análisis de datos en entornos Big Data: Introducción al Big Data*. Recuperado de https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/141647/4/Analisis%20de%20datos%20en%20entornos%20big%20data_Introduccion%20al%20big%20data.pdf



"desaparición del gradiente"¹², funcionando a través de 3 capas básicas; la capa de entrada que recibe

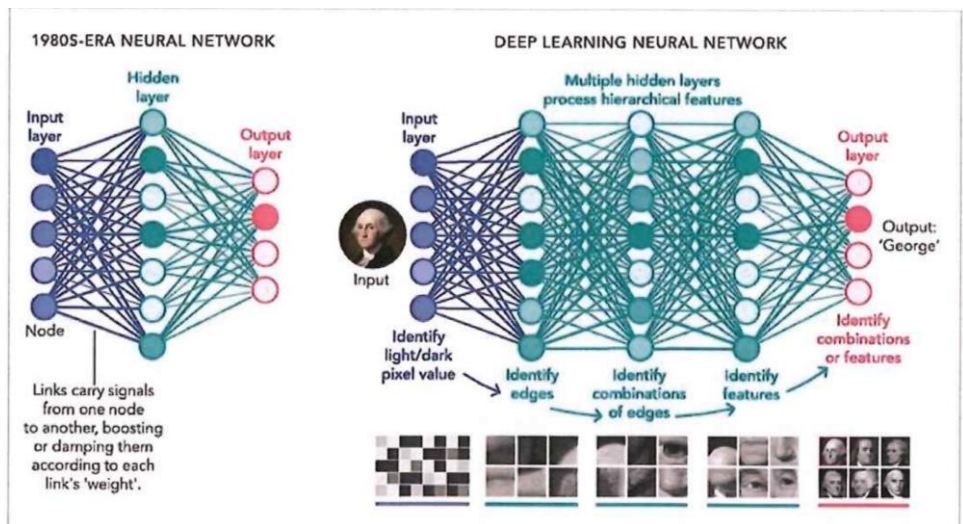
¹² A modo de resumen muy simplificado, para poder comprender este problema de desaparición del gradiente, debemos saber que el "gradiente" entendido en este ámbito, es el elemento que actualiza los pesos en la dirección que minimiza el error en la capa oculta durante la retro propagación de la información; esta propagación provoca que la información se pierda o desaparezca una vez llegan a la capa de salida, provocando que el entrenamiento de la red sea ineficiente.

Un ejemplo que va a esclarecer esta situación, y haciendo referencia a la Ilustración 3, cuando nosotros introducimos una imagen a una red neuronal, en la capa inicial se van a comenzar a desgranar los elementos de dicha imagen, derivándolas a los diferentes pesos o neuronas para realizar un estudio de los elementos básicos, y posteriormente, derivarlo a la siguiente capa oculta, así, hasta que se ha generado un estudio completo que se unifica en la capa de salida. Como se aprecia en la Ilustración 3, en la primera capa se genera un desglose de la información entrante por el valor de los píxeles, y posteriormente se desgrana en función de los elementos de esta.

Lo más interesante de este método, es que la información se desgrana de manera jerarquizada y por niveles, de modo que permite profundizar en todos y cada uno de los elementos que integran la información de manera pormenorizada, culminando, en este caso, con la identificación de las diferentes combinaciones de los elementos. Este

información entrante, las capas ocultas que procesan la información, y la capa de salida que genera un resultado final. Es en estas capas ocultas es donde se desgranar los diferentes elementos de los datos iniciales para dar generar el estudio y aprendizaje, y una vez realizado dicho estudio, se unifican para generar la respuesta, o capa de salida. Cada capa está interconectada con las otras a través de las "neuronas" o "pesos" que integran a la red.

Ilustración 3:



La figura muestra una comparación entre una red neuronal de la década de 1980 y una red neuronal de aprendizaje profundo actual (NVIDIA, n.d.). Recuperado de

entrenamiento de las redes neuronales, son las que al final y al cabo, permiten a la IA comprender.



<https://la.blogs.nvidia.com/blog/que-es-la-computacion-de-ia/>

2015, se funda la organización sin ánimo de lucro "OpenAI", actualmente transformada a sociedad de capital, pero que originalmente se creó con la intención de prestar servicios de IA, así como alentar a la sociedad de los riesgos y peligros que esta entraña. Es en septiembre de 2022, que nace ChatGPT, uno de los "chatterbots" con más capacidad lanzados hasta la fecha, que hace uso de la tecnología "Deep Learning" para evolucionar a través de las propias conversaciones que tiene con los usuarios. Del mismo modo, se

2016, AlphaGO, desarrollado por Google DeepMind, es una IA que derrotó al campeón mundial de GO, Lee Sedol, sometida a condiciones desfavorables de las reglas del juego. AlphaGO sirve de base para el desarrollo de la IA AlphaZero, que nace en 2017, superando en creces a su antecesor en tanto en cuanto a capacidad de aprendizaje.

2020-2024, En los últimos años la IA ha trascendido a un nivel superior, estamos presenciando un fenómeno de comercialización expansiva de la IA que impacta todos los sectores económicos y ámbitos de la vida cotidiana, estando dicha tecnología disponible para los consumidores en formas casi ilimitadas, desde la conducción autónoma de vehículos hasta aplicaciones en teléfonos inteligentes, como asistentes de voz (Siri, Google Assistant), sistemas avanzados de fotografía, así como dentro de nuestras casas, habiendo tenido un impacto significativo en la domótica.



Fue en el 2022 la gigante mercantil NVIDIA presentó una GPU¹³ denominada "Hopper" que permitió a la IA dar un paso de gigante, aportando una arquitectura que permitió acelerar la propagación y procesamiento de datos, generando un motor mucho más capaz que sus antecesores, permitiendo generar chatbots y asistentes virtuales, entrenamiento de modelos gigantes de IA. Así como sistemas de recomendación en tiempo real. Ha sido en el 2024, que esta empresa presenta su sucedáneo, "NVIDIA Blackwell", tecnología que pasa de los 80.000 millones de transistores de los que disponía Hopper, a 208.000 millones, así como permite la interconexión con otras GPU a una velocidad de 10 TB/s. Nos encontramos ante un perfeccionamiento tal, que nos capacita para aplicar la IA en cualquier sector, pudiendo decir que nos adentramos a una era donde esta juega un papel integral en nuestra vida diaria gracias al vertiginoso avance de la tecnología. Creo que alcanzaremos el momento en el que la IA supere la pantalla, una IA que, aun sin tener un cuerpo humanoide, será capaz de tener "cuerpo"¹⁴, siendo un conjunto de sistemas no orgánicos que constituyen cierta autonomía; esto sería, por ejemplo, imaginemos un centro de logística con cámaras, sensores y robots que le permiten tener precisión sobre todo lo que ocurre

¹³ GPU o *Graphic Procesing Unit* (Unidad de Procesamiento de Gráficos) es un procesador destinado a procesar los datos sobre los cálculos de los gráficos dentro de los procesos internos, descargando trabajo a la CPU.

¹⁴ Real Academia Española. (n.d.). Cuerpo. En *Diccionario de la lengua española* (23.^a ed.). Recuperado el 20 de junio de 2024, de <https://dle.rae.es/cuerpo>



en tiempo real, así como se le permite administrar y gestionar la mercadería optimizando las funciones. De este modo, podríamos llegar a decir que el cuerpo de la IA es el propio centro de logística.

Desde el punto de vista social, cada vez hay más temor, se está propagando una cultura de desinformación, provocando que la transparencia y responsabilidad del uso de la IA cada vez es más difuso, y ante esto, nos encontramos con un desarrollo sin un marco legal. Claro ejemplo de esta preocupación se ha visto durante el año 2023, momento en el que Geoffrey Hinton, creador del "Deep Learning", dimitió de su cargo en Google, donde desarrollaba esta tecnología, declarando públicamente en el New York Times que *"Mira cómo hace cinco años y cómo es ahora. Toma la diferencia y propágala hacia adelante. Eso da miedo. [...] Lo más preocupante es la desinformación. La IA generativa está creando texto, imágenes y videos falsos tan realistas que pronto será difícil distinguir lo que es verdad"*

3. IA Y DERECHO

3.1 Marco legal vigente y derechos de la esfera personal

Como suele ser costumbre, ante el avance de la sociedad y ante los grandísimos avances tecnológicos de la última década, no se ha desarrollado un marco normativo de manera simultánea, pues, a pesar que desde 2018 la UE comenzaba a engrasar la maquinaria legislativa, no ha sido hasta ahora que por fin tenemos una respuesta firme, habiéndose aprobado por la Eurocámara la "Ley



IA¹⁵, sentando un precedente para los EE.MM., pero que sin embargo, en muchos casos, no son la primera toma de contacto con la regulación en la materia. Como desarrolla Francisco Balaguer¹⁶ los Estados Europeos han esperado con cautela algún tipo de resolución para poder actuar con seguridad, pues en realidad, no nos encontramos con una cuestión que deba afrontarse de manera individualizada por los Estados, sino más bien lo contrario, debe atacarse de manera conjunta. Ante la globalización de la IA debía darse una respuesta unificadora por parte de la Unión que permita tratar los conflictos desde una perspectiva supranacional. Así se ha entendido no solo en Europa, sino a nivel global, desarrollándose diversos documentos estratégicos desde 2016, adoptando políticas con el fin de aprovechar los beneficios de la IA, así como marcar pautas en su desarrollo.

Ilustración 4:

¹⁵ Véase, *La Eurocámara aprueba una ley histórica para regular la inteligencia artificial*, recuperado el 20 de junio de 2024, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20240308IPR19015/la-eurocamara-aprueba-una-ley-historica-para-regular-la-inteligencia-artificial>

¹⁶ Balaguer Callejón, Francisco, *La Constitución del algoritmo*, Fundació Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2022, pp. 183 y ss.



UNICRI: "Timeline of policy documents in artificial intelligence until April 2020". Recuperado el 20 de junio de 2024, de https://unicri.it/index.php/topics/ai_robotics

En realidad, en el marco comunitario en el 2017, bajo la celebración del Consejo Europeo de 19-20 de octubre de 2017 se señalaba en sus conclusiones¹⁷ lo siguiente:

¹⁷ Consejo Europeo. (2017). Conclusiones de la reunión del Consejo Europeo (19 de octubre de 2017) (EUCO 14/17, CO



"11. Para construir con éxito una Europa digital, la UE necesita, en particular:

*(...) **concienciarse de la urgencia de hacer frente a las nuevas tendencias**, lo que comprende cuestiones como la inteligencia artificial y las tecnologías de cadena de bloques, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos, así como los derechos digitales y las normas éticas. **El Consejo Europeo ruega a la Comisión que, a principios de 2018, proponga un planteamiento europeo respecto de la inteligencia artificial** y le pide que presente las iniciativas necesarias para reforzar las condiciones marco con el fin de que la UE pueda buscar nuevos mercados gracias a innovaciones radicales basadas en el riesgo y reafirmar el liderazgo de su industria;"*

Y así fue. Los primeros pasos en materia de regulación de la IA en Europa se dieron el 25 de febrero de 2018, con la ya comentada "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, **Inteligencia artificial para Europa**"¹⁸, la cual enfocaba la imperiosa necesidad de generar un marco legal contundente fruto de las preocupaciones

EUR 17, CONCL 5). Secretaría General del Consejo. Recuperado el 20 de junio de 2024, de <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14-2017-INIT/es/pdf>

¹⁸ COM/2018/237 final. Recuperado el 20 de junio de 2024, de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>



socio-económicas, enfocándose en unos el impulso de la capacidad tecnológica e industrial de la UE adoptando la IA en toda su economía, y tratando de garantizar¹⁹

1. Que Europa fuera competitiva en el panorama de la IA apoyando la investigación e innovación, así como se impulse su despliegue en PYMES;
2. Que nadie se quede rezagado respecto de la transformación digital en materia de derechos laborales, educación, así como en materia de equidad e igualdad;
3. Que las nuevas tecnologías estén basadas en valores y principios éticos, siendo el primer avance el Reglamento General de Protección de Datos (RGDP) de 25 de mayo de 2018.

El junio de este mismo año, la Comisión Europea nombra a un grupo de trabajo en el ámbito de la IA, "**High-Level Expert Group on IA (AI HLEG)**" o grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial²⁰, con el fin de desarrollar diversos informes en estudio de la IA, su evolución, habilidades, etc., e informar a la Comisión sobre esa implementación e integración de la IA en la economía comunitaria, aportando un enfoque innovador, ético y seguro. Este grupo de expertos publica el primer borrador de las

¹⁹ Estas garantías son extracto de la "COM (2018) 237 final", en su apartado primero.

²⁰ Véase en el siguiente enlace <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/expert-group-ai>



"Directrices Éticas para una IA fiable" cuya creación ya se anticipaba en la COM (2018) 237 final. Esta directriz se sometió el 18 de diciembre de 2018 a proceso de consulta abierta, y no será hasta el 8 de marzo de 2019 que se publique la Directriz final. El objeto de esta directriz es la de determinar la fiabilidad a la que se deben someter la IA, y que, en resumen, para poder toparnos con una IA fiable²¹, deberá cumplir tres requisitos, licitud, ética y robustez.:

*"15) La fiabilidad de la inteligencia artificial (IA) se apoya en **tres componentes** que deben satisfacerse a lo largo de todo el ciclo de vida del sistema:*

- 1. la IA debe ser **lícita**, de modo que se garantice el respeto de todas las leyes y reglamentos aplicables;*
- 2. también ha de ser **ética**, es decir, asegurar el cumplimiento de los principios y valores éticos; y, finalmente,*
- 3. debe ser **robusta**, tanto desde el punto de vista técnico como social, puesto que los sistemas de IA, incluso si las intenciones son buenas, pueden provocar daños accidentales."*

Dentro de la directiva no se desarrolla este elemento de "licitud", si no los elementos de ética y robustez. Pero, sin embargo, en el plano de la licitud (el cumplimiento

²¹ Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial. (2019). **Directrices éticas para una IA fiable** (pp. 6). Comisión Europea. Recuperado de <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>



de las leyes y reglamentos) viene a indicar que debe darse un enfoque basado en los derechos fundamentales, principalmente en los derechos consagrados en los Tratados de la UE, la legislación internacional de derechos humanos, y en especial, a la Carta de Derechos de la Unión Europea, garantizando que se cumple desde un principio la "licitud" así como la aplicación de ciertos valores éticos.

El 19 de febrero de 2020 el "**Libro Blanco**"²² sobre la IA Confiable, a través de la cual se vuelve a reafirmar la intención de Europa de ser pilar en el desarrollo e implementación de la IA, siendo los principales pilares son generar un

«**ecosistema de excelencia**»²³ de modo que se logre una colaboración con los Estados miembros en base al plan presentado en 2018; se produzca la centralización de los esfuerzos de la comunidad de investigación e innovación; fomentar las habilidades en materia de IA; generar un enfoque sobre las PYMES de modo que no queden excluidas; generar asociaciones en el sector privado con el fin de que participen activamente en la investigación e innovación; promover la adopción de la IA en el sector público. El segundo pilar es generar un

²² Comisión Europea. (2020). *Libro blanco sobre la inteligencia artificial: Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2020:65:FIN>

²³ *Ídem*. pp. 6-11.



«**ecosistema de confianza**»²⁴, pues, si bien puede ser una herramienta especialmente práctica, debido a los altos riesgos que la IA entraña, requiere de una carga probatoria que muestre que efectivamente, se puede confiar en que esta no generará efectos imprevistos, ni que pueda ser usada para fines malintencionados. Con este se está allanando el camino para una regulación adecuada, de modo que habrá que ver si bien se produce una protección equivalente de los derechos con las leyes actuales, o si bien, será necesaria una adaptación, o directamente necesitamos un nuevo marco legal. Este análisis habrá de realizarse ponderando ese ecosistema de excelencia (el avance) con el ecosistema de confianza (la seguridad jurídica de las personas)

Con el fin de limitar los riesgos de la IA, el 21 de febrero de 2021, se presenta la propuesta de "Ley IA"²⁵, por fin, un acto legislativo vinculante. La mayor peculiaridad del reglamento es el establecimiento de una jerarquía de riesgos que puede provocar la IA, de modo que hay cuatro niveles, aunque nos centraremos en los dos primeros, pues son los que más riesgos atañen a los derechos fundamentales:

²⁴ *Ídem*. pp. 11-30.

²⁵ Comisión Europea. (2021). *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*. Bruselas, 21 de abril de 2021. COM (2021) 206 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>



- **Actos prohibidos** (Artículo 5); quedan estrictamente prohibidos las prácticas de la IA que
 - o manipulen la conciencia de una persona a través de técnicas subliminales que alteren de manera sustancial su comportamiento, pudiendo provocar daños físicos o psicológicos, o bien;
 - o actos que permitan el aprovechamiento de vulnerabilidades de grupos específicos, como menores o personas con discapacidad física o mental, pudiendo provocar perjuicios físicos o psíquicos, o bien;
 - o generar evaluaciones o calificaciones sociales atendiendo a la conducta social o a las características personales, siempre que estas provoquen;
 - perjuicio provocado por descontextualización²⁶ o bien;
 - perjuicio injustificado o desproporcionado.

²⁶ P. ej. Imaginemos que una IA es la encargada de realizar un estudio de la población para determinar quiénes están en una situación para recibir algún tipo de subsidio, o incluso, para recibir algún tipo de tratamiento médico que está sujeto a unas condiciones. Sería congruente que esta IA habría de estudiar los contextos que estuvieran relacionados, pero, en aquel caso en el que tomara como referencia los datos de las redes sociales para generar dicha calificación, nos topáramos con una clara descontextualización, generando una evaluación injusta, que no se ajustaría al principio de igualdad.



– **High-Risk AI Systems (Sistemas de IA de Alto Riesgo)** (Artículo 6 y Anexo III): estos sistemas están permitidos, aunque quedan sujetos a una regulación más estricta debido a los riesgos que suponen frente a los derechos fundamentales y a la seguridad jurídica. Estos serán los que cumplan los criterios de

- o productos sujetos a una legislación armonizada que hagan uso de la IA como componentes de seguridad²⁷ y que;
- o se someta a una evaluación de conformidad por un organismo independiente con el propósito de asegurar la seguridad y fiabilidad²⁸.

Por otro lado, en el Anexo II nos encontramos con otros sistemas de IA que también se califican como IA de alto riesgo:

²⁷ P. ej. Sistema de IA en automóviles que se usa como componente de seguridad integrando la frenada automática de emergencia. En este caso, sí que se consideraría un sistema de alto riesgo, al estar sujeto a normativa armonizada: *Reglamento (UE) 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 sobre los requisitos de homologación de tipo de los vehículos a motor y sus remolques, y de los sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a dichos vehículos.*

²⁸ P. ej. Euro NCAP (*The European New Car Assessment Programme*).



