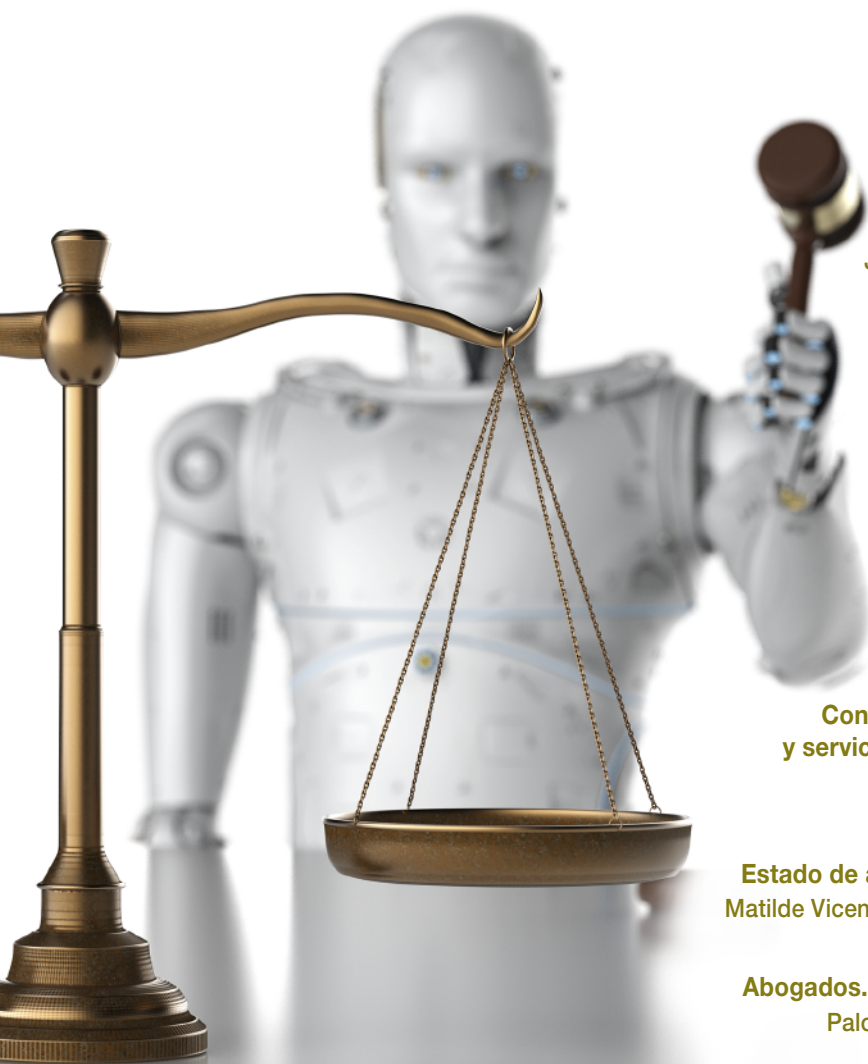


CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 241 | Febrero 2021

ISSN: 1699-129X



La aplicación de la inteligencia artificial y el derecho

Alfonso Ortega Giménez,
Juan José Gonzalo Domenech y
José Bonmatí Sánchez

Derecho de daños
Juan Panisello Martínez

Contratos de concesión de obras
y servicios afectados por la covid-19
Juan David Sánchez Castro

Estado de alarma: ¿derechos en riesgo?
Matilde Vicente Díaz y Soraya Callejo Carrión

Abogados. Impago de cuotas colegiales
Paloma Villarreal Suárez de Cepeda

Apropiación indebida de una procuradora
Daniel González Uriel

CEF.-

Descuento
especial
ahora

MÁSTERES Y CURSOS

TELEPRESENCIAL | ONLINE

ÁREA JURÍDICA

Máster en Práctica de la Abogacía | Máster en Asesoría Jurídico-Laboral |
Curso Práctico de Derecho de Familia | Curso Práctico de Derecho Laboral |
Curso de Experto en Derecho Penal y Disciplinario Militar y de la Guardia Civil |
Curso sobre Práctica en Derecho Procesal-Laboral | Curso de Experto en
Mediación: Civil y Mercantil | Curso de Especialización en Derecho Procesal
Penal | Curso de Oratoria Jurídica y Redacción Jurídica | Curso Due Diligence
Legal en la Adquisición de Empresas (M&A) | Curso sobre Compliance |
Curso Monográfico sobre Contratos Mercantiles | Curso Monográfico sobre
Derecho Digital | Curso Monográfico sobre International Legal & Tax English |
Curso sobre Derecho Concursal | Curso sobre Derecho del Arte |
Curso sobre Propiedad Intelectual

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es

Revista CEFLegal

Núm. 241 | Febrero 2021

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo asesor

Francisco Javier Arias Varona. Profesor titular de Derecho Mercantil. URJC

Javier Avilés García. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Catedrático de Derecho Civil. UAM y director de Bercovitz-Carvajal