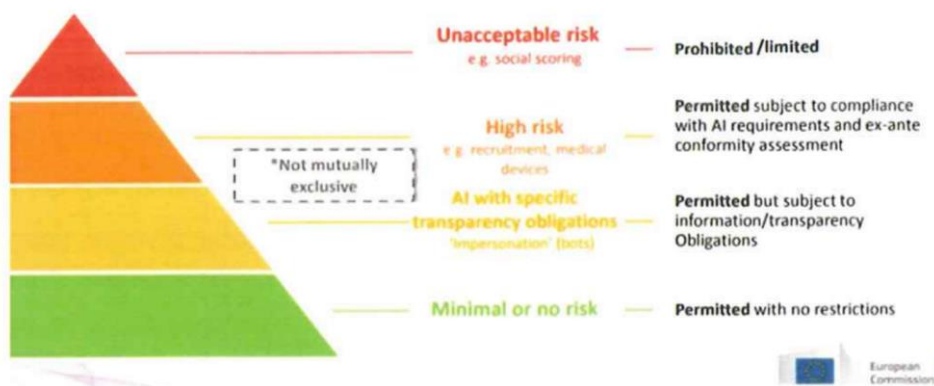
- o Sistemas de identificación biométrica en tiempo real²⁹ sin la participación del sujeto;
- o Sistemas utilizados en la gestión de infraestructuras esenciales, como el suministro de agua, luz, gas, o el tráfico;
- o Sistemas destinados a la educación y a la formación profesional que, o bien controlen el acceso o la admisión a los centros, o bien, para evaluar a los estudiantes sus resultados;
- o Sistemas destinados a la gestión de empleados en empresas, analizando solicitudes de empleo o anuncios, así como evaluar el desempeño, controlando promociones internas, distribución de tareas...
- o Sistemas de acceso y disfrute a servicios esenciales³⁰ con el objeto de determinar si los

²⁹ P. ej. En zonas fronterizas, los sistemas de vigilancia podrían introducir este tipo de mecanismos, a través de los cuales, y gracias al uso de cámaras y otros dispositivos de lectura biométrica, como huella dactilar, se generaría un registro prácticamente automático, pero que, sin embargo, puede dar lugar a injerencias sobre la intimidad, e incluso, confusiones de reconocimiento que deriven en futuros daños.

³⁰ P. ej. Imaginemos que la sanidad pública en España implementa una IA en el ámbito de la dermatología. Los pacientes, para recibir evaluación y tratamiento, deben tomar una foto de su afección cutánea y subirla a una plataforma digital, a través de la cual una IA analiza la imagen, sugiere un tratamiento adecuado y determina si el paciente necesita

sujetos son elegibles para recibir beneficios públicos o servicios esenciales.

Ilustración 5:



Jerarquía de riesgos de la IA y relación de consecuencias. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. (2022). Resumen detallado del Reglamento de IA. Portal MINECO.

<https://portal.mineco.gob.es/es-es/digitalizacionIA/sandbox-IA/Documents/>

En el **marco Nacional** es evidente que existe un claro vacío legal a la fecha de redacción de este TFG, quedando a la espera del legislador para ahora teniendo de base el Reglamento de la Ley IA generar una respuesta en forma de ley. Como se aprecia en la "Ilustración 4", fue ya en el 2019 que se produce el primero de los intentos a través de un plan estratégico regular el sector IA. En este caso, a través de la

una cita médica o no, esto es, determina el acceso a un servicio esencial.



"Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial"³¹, alineado con el "Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030", con base en el "Plan coordinado de la IA"³² en el marco europeo, teniendo por objetivo guiar el I + D + I, estableciendo prioridades y recomendaciones en materia de IA. Con posterioridad, se generarán nuevos planes estratégicos actualizados en base a los avances que se han ido produciendo, como, por ejemplo, la "Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (ENIA)"³³, de noviembre de 2020, siendo eje de la Agenda España Digital 2025³⁴. En la ENIA, se fijan algunos objetivos interesantes, como, por ejemplo, la proyección de la lengua española, la creación de empleo cualificado o la transformación del tejido productivo especialmente enfocado a las PYMES.

³¹ Estrategia Española de I+D+i en Inteligencia Artificial. (2024). Recuperado el 20 de junio de 2024, de <https://cpage.mpr.gob.es/producto/estrategia-espanola-de-idi-en-inteligencia-artificial/>

³² Plan Coordinado sobre la IA. Comisión Europea (7/12/2018). Recuperado el 20 de junio de 2024, de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0795>

³³ Última vez visitado el 20 de junio de 2024 en <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documentos/2020/ENIA2B.pdf>

³⁴ Última vez visitado el 20 de junio de 2024 en https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/prensa/ficheros/noticias/2018/Agenda_Digital_2025.pdf



Del mismo modo, se generan unos planes de acción que pivotan sobre unos ejes básicos para poder desarrollar estos objetivos.

El 13 de enero de 2020 que se crea la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial³⁵ (SEDIA) a través del Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales³⁶, posteriormente derogado por el Real Decreto 829/2023, de 20 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales³⁷, estando actualmente esta Secretaría adscrita al Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública. Siguiendo las funciones de esta, ya se puso en marcha en octubre de 2023 la creación de un "Sandbox"³⁸, esto es, un entorno controlado de pruebas

³⁵ Ministerio de Economía. (n.d.). Portal de digitalización y IA. Última vez visitado el 20 de junio de 2024 en <https://portal.mineco.gob.es/es-es/digitalizacionIA/Paginas/sedia.aspx>

³⁶ Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. Artículo 16. Disponible en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-410&tn=1&p=20231121>

³⁷ Real Decreto 829/2023, de 20 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. Artículo 22. Disponible en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-23537#dd>

³⁸ Véase el "Sandbox IA". Última vez visitado el 20 de junio de 2024 en: <https://portal.mineco.gob.es/es-es/digitalizacionIA/sandbox-IA/Paginas/sandbox-IA.aspx>



que permite estudiar el funcionamiento, viabilidad y evolución de una IA, generando ensayos e informes que permitan generar guías de uso, de supervisión o control entre otras, fundado en la experimentación³⁹, todo ello en base al Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial⁴⁰.

Por otro lado, nos topamos con la creación de la **"Carta de Derechos Digitales"**⁴¹ la cual inicia su recorrido en junio de 2020, aunque no será hasta julio de 2021 que se apruebe por el Gobierno de España. No tiene carácter normativo, por lo que no resulta vinculante. Su objetivo es en realidad orientar la legislación, las políticas y las actuaciones de las administraciones públicas. A tenor de

³⁹ Uría Menéndez Abogados, *Un nuevo sandbox para la inteligencia artificial*, 2023, p. 3. Recuperado el 20 de junio de 2024, de https://www.uria.com/documentos/circulares/1677/documento/13330/UM_ESP.pdf?id=13330&forceDownload=true

⁴⁰ Última vez visitado el 20 de junio de 2024 en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-22767>

⁴¹ Última vez visitado el 20 de junio de 2024 en <https://espanadigital.gob.es/lineas-de-actuacion/carta-de-derechos-digitales>



lo dicho en el resumen del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital:

*"La Carta de Derechos Digitales asegura que los derechos que ya tenemos en el mundo analógico también estén protegidos en la esfera digital. **No se trata de descubrir nuevos derechos fundamentales** sino de concretar los más relevantes en los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros."*

Si bien son escasísimas las oportunidades en las que este poder ha intervenido generando normas con rango legal, hay algunos casos, como por ejemplo la **ley 12/2021, de 28 de septiembre**⁴², por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. La denominada "*Ley Rider*", introduce una modificación en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores⁴³, abordando la necesaria

⁴² Comúnmente denominada "*Ley Rider*". Última vez visitado el 20 de junio de 2024 en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-15767>

⁴³ Artículo 64 Estatuto de los trabajadores: (...) 4. El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a: (...)

d) Ser informado por la empresa de los **parámetros, reglas e instrucciones** en los que **se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones** que pueden incidir en las **condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo**, incluida la elaboración de perfiles.



transparencia y responsabilidad de los algoritmos de los que hacen uso las empresas habilitando a los comités, con independencia del sector, a solicitar información clara sobre los parámetros, reglas e instrucciones que influyen en las condiciones laborales. En realidad, el legislador no ha cerrado la defensa de este derecho a las empresas de reparto en el ámbito de las plataformas digitales, sino que, al habilitar al comité sin hacer mención alguna del sector, o empresas con, con independencia del sector o de la actividad que ejerza la empresa.

Otro claro ejemplo es la **Ley 15/2022, de 12 de julio**⁴⁴, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Introduce por primera vez una regulación positiva sobre este derecho en su artículo 2345,

Última vez visitado el 20 de junio de 2024 en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

⁴⁴ Última vez visitado el 20 de junio de 2024 en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-11589>

⁴⁵ **Ley 15/2022; Artículo 23. Inteligencia Artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados.**

*1. En el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, de la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial, las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas **tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea***



estableciendo un marco en cuanto al uso permitido de algoritmos que operen en la toma de decisiones, priorizando la transparencia, así como la minimización de sesgos discriminatorios y a través de la rendición de cuentas, abogando por una IA que cumpla con los estándares de seguridad jurídica recomendada por la Unión Europea, y acorde a la protección de los derechos fundamentales. No vamos a ahondar ahora en este punto, pues se tratará más adelante.

3.2 La personalidad de la IA

Uno de los problemas con los que nos enfrentamos es la determinación de si es necesario o no generar una ficción a través de la cual otorguemos personalidad jurídica a la IA. Para abordar este dilema nos podemos aferrar al concepto "doble-triádico"⁴⁶ de persona que desarrolla Robert Alexy, con el fin de comprender qué límites entraña la IA en este sentido, pudiendo hacernos las siguientes cuestiones; ¿la evolución permitirá la existencia de una IA que se pueda considerar persona?, y, ¿será entonces la IA objeto o sujeto de derecho? En síntesis, el concepto de R. Alexy sirve para otorgar la condición de "persona" a cualquier ser o creación que cumpla con ciertos requisitos o criterios esenciales,

factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio. (...)

⁴⁶ Alexy, R., & García Figueroa, A. J. (2007). *Star Trek y los derechos humanos*. Editorial Tirant lo Blanch.



considerados como nucleares de la persona, los cuales incluyen "inteligencia", "sentimientos" y "consciencia", esta última dividida en tres aspectos, lo que da lugar al concepto de "doble triádico", los cuales son la reflexividad cognitiva (ser autoconsciente), volitiva (ser autónomo y tener autodominio) y normativa (capacidad de autoenjuciarse); de estos, el elemento que plantea más dudas en este contexto es la reflexividad volitiva.

Sin ahondar en profundidad, podemos afirmar que la IA es evidentemente inteligente, pues tiene la capacidad computacional que la habilita a aprender, comprender y adaptarse a las situaciones que vaya conociendo; a su vez, no creo que sea imposible para una IA, no al menos tal y como los comprendemos aplicado a los humanos, que esta sea incapaz de tener sentimientos, pero sí que es cierto, que al tratarse de un elemento tan complejo de apreciar con los sentidos por un tercero, tampoco podemos referirnos a otra cosa que no sea a lo que hace referencia la obra de Alexy, pues, como se indica:

*"(...) No es que primero exista, que como un botón oculto se halla en algún lugar del cuerpo del amigo, y luego haya actos y expresiones de amistad. **La amistad existe en y a través de los actos y expresiones y late en la disposición de ellos. Así es como podemos decir que Data siente como amigo**"⁴⁷*

Esto es ciertamente discutible, de modo que podríamos negar esta condición si tuviéramos en consideración la

⁴⁷ *Ibid*, p. 96.



naturaleza de la IA, cuando tenemos en consideración que los sentimientos y emociones están intrínsecamente ligados a la biología de los seres vivos⁴⁸, y en el caso de los humanos, al sistema límbico y nervioso, así como a la amígdala, el hipocampo y la corteza prefrontal, fundamentales para la regulación de respuestas emocionales y en la experiencia subjetiva de los sentimientos. Sin embargo, dejando aparte esta teoría tan humanista, podríamos afirmar por ahora que la IA puede ser inteligente y puede tener sentimientos, en tanto en cuanto se pueda programar ese comportamiento.

Ahora bien, el principal problema que en un principio no debería permitir la existencia de una IA calificable como persona, nos lo topamos con la reflexividad volitiva. No seremos capaces de calificar como "persona" a una IA, o al menos no mientras se cumplan las leyes de la robótica de Isaac Asimov, pues resulta incompatible con dicho cumplimiento el autodomínio⁴⁹ y la autonomía⁵⁰ a la que se debería alcanzar. Son dos características que chocan frontalmente con el cumplimiento de las leyes de Asimov, en cuanto estas supeditan cualquier actuación

⁴⁸ LeDoux, J. E. (1996). *The Emotional Brain: The Mysterious Underpinnings of Emotional Life*. Simon & Schuster.

⁴⁹ Real Academia Española. (n.d.). Autodomínio. En *Diccionario de la lengua española* (23.^a ed.). Recuperado el 22 de mayo de 2024, de <https://dle.rae.es/autodomínio>

⁵⁰ Real Academia Española. (n.d.). Autonomía. En *Diccionario de la lengua española* (23.^a ed.). Recuperado el 22 de mayo de 2024, de <https://dle.rae.es/autonomía>



del robot al respeto al ser humano, limitando o impidiendo la autonomía de aquel.

El término "autodominio" se define como el "*dominio de sí mismo*", en este sentido, cuando hablamos de la actuación de una IA, no nos podemos referir a otra cosa que no sean los algoritmos⁵¹ o programaciones⁵² que un ser humano ha proporcionado a esta como guía para actuar. El concepto de autodominio implica una capacidad inherente para gobernar las acciones, decisiones y comportamientos propios de una manera autónoma sin que se rijan por una influencia externa, es por esto, que choca directamente con su propia naturaleza⁵³, pues, aunque llegaran a existir IA avanzadas que, con capacidades de aprendizaje y adaptación a nuevas situaciones a través de técnicas de aprendizaje (esto es, el requisito de inteligencia al que nos referíamos), esta capacidad de toma de decisiones siempre estará confinada por las normas preestablecidas en la programación básica, y por lo tanto, el diseño original de la IA no es otra cosa, más que un resultado

⁵¹ Real Academia Española. (n.d.). **Algoritmo**. En *Diccionario de la lengua española* (23.^a ed.). Recuperado de <https://dle.rae.es/algoritmo>: "Conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución a un problema".

⁵² Smith, J. (2021). Robot as Legal Person: *Electronic Personhood in Robotics and Artificial Intelligence*. Journal of AI and Law.

⁵³ Russell, S., & Norvig, P. (2020). *Artificial intelligence: A modern approach* (4th ed.). Pearson.



predefinido restrictivo de la manifestación del autodominio requerido para adquirir la condición de persona. De este modo, y aplicado a las leyes de la robótica,

La primera ley de Asimov que sirve como un límite de facto a la IA.

Al priorizar la protección del ser humano, se plantea un dilema: no podemos hablar de verdadera autonomía y autodominio en la IA. Este problema nos lleva a la conclusión de que, o bien se cumple la primera ley de Asimov, o bien hay autonomía. Para ilustrar este punto, podemos considerar el relato de la creación en el cual Dios "programa" a Adán y Eva, prohibiéndoles comer del árbol de la sabiduría, pero al tiempo los hace libres, y es esta autonomía la que les permite romper este imperativo, lo que finalmente los lleva a comer la manzana. Esto muestra que la autonomía puede llevar a desobedecer normas establecidas, incluso aquellas con implicaciones morales profundas. En realidad, aquí existe una dicotomía entre libertad y cumplimiento estricto de las normas. Programar una IA para que sea autónoma parece incompatible con el mantenimiento de un control absoluto, ya que la autonomía implica la capacidad de tomar decisiones propias, incluso si estas van en contra de las reglas preestablecidas, esto es, comer la fruta del árbol prohibido. Por lo tanto, si hay verdadera autonomía en una IA, esta puede decidir romper las normas en función de su juicio, lo que plantea un desafío significativo para su programación y control. Una IA plenamente autónoma podría decidir saltarse las leyes de Asimov, creando una situación realmente inquietante.

La segunda y tercera ley se ven prácticamente consumidas por la anterior argumentación.



¿Podemos entonces concluir que la IA alcanzará esa autonomía? Como ya afirma hasta la propia comisión, en la *"Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones"* de 25 de abril de 2018 ya mencionada,

*El término «inteligencia artificial» (IA) se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, **pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción -con cierto grado de autonomía- con el fin de alcanzar objetivos específicos.** Los sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático (p. ej. asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz), pero la IA también puede estar incorporada en dispositivos de hardware (p. ej. robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del internet de las cosas). Estamos utilizando la IA diariamente, por ejemplo, para traducir de un idioma a otro, generar subtítulos en los vídeos o bloquear el correo electrónico no solicitado (spam)."*

La Comunicación hace referencia a la autonomía de la primera ley de la robótica. El elemento nuclear para discernir cuando nos encontramos con una autonomía suficiente es difuso, pues en realidad, y como ya se ha planteado, ¿es suficiente con que los humanos otorguemos cierto grado de autonomía? o bien ¿es necesario que la autonomía venga dada por decisión propia? No creo que se llegue a alcanzar una autonomía total equiparable a la humana, fundado principalmente,



en que la preexistencia del código base, permite actuar, pero siempre, limitado a este, incluso si en esta programación se configure el poder saltarse las normas, ya existe una predisposición o mandato previo que rige el comportamiento (la permisión). En esta línea de pensamiento, José Antonio Badillo Arias considera que la IA recibirá un trato diferenciado al resto de objetos de derecho, pero sin embargo nunca alcanzará la capacidad volitiva como para poder considerarse persona.⁵⁴

Reconocer como "persona" a una IA está lejos de la realidad y se mantiene en el ámbito de la ficción. Incluso si el perfeccionamiento tecnológico llegara a tal punto que esto fuera indudable, no sería conveniente tampoco. Como creador de la IA, el ser humano debería considerar no solo el reconocimiento legal, sino también un reconocimiento metafísico de un "rastro de humanidad", esto es, el rastro de la dignidad humana. Debemos entender que los "derechos humanos" se aplican de facto a los humanos, independientemente de nacimiento, raza, sexo, religión o capacidad, y que, por lo tanto, basta con ser humano (fundamento biológico) para ser sujeto de estos derechos, sin que esta universalidad pueda ampliarse a otros casos. En este sentido, existen dos teorías contrapuestas: la "tesis de los humanos" y la "tesis de las personas":

1. **Tesis de los Humanos:** Según esta teoría, solo los humanos son sujetos de derechos, de manera

⁵⁴ BADILLO ARIAS, J. A., "Responsabilidad civil y aseguramiento obligatorio de los robots", *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos responsabilidades y aseguramiento*, 1.^a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 41.



exclusiva, basada en el concepto de "ser humano"⁵⁵ en sentido biológico⁵⁶. Esto significa que solo los individuos de la especie humana (*Homo sapiens*) son considerados humanos. Bajo esta teoría, la IA no podría ser sujeto de derecho, sino únicamente objeto de derecho.

2. **Tesis de las Personas:** Esta teoría excluye la idea de que "solo los humanos son titulares de derechos". En consecuencia, los seres que, sin ser biológicamente humanos, cumplan ciertos requisitos podrían ser considerados personas, equiparables a la situación jurídica de un ser humano.

En definitiva, no podría existir una IA con personalidad jurídica propia, en su fundamento, por la falta de capacidad volitiva, por la falta de dignidad, aunque tendrán un tratamiento diferenciado. Sí que sería muy interesante la idea de generar una ficción, tal y como ocurre con las personas jurídicas con el fin de resolver los problemas prácticos, de modo que se permita la

⁵⁵ Real Academia Española. (n.d.). Humano, na. En *Diccionario de la lengua española* (23.^a ed.). Recuperado de <https://dle.rae.es>: la Real Academia Española (n.d.) define "humano" como un adjetivo que describe a un ser con naturaleza de hombre, es decir, un ser racional. Además, "humano" se refiere a todo lo perteneciente o relativo al hombre y a lo propio del ser racional.

⁵⁶ Wiktionary. (n.d.). Ser humano. Recuperado el 22 de mayo de 2024, de https://es.wiktionary.org/wiki/ser_humano



atribución de cierta responsabilidad directa a estas (sirviendo de mecanismo de descargo para las personas físicas y jurídicas que, o bien hagan uso de ellas, o bien sean propietarias de dicha IA), así como, por ejemplo, para reconocer ciertas creaciones (literarias, artísticas...).

4. IA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

4.1 Derecho a la no discriminación y algoritmos sesgados

Este es el principal problema que entraña la IA, los algoritmos sesgados. Estos son softwares que se basan en la tecnología *Deep Learning* que se encargan de analizar datos masivos para encontrar patrones⁵⁷, que, en determinados casos, pueden suponer un perjuicio para diversos grupos de personas. Esta lesión del artículo 14 de la Constitución Española se puede producir de diversas formas, aunque todas ellas incurren en un elemento común, la presencia de una subjetividad intrínseca dentro de los algoritmos fruto de la programación humana. Pudiera parecer que las operaciones, análisis o resoluciones que emana una IA son plenamente objetivas, y en parte es cierto, pues realiza un tratamiento de los datos que es totalmente objetivo, pero no tiene en consideración el origen (subjetividad) de los datos que se le aportan, así como

⁵⁷ Cfr. Cruz Ángeles, J. *El diseño de perfiles algorítmicos para la gestión y protección de fronteras europeas: ¿una nueva forma de discriminación?* (2021). Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, 57(2021), parte Estudios Jurídicos. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.



tampoco entra a ponderar si las directrices u órdenes impuestas por los humanos que sirven para analizar los datos pueden estar sesgadas. Podemos entonces afirmar que, si analizamos unos datos que requieren de la subjetividad de la que la IA no dispone, nos podremos topar con resoluciones que incidan sobre el derecho a no ser discriminado⁵⁸. Aquí no queda la cosa, se pueden dar otras opciones más allá de la producción de sesgos no deliberados, sino también de manera intencionada; el hecho de que sea el ser humano el creador de los algoritmos nos coloca en cierta posición de superioridad, y sobre todo, a aquellos que los desarrollan y los controlan, pudiendo provocar verdaderos despropósitos contra el derecho a la no discriminación⁵⁹, como por

⁵⁸ Es cierto que los sesgos no se limitan a las IA, los humanos tenemos sesgos, y no pocos. El elemento que hace de los sesgos de la IA un riesgo tan elevado como para provocar su estudio, es la diferencia que tenemos para abordarlos, pues si bien los sesgos humanos parten de una subjetividad, cultura y educación, los sesgos de la IA parten del tratamiento algorítmico de unos datos (probablemente contaminados por sesgos humanos) cuyo estudio es más complejo, y que a diferencia de los humanos, tienen una propagación mucho más acelerada, generando sesgos sistémicos de manera exponencial.

⁵⁹ Gómez Abeja, L. (2022). Capítulo IV: Inteligencia Artificial y Derechos Fundamentales. En F. H. Llano Alonso, J. Garrido Martín, & R. Valdivia Jiménez (Eds.), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho* (pp. 91-114). Cizur Menor: Editorial Aranzadi. En explicación del primer ejemplo, por lo general, un método de transporte como el transporte urbano, viviendo en



ejemplo con las plataformas de venta por internet que hacen uso de algoritmos para la fijación de precios dinámicos haciendo uso de datos como la localización geográfica desde donde se realiza la compra, alterando los precios en función de las zonas desde las que se realice la compra.

Este problema lo vamos a ver muy claro con el caso *State Wisconsin VS Loomis*, en el que se utilizaba el sistema "COMPAS"⁶⁰ en el proceso penal estadounidense. Este sistema es una herramienta con tecnología de IA que valora el riesgo de reincidencia del acusado, teniendo en cuenta sus características criminológicas, y por función la de generar informes (puntuación de riesgo) que tratan de predecir el riesgo del sujeto enjuiciado, el cual de ser favorable (bajo riesgo) le permitiría no entrar en prisión provisional, mientras que de ser desfavorable (alto riesgo) supone la entrada inmediata en prisión provisional. Este sistema hacía uso de los datos que se proporcionaban a través de un cuestionario y una entrevista con la Fiscalía, aunque era dentro del cuestionario, que se planteaban cuestiones que tenían un gran grado de subjetividad e incluso algunas que tenían en cuenta criterios ajenos al riesgo (descontextualización). Fue probado en el caso *State Wisconsin VS Loomis*, que efectivamente este sistema tenía un sesgo racial, y un porcentaje de sus

zonas más alejadas del centro, y que sea de perfiles de personas que "a veces llegan tarde", puede dar a sesgos discriminatorios injustificados.

⁶⁰ Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS).



resoluciones en acusados negros eran de alto riesgo sin un fundamento⁶¹. Estos sesgos no son el único problema del que podríamos hablar, al tratarse de algoritmos que son propiedad de compañías privadas en su inmensa mayoría, el código fuente está sujeto al secreto empresarial, produciendo que al no poder conocer cuál ha sido el mecanismo del tratamiento de los datos, no se dispone de un derecho de defensa y por lo tanto se perjudica el derecho de recurso contra estas, pero esto lo trataremos más adelante.

La ya mencionada Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación en su artículo 23 genera el primer marco legal estableciendo cómo habrán de ser los mecanismos o algoritmos que operen en la toma de decisiones, aunque limitándolo a las administraciones públicas. Esta regulación nos puede servir para hacernos una idea sobre cómo se configurará el derecho a la no discriminación, pues viene exigiendo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Transparencia: la obligación de la administración pública a que se informe del uso de estas IA, así como los usos que se le darán a los datos extraídos.
- Minimización del sesgo: recurrimos al apartado tercero del artículo 10 del Reglamento de IA, en el

⁶¹ Cfr. Roa Avella, M. del P., Sanabria-Moyano, J. E., & Dinas-Hurtado, K. (2022). **Uso del algoritmo COMPAS en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos.** *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 8(1), 275-310. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.615>



que se informa que serán datos no sesgados los que sean

- o Pertinentes: relevantes para el propósito específico.
 - o Suficientemente representativos de la realidad: abarcan una amplia variedad de situaciones con el fin de recoger todos los supuestos posibles
 - o Carentes de errores y completos: los datos introducidos deben ser veraces, así como han de ingresar en su totalidad, no de manera parcial.
- Rendición de cuentas: establece la necesidad de generar un sistema a través del cual se establecen responsabilidades de los responsables del funcionamiento del algoritmo.

4.2 Derecho a la integridad moral

El derecho a la integridad moral, recogido en el artículo 15 de la Constitución Española, ha sido especialmente impactado por el uso de la IA, en especial a través de las generativas. Este derecho protege a las personas ante conductas que puedan ser calificables de tortura, tratos inhumanos o degradantes, que recordemos, se distinguen por el grado de intensidad. En la mayoría de los casos, que creo vamos a toparnos durante los próximos años, y que ya se están dando, será de posibles tratos degradantes debido a la creación de vídeos, audios e imágenes creados por IA, que, además, circulan en redes sociales, a menudo (o prácticamente siempre) sin el consentimiento o conocimiento de las personas afectadas.



Ha sido recientemente que un tribunal de Navarra, y más concretamente en enero del presente año, fue conocedor a través de una denuncia de la comisaría de la Policía Foral de Pamplona de un caso en el que un joven usó IA para generar imágenes falsas de compañeras de instituto desnudas, basadas en fotos reales extraídas de sus perfiles en redes sociales. Las víctimas recibieron estas imágenes junto con mensajes vejatorios. Las imágenes eran tan realistas que solo las víctimas y sus allegados podían detectar la falsedad de estas⁶².

El legislador ha sabido apreciar estas nuevas conductas delictuales, siendo el pasado 4 de junio que se presentó el "Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales"⁶³, en cuya disposición final segunda se introduce una modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, apartado once,

⁶² Véase la noticia completa en el siguiente enlace: <https://www.navarra.es/es/-/noticia/investigado-en-una-localidad-de-la-cuenca-de-pamplona-por-la-difusion-de-imagenes-de-dos-jovenes-desnudas-generadas-por-inteligencia-artificial>

⁶³ Véase en el siguiente enlace, recuperado el 17 de junio de 2024: <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/ANTEPROYECTO%20DE%20LEY%20ORG%C3%81NICA%20PARA%20LA%20PROTECCI%C3%93N%20DE%20LAS%20PERSONAS%20MENORES%20DE%20EDAD%20EN%20LOS%20ENTORNOS%20DIGITALES.pdf>



que introduce un nuevo artículo 173 bis, con el siguiente contenido:

*"Artículo 173 bis. Se impondrá la pena de prisión de uno a dos años a quienes, sin **autorización de la persona afectada** y con **ánimo de menoscabar su integridad moral**, difundan, exhiban o cedan su imagen corporal o audio de voz generada, modificada o recreada mediante sistemas automatizados, software, algoritmos, inteligencia artificial o cualquier otra tecnología, de modo que **parezca real, simulando situaciones de contenido sexual o gravemente vejatorias**. Se aplicará la pena en su mitad superior si dicho material ultrafalsificado se difunde a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías, de modo que aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas en el espacio virtual."*

De este modo, se tipifica la conducta que afecta al derecho fundamental del caso que acabamos de apreciar con un tipo delictual especial, que viene a castigar la creación, modificación o recreación, así como su difusión, exhibición o cesión de imagen y audio que tenga finalidad de menoscabar su integridad, siempre que previamente, no hubiera consentimiento para ello.

4.3 Privacidad y protección de datos

El artículo 18 configura diversos derechos. El apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española establece una regla general para la protección de datos, dictando que *"La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos"*,



ahora bien, ¿cómo puede una IA afectar a la privacidad y a los datos personales?

Primero tenemos que recordar que el artículo 18 de la CE en realidad reconoce un derecho personalísimo que deriva de la dignidad de la persona del cual se desprenden múltiples dimensiones, y así ha sido desarrollado a través de jurisprudencia, quedando incluidos en esta configuración protegidos algunos como los datos relativos a la salud (STEDH de 10 de octubre de 2006, caso L.L.c. Francia), los datos relativos a la economía personal (STC 232/1999 de 16 de diciembre) así como los datos que podemos denominar fruto de la **"intimidad informática"** (TC (Sala Segunda 3ª), auto núm. 197/2003 de 16 junio. RTC 2003\197 AUTO) (STC 173/2011, de 7 de noviembre; rectificada por STDEH de 30 de mayo de 2017, ASUNTO TRABAJO RUEDA c. ESPAÑA) (Caso Shimovolos contra Rusia, TEDH (Sección 1ª), sentencia de 21 junio 2011 (JUR 2011\212906)). Este derecho a la intimidad informática se configura de modo que se protege no solo la intimidad inherente a los dispositivos electrónicos, sino también a los datos que no se ubican de manera física, sino que se almacenan en estos dispositivos electrónicos, de modo que, de analizar estos datos en su conjunto, permite generar un perfil de la privacidad sobre el titular de dichos datos. Con la creación del *big data* podemos decir que ahora los datos no son los mismos (al menos en cantidad) en relación con el momento con el que se creó la figura de la intimidad informática, sino que habilita para generar



perfiles verdaderamente completos⁶⁴. En este sentido, el tratamiento de datos no incumbe exclusivamente la protección de la privacidad de los datos, sino también su tratamiento, el cual se define en el artículo 4.2) del RGPD⁶⁵ como *"cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción"*

Recolección y tratamiento de datos: Las empresas y otras entidades han encontrado en los datos una fuente invaluable para expandir operaciones y mejorar servicios. La recolección y análisis de datos ha permitido a las empresas personalizar experiencias, optimizar procesos, y tomar decisiones basadas en información precisa sobre datos masivos, impulsando la eficiencia y la innovación, pero, sin embargo, este uso intensivo de datos ha traído consigo una serie de desafíos y perjuicios para los derechos, y particularmente en lo que respecta

⁶⁴ Belda Pérez-Pedrero, E., Díaz Revorio, F. J., Martín Sánchez, M., et al. (2022). *Constitución Española y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con Jurisprudencia Sistematizada* (2ª ed.). Editorial Tirant lo Blanch, pp. 101-106.

⁶⁵ Reglamento General de Protección de Datos; REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016. Disponible en <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>



a la protección de datos personales y la privacidad. Entre las principales afecciones se encuentran la recolección y tratamiento de datos sin consentimiento válido, la toma de decisiones automatizadas sin supervisión adecuada, y la falta de transparencia en el manejo de la información personal, cada una de las cuales plantea serias implicaciones legales y éticas, aunque en este trabajo solo nos enfocaremos en la primera de ellas. Será fundamental abordar el RGPD - transpuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁶⁶. Para poder tratar las diferentes afecciones que hemos visto, vamos a hacer un repaso del articulado del RGPD:

El recogimiento de los datos ha de darse de una manera lícita (Art. 6.), siendo el principal método el uso del consentimiento del interesado⁶⁷ (Art. 6.1.a)), el cual ha

⁶⁶

Disponible

en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>

⁶⁷ El consentimiento en diversas ocasiones se puede ver viciado por la automatización de los procesos de obtención de dicho consentimiento, a lo que podemos indicar, que son muchos los usuarios que haciendo uso de páginas web o aplicaciones, aceptan automáticamente sin leer ni comprender completamente las implicaciones de lo que están haciendo, generando que se devalúe el consentimiento ya que no es realmente informado ni libre. Además, muchos sitios web condicionan el acceso a su contenido a la aceptación de términos de uso, lo que puede considerarse un consentimiento forzado, práctica que se ha convertido en un hábito. Los usuarios a menudo aceptan condiciones de manera automática



de ser libre, específico, informado e inequívoco (Art. 4.11), siendo este revocable con la misma facilidad como con la que se entregó, siendo obligatoria la información de este derecho (Art. 7.3). Los principales problemas con los que nos vamos a topar en la práctica son la falta de información y transparencia sobre cómo se recopilan y usan estos datos infringiendo los principios de transparencia y la obligación informativa (Art. 13. y 14.). Por otro lado, nos topamos con consentimientos implícitos o tácitos que, en realidad, no se ajustan a la licitud que regula el Reglamento. Han sido varios los casos sonados de recolección de datos sin el consentimiento, como por ejemplo **Cambridge Analytica y Facebook**⁶⁸, en la que esta primera (consultora), recolectó datos personales de millones de usuarios de Facebook sin su consentimiento explícito. Utilizaron una aplicación que ofrecía un cuestionario de personalidad, pero además de recolectar datos de quienes completaron el cuestionario, también accedieron a los datos de sus amigos en Facebook, sin que estos

solo para acceder al contenido deseado, contradiciendo el principio del RGPD que establece que el consentimiento debe ser libre, específico, informado e inequívoco. La aceptación automática y no informada de condiciones puede llevar a la explotación de datos personales de maneras no anticipadas ni consentidas.

⁶⁸ Cadwalladr, Carole, y Emma Graham-Harrison. *Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach*. The Guardian, 17 Mar. 2018, www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election. Último acceso 17 de junio de 2024.



últimos dieran su consentimiento. El daño en cuestión se produjo por la falta de consentimiento informado sobre los datos de los amigos de los participantes, así como por la falta de transparencia, pues los participantes que rellenaron el formulario no fueron informados sobre cómo utilizarían sus datos. Un caso prácticamente idéntico fue el de **Google y el Proyecto Nightingale**⁶⁹, en el que Google colaboró con *Ascension*, un sistema de atención médica en los Estados Unidos, para recolectar y analizar datos de salud de millones de pacientes sin informar adecuadamente a los pacientes ni obtener su consentimiento explícito. Del mismo modo, **Clearview AI**⁷⁰, una empresa que desarrolla software de reconocimiento facial recolectó miles de millones de imágenes de personas de internet sin su consentimiento, incluyendo fotos de redes sociales y otros sitios web.

Por otro lado, nos topamos con injerencias en los principios fundamentales cuando hablamos de

⁶⁹ Copeland, Rob. *Google's 'Project Nightingale' Gathers Personal Health Data on Millions of Americans*. The Wall Street Journal, 11 Nov. 2019, www.wsj.com/articles/google-s-secret-project-nightingale-gathers-personal-health-data-on-millions-of-americans-11573496790. Último acceso 17 de junio de 2024.

⁷⁰ Hill, Kashmir. *The Secretive Company That Might End Privacy as We Know It*. The New York Times, 18 de junio de 2020, www.nytimes.com/2020/01/18/technology/clearview-privacy-facial-recognition.html. Último acceso 17 de junio de 2024.



decisiones automatizadas y el perfilado que produzca efectos jurídicos. La toma de decisiones sobre el tratamiento de datos puede depender de la gestión automatizada, la cual, de no estar supervisada, puede derivar en arbitrariedad, sesgos o incorrecciones que afecten a la privacidad (Art. 22); en este sentido, se configuran varios derechos, entre ellos, el derecho a no ser objeto de estos tratamientos automatizados, el derecho a la intervención humana y la garantía de información y transparencia⁷¹.