María Isabel Candelario Macías. Profesora titular de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Íciar Cordero Cutillas. Profesora titular de Derecho Civil. Universidad Jaume I

Fernando Díez Estella. Profesor titular acreditado de Derecho Mercantil. Universidad Villanueva

Gabriel Domenech Pascual. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia

Antonio Fernández de Buján y Fernández. Catedrático de Derecho Privado, Social y Económico. UAM

Paula Fernández Ramallo. Abogada en Eric & Fernández Abogados de La Coruña

Rafael Fernández Valverde. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Susana García Couso. Letrada del Tribunal Constitucional y profesora de Derecho Constitucional. URJC

Íñigo del Guayo Castiella. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Almería

Ximena Lazo Vitoria. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Carlos Lema Devesa. Socio director de Estudio Jurídico Lema y catedrático de Derecho Mercantil. UCM

Blanca Lozano Cutanda. Catedrática de Derecho Administrativo en CUNEF y consejera de Gómez Acebo y Pombo

Luis Medina Alcoz. Profesor titular de Derecho Administrativo y letrado del Tribunal Constitucional

Eva María Menéndez Sebastián. Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

Carlos Francisco Molina del Pozo. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Francisco Monterde Ferrer. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Vicente Moret Millás. Letrado de las Cortes Generales y Of counsel en Andersen Tax & Legal

José María Segovia Cañadas. Socio de Uría y Menéndez

Antonio Serrano Acitores. CEO de Spartanhack, abogado y doctor en Derecho

Camino Vidal Fueyo. Profesora de Derecho Constitucional. Universidad de Burgos y letrada del TC

Edita

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es



Revista CEFLegal

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2021) (11 números) 165 €

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

En la página www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista CEFLegal*. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para los suscriptores.

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición digital: www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 1699-129X

ISSN-e: 2531-2146

Imprime

Artes Gráficas Coyve, SA

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2021 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La Editorial a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. 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. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

Revista CEFLegal

ISSN: 1699-129X
ISSN-e: 2531-2146

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

- La aplicación de la inteligencia artificial y el derecho: La gestión de riesgos como fundamento de la diligencia debida frente a los riesgos de la inteligencia artificial 5-36
The application of artificial intelligence and law: Risk management as a foundation for due diligence in the face of artificial intelligence risks
Alfonso Ortega Giménez, Juan José Gonzalo Domenech y José Bonmatí Sánchez
- Una lógica razonable para el derecho de daños 37-62
A reasonable logic for the tort law
Juan Panisello Martínez
- Propiedad horizontal y cambio de destino del piso de la planta baja en local (Comentario a la STS de 15 de diciembre de 2020) 63-66
Casto Páramo de Santiago
- Indemnización por el fallecimiento de pasajeros. El recargo del artículo 20 de la LCS. Accidente de Spanair en Las Palmas (Comentario a la STS de 17 de diciembre de 2019) 67-74
José Ignacio Esquivias Jaramillo

Constitucional-administrativo

- Remedios frente al impacto de la crisis de la covid-19 en los contratos de concesión de obras y concesión de servicios 75-108
Remedies to curb the impact of covid-19 crisis in public procurement contracts awarding works and services
Juan David Sánchez Castro
- De alarmas, geolocalizaciones y derechos: A propósito de una regulación más que peligrosa para los derechos fundamentales 109-142
On emergencies, geolocation and rights: An inquiry concerning an overtly dangerous regulation for fundamental rights
Matilde Vicente Díaz y Soraya Callejo Carrión

Abogado sancionado por impago de cuotas. Comentario a la STSJ de Galicia 211/2020, de 18 de junio 143-152

Lawyer sanctioned for non-payment of fees. Comment to STSJ of Galicia 211/2020 of June 18

Paloma Villarreal Suárez de Cepeda

Penal

La apropiación indebida de una procuradora sobre cantidades entregadas en procedimientos judiciales. Comentario a la STS 256/2020 de la Sala 2.^a 153-166

The misappropriation by an attorney of amounts delivered in legal proceedings. Comment to STS 256/2020 of the 2nd Chamber

Daniel González Uriel

Casos prácticos

Civil

Delimitación comunitaria del hecho de la circulación: casuística 167-172

Adelaida Medrano Aranguren

Responsabilidad contractual: prueba del lucro cesante 173-179

José Ignacio Atienza López

Administrativo

Contrato de suministros y de arrendamientos municipal y procedimiento sancionador 180-198

Julio Galán Cáceres

Normas de publicación 199-200

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de ellos. ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

Quincenalmente los suscriptores reciben por correo electrónico un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, selección de jurisprudencia y doctrina administrativa de la DGRN. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.civil-mercantil.com>



La aplicación de la inteligencia artificial y el derecho: La gestión de riesgos como fundamento de la diligencia debida frente a los riesgos de la inteligencia artificial

Alfonso Ortega Giménez

Profesor doctor de Derecho Internacional Privado.