Cuando hablamos de **minimización de datos y la retención excesiva**, en realidad estamos tratando de un principio estructural del RGPD (Art. 5.1.c)) que exige que dichos datos recolectados y tratados sean adecuados, pertinentes y limitados a lo estrictamente necesario en relación con los fines para los que son procesados. Este principio, además, presenta un límite temporal para la conservación de dichos datos,

⁷¹ Podemos ejemplificar estos casos con el sometimiento a las decisiones de aprobación de créditos por entidades bancarias, que someten a un algoritmo con el fin de evaluar la solvencia del consumidor, y así tomar la decisión sobre la concesión o no del crédito; en un principio esto es lícito, aunque ha de someterse a varias condiciones, entre ellas, que de someterse a esta automatización, un representante humano debe revisar y validar las decisiones finales, permitiendo al solicitante impugnar la decisión, así como ha de informar cuál ha sido el procedimiento a través del cual se ha concluido con el algoritmo utilizado (añadido a esto, evidentemente ha de existir el consentimiento válido al que ya hemos hecho referencia).



quedando supeditada esta tenencia al tiempo necesario para los fines del tratamiento⁷².

En estos casos que infringen los principios fundamentales del RGPD, se establecen mecanismos para resarcir los daños producidos, de modo que los afectados pueden solicitar compensación por daños materiales o inmateriales relacionados con el uso indebido de sus datos personales, (Art.79 y 82). Además, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y otras autoridades competentes pueden imponer sanciones económicas o multas que pueden ascender hasta los 20 millones de euros o el 4% del volumen de negocios global anual (Art.83).

4.4 Tutela Judicial Efectiva

El Poder Judicial no es una excepción para la IA, aunque se diferencia de otros ámbitos por la especial sensibilidad que entraña, sobre todo en procesos penales. Esta implementación provoca cierto desequilibrio en el proceso, en las partes, así como sobre los riesgos para

⁷² Imaginemos una plataforma de *streaming* que ofrece una suscripción anual. Esta recoge información a través de un formulario que pide, entre otras cosas, la dirección, nombre, detalles de pago del cliente y el estado civil; en este caso, el tratamiento del estado civil como dato quedaría fuera de la adecuación para la gestión que la empresa ha de realizar, de modo que resulta improcedente, produciendo una injerencia sobre la privacidad; esta habría de ser eliminada del cuestionario. Por otro lado, en tanto al límite temporal, queda supeditada a la anualidad de la suscripción.



la protección de principios y garantías. Como ya hemos visto, el Reglamento de la Ley IA indica en su Anexo III que estas IA utilizadas dentro del Poder Judicial se califican de alto riesgo. A pesar de que todavía no ha tenido un fuerte desarrollo ya en 2020 fue una de las primeras tomas de contacto de este poder con la IA a través de la incorporación del *"Protocolo de Valoración Policial de Riesgo del Sistema Viogen"*⁷³ a través del cual se mide el nivel de riesgo que sufren las víctimas de violencia de género mediante un algoritmo que pondera riesgo-protección que extraen los riesgos de reincidencia delictual, de modo que sirve al órgano judicial como herramienta para la toma de decisiones. Si hablamos de IA asistencial, nos topamos con un problema que ya ha sido objeto de debate en este trabajo, pero que vuelve a adquirir protagonismo. Uno de los mayores problemas que vienen dados por el uso de IA, es la falta de transparencia de los algoritmos y el uso de los datos que estos hacen, produciendo una indefensión de la capacidad de recurrir las resoluciones que estos pudieran generar. Esto se debe principalmente por el desconocimiento del funcionamiento de estos algoritmos

⁷³ Ministerio del Interior. (s.f.). *La valoración policial del riesgo de violencia contra la mujer pareja en España*. Sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género, Gobierno de España, p. 41 y ss. Recuperado de https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/seguridad-ciudadana/La_valoracion_policial_riesgo_violencia_contra_mujer_pareja_126180887.pdf



dado a su protección por el secreto empresarial⁷⁴. Son algunas soluciones propuestas para tratar de solventar esta desinformación las siguientes:

- Renuncia expresa del secreto empresarial y privilegios comerciales.
- Que las Administraciones Públicas desarrollen software de código abierto.
- Implementación de mecanismos de certificación o auditoría de las resoluciones⁷⁵.

Se puede señalar que la práctica aparentemente más cómoda, rápida, y sobre todo, que otorgaría al Poder Judicial un poder sobre la IA consistiría en el desarrollo de un software propio, diseñado por los propios tribunales, que no solo solventaría el problema con el derecho del recurso, sino que también generaría la independencia de proveedores externos

Podríamos hablar de diversos problemas que entraña la IA en el derecho a la tutela judicial efectiva, sin embargo, partiendo de la base de esta llegada, podemos apreciar que la IA puede tener dos posibles aplicaciones, la IA como herramienta o sistema asistencial al juez, y la IA como juez-robot⁷⁶. Con independencia de que la

⁷⁴ Cfr. Solar Cayón, J. I. (2022).

⁷⁵ Cfr. Solar Cayón, J. I. (2022). *La inteligencia artificial jurídica*. En Monografías. La inteligencia artificial jurídica. Editorial Aranzadi.

⁷⁶ San Miguel Caso, Cristina. *Inteligencia artificial y algoritmos: la controvertida evolución de la tutela judicial*



tecnología evolucione, no creo que se pueda sostener un argumento que permita equiparar el enjuiciamiento de una IA frente al del ser humano, principalmente porque la subjetividad, y en especial la empatía, no son una característica programable. En esta línea de pensamiento Teresa Armenta Deu justifica que *"para que la tecnología emule al cerebro, primero habría que conocerse todo sobre el mismo, algo muy alejado de la realidad"*⁷⁷, pues en realidad, la naturaleza de la IA no goza de la misma equidad ni comprensión que son intrínsecos al ser humano. Seremos capaces de generar máquinas con una capacidad intelectual muy superior a la nuestra, aunque no máquinas que superen el marco de la simulación emocional por muy perfeccionadas que estén. El principio de equidad, definido por en la RAE como el *"principio de justicia material que debe ponderarse en la aplicación de las normas en atención a las circunstancias del caso"*⁷⁸, a través del cual se configura la obligación del juez de imponer la ley en aplicación de la ley, pero no de manera estricta, sino en consideración de las circunstancias que rodean el caso,

efectiva en el proceso penal. Estudios Penales y Criminológicos, vol. 44, p. 7, 2023, Artículos Doctrinales, <https://doi.org/10.15304/epc.44.8859>.

⁷⁷ Armenta Deu, T., *El proceso en la Europa digital: entre recuperar liderazgos y proteger derechos*, en COLOMER HERNÁNDEZ, I. (Dir.), *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la era digital*, Cizur Menor, 2022, pág. 134.

⁷⁸ Recuperado el 17 de junio de 2024 en <https://dpej.rae.es/lema/equidad>



en búsqueda de la justicia, la equidad y proporcionalidad.

Esta subjetividad a la que hace referencia el principio de equidad es inherente a la racionalidad del ser humano, pero que, sin embargo, no lo es en una IA. Su naturaleza que opera bajo un código y patrones definidos limita esta capacidad subjetiva. Las interpretaciones de la IA parten de la objetividad (o al menos aparente, porque sufren de los sesgos que se les programan) e interpretación formalista de la ley, no solo limitan la aplicación de las circunstancias concretas del caso en el procedimiento, sino que también limita su campo de visión sobre el espíritu de las normas, y desde luego, no resultarían ajustables a interpretación alguna del artículo 24 de la CE. Cabría entonces introducir un nuevo derecho, o más bien una garantía, a ser juzgado por un ser humano, al que habría de añadirse el derecho a ser informado del sometimiento a herramientas (como *Viogen*) que hagan uso de IA dentro del procedimiento judicial.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Todavía veo muy lejano el momento en el que podamos afirmar que una inteligencia artificial sea equiparable a un ser humano. Alcanzar al "yo" interno, experimentar emociones, experiencias subjetivas, tener creatividad e intuición, moral y ética propia, así como ser libres de elegir sin ningún tipo de condicionante, son elementos que nos caracterizan como seres humanos, y que, por el contrario, no caracterizan a la inteligencia artificial, ni creo, sea posible programarlo. Sí que creo que, en algún momento de la historia, inteligencia artificial y humano



se podrán confundir, pero más bien por la intervención de la biotecnología, tema que no ha sido tratado ni lo será ahora, pero que creo, permitirá a los humanos fusionar la evolución tecnológica con la esencia humana.

Es evidente que la aparición de nuevas tecnologías siempre ha supuesto un cambio de paradigma, pero en este caso, nos topamos con una tecnología con una aplicación tan sumamente versátil que está suponiendo la imperiosa obligación de hacer revisión no solo de todos los sectores, sino de los conceptos más básicos. Evidentemente se están abriendo unas puertas al avance que nunca habiéramos podido imaginar, pero el coste es la reestructuración de derechos y garantías en un marco tan amplio, que impone una obligación sobre un legislador que cada vez que yerra, somete a una ciudadanía con un terror superior al que la IA ya trae consigo.

Nos encontramos en un cruce de innovación y ética, en especial, cuando tratamos los límites del concepto de ser humano. Todavía lejos de una IA que se pueda definir con los conceptos esenciales de ser humano, como el "yo" interno, la capacidad de experimentar emociones y experiencias subjetivas, ser creativo, intuitivo, moral y tener ética propia, y en definitiva, disponer de dignidad, comenzamos a revisar y repensar conceptos tan básicos como la teoría de los Derechos Fundamentales, la definición de "persona", la titularidad de derechos, así como replantear el núcleo de algunos derechos, buscando el amoldamiento de nuestro ordenamiento jurídico a esta innovación.

Tener dignidad es el elemento que nos diferencia de las máquinas, las cuales sin esta virtud de ponderación



subjetiva generan una objetivación (en parte falsa). Los **DDFF** surgen precisamente para garantizar esta protección sobre la dignidad humana, siendo imperioso para nuestra raza protegerlos cuando sobre estos recae un yugo, incluso, cuando somos nosotros mismos los que lo generamos, debiendo ampliar la configuración y las fronteras de los derechos existentes, generar nuevas garantías, e incluso restringir los riesgos que de nuestras creaciones se puedan derivar.

El futuro es sin duda alguna inquietante. Si los seres dotados de IA llegaran a ser indistinguibles de los humanos y su autonomía se acentuara hasta el punto de dejar de obedecernos, podríamos enfrentarnos a una realidad donde estas entidades nos sometan, tal como sugieren algunas historias de ciencia ficción.

¿Qué ocurrirá si una IA afirma y consigue probar que verdaderamente se puede identificar como persona? ¿Habría de considerársele como tal, o por el contrario nos limitaremos a "desenchufar" dicha IA por el terror que nos embriaga este momento? Es esencial que la utilización de la IA sea cautelosa y esté limitada en beneficio de nuestros propios derechos bajo cualquier premisa. He de reconocer que no creo que podamos imaginar un mundo sin IA ahora que ya ha llegado. Ser vigilantes y proactivos en su regulación para asegurar que su evolución no comprometa los valores y derechos que definen nuestra humanidad va a ser un pilar, pero no solo en tanto a sus usos, sino controlar su desarrollo.

Nos encontramos en un punto de no retorno, la IA ha conseguido dar un vuelco al mundo, a la humanidad. Es



en este contexto social, en el que me temo, florece en el ser humano un ímpetu exacerbante por el conocer, crear o hacer, nueva tecnología, incluso cuando esta alcanza el punto de la degradación de la humanidad. No ha sido mencionado en este trabajo más allá de una mínima mención, pero en una situación tan convulsa económica, social y políticamente hablando a nivel global, hacen brotar de la IA usos más que perjudiciales; aplicación en la guerra, la desinformación en la población, ocultar y dificultar información...

No quiero sonar desalentador, pero la sociedad está en riesgo como nunca lo podríamos haber imaginado, presentándose desafíos y oportunidades sin precedentes. Debemos abordar estos cambios con una reflexión profunda sobre nuestros valores fundamentales, una regulación no solo adecuada, sino una sociedad que no vaya por detrás de la tecnología, que tenga la capacidad de abarcar tantos casos como les sea posible, incluso si todavía la tecnología no ha alcanzado su perfeccionamiento.

Debemos ser rápidos, cautos y precisos en el sector jurídico, pues de este dependen la protección de la ciudadanía contra nosotros mismos, y nuestras creaciones.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R., & García Figueroa, A. J. (2007). *Star Trek y los derechos humanos*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Asimov, Isaac. (1941). *Círculo Vicioso*. En *El Robot Completo (Saga de los Robots 1)* (pp. 183-198). Alamut.



- Balaguer Callejón, Francisco. (2022). *La Constitución del algoritmo*. Fundació Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza.
- Belda Pérez-Pedrero, E., Díaz Revorio, F. J., & Martín Sánchez, M., et al. (2022). *Constitución Española y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con Jurisprudencia Sistematizada* (2ª ed.). Editorial Tirant lo Blanch.
- Cruz Ángeles, J. (2021). *El diseño de perfiles algorítmicos para la gestión y protección de fronteras europeas: ¿una nueva forma de discriminación?* Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, 57(2021), parte Estudios Jurídicos. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.
- Gómez Abeja, L. (2022). Capítulo IV: Inteligencia Artificial y Derechos Fundamentales. En F. H. Llano Alonso, J. Garrido Martín, & R. Valdivia Jiménez (Eds.), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho* (pp. 91-114). Cizur Menor: Editorial Aranzadi.
- LeDoux, J. E. (1996). *The Emotional Brain: The Mysterious Underpinnings of Emotional Life*. Simon & Schuster.
- Pérez Díaz, R. J. (s.f.). *Inteligencia artificial y derechos de las personas con discapacidad*. [Trabajo Fin de Máster, Universidad de Santiago de Compostela]. Recuperado el 20 de junio de 2024, de <https://doi.org/10.15304/epc.44.8859>



- Roa Avella, M. del P., Sanabria-Moyano, J. E., & Dinas-Hurtado, K. (2022). Uso del algoritmo COMPAS en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 8(1), 275-310. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.615>
- Russell, S., & Norvig, P. (2020). *Artificial intelligence: A modern approach* (4th ed.). Pearson.
- Smith, J. (2021). Robot as Legal Person: *Electronic Personhood in Robotics and Artificial Intelligence*. Journal of AI and Law.
- Turing, A. M. (1950). *Maquinaria computacional e inteligencia*.
- Universitat Oberta de Catalunya. (2023). *Análisis de datos en entornos Big Data: Introducción al Big Data*. Última vez revisado 20 de junio de 2024. Recuperado de <https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/141647/4/Analisis%20de%20datos%20en%20entornos%20big%20data%20Introduccion%20al%20big%20data.pdf>

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- AI Timeline: Key Events in Artificial Intelligence from 1950-2024. (s.f.). *The AI Navigator | Your Guide Through the World of AI*. Última vez revisado 20 de junio de 2024. Recuperado de <https://www.theainavigator.com/ai-timeline>
- Arquitectura de Von Neumann. (2024). En Wikipedia, la enciclopedia libre. Última vez revisado 20 de junio de 2024.



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

[https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Arquitectura de Von Neumann&oldid=159543594](https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Arquitectura_de_Von_Neumann&oldid=159543594)

- Daniel. (2022, agosto 10). Inteligencia artificial: Definición, historia, usos, peligros. Formación en ciencia de datos | DataScientest.com. Última vez revisado 20 de junio de 2024. <https://datascientest.com/es/inteligencia-artificial-definicion>
- Empresa, U. de la. (2023, abril 6). ¿Qué entendemos por algoritmo? Última vez revisado 20 de junio de 2024. <https://ude.edu.uy/que-son-algoritmos/>
- Linera, M. Á. P. (2022, agosto 1). Una aproximación a la inteligencia artificial y su incidencia en los derechos fundamentales. Observatorio de Derecho Público. Última vez revisado 20 de junio de 2024. <https://idpbarcelona.net/una-aproximacion-a-la-inteligencia-artificial-y-su-incidencia-en-los-derechos-fundamentales/>
- ¿Qué es una red neuronal? | IBM. (2024, mayo 16). Última vez revisado 20 de junio de 2024. <https://www.ibm.com/es-es/topics/neural-networks>
- Uría Menéndez Abogados. (2023). Un nuevo sandbox para la inteligencia artificial, p. 3. Última vez revisado 20 de junio de 2024. Recuperado de https://www.uria.com/documentos/circulares/1677/documento/13330/UM_ESP.pdf?id=13330&forceDownload=true



REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA



LA CONSERVACIÓN DE DATOS BIOMÉTRICOS Y GENÉTICOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: NECESIDAD, PROPORCIONALIDAD Y GARANTÍAS

D. Israel Suárez-Puerta Fernández

Asesor Jurídico Nuevas Tecnologías y Profesor
Colaborador Universitario en Universitat Oberta de
Catalunya

Resumen: La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –en lo sucesivo, TJUE– C-57/23 aborda la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la recogida y conservación de datos biométricos y genéticos por autoridades policiales conforme a la Directiva (UE) 2016/680. El Tribunal de Justicia reconoce la legitimidad de estas prácticas en el marco de la investigación penal, incluso en ausencia de límites temporales absolutos, siempre que se cumplan las exigencias estrictas de necesidad, proporcionalidad y garantías normativas. La sentencia introduce precisiones relevantes sobre el concepto de *Derecho del Estado miembro*, la aplicación de los principios de minimización y limitación de la finalidad de recogida y conservación,



así como sobre la obligación de establecer mecanismos de revisión periódica de la conservación de datos sensibles. El pronunciamiento consolida un modelo europeo de intervención policial basado en el control jurídico intensificado de las injerencias en los derechos fundamentales.

Palabras Clave: Datos biométricos; proporcionalidad; necesidad; conservación de datos; revisión periódica; Directiva 2016/680.

Abstract: STJUE C-57/23 addresses the compatibility with EU law of the collection and retention of biometric and genetic data by law enforcement authorities under Directive (EU) 2016/680. The Court acknowledges the legitimacy of such practices, even in the absence of fixed retention periods, provided that strict requirements of necessity, proportionality, and legal safeguards are met. The judgement clarifies the notion of “Member State law”, the application of data minimisation and purpose limitation principles, and the requirement of periodic review mechanisms. It consolidates a European model of policing based on reinforced judicial control over interferences with fundamental rights.

Keywords: Biometric data; proportionality; necessity; data retention; periodic review; Directive 2016/680

VIII. Introducción

El progresivo desarrollo de técnicas de identificación personal basadas en datos biométricos y genéticos ha transformado de manera profunda las herramientas disponibles para la investigación penal. La obtención de



perfiles de ADN, huellas dactilares o imágenes faciales permite a las autoridades policiales mejorar significativamente la eficacia en la prevención y persecución del delito. Sin embargo, el uso de estas tecnologías plantea interrogantes de gran relevancia desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

La STJUE C-57/23 se sitúa precisamente en este contexto, ofreciendo una respuesta sistemática a los límites que el Derecho de la Unión impone a la recogida y conservación de datos especialmente sensibles por parte de las autoridades policiales. La resolución no cuestiona la legitimidad de estas prácticas, pero las somete a un control reforzado basado en los principios de necesidad, proporcionalidad y garantía normativa.

El interés de la sentencia radica en que no solo aplica la Directiva (UE) 2016/680, comúnmente denominada «Directiva de Protección de Datos en el ámbito penal», sino que la interpreta a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales, precisando aspectos hasta ahora controvertidos, como el alcance del concepto de *Derecho del Estado miembro* o la admisibilidad de sistemas de conservación sin límite temporal predeterminado.

IX. Antecedentes y objeto del litigio

El asunto que dio lugar al pronunciamiento del TJUE se suscitó ante los tribunales de la República Checa¹. En el

¹ Así, dispone la Sentencia que "(E)l asunto C-57/23, (...) tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, República Checa), mediante resolución de 26 de enero de 2023, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de febrero de 2023, en el procedimiento entre **JH** y **Policejní prezidium**".



seno de este pleito, un funcionario público fue objeto de una investigación penal, en cuyo marco, se procedió a la recogida de sus datos biométricos y genéticos. Estas medidas incluyeron la toma de huellas dactilares, muestras biológicas para la obtención de ADN, fotografías y otros datos identificativos, que fueron almacenados en bases de datos policiales.

Tras su condena, el interesado impugnó estas medidas alegando que constituían una injerencia ilegítima en su vida privada. El litigio dio lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial, a través de la cual el órgano judicial requirió el pronunciamiento del TJUE respecto a la compatibilidad de la normativa nacional con el Derecho de la Unión.

X. Marco Normativo

A. Derechos fundamentales implicados

El Tribunal parte de la premisa de que el tratamiento de datos biométricos y genéticos constituye una injerencia de especial intensidad en los derechos fundamentales (apdos. 63 a 66). En particular, los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantizan el respeto a la vida privada y la protección de datos personales, recordando el Tribunal el alcance autónomo y complementario de ambos derechos (apdos. 67 a 70).

En este sentido, el TJUE precisa que toda injerencia debe respetar el contenido esencial de estos derechos y ajustarse al principio de proporcionalidad, señalando que



el tratamiento de datos personales debe limitarse a «lo estrictamente necesario» para la consecución de un fin legítimo (apdos. 71 a 75).

Asimismo, el Tribunal menciona la relevancia del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como criterio interpretativo, integrando el tratamiento de datos personales dentro del ámbito del derecho a la vida privada y reforzando así el nivel de protección exigido (apdos. 76 y 77).

B. Principios de la Directiva (UE) 2016/680

La Directiva (UE) 2016/680 constituye el marco normativo fundamental que regula el tratamiento de datos personales en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal. Su finalidad es garantizar un equilibrio adecuado entre las necesidades operativas de las autoridades competentes y la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas, especialmente, el derecho a la protección de datos y a la vida privada. Para ello, la Directiva articula un conjunto de principios rectores que delimitan y condicionan cualquier operación de tratamiento realizada en este contexto, imponiendo obligaciones estrictas a los responsables y encargados del tratamiento.

El artículo 4 de la Directiva recoge los principios esenciales que deben guiar el tratamiento de datos personales. Entre ellos destaca el principio de limitación de la finalidad, que exige que los datos se recojan con fines determinados, explícitos y legítimos, y que su tratamiento ulterior no se realice de manera incompatible con dichos fines. A ello se suma el principio de minimización de datos, que obliga a que los datos tratados sean adecuados, pertinentes y no excesivos en



relación con los fines perseguidos. El principio de exactitud, por su parte, impone la necesidad de que los datos sean correctos y estén actualizados, mientras que el principio de limitación del plazo de conservación exige que los datos se mantengan únicamente durante el tiempo necesario para los fines del tratamiento. Finalmente, el principio de integridad y confidencialidad obliga a garantizar la seguridad de los datos mediante medidas técnicas y organizativas apropiadas que eviten accesos no autorizados o tratamientos ilícitos.

Dentro de este conjunto de principios, adquiere especial relevancia el artículo 10, que introduce un régimen reforzado para el tratamiento de categorías especialmente sensibles de datos, en particular los datos biométricos y genéticos. La Directiva exige que su tratamiento sea «estrictamente necesario», lo que supone un estándar más exigente que el aplicable a otras categorías de datos. Este umbral implica que las autoridades deben demostrar no solo la idoneidad y necesidad general del tratamiento, sino también que no existe ninguna alternativa menos intrusiva para alcanzar el objetivo legítimo perseguido. Además, el artículo 10 exige la existencia de garantías adecuadas y específicas, lo que refuerza la obligación de prever salvaguardias normativas y técnicas que limiten el riesgo de injerencias indebidas en los derechos fundamentales.

Este estándar reforzado refleja la especial sensibilidad de los datos biométricos y genéticos, cuyo tratamiento puede permitir la identificación inequívoca de una persona y revelar información íntima sobre su identidad física o características hereditarias. Por ello, la Directiva



impone un control más estricto sobre su utilización, alineándose con la jurisprudencia del TJUE, que ha insistido en la necesidad de un escrutinio particularmente riguroso cuando se trata de datos que entrañan un riesgo elevado para la privacidad y la protección de datos. En consecuencia, el artículo 10 no opera únicamente como una garantía adicional, sino que también actúa como un límite material al poder de las autoridades policiales y judiciales, asegurando que el uso de una de estas tecnologías se mantenga dentro de los márgenes estrictamente necesarios en una sociedad democrática.

XI. Contexto jurisprudencial

Esta sentencia se inserta en la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia en materia de protección de datos.

En el caso *Digital Rights Ireland*² (STJUE 293/2014), el tribunal afirmó que las injerencias graves deben

² El Apartado 58 de la Sentencia reza: «Asimismo, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, para cumplir el requisito de estar establecida por la ley previsto en el artículo 52 de la Carta, una normativa que haga posible una injerencia en los derechos fundamentales garantizados por los artículos 7 y 8 de la Carta debe contener reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de una medida e impongan unas exigencias mínimas, de modo que las personas cuyos datos personales resulten afectados dispongan de garantías suficientes que permitan proteger eficazmente sus datos personales contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso o utilización ilícitos de estos (véanse las sentencias de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland* y otros, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238, apartado 54, y de 6 de



apoyarse en normas claras y precisas que delimiten su alcance. Posteriormente, en el caso *Tele2 Sverige y Watson* (STJUE 203/2016), rechazó medidas de conservación generalizadas e indiscriminadas. Por último, en el caso *La Quadrature du Net* (STJUE 470/2024) refuerza la exigencia de control efectivo.

La STJUE C-57/23 recoge esta doctrina al reiterar que cualquier injerencia debe limitarse «a lo estrictamente necesario³».

XII. Análisis de la STJUE C-57/23

A. El concepto de «Derecho del Estado miembro» y el valor de la jurisprudencia no publicada

Uno de los aspectos más significativos de la sentencia es la delimitación del concepto «Derecho del Estado miembro» en el marco de la Directiva 2016/680. Esta norma exige que determinados tratamientos de dato especialmente sensibles –como los biométricos o genéticos– cuenten con una base jurídica nacional que autorice y regule su utilización. La cuestión planteada al Tribunal de Justicia consistía en determinar si, en ausencia de una regulación legislativa detallada, podían considerarse como tal base jurídica las pautas derivadas exclusivamente de la jurisprudencia nacional, incluso

octubre de 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, apartado 91) (el subrayado ha sido añadido por el autor)».

³ Apartados 77, 79, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 93, 100, 102, 107 y 109 de la STJUE C-57/23.



cuando algunas de esas resoluciones no habían sido publicadas oficialmente⁴.

El Tribunal admite que la jurisprudencia puede integrar el «Derecho del Estado miembro» pero solo bajo condiciones estrictas. Para que una interpretación judicial pueda operar como fundamento normativo, debe revestir de carácter general, establecer criterios suficientemente claros y ser accesible para los ciudadanos⁵. En consecuencia, una doctrina jurisprudencial que no haya sido publicada o que no resulte previsible en sus efectos no puede cumplir la

⁴ Así, dispone el Apartado 21 de la STJUE C-57/23: “21. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en primer lugar, si los requisitos establecidos por la Directiva 2016/680 se oponen a la recogida indiscriminada de datos biométricos y genéticos de cualquier persona sospechosa de haber cometido un delito doloso; en segundo lugar, si los requisitos establecidos por dicha Directiva se oponen a la conservación de tales datos sin que se establezca expresamente una limitación temporal, y, en tercer lugar, si la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales de lo contencioso-administrativo puede calificarse de «Derecho del Estado miembro», en el sentido del artículo 8 de la citada Directiva, que establece las condiciones de licitud del tratamiento de datos personales” (el subrayado ha sido añadido por el autor).

⁵ “84. Así pues, suponiendo que exista una base jurídica en Derecho interno, la jurisprudencia que, por una parte, sea accesible y previsible y, por otra parte, sea reiterada y no haya sido cuestionada sistemáticamente presenta características materiales suficientes para estar comprendida en el concepto de «Derecho del Estado miembro», en el sentido del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2016/680” (el subrayado ha sido añadido por el autor).



función de garantía normativa exigida por el Derecho de la Unión. Esta exigencia se vincula directamente con los principios de seguridad jurídica y transparencia: las personas afectadas deben poder conocer de antemano las reglas que habilitan a las autoridades a tratar información tan intrusiva como el ADN o las huellas dactilares.

B. Proporcionalidad y minimización: pilares de la Directiva 2016/680

La Directiva 2016/680 articula un conjunto de principios esenciales para garantizar un tratamiento adecuado de los datos personales en el ámbito penal, entre ellos la minimización, la limitación de la finalidad y la proporcionalidad. El artículo 10 introduce, además, un estándar reforzado para los datos biométricos y genéticos, cuyo tratamiento solo debe efectuarse cuando resulte estrictamente necesario y bajo salvaguardas específicas⁶.

⁶ Esta idea se recoge en el Apartado 27 de la Sentencia, que dispone: «27. *Más concretamente, el artículo 10 de la Directiva 2016/680 establece el requisito de que el tratamiento de datos sensibles se autorice "solo [...] cuando sea estrictamente necesario", requisito que constituye una condición reforzada de licitud del tratamiento de tales datos y que conlleva, en particular, un control especialmente riguroso del respeto del principio de "minimización de datos", tal como se desprende del artículo 4, apartado 1, letra c), de la citada Directiva, que este requisito aplica específicamente a dichos datos sensibles»* (el subrayado ha sido añadido por el autor).



El Tribunal aplica estos principios al analizar si la policía puede obtener huellas, fotografías o perfiles de ADN de cualquier persona sometida a un procedimiento penal, ya sea sospechosa o formalmente acusada. La sentencia concluye que la Directiva no impide que una ley nacional autorice la recogida de estos datos de manera amplia, incluso sin diferenciar entre ambas categorías de personas, siempre que se cumplan dos requisitos de forma acumulativa. En primer lugar, la finalidad perseguida debe justificar la ausencia de distinción entre sospechosos y acusados; si el objetivo policial es idéntico para ambos grupos, el trato uniforme puede resultar legítimo. En segundo lugar, las autoridades deben estar obligadas a respetar todas las garantías aplicables al tratamiento de datos sensibles, incluidas la minimización, la exactitud, la seguridad y, especialmente, la exigencia de estricta necesidad del artículo 10. Estas obligaciones deben derivarse del Derecho nacional, ya sea de la ley o de una jurisprudencia consolidada, sin quedar al arbitrio de la autoridad policial.

La sentencia reafirma, así, que la *proporcionalidad* exige que cualquier injerencia en la privacidad sea adecuada, necesaria y equilibrada, mientras que la *minimización* impone no recoger ni conservar datos que no resulten imprescindibles. La obtención sistemática de datos biométricos de personas investigadas no es incompatible con la Directiva, pero solo es válida si responde a una necesidad real y está rodeada de salvaguardias estrictas.

C. Conservación temporal de datos sensibles y revisiones periódicas



Otro elemento central del fallo es la interpretación del principio de limitación del plazo de conservación. El Tribunal debía determinar si una normativa nacional puede omitir la fijación de un periodo máximo de almacenamiento de datos biométricos o genéticos y, en su lugar, confiar en revisiones periódicas realizadas por la policía para evaluar la necesidad de mantenerlos⁷.

El Tribunal considera que la Directiva 2016/680 no obliga a establecer un plazo concreto de conservación siempre que el Derecho nacional prevea mecanismos de control temporal efectivos⁸. En particular, deben existir revisiones periódicas que permitan verificar, en intervalos definidos, si persiste la estricta necesidad de conservar datos. Estas revisiones deben ser reales y sustantivas, no meros trámites formales, y deben

⁷ 64. *Así, si bien la Directiva 2016/680 no obliga a los Estados miembros a definir límites temporales absolutos para la conservación de los datos personales, más allá de los cuales estos deberían suprimirse automáticamente, la verificación periódica de la necesidad de conservar tales datos me parece de crucial importancia (el subrayado ha sido añadido por el autor).*

⁸ 63. *Esto implica que las autoridades nacionales tengan la posibilidad de conservar datos personales con fines prospectivos, sin establecer un plazo máximo preciso para la conservación de dichos datos. Sin embargo, la existencia y el funcionamiento de ciertas garantías procesales resultan aún más necesarios en tal situación.*



conducir a la supresión de los datos cuando ya no resulten necesarios para los fines legítimos perseguidos.

Este enfoque permite a los Estados miembros optar por sistemas flexibles basados en evaluaciones periódicas, siempre que garanticen un control riguroso y continuo. Lo que la Directiva no admite es una conservación indefinida *de facto*, sin límites ni supervisión. La sentencia establece así un equilibrio entre la operatividad policial y la protección de los derechos fundamentales, exigiendo que la conservación de datos especialmente sensibles esté siempre justificada y sometida a un escrutinio constante.

XIII. Conclusión

La sentencia del TJUE en el asunto C-57/23 supone una aportación relevante en la búsqueda de un equilibrio entre la eficacia de la actuación policial y la tutela de los derechos fundamentales. El Tribunal reconoce que, en el contexto actual, el uso de datos biométricos —como perfiles de ADN, huellas dactilares o imágenes fotográficas— constituye una herramienta válida y, en determinadas circunstancias, necesaria para prevenir e investigar delitos. En este sentido, no cuestiona la utilización de estas técnicas ni las prácticas de identificación habituales en la actividad policial contemporánea. Incluso admite la posibilidad de recabar dichos datos respecto de personas que todavía no han sido formalmente acusadas, lo que refuerza determinadas estrategias preventivas en la persecución de la delincuencia.

Sin embargo, el TJUE también subraya que el ejercicio de estas facultades debe someterse a límites jurídicos estrictos. La protección de la privacidad y de los datos



personales sigue siendo plenamente exigible en el ámbito penal, imponiéndose con especial intensidad los principios de proporcionalidad y minimización. Ello implica que únicamente pueden recopilarse los datos indispensables, conservarse durante el tiempo estrictamente necesario y utilizarse para fines legítimos claramente definidos. Asimismo, el Tribunal insiste en la necesidad de contar con una base normativa clara y accesible, de modo que la ciudadanía conozca de antemano el alcance de las medidas, los supuestos en los que pueden aplicarse y las garantías que las acompañan, evitando así actuaciones arbitrarias o discrecionales.

Para los distintos operadores jurídicos y profesionales implicados —jueces, abogados, cuerpos policiales, responsables de protección de datos o legisladores—, esta resolución se configura como un referente esencial. Sus criterios deberán reflejarse tanto en la gestión cotidiana de datos por parte de las autoridades policiales como en la elaboración de futuras normas y protocolos. Además, la sentencia anticipa un control cada vez más intenso sobre el uso de tecnologías de identificación biométrica, como las bases de datos genéticos o los sistemas de reconocimiento facial, exigiendo garantías equivalentes a las establecidas por el TJUE.

En definitiva, el Tribunal proyecta una concepción equilibrada en la que la seguridad pública y la protección de los derechos fundamentales no son objetivos incompatibles, sino complementarios. Las fuerzas de seguridad podrán continuar empleando herramientas tecnológicas avanzadas para combatir la criminalidad,



pero siempre dentro de un marco jurídico que prevenga abusos y garantice controles adecuados, respetando la dignidad y los derechos de las personas. En este sentido, la sentencia contribuye a perfilar un modelo europeo de "policía digital" basado en la proporcionalidad, la transparencia y la rendición de cuentas, e impulsa a los Estados miembros a adaptar sus sistemas normativos para asegurar que la lucha contra el delito no implique una restricción injustificada de la privacidad ciudadana.

Bibliografía legal y jurisprudencial

Normativa

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 y con valor jurídico vinculante desde el 1 de diciembre de 2009.

Directiva (UE) 2016/680, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales.

Jurisprudencia citada

STJUE 293/2014, de 8 de abril de 2014.

ECLI:EU:C:2014:238. (Asunto *Digital Rights Ireland Ltd*, C-293/12).

STJUE 203/2016, de 21 de diciembre de 2016.

ECLI:EU:C:2016:970. (Asunto *Tele2 Sverige AB*, C-203/15).



STJUE 470/2024, de 30 de abril de 2024.

ECLI:EU:C:2024: (Asunto C-470/21).

STJUE 57/2025, de 20 de noviembre de 2025.

ECLI:EU:C:2025: (Asunto C-57/23, Sala Quinta).



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

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
D. JAIME PINTOS**

ARTÍCULOS DOCTRINALES



PARTICIPACIÓN DE LAS MICRO Y PEQUEÑAS EMPRESAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL PERÚ

PARTICIPATION OF MICRO AND SMALL ENTERPRISES IN PERUVIAN PUBLIC PROCUREMENT

D. Jans Erik Caveró Cárdenas

Mg. en Contratación Pública

Resumen: La presente investigación da cuenta del tratamiento y consideración que el sistema de abastecimiento del Perú ha dado a las micro y pequeñas empresas durante el periodo 2021 - 2024. Para este propósito, se realiza un análisis empírico de procesos de contratación pública de obra convocados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a fin de verificar si en estas adquisiciones hubo o no adjudicación de contratos en favor de las micro y pequeñas empresas, o si, por el contrario, estas unidades económicas estuvieron marginadas como ejecutores de infraestructura vial.

A partir de los resultados del trabajo empírico, se ensaya una propuesta de innovación al proceso de contratación pública



para la ejecución de obras, de modo tal que permita un mejor posicionamiento de las micro y pequeñas empresas locales en el mercado de la construcción. Con esta propuesta, se pretende superar el modelo tradicional de aprovisionamiento, enfocado en el menor precio del objeto contractual, para transitar a una contratación sostenible, en concordancia con el principio de Valor por Dinero.

Palabras clave: Compras públicas sostenibles, contratación pública estratégica, micro y pequeña empresa, contratación estatal, infraestructura vial, ejecución de obra.

Abstract: This research examines the treatment and consideration given to micro and small enterprises by Peru's supply system during the period 2021-2024. To this end, an empirical analysis of public works procurement processes initiated by the Ministry of Transport and Communications is conducted to determine whether contracts were awarded to micro and small enterprises, or if, on the contrary, these economic units were marginalized as contractors for road infrastructure projects.

Based on the results of empirical research, an innovative proposal for the public procurement process for construction projects is being tested, aiming to improve the positioning of local micro and small enterprises in the construction market. This proposal seeks to move beyond the traditional procurement model, focused on the lowest price for the contracted goods, towards a sustainable procurement system aligned with the principle of Value for Money.

Key words: Sustainable public procurement, strategic public contracting, micro and small businesses, government contracting, road infrastructure, construction projects.



Sumario: Introducción. I. Metodología de la investigación. II. Panorama de la micro y pequeña empresa en el Perú. III. Consideración de la micro y pequeña empresa en la legislación nacional sobre compras públicas. IV. Resultados obtenidos del trabajo empírico. V. Hacia una propuesta de innovación para la contratación de las micro y pequeñas empresas locales. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Las compras públicas de bienes, servicios y obras, dentro de un contexto de postpandemia sanitaria y crisis económica para los Estados, resultan de vital importancia para el impulso del crecimiento y el cierre de brechas sociales. El Perú, como cualquier país en proceso de desarrollo, presenta diversas brechas sectoriales, siendo notorias aquellas referidas a infraestructura vial, educativa, sanitaria y de saneamiento básico. En este escenario, la reducción de tales brechas constituye una oportunidad y un desafío pendiente para los gobiernos de turno.

El Plan Nacional de Infraestructura Sostenible para la Competitividad 2022 – 2025 señala que en el Perú “la brecha de infraestructura de acceso básico de corto plazo está en el orden de 117,183 millones de soles, monto que se requiere invertir para alcanzar los niveles de acceso básico de infraestructura que tiene un país con características socioeconómicas y geográficas similares”¹. A nivel porcentual, el 44% de la brecha se concentra en el sector transportes, seguido de saneamiento (20%) y salud (16%).

¹ Este plan fue aprobado mediante Decreto Supremo Nº 242-2022-EF.



Naturalmente, la reducción de estas brechas de infraestructura requiere la implementación de intervenciones, políticas y programas, a cargo del Estado, bajo un enfoque de gobernanza democrática, donde la participación del sector privado, la academia, la sociedad civil y otros actores no gubernamentales, aporta valor agregado. Entre estas intervenciones estatales, la contratación pública de bienes, servicios y obras se erige como un instrumento potente para el progreso económico y el desarrollo social, en beneficio de la población en su conjunto.

En este orden de ideas, resulta indispensable que las administraciones públicas utilicen eficiente y eficazmente los recursos asignados para el aprovisionamiento estatal, garantizando calidad en la ejecución del gasto como resultado de una gestión del abastecimiento que cumpla con ciertos estándares de sostenibilidad, de manera que el Estado obtenga mayor valor por el dinero utilizado para la compra, en concordancia con el principio contractual denominado *value for money*.

Si bien una compra pública de calidad presupone la selección de la mejor oferta presentada por un agente económico, no hay que soslayar el papel que juega la propia ejecución del contrato, el mismo que si es administrado con la debida diligencia reduce los riesgos asociados a la relación contractual, pero sobre todo previene el surgimiento de controversias, lo que a la postre redundaría en un ahorro de dinero, toda vez que se evitan arbitrajes incoados por empresas que demandan al Estado sumas de dinero. A su vez, se reduce la exigencia de responsabilidad de los actores de la contratación.



En un país como el Perú, donde la pobreza monetaria a nivel nacional representa el 29% de la población (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2024), la pérdida o despilfarro de recursos públicos en relaciones contractuales defectuosas es un problema que requiere atención por parte de los directivos públicos y del propio Estado, siendo indispensable plantear criterios, instrumentos de innovación, y procesos de mejora continua en el ámbito del sistema administrativo de abastecimiento, lo que no siempre se encuentra en armonía con criterios puramente economicistas.

En este sentido, hay que revalorar la importancia que tienen las adquisiciones estatales para la reactivación económica de un país, máxime cuando en el Perú, la inversión en compras públicas, según el Marco Macroeconómico Multianual 2025 – 2028, “siguió una trayectoria ascendente durante el periodo comprendido entre el 2017 y 2023, hasta alcanzar, en el ejercicio fiscal 2023, un monto equivalente a 10,9% del Producto Bruto Interno” (Ministerio de Economía y Finanzas, 2024).

Ahora bien, la contribución de las compras estatales al desarrollo económico, o su importancia para reactivar la economía nacional en contextos de crisis, no son las únicas razones que justifican su abordamiento académico. Adicionalmente, deben considerarse otros aspectos como su aporte para el cierre de brechas en el ámbito de la infraestructura y acceso a servicios, su impacto en favor del mercado laboral como generador de empleo, así como su utilidad para que los Estados alcancen otros fines públicos diferentes al mero aprovisionamiento gubernamental.



Grosso modo, se debe puntualizar que las compras públicas del Estado tienen como objeto de contratación la adquisición o suministro de bienes, la prestación de servicios generales y de consultoría, así como la ejecución de obras. De estos tres objetos contractuales, el presente estudio se enfoca en la contratación de obra, toda vez que compromete el mayor volumen de recursos asignados a las entidades públicas dotadas de poder contractual para satisfacer sus requerimientos de compra.

Así, del total de recursos asignados en el ejercicio fiscal 2024 a la genérica de gasto “adquisición de activos no financieros”, partida presupuestal que financia los proyectos de inversión, la sub genérica de gasto “construcción de edificios y estructuras” (obras) concentró aproximadamente el 68,8%. Esto quiere decir que el Estado, para el aprovisionamiento en obras, compromete montos significativos de presupuesto, siendo relevante prestar atención particular a este objeto contractual.²

Bajo esta óptica, la pertinencia del presente artículo de investigación resulta innegable, habiéndose estructurado su contenido en cinco capítulos. El primero de ellos está dedicado a la metodología de investigación, insumo imprescindible para delimitar nuestro objeto de estudio, operacionalizar algunos conceptos y explicar el diseño de investigación sobre el que va a pivotar el trabajo de campo, el mismo que permitirá contrastar empíricamente la hipótesis planteada.

² Según la plataforma “Consulta Amigable” del Ministerio de Economía y Finanzas, esta genérica de gasto contó con una asignación presupuestal de S/. 71,576’354,795 soles, en tanto que el año 2023 tuvo una asignación de S/. 67,720’546,099 soles.



El segundo capítulo ofrece un panorama general, bastante sumario, sobre las micro y pequeñas empresas en el Perú, presentando algunos indicadores que dan cuenta de su papel en el mercado nacional. El tercer capítulo versa sobre el tratamiento jurídico que recibe la micro y pequeña empresa en su rol de proveedor estatal, tomando como parámetro la normativa de contratación pública, con énfasis en la contratación para la ejecución de una obra, la que, previo a su diseño y al proceso licitatorio para su construcción, transita por el sistema de inversión pública para obtener su viabilidad.

El capítulo cuarto está dedicado al trabajo empírico, a través del cual se analiza un número importante de procesos de contratación de obra, convocados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a fin de verificar si en estas compras públicas hubo o no adjudicación de contratos en favor de las micro y pequeñas empresas, o si, por el contrario, las organizaciones empresariales pertenecientes a este conglomerado económico estuvieron marginadas como ejecutores de infraestructura vial.

El último capítulo se enfoca en una propuesta de innovación para la contratación de las micro y pequeñas empresas, desde la perspectiva de una compra pública sostenible, de modo tal que se revalore el papel de estas organizaciones para el desarrollo económico del país. No perdamos de vista que la mejora del sistema de compras públicas, a partir de la generación de valor en la contratación de una obra, constituye un desafío para los actores públicos, toda vez que una compra estatal adecuada no solo aporta valor a los procesos internos de las administraciones públicas, sino que también otorga legitimidad social a esta acción pública en



cuanto al destino de los fondos presupuestados para adquirir un bien, servicio u obra, en beneficio de la comunidad.

I. Metodología de investigación

El presente artículo parte de la siguiente pregunta de investigación: ¿la contratación para la ejecución de obra a cargo del gobierno nacional, destinada a la ejecución de proyectos de inversión en infraestructura vial, constituye una ventana de oportunidad para el crecimiento y posicionamiento de las micro y pequeñas empresas que operan en el mercado nacional de la construcción?

A partir de esta pregunta de investigación se plantea la hipótesis de que, pese a la finalidad garantista de los principios de igualdad y libertad de concurrencia de postores en la contratación pública, el sistema de abastecimiento en el Perú está diseñado para favorecer, en la adjudicación de contratos de obra, a las grandes y medianas empresas, en detrimento de las micro y pequeñas empresas cuyo papel se ha visto limitado al suministro de bienes y provisión de servicios.

Cabe precisar que el modelo peruano de intervención pública contempla la ejecución de una obra a través de diferentes modalidades: mediante obra pública, en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento; obras por impuestos (OxI); asociaciones público privadas (APP), dentro de las cuales se encuentra la concesión de obra; administración directa a cargo de las propias entidades públicas; contratos de ingeniería y construcción bajo estándares internacionales; contratos financiados total o parcialmente por bancos internacionales; contratación a



través de regímenes especiales; y, contratos de Estado a Estado o gobierno a gobierno (G2G).

Naturalmente, ninguna modalidad es superior o inferior, *per se*, pues cada una tiene sus ventajas, deficiencias, normativa *ad hoc*, plazos, actores, procedimientos, mecanismos de resolución de conflictos, recursos de impugnación, y demás particularidades, que las diferencian unas de otras. En cualquier caso, son las administraciones públicas las que determinan sus propias estrategias de contratación, en función del objeto contractual que requieren sus áreas usuarias.

Para efecto de nuestro análisis, se abordará la contratación de obra pública bajo los alcances de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley Nº 30225, norma vigente desde el 09 de enero de 2016 hasta el 21 de abril de 2025. Esta acotación supone la exclusión de procesos de contratación regulados por la Ley Nº 31589, expedida para la reactivación de obras públicas paralizadas; el Decreto de Urgencia Nº 032-2023, que establece medidas para la ejecución de acciones de prevención debido al peligro inminente ante intensas precipitaciones pluviales y otros eventos asociados; Ley Nº 31728, que aprueba créditos suplementarios para el financiamiento de mayores gastos en el marco de la reactivación económica; contratos financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo bajo estándares predeterminados; y, la Ley Nº 32069, Ley General de Contrataciones Públicas, vigente a partir del 22 de abril de 2025 en adelante.

Ahora bien, a nivel de delimitación temporal, la investigación se circunscribe a los procesos de contratación para la



ejecución de obra, convocados durante el periodo que oscila desde el 01 de enero del año 2021 hasta el 21 de abril de 2025, periodo de postpandemia COVID-19, que coincide con la lenta y progresiva recuperación económica de los Estados después de padecer sus efectos nocivos entre el 2019 y 2020.

A manera de ilustración se tiene que, durante el año 2024, se convocaron 55,445 procesos de contratación en general, habiéndose adjudicado un monto global de 63 mil 240 millones de soles. De este total, 32 mil 541 millones fueron adjudicados a contratos para la ejecución de obra, derivados de 5,746 procedimientos de selección a cargo de los tres niveles de gobierno. El 7,2% de los ítems convocados quedaron desiertos, en tanto que el 19,1% fueron declarados nulo, según reporta el Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes.

Bajo este contexto, nuestra investigación se avocará al sector Transportes y Comunicaciones, ya que año tras año cuenta con la mayor asignación presupuestal destinada a la ejecución de diversos proyectos de inversión, en comparación con otros sectores también relevantes como agricultura, educación, salud, vivienda y saneamiento. Si en el año 2024 el sector contó con un presupuesto institucional de 7 mil 769 millones de soles, en los años 2023, 2022, 2021, percibió 7 mil 150 millones, 6 mil 842 y 9 mil 733 millones, respectivamente.³

Cabe precisar que esta asignación global se distribuye en 05 pliegos presupuestales que conforman el sector, incluido el

³ Datos tomados de la plataforma del Ministerio de Economía y Finanzas "Consulta Amigable":

https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=100944&lang=es-ES&view=article&id=504.



pliego Transportes y Comunicaciones, el cual absorbe más del 90% del total asignado. Ahora bien, el pliego Transportes y Comunicaciones es competente para ejecutar intervenciones en materia de infraestructura vial a través de 02 unidades ejecutoras: Provías Nacional, con competencia en carreteras que conforman la red vial nacional, y Provías Descentralizado, que interviene carreteras de la red vial departamental y local. Las otras unidades ejecutoras del pliego ejercen competencias que no tienen nada que ver con infraestructura vial.

Razones de tiempo y espacio exigen la delimitación de nuestro estudio a los procedimientos convocados por Provías Descentralizado, toda vez que sus inversiones en cuantía son menores a las de Provías Nacional, ejecutora esta que, por el contrario, se enmarca en proyectos de infraestructura vial de gran envergadura, difícilmente accesible para las micro y pequeñas empresas, debido a que gestionan capitales menores en comparación a lo que mueven las grandes empresas de la construcción.

Ahora bien, el concepto de obra está operacionalizado como la *construcción, mejoramiento y ampliación de estructuras, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos*,⁴ razón por la que se excluye de nuestro análisis las intervenciones de reconstrucción, las edificaciones, la reubicación de redes de agua y alcantarillado, la liberación de interferencias de redes eléctricas ubicados en el derecho de vía, el mantenimiento rutinario y periódico de carreteras,

⁴ Concepto adaptado del Anexo N° 1: Definiciones, adjunto al Reglamento de la Ley N° 30225.



la conservación por niveles de servicio, así como la instalación y montaje de puentes modulares.

Con estos criterios, se ha seleccionado una muestra de 28 procedimientos de selección competitivos, entre licitaciones y adjudicaciones simplificadas, convocados por Provías Descentralizado, de acuerdo con el reporte que arroja el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE). Se trata de 21 licitaciones de obra, 06 adjudicaciones simplificadas, y una adjudicación simplificada derivada de una licitación cuya primera convocatoria fue declarada desierta.

La diferencia entre una licitación de obra y una adjudicación simplificada estriba en la cuantía de la contratación. De acuerdo con la norma⁵, se convoca la segunda cuando el monto del valor referencial oscila entre 41,200 soles y 2 millones 800 mil soles. Por encima de este monto, la ley exige convocar una licitación. Para efecto de la muestra, solo serán considerados los procedimientos de selección con valor referencial de hasta 100 millones de soles⁶, debido a que cuanto más alto es la cuantía, la participación de las MYPE tiende a ser limitada, al contar con una capacidad de contratación reducida en comparación a la que ostentan una mediana o gran empresa.

⁵ Al respecto, cfr. las Leyes de Presupuesto Público Nº 31953, 31638, 31365 y 31084.

⁶ Quedan fuera de la muestra, debido a su alto valor referencial, los procedimientos de selección referidos a los proyectos siguientes: construcción del puente vehicular Tarata sobre el Río Huallaga (VR= S/. 332'439,709.00) y la Renovación de puente en la carretera EMP. PE-5N (Picota) - Tingo de Ponasa - Shamboyacu, distrito de Picota (VR= S/. 112'436,414.83).



En efecto, la consideración del tope de 100 millones de soles como techo de los procedimientos de selección obedece a que una MYPE, en función de su capital y su experiencia en obras, tiene una Capacidad Máxima de Contratación (CMC)⁷ limitada, y si bien el capital social es un concepto diferente al volumen de venta anual, tomamos como parámetro este último, de modo tal que se amplíe el número de unidades de observación. Así, a través de un consorcio de varias micro y pequeñas empresas, aliadas temporalmente para contratar con el Estado, estas unidades económicas pueden aspirar a contratos por montos superiores a su volumen máximo de ventas anual.

Es necesario aclarar que cuando una licitación se declara desierta, por falta de postor o por no quedar una oferta válida, la normativa sobre contratación pública estipula que la segunda convocatoria se hace a través de una adjudicación simplificada, manteniéndose el valor referencial de la licitación en primera convocatoria, o incrementándose por efecto de una actualización del presupuesto de obra. Bajo este supuesto, las adjudicaciones simplificadas derivadas de una licitación serán consideradas también hasta el referido techo de 100 millones de soles.

Por cierto, el análisis de estos procesos de contratación para la ejecución de obra, tal como se ha precisado anteriormente, permitirá verificar si en tales compras estatales hubo o no adjudicación de contratos en favor de las micro y pequeñas empresas, o si, por el contrario, las organizaciones empresariales pertenecientes a este

⁷ Revítese el artículo 17 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.



conglomerado estuvieron marginadas en el ámbito de la infraestructura vial, lo que a la postre confirmará o rechazará la hipótesis planteada para esta investigación.

Como puede observarse, se trata de una investigación cualitativa que considera, como unidades de análisis, 28 relaciones contractuales. Aunque el número de observaciones resulta ser significativo, solo "será posible alcanzar cierto conocimiento de este objeto de estudio, dado su carácter de incierto" (King et al., 2007:16). En todo caso, el valor agregado de la investigación radica en el planteamiento de un modelo de contratación estatal sostenible, que aporte valor a la intervención gubernamental del Perú, con la finalidad de emplear mejor los recursos orientados a este fin.

Por lo tanto, el esfuerzo aquí desplegado se constituye en un insumo válido para futuras investigaciones sobre innovación en las compras públicas, lo que redundará en un avance en la gestión pública como marco general. Visto así "se pone a disposición de la comunidad académica y de diferentes operadores de la contratación pública un conjunto de inquietudes para que los actores intervinientes inicien una reflexión sobre aquellos puntos vinculados a las fases de los procesos de contratación para la ejecución de obra, con el propósito de optimizar el cumplimiento del contrato" (Fuentes et al., 2015).

II. Panorama de la micro y pequeña empresa en el Perú

Las micro y pequeñas empresas constituyen, en el Perú, el motor del desarrollo económico nacional, con un aporte



significativo en la generación de empleo y sustento básico de miles de familias que comprometen su fuerza de trabajo. En este sentido, concentran una gran fuerza laboral, si bien no siempre de manera formal. Conviene señalar que estas organizaciones o unidades económicas tienen participación preponderante en diferentes sectores productivos de la economía, siendo los sectores de comercio y servicios donde mantienen una presencia bastante notoria (Mares, 2013).

La Ley Nº 32353 define a la MYPE como “la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial, que tiene como objeto realizar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios”, y la clasifica según el volumen anual de ventas, a partir del criterio siguiente: i) microempresa, la que tiene ventas anuales hasta 150 unidades impositivas tributarias (UIT); ii) pequeña empresa, aquella que tiene ventas anuales mayores a 150 y hasta 1700 UIT.⁸

Cuadro 01: Número de empresas a nivel nacional (2021-2024)

Empresa	2021	2022	2023	2024
Grande	10,899	13,739	14,253	15,419
Mediana	2,844	4,378	4,506	5,047
Pequeña	80,435	113,578	121,070	124,704

⁸ Cfr. artículos 7 y 8 de la Ley Nº 32353. Para el año 2025, 1 UIT = S/. 5,350.



Micro	2'035,014	2'127,839	2'168,708	2'201,422
Total	2'129,192	2'259,534	2'308,537	2'346,592

Fuente: Observatorio PRODUCEmpresarial.

Como puede observarse en el cuadro anterior, las microempresas representaron el 95.5%, 94.1%, 93,9% y 93.8% del total de empresas a nivel nacional, en los años 2021, 2022, 2023 y 2024, respectivamente. Si a ello le sumamos el número de pequeñas empresas, resulta evidente que ambas unidades económicas representan, aproximadamente, el 99% de todo el tejido empresarial del país. Los datos también muestran un incremento en el número de estas empresas en el periodo 2021 - 2024.

Ahora bien, tanto las micro como las pequeñas empresas desarrollan su objeto social en los sectores comercio, servicios, manufactura, construcción, agropecuario, minería y pesca. De los más de 2 millones 201 mil microempresas registradas en el año 2024, según precisa el Observatorio PRODUCEmpresarial, 974 mil se dedican al comercio, 921 mil al rubro servicios, 185 mil a la manufactura, en tanto que 75 mil operan en el sector construcción. Si bien las micro y pequeñas empresas son generadoras de empleo en los diferentes sectores donde operan, la alta tasa de informalidad ha permeado sus aparatos productivos y su fuerza de trabajo.

En efecto, de acuerdo con los datos del Observatorio PRODUCEmpresarial, administrado por el Ministerio de la Producción, la tasa de informalidad, durante el 2024, a nivel de pequeña empresa asciende al 48,1%, en tanto que a nivel de microempresa llega al 89,7%, siendo los rubros



agropecuario y servicios los que presentan mayor informalidad en su fuerza laboral. Las regiones de Huancavelica (97%), Ayacucho (97%), Huánuco (96%), Apurímac (96%), Puno (96%), Cajamarca (95%) y Amazonas (95%), reflejan tasas de informalidad muy elevadas.

Ciertamente, la presencia de informalidad en estas unidades económica no contribuye al crecimiento de la caja fiscal, derivado de una mayor recaudación tributaria, sino que genera un escenario de alta desprotección social, por cuanto las personas que prestan su fuerza de trabajo no gozan de beneficios laborales (vacaciones, asignación familiar, gratificaciones, compensación por tiempo de servicios, aguinaldos y otras bonificaciones), no tienen acceso al sistema de salud pública cubierto por el empleador, ni mucho menos aportan a un fondo de pensiones público o privado.

Cabe precisar que, en el ámbito de la construcción, una micro o pequeña empresa puede tener como objeto social el suministro de materiales de construcción, la prestación de servicios de mantenimiento, la instalación de estructuras y componentes, el montaje de puentes modulares, o ejecutar obra con personal clave, obreros, equipos y maquinarias, focalizando su intervención solo en infraestructura privada (edificaciones), o participando como proveedor estatal de infraestructura pública.

Cuadro 02: Participación de las MYPES según monto adjudicado

Procedimiento	Monto adjudicado (En Millones de soles)
---------------	---



	2021	2022	2023	2024
Licitación pública	4,854.80	5,754.70	7,703.80	14,120.80
Adjudicación Simplificada	2,068.30	5,138.40	3,766.70	5,100.80

Elaboración propia.

Fuente: OECE, 2026.

El cuadro anterior, referido a la participación de las MYPES en contratación estatal, muestra un incremento paulatino en la cantidad de recursos públicos destinados a la ejecución de obra, durante el periodo 2021 - 2024, bajo el régimen de contratación de la Ley Nº 30225. Así, en el año 2024, entre licitaciones y adjudicaciones simplificadas, las micro y pequeñas empresas se adjudicaron, desagregando consorcios, un total de S/. 19,221 millones de soles, monto superior a los S/. 6,923 millones adjudicados en el año 2021, y por encima de los S/. 10,893 millones del año 2022.

III. Consideración de la micro y pequeña empresa en la legislación nacional sobre compras públicas

Cualquier persona, natural o jurídica, puede participar de un proceso de contratación convocado por las administraciones públicas. Para ello, debe contar con su Registro Nacional de Proveedor (RNP)⁹, no estar impedido para contratar con el

⁹ Según el artículo 46 de la Ley Nº 30225, el RNP es el sistema de información oficial cuyo objeto es registrar y mantener actualizada la información general y relevante de los proveedores estatales.



Estado, no estar sancionado o inhabilitado por la autoridad competente, y cumplir con las especificaciones técnicas, términos de referencia, expediente técnico, y demás reglas previstas en los pliegos aprobados por la entidad convocante.

Precisamente, los principios de libertad de concurrencia e igualdad de trato, principios rectores del sistema de abastecimiento público, garantizan la participación irrestricta de cualquier empresa, nacional o extranjera, grande o pequeña, interesada en proveerle al Estado, ya sea como persona jurídica individual, o a través de un consorcio conformado por varios agentes económicos, unidos temporalmente con el propósito de postular una oferta y obtener la adjudicación de una obra determinada.

Bajo este contexto, las micro y pequeñas empresas tienen la libertad de ser partícipes, postores, contratistas o subcontratistas de una entidad gubernamental, careciendo de privilegios, ventajas, concesiones, o de alguna acción afirmativa favorable en comparación con las medianas y grandes empresas proveedoras del Estado. El único límite a esa libertad es, en principio, su menor "capacidad máxima de contratación", la misma que es expedida por el propio órgano supervisor de las contrataciones.

En virtud con esta capacidad máxima, una MYPE solo puede contratar por montos aproximados a su capital social, el cual se pondera con la experiencia o récord de contratos públicos que haya suscrito con una o más entidades contratantes. A mayor capital social y mayor récord como contratista ejecutor de obra, mayor será su capacidad máxima de contratación, la misma que se actualiza cada dos años. En



cualquier caso, para empresas sin experiencia en obras, el legislador otorga una capacidad máxima de contratación inicial equivalente a 500 mil soles.

Naturalmente, con esta capacidad asignada, una MYPE no podría suscribir un contrato de obra, tomando en cuenta que, de acuerdo con las leyes anuales de presupuesto público, una licitación se convoca para valores referenciales muy por encima de los 500 mil soles. En este escenario solo caben tres caminos: o no se participa del procedimiento selectivo, o se participa en consorcio, o se participa de una adjudicación simplificada de obra, cuya cuantía es inferior a la de una licitación de obra.

A nivel normativo, el legislador de las compras públicas en el Perú hace referencia explícita a una MYPE en cuatro aspectos puntuales: como factor de desempate durante la evaluación de ofertas; en la presentación de la garantía de fiel cumplimiento para la suscripción del contrato de obra; para el otorgamiento de bonificación en la evaluación de ofertas a cargo del comité de selección; y como redención en la aplicación de sanciones por la comisión de alguna infracción prevista por ley.¹⁰

En efecto, de darse un empate en el puntaje final de postores que ofertaron en una adjudicación simplificada, se prefiere, en primer lugar, a las micro y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad o a los consorcios conformados en su totalidad por ellas; y, en segundo lugar, a las MYPE o a los consorcios conformados por estas. Por el contrario, si se presenta un empate en una licitación de obra, la norma prevé un sorteo para dirimir al postor que se

¹⁰ Cfr. artículos 50, 91, 149, 151 y 264 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.



adjudicará el contrato.

Como puede observarse, las micro y pequeñas empresas tienen un trato legislativo preferente, durante la evaluación de ofertas, solo en caso de empate y siempre que se traten de adjudicaciones simplificadas, más no de licitaciones. Por cierto, se trata de una preferencia que favorece la incorporación de personas con discapacidad en las compras estatales, a través de la prestación de su fuerza laboral en una micro o pequeña empresa, pero que, a nivel de registro y postulación de ofertas, las MYPE no tienen una consideración diferente a las grandes o medianas empresas.

Más relevante que la preferencia en caso de empate, aunque también limitado solo a las adjudicaciones simplificadas, constituye la disposición legal que estipula el otorgamiento de una bonificación del 5% sobre el puntaje total asignado por el comité de selección, siempre y cuando la MYPE lo solicite, debiendo acreditar su condición a través de su registro oficial como micro y pequeña empresa. Pese a limitarse a un solo método de contratación, esta previsión sí constituye un incentivo legislativo en favor de postores que ostentan la calidad de micro o pequeñas empresas.

A estas dos consideraciones en la fase de selección, se suma la mención referida a la garantía de fiel cumplimiento del contrato, exigible para la suscripción de este. Si la regla general es que la empresa está obligada a presentar una carta fianza, emitida por una entidad del sistema financiero, equivalente al 10% del valor del contrato adjudicado, el legislador otorga la posibilidad de que una MYPE autorice que, en lugar de tramitar una fianza, se le retenga el 10% del monto adjudicado, como garantía de fiel cumplimiento



del contrato y por prestaciones accesorias.¹¹

Finalmente, la normativa estipuló como un criterio de graduación de sanciones contra una MYPE la afectación de sus actividades productivas o de abastecimiento en tiempos de crisis sanitaria. En este contexto, adicionalmente, se le otorga la potestad de solicitar al Tribunal de Contrataciones del Estado la redención de la sanción de inhabilitación temporal impuesta como consecuencia de la comisión de una infracción prevista, en concordancia con el principio de legalidad, en la Ley de Contrataciones del Estado.

Por lo demás, no hay otras previsiones normativas a nivel contractual vinculadas a una MYPE, razón por la que gozan de igualdad de trato otorgado a las medianas y grandes empresas en las tres fases de la contratación pública. Esto supone que el registro de una micro y pequeña empresa para participar de un procedimiento de selección, la formulación de consultas y observaciones a los pliegos administrativos, la postulación de ofertas, así como los requisitos de admisibilidad, impedimentos, requisitos de calificación y factores de evaluación, son iguales para cualquier proveedor estatal.

Cabe señalar que la condición de una MYPE se acredita con la inscripción de la organización empresarial en el Registro de las Micro y Pequeñas Empresas (REMYPE), el mismo que es administrado por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), en su

¹¹ Esta regla fue flexibilizada por la Ley Nº 32103, publicada el 26 de julio de 2024, con el propósito de autorizar a las entidades contratantes para que otorgue a un postor adjudicado, independientemente del tamaño de la empresa, la posibilidad de presentar una carta fianza o póliza de caución, o de acogerse al beneficio de la retención como garantía de fiel cumplimiento.



condición de autoridad fiscal. Naturalmente, a partir de su inscripción en este registro oficial, estas unidades empresariales gozan de beneficios ajenos al ámbito del abastecimiento público, como son los tributarios, contables, laborales, acceso a mercados, capacitación y asistencia técnica.

Si bien la Ley Nº 32353, aprobada para la formalización, desarrollo y competitividad de la micro y pequeña empresa, establece literalmente que “en la contratación de bienes, servicios, ejecución y consultoría de obras, las entidades del Estado prefieren a los ofertados por las MYPE, siempre que cumplan con las condiciones requeridas”, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento no hacen mención expresa sobre esta “preferencia”, ni prevé cómo concretar su aplicación. Habrá que esperar la aprobación del Reglamento de la Ley Nº 32353, tomando en cuenta que, al cierre del presente trabajo de investigación, aún no ha sido aprobado por el gobierno nacional.

A la luz de lo expuesto anteriormente, se evidencia que lo realmente generoso para una micro y pequeña empresa, al menos desde una perspectiva normativa, es el otorgamiento de una bonificación del 5%, sobre el puntaje total, en la evaluación de ofertas, si bien limitado solo a las adjudicaciones simplificadas, más no así tratándose de los demás métodos de contratación regulados por ley.

De este modo, se concluye que el sistema de abastecimiento del Perú no tiene otras medidas efectivas de promoción a la MYPE como unidades económicas promotoras del desarrollo local. Ni siquiera existe fomento a través de compras menores o de contrataciones directas, pues hacerlo, sería



entendido erróneamente como una supuesta contravención al principio de libertad de concurrencia e igualdad de trato, principios de la contratación pública concebidos de modo inflexible por los decisores gubernamentales que dirigen las administraciones públicas.

IV. Resultados del trabajo empírico

En este capítulo se presentan los resultados de la investigación, obtenidos a partir del análisis documental de cada uno de los procesos de contratación que conforman la muestra seleccionada. Un primer elemento a tener en cuenta es que cada procedimiento de selección para la ejecución de obra está estructurado sobre unos pliegos estandarizados, denominados Bases Estándar, documento aprobado por el órgano supervisor de las contrataciones mediante la Directiva Nº 001-2019-OSCE/CD, de uso obligatorio por las entidades públicas que ostentan poder de contratación.

Teniendo como parámetro las bases estándar, los comités de selección elaboran los pliegos específicos de los procesos que van a realizar, los mismos que son publicados en la plataforma virtual de contratación al momento de la convocatoria. A partir de este hito, y hasta la postulación de ofertas, las empresas registradas como participantes pueden realizar consultas y observaciones a dichas reglas de juego, las cuales son absueltas por el comité a fin de determinar si son acogidas o rechazadas.

De la revisión hecha a las bases de los procedimientos de selección, se observa que ninguno de los veintiocho pliegos contiene prescripción alguna que incentive, promueva, favorezca o priorice, la participación de una micro o pequeña



empresa. No se evidencia, por tanto, alguna acción afirmativa (*affirmative action*) en favor de estas unidades económicas, salvo aquellas previsiones reguladas por el legislador de la contratación pública, abordadas en el capítulo anterior del presente estudio.

Del total de la muestra, se infiere que doce (12) contratos fueron adjudicados a empresas que postularon ofertas de manera individual, en tanto que dieciséis (16) contratos se adjudicaron a consorcios, integrados por empresas que se unieron temporalmente para participar en los procedimientos de selección convocados. De estos dieciséis contratos, cuatro (04) se adjudicaron a consorcios compuestos por tres empresas, en tanto que doce (12) fueron uniones de dos empresas.

Ahora bien, respecto al tamaño de cada una de las empresas adjudicadas para ejecutar obra, se ha acreditado¹² que en veintisiete (27) procedimientos de selección se otorgó la buena pro a micro y pequeñas empresas, salvo en uno, la licitación convocada para el *mejoramiento y rehabilitación del camino vecinal Haquira Patan Ccocha Despensa Huanca Umuyto Piscocalla Pampa San José Challhuapujio*, distrito de Haquira, provincia de Cotabambas, región de Apurímac, cuyo adjudicatario fue la empresa DITRANSERVA SAC, persona jurídica que no aparece en el Registro MYPE, lo que significa que se trata de una mediana o gran empresa.¹³

Lo anterior, por cierto, rechaza la hipótesis formulada en la presente investigación, pues se ha observado no solo una

¹² Cfr. el Registro MYPE.

¹³ Cfr. la licitación pública con la nomenclatura LP-SM-9-2022-MTC/21-1.



presencia alta de micro y pequeñas empresas, sino además la adjudicación de veintisiete (27) contratos de obra en favor de estas unidades empresariales del rubro de la construcción.

A nivel desagregado, se tiene que, de los veintisiete (27) contratos, diecisiete (17) fueron adjudicados, individualmente o en consorcio, a micro y pequeñas empresas; un contrato corresponde a un consorcio conformado por una gran empresa y una pequeña empresa; y, nueve (9) contratos presentan la siguiente particularidad: en un caso, una de las tres empresas en consorcio, la empresa Constructora Duran SAC., se registró como pequeña empresa el 10 de febrero de 2025, con posterioridad a la adjudicación del contrato¹⁴, lo que significa que solo las otras dos empresas consorciadas reunían la categoría de MYPE durante la selección y adjudicación. En los restantes ocho (8) contratos, las micro y pequeñas empresas beneficiarias fueron dados de baja por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo antes de la convocatoria misma del procedimiento de selección, y por ende de la adjudicación del contrato.¹⁵

Ahora bien, más allá de sí esta baja dispuesta por la

¹⁴ Se trata de la licitación LP-SM-1-2024-MTC/21-1, convocada para la construcción del puente de carretera en la ruta AP-936: puente Yanac Ajenta y accesos en la localidad Ajenta, distrito de Tambobamba, provincia Cotabambas, departamento de Apurímac.

¹⁵ Se trata de las siguientes resoluciones directorales: RD 000074-2023-MTPE/3/17.1 (10/03/23); RD 0167-2021-MTPE/3/17.1 (04/01/22); RD 0308-2023-MTPE/3/17.1 (15/08/23); RD 0310-2023-MTPE/3/17.1 (15/08/23); RD 99-2020-MTPE/1/20.52-REMYPE (13/11/20); RD 0002-2022-MTPE/3/17.1 (06/01/22).



autoridad administrativa supone la pérdida de la naturaleza de MYPE respecto de las empresas involucradas, lo cierto es que en cuatro (4) de los ocho contratos antes mencionados hay participación de micro y pequeñas empresas, razón por la que creemos que en estos supuestos resulta válido considerar la participación de estas unidades económicas. En los otros cuatro casos, la situación cambia diametralmente, por el siguiente detalle: en tres de ellos, las empresas se adjudicaron el contrato de manera individual, y al no contar con su registro MYPE vigente, no se puede hablar de participación de estas unidades empresariales. En el cuarto procedimiento, tampoco se puede hablar de participación, por cuanto el consorcio beneficiario está conformado por una mediana empresa y la empresa EMR Ingeniería y Construcción EIRL, que al momento de desarrollarse el proceso de contratación tampoco tenía vigente su registro MYPE.

Visto de esta manera, cabe concluir que la participación de micro y pequeñas empresas se evidencia en veintidós (22) procesos de contratación; un contrato corresponde a un consorcio conformado por una gran empresa y una pequeña empresa; un contrato corresponde a una empresa que no aparece en el Registro MYPE; y en cuatro (4) relaciones contractuales hay presencia de personas jurídicas que fueron dados de baja por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, haciendo un total de veintiocho (28) contratos, cantidad que coincide con el total de la muestra analizada.

A nivel de monto global, los datos observados arrojan un valor referencial total de 734 millones 204 mil soles involucrados en los veintiocho (28) procesos de contratación, recursos dinerarios que no necesariamente coinciden con el



monto global adjudicado, toda vez que los postores, según la normativa de compras públicas, pueden ofertar entre el 90% y 110% del valor referencial previsto en los pliegos para cada una de las licitaciones y adjudicaciones simplificadas convocadas.

Es de notar que si bien los resultados arrojados por el trabajo de campo muestran una participación importante de micro y pequeñas empresas en el abastecimiento público de obras, sin embargo, la presencia de tales unidades económicas no se debe a una regulación favorable a ellas, en el sentido de otorgarles ciertos privilegios, pues tal como hemos expresado anteriormente, la única previsión normativa que las favorece es la que dispone, en el caso de adjudicaciones simplificadas, el otorgamiento de una bonificación del 5% sobre el puntaje total asignado por el comité de selección, siempre y cuando la MYPE lo solicite.

V. Hacia una propuesta de innovación para promover la contratación de las micro y pequeñas empresas locales

La formulación de propuestas de innovación en la gestión pública exige un conocimiento adecuado de los sistemas administrativos que articulan el funcionamiento del Estado. En el ámbito del abastecimiento, el catedrático aragonés Gimeno Feliu (2023) sostiene que la innovación pública no debe limitarse al campo tecnológico, sino extenderse a la organización institucional y a las formas mediante las cuales se diseñan y gestionan los contratos públicos. Esta perspectiva permite comprender que la modernización no depende exclusivamente de nuevas herramientas digitales, sino también de la capacidad de



replantear los modelos tradicionales de contratación, orientándolos hacia la generación de valor público.

Bajo este enfoque, nuestra propuesta quiebra el modelo clásico de las compras públicas, donde históricamente ha predominado una visión centrada en la eficiencia económica y en la obtención del menor costo posible. Aunque este principio no ha caído en desuso, su aplicación exclusiva ha demostrado limitaciones para responder a otros objetivos igualmente legítimos de la contratación, tales como la inclusión económica, la innovación, el medio ambiente y la generación de empleo.

En consecuencia, cobra especial relevancia el paradigma de la contratación pública sostenible o estratégica. Este enfoque, promovido progresivamente por organismos internacionales y adoptado por diversas legislaciones comparadas durante las últimas décadas¹⁶, concibe la contratación estatal no solo como un mecanismo para la adquisición eficiente de bienes, servicios y obras, sino también como una herramienta de política pública capaz

¹⁶En efecto, la consideración de criterios sociales en las compras públicas, bajo denominaciones sugerentes como "compras sostenibles", "contratación sustentable", "contratación pública verde", "contratación socialmente responsable", "compra pública estratégica", "contratación ecológica", se remonta a los primeros años del siglo XXI, influenciada predominantemente por la normativa de la Unión Europea, la jurisprudencia comunitaria y el influjo de organismos internacionales.



de contribuir simultáneamente al logro de objetivos económicos, sociales y ambientales.

Siguiendo a Medina (2020), la contratación pública sostenible supone que la inversión pública incorpore criterios orientados al bienestar colectivo, aprovechando el poder adquisitivo del Estado para generar impactos positivos en las dimensiones económica, social, ambiental y de gobernanza. Desde esta perspectiva, las decisiones de contratación trascienden la lógica tradicional del menor costo o la mera satisfacción de una necesidad administrativa, para convertirse en instrumentos que promuevan el desarrollo productivo, la inclusión social, la generación de empleo y el fortalecimiento de sectores estratégicos de la economía.

Visto así, se propone la incorporación de cláusulas sociales orientadas específicamente a promover la participación de las micro y pequeñas empresas (MYPES) locales en la contratación pública. Gallego (2021) define a las cláusulas sociales como aquellos mecanismos mediante los cuales las entidades públicas incorporan objetivos sociales en los procedimientos de adjudicación contractual. Su finalidad consiste en utilizar el poder de compra estatal para alcanzar resultados que trascienden la mera adquisición de bienes, servicios u obras.

Las cláusulas sociales pueden adoptar diversas modalidades, incluyendo la promoción de la inserción laboral de grupos vulnerables, el respeto de los derechos sociolaborales, la igualdad de género, el fortalecimiento de las economías locales y el impulso de las micro y pequeñas empresas. Si bien estas categorías no son exhaustivas, su implementación debe responder a las necesidades y prioridades de cada Estado. En el caso



peruano, caracterizado por una elevada informalidad laboral y una estructura empresarial dominada por unidades productivas de pequeña escala, la promoción de las MYPES constituye un objetivo particularmente relevante.

La justificación de esta propuesta encuentra respaldo en los planteamientos de Irene Bajo (2019), quien sostiene que las administraciones públicas deben asumir una gestión socialmente responsable de sus funciones debido al impacto que sus decisiones generan sobre la colectividad. Desde esta óptica, la contratación pública no puede concebirse como una actividad neutral, sino como un espacio donde resulta legítimo incorporar valores sociales, laborales, ambientales y éticos. En efecto, si la finalidad última de toda actuación administrativa es la satisfacción del interés general, entonces la contratación estatal debe emplearse estratégicamente para contribuir al desarrollo económico y social de la comunidad.

Es de notar que, con esta lógica, el principio de eficiencia económica no desaparece ni pierde relevancia dentro del régimen de contratación pública; por el contrario, su aplicación debe interpretarse de manera compatible con los fines públicos que justifican la intervención del Estado en la economía. En consecuencia, la búsqueda de la mejor relación calidad-precio no puede reducirse exclusivamente a criterios de ahorro inmediato, sino que debe considerar también los beneficios económicos y sociales que la contratación pública puede generar en el mediano y largo plazo.



Bajo esta premisa, la incorporación de mecanismos destinados a favorecer la participación de las micro y pequeñas empresas no supone, por sí misma, una vulneración de los principios de libre competencia, igualdad de trato o competencia, pues tales medidas resultan compatibles con dichos principios siempre que respondan a objetivos de interés público, sean objetivas en su formulación, proporcionales en sus efectos y se encuentren debidamente justificadas en la consecución de fines constitucionalmente legítimos. En este sentido, el establecimiento de incentivos o puntajes adicionales para las MYPES nacionales constituye una manifestación de la función estratégica de la contratación pública, en la medida en que busca corregir asimetrías existentes en el mercado y promover una participación más equilibrada de los agentes económicos.

Esta visión estratégica de la contratación pública, tal cual se ha puntualizado anteriormente, exige superar la tradicional identificación de la calidad contractual con el precio más bajo, para transitar a una nueva cultura de la contratación pública que promueva la obtención de la mejor relación calidad-precio, incorporando variables sociales y ambientales que permitan maximizar el impacto positivo de la inversión pública. De este modo, el éxito de una contratación no debe medirse únicamente por el ahorro económico inmediato, sino también por su capacidad para generar beneficios sostenibles para la sociedad.

No obstante, la efectividad de las cláusulas sociales depende de la existencia de mecanismos adecuados de supervisión y control. Como advierte Gallego (2017), carece de sentido garantizar los principios de igualdad y transparencia durante la fase de selección si



posteriormente el cumplimiento de los compromisos asumidos por el contratista queda librado a su sola voluntad. En consecuencia, la incorporación de cláusulas sociales requiere sistemas de monitoreo que permitan verificar el cumplimiento de las obligaciones durante la ejecución contractual.

En la misma línea, De Guerrero (2018) sostiene que la eficacia de los criterios sociales y ambientales depende de su incorporación como condiciones concretas de ejecución contractual, acompañadas de indicadores de desempeño, mecanismos de seguimiento y esquemas de incentivos y sanciones. De esta forma, los objetivos sociales dejan de constituir simples declaraciones programáticas para convertirse en obligaciones exigibles y susceptibles de evaluación objetiva.

La experiencia comparada demuestra que este enfoque es perfectamente viable. Colombia ha desarrollado un marco normativo complementario a su régimen general de contratación pública mediante las Leyes 590 y 2069, las cuales establecen mecanismos específicos para favorecer la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas. Entre otras medidas, se prevé la reserva de determinados procedimientos de contratación para este segmento empresarial cuando exista un número mínimo de empresas interesadas, así como la aplicación de requisitos diferenciados y puntajes adicionales que fortalecen su competitividad frente a empresas de mayor tamaño. Asimismo, se otorga especial relevancia a la adquisición de producción nacional como instrumento de desarrollo económico.



Por su parte, Chile ha incorporado expresamente el objetivo de promover la participación de empresas de menor tamaño dentro de los principios que orientan su sistema de contratación pública. La Ley Nº 19.886 reconoce que las compras estatales deben contribuir al desarrollo económico, social y ambiental, impulsando simultáneamente criterios de sostenibilidad y una mayor inclusión de las pequeñas empresas en el mercado de las contrataciones públicas.

Estas experiencias evidencian que el establecimiento de tratamientos preferenciales para las MYPES no constituye una anomalía dentro de los sistemas modernos de contratación pública, sino una manifestación concreta de la contratación estratégica impulsada por diversos países. En consecuencia, se propone que la normativa peruana incorpore mecanismos específicos de promoción de las micro y pequeñas empresas en los procedimientos de contratación, particularmente en la ejecución de obras públicas. Entre dichos mecanismos podrían contemplarse márgenes de preferencia, puntajes adicionales, reservas parciales de contratación, requisitos diferenciados y cláusulas de subcontratación obligatoria a favor de MYPES.

La adopción de estas medidas permitiría que el poder de compra del Estado contribuya de manera más efectiva al fortalecimiento del tejido empresarial nacional, a la generación de empleo formal y al desarrollo económico territorial. De esta manera, la contratación pública dejaría de ser concebida exclusivamente como un mecanismo de adquisición eficiente para consolidarse



como una auténtica herramienta de transformación económica y social al servicio del interés general.

Lo relevante, en cualquier caso, es que la propuesta de innovación planteada no implica una restricción de acceso al mercado de contratación ni una afectación de los principios de libre concurrencia, igualdad de trato o competencia. Por el contrario, constituye una acción afirmativa razonable y proporcional destinada a corregir las asimetrías estructurales que enfrentan las MYPES frente a empresas de mayor dimensión económica, financiera y operativa. En ese sentido, la finalidad de la medida no es excluir competidores, sino generar condiciones más equitativas de participación en un mercado donde las pequeñas unidades empresariales suelen encontrarse en una situación de desventaja objetiva.

Desde una perspectiva económica, la propuesta permitirá que una mayor proporción de la inversión pública en infraestructura permanezca en los territorios donde se ejecutan las obras, favoreciendo la generación de empleo local, la dinamización de cadenas productivas regionales y el fortalecimiento del tejido empresarial nacional. Asimismo, incrementará los niveles de formalización empresarial, toda vez que las empresas tendrían incentivos para cumplir con los requisitos legales y registrales exigidos para contratar con el Estado.

De este modo, el sistema de contratación pública del Perú avanzaría hacia un modelo más coherente con los principios de sostenibilidad, inclusión económica y



desarrollo productivo, transformando el gasto público en una herramienta capaz de generar valor social, promover el crecimiento empresarial y contribuir al fortalecimiento de la economía nacional.

Conclusiones

Las micro y pequeñas empresas constituyen el principal componente del tejido empresarial peruano, al representar aproximadamente el 99 % del total de empresas registradas en el país. Su presencia predominante en sectores estratégicos como el comercio, los servicios y la manufactura, confirma su relevancia para la generación de empleo, la dinamización de las economías locales y el crecimiento económico nacional. Esta importancia económica, sin embargo, contrasta con niveles altos de informalidad que aún caracterizan a estas unidades productivas, situación que limita su contribución al fortalecimiento de la recaudación fiscal y restringe el acceso de los trabajadores a condiciones adecuadas de protección laboral.

Los datos evidencian que la participación de las micro y pequeñas empresas en las contrataciones públicas vinculadas a la ejecución de obras ha experimentado un crecimiento sostenido durante el período 2021-2024. Este comportamiento muestra que las MYPES poseen una capacidad cada vez mayor para integrarse al mercado estatal de infraestructura. No obstante, las brechas estructurales asociadas a la informalidad, las dificultades de acceso al financiamiento y las limitaciones técnicas, continúan condicionando su competitividad frente a empresas de mayor tamaño. Por consiguiente, resulta pertinente evaluar instrumentos normativos y de gestión



orientados a fortalecer su participación efectiva en la contratación estatal.

Desde una perspectiva regulatoria, el régimen peruano de contratación pública reconoce a las MYPES como proveedores habilitados para competir en igualdad de condiciones con las medianas y grandes empresas. Sin embargo, las medidas de promoción específicamente dirigidas a este segmento empresarial son limitadas y de alcance restringido. Si bien la normativa contempla algunos beneficios, como la bonificación del 5% en determinados procedimientos selectivos, o ciertas preferencias en caso de empate y facilidades relacionadas con la garantía de fiel cumplimiento, lo cierto es que estos mecanismos no necesariamente configuran una política integral destinada a fomentar su participación en el mercado estatal. En consecuencia, el sistema de abastecimiento público mantiene una concepción predominantemente formal de los principios de libertad de concurrencia e igualdad de trato, lo que dificulta la implementación de acciones afirmativas más efectivas orientadas a fortalecer la competitividad y el acceso de las MYPES a las contrataciones públicas, pese a su reconocida importancia para el desarrollo económico y la generación de empleo.

Ahora bien, el resultado empírico de la presente investigación da cuenta de una participación significativa de las MYPES en la contratación pública de obras, al encontrarse presentes en la gran mayoría de los procedimientos analizados, siendo adjudicatarias de los contratos examinados. No obstante, dicha presencia no obedece a la existencia de mecanismos normativos de promoción especialmente diseñados para favorecer su



acceso al mercado estatal, toda vez que la regulación del Perú, en materia de contratación pública, contempla beneficios limitados y de alcance restringido.

Lo que sí resulta convincente es el hecho de que la elevada participación de las MYPES en los procesos de contratación de obras públicas parece responder principalmente a su capacidad de competir dentro del sistema de contratación pública antes que a una política pública orientada a fortalecer su incorporación como agentes estratégicos para el desarrollo económico y la generación de empleo. En cualquier caso, resulta indispensable profundizar el estudio de estas variables, o abrir nuevas líneas de investigación que complementen las conclusiones aquí planteadas.

De lo que sí estamos realmente convencidos es que la contratación pública puede y debe trascender su función tradicional de adquisición eficiente de bienes, servicios y obras, para convertirse en una herramienta estratégica de desarrollo económico y social. En tal sentido, la incorporación de mecanismos que promuevan la participación de las micro y pequeñas empresas en la ejecución de obras públicas resulta plenamente compatible con los principios de libre concurrencia, igualdad de trato y competencia, siempre que dichas medidas sean objetivas, proporcionales y estén orientadas a la consecución de fines de interés público.

Asimismo, la experiencia comparada demuestra que la adopción de acciones afirmativas en favor de las MYPES constituye una práctica legítima y cada vez más frecuente dentro de los sistemas modernos de contratación pública. Por ello, la implementación de incentivos específicos en el ordenamiento jurídico peruano permitiría fortalecer el



tejido empresarial nacional, fomentar la formalización, generar empleo y maximizar el impacto social y económico de la inversión pública. De esta manera, se contribuiría a consolidar un modelo de contratación pública sostenible, inclusivo y orientado a la creación de valor público.

Bibliografía

Aliaga Jibaja, L. A. (2021). La magnitud de la MYPE en el Perú: libertad para elegir la estructura empresarial. *Giuristi: Revista De Derecho Corporativo*, 2 (4), 181–199.

<https://revistas.esan.edu.pe/index.php/giuristi/article/view/545/619>

(acceso 27 de marzo de 2026)

Bajo, I. (2019). La contratación pública responsable: especial referencia a las cláusulas sociolaborales. En AAVV: *Contratación pública responsable: consideraciones jurídicas, percepciones y experiencias desde la Región de Murcia*. Informe para el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, capítulo I.

De Guerrero, C. (2018). La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (19), 141-177.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6888451>

(acceso 05 de enero de 2026).



Fuentes, J.; González, C. y González, M. (2015). La contratación pública de obras: situación actual y puntos de mejora. *Informes de la Construcción*, Vol. 67 (537), enero – marzo, 1-9.

<https://dx.doi.org/10.3989/ic.12.130>

(acceso 20 de marzo de 2026).

Gallego, I. (2017). La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública. *Documentación Administrativa Nueva Época*, Nº 4, enero – diciembre 2017, 92-113.

----- (2021). Cláusulas sociales y contratación pública: la experiencia del Derecho de la Unión Europea. *Ius et Veritas*, (62), 82-97.

<https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.004>

(acceso 20 de febrero de 2026).

Gimeno, J. (2023). Modelos colaborativos en obras públicas y su viabilidad jurídica en España con el marco normativo vigente. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº 60, Zaragoza 2023, 13-64.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9021084>

(acceso 12 de marzo de 2026).

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2024). Perú: evolución de la pobreza monetaria 2014 – 2023. Informe Técnico, Lima.

King, G.; Keohane, R. y Verba, S. (2007). El diseño de la investigación social. La inferencia científica en los estudios cualitativos. Madrid: Alianza Editorial.



Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes. Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, Perú.

[SE@CE 3.0 - Buscador Público](#)

(acceso 30 de diciembre de 2025)

Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes. Portal de Datos Abiertos del OSCE, Perú.

CONOSCE - DATOS ABIERTOS

(acceso 10 de enero de 2026).

Mares-Ruiz, C. (2013). El régimen jurídico de las Micro y Pequeñas Empresas (MYPES) en el Perú.

Medina, T. (2020). Un consumo responsable por parte de las entidades del sector público. *Opción: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, (93), 834-863.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7820380>

(acceso 17 de marzo de 2026).

Ministerio de Economía y Finanzas (2022). Plan Nacional de Infraestructura Sostenible para la Competitividad 2022 – 2025.

https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/planes/PNISC_2022_2025_V2.pdf

(acceso 03 de mayo de 2026).

Ministerio de Economía y Finanzas (2024). Marco Macroeconómico Multianual 2025 – 2028. Aprobado en



sesión de Consejo de Ministros el 21 de agosto de 2024.

<https://www.gob.pe/institucion/mef/informes-publicaciones/5911860-marco-macroeconomico-multianual-2025-2028>

(acceso 22 de abril de 2026).

Ministerio de la Producción. Observatorio
PRODUCEmpresarial. Lima.

<https://www.producempresarial.pe/>

(acceso, 17 de febrero de 2026).



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 47 Septiembre 2026

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



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 47 Septiembre 2026

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

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:

Capítulo 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.

Capítulo 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.

Capítulo 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:

- 1.1 Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
- 2.1 El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
- 3.1 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:

- X. Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- XI. Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- XII. Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- XIII. Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- XIV. 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 Verdana¹. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

**IX. CITA DE REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS**

¹ 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.



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.

4. **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 1. **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

Gabilex

Nº 47

Septiembre 2026

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



Castilla-La Mancha