Universidad Miguel Hernández de Elche

alfonso.ortega@umh.es | <https://orcid.org/0000-0002-8313-2070>

Juan José Gonzalo Domenech

Consultor GRC. Eulen Seguridad

jjgonzalo.seguridad@eulen.com | <https://orcid.org/0000-0002-6213-9871>

José Bonmatí Sánchez

Abogado. Ayuela Jiménez Legal, SLP

jbs@ayuelajimenez.es | <https://orcid.org/0000-0002-0491-8738>

Este trabajo ha sido finalista en el **Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Javier Avilés García, don Francisco Javier Arias Varona, doña María Isabel Candelario Macías, doña Iciar Cordero Cutillas, don Fernando Díez Estella, doña Paula Fernández Ramallo y don Antonio Serrano Acitores.

Extracto

Como resultado de la globalización, la expansión de los mercados y el uso masivo de datos, las empresas se enfrentan a un mercado que evoluciona hacia la digitalización de la prestación de los servicios y la distribución de bienes. Como consecuencia de las posibilidades que ofrece el análisis masivo de datos y el uso de algoritmos de aprendizaje, las empresas pueden aumentar su capacidad competitiva mediante el desarrollo e implementación de nuevas soluciones tecnológicas, encaminadas a la mejora de la prestación de servicios y distribución de bienes al mercado, a través de la personalización de la experiencia de los usuarios mediante el uso de sistemas de recomendación, la automatización de la atención al cliente y la mejora en los procedimientos logísticos. Pero los beneficios y ventajas que implica el uso de la inteligencia artificial no deben desviar la atención de los retos y riesgos que genera para todos los operadores que intervienen en su ciclo de vida, adquiriendo especial importancia la adopción de una conducta proactiva.

Palabras clave: inteligencia artificial; cuarta revolución industrial; revolución 4.0; gestión de riesgos; *accountability*; transformación digital.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Ortega Giménez, A., Gonzalo Domenech, J. J. y Bonmatí Sánchez, J. (2021). La aplicación de la inteligencia artificial y el derecho: La gestión de riesgos como fundamento de la diligencia debida frente a los riesgos de la inteligencia artificial. *Revista CEFLegal*, 241, 5-36.



The application of artificial intelligence and law: Risk management as a foundation for due diligence in the face of artificial intelligence risks

Alfonso Ortega Giménez

Juan José Gonzalo Domenech

José Bonmatí Sánchez

Abstract

As a result of globalization, the expansion of markets and the massive use of data, companies are facing a market that is evolving towards the digitization of the provision of services and the distribution of goods. As a consequence of the possibilities offered by massive data analysis and the use of learning algorithms, companies can increase their competitive capacity through the development and implementation of new technological solutions, aimed at improving the provision of services and distribution of goods to the market, through the personalization of the user experience through the use of recommendation systems, the automation of customer service and the improvement in logistics procedures. But the benefits and advantages that the use of artificial intelligence implies should not divert attention from the challenges and risks that it generates for all the operators involved in its life cycle, with the adoption of proactive behavior becoming especially important.

Keywords: artificial intelligence; fourth industrial revolution; revolution 4.0; risk management; accountability; digital transformation.

Citation: Ortega Giménez, A., Gonzalo Domenech, J. J. y Bonmatí Sánchez, J. (2021). La aplicación de la inteligencia artificial y el derecho: La gestión de riesgos como fundamento de la diligencia debida frente a los riesgos de la inteligencia artificial. *Revista CEFLegal*, 241, 5-36.





Sumario

1. La cuarta revolución industrial y la digitalización del mercado
2. Análisis de la inteligencia artificial desde la perspectiva europea
 - 2.1. Concepto jurídico de la inteligencia artificial y la fiabilidad durante su ciclo de vida
 - 2.2. Riesgos inherentes al desarrollo y uso de la inteligencia artificial: responsabilidad en la cadena de valor
 - 2.3. Proactividad y debida diligencia como conducta sancionada como circunstancia tendente a la reducción o eliminación de la responsabilidad
3. Aplicación práctica de la diligencia debida como elemento para la reducción de la responsabilidad
 - 3.1. El concepto de riesgo legal
 - 3.2. Los riesgos sobre los derechos y libertades de los interesados en la legislación de datos personales
 - 3.3. Los riesgos directos sobre la responsabilidad civil del prestador de servicios de la sociedad de la información
 - 3.4. El futuro sistema de responsabilidad en la Directiva de productos defectuosos a raíz de la estrategia europea: el cambio de paradigma
 - 3.5. La propuesta de Reglamento de responsabilidad civil para los daños contra la vida, la integridad física y los bienes derivados del uso de la IA
4. La debida diligencia mediante la gestión de los riesgos en el ciclo de vida de la inteligencia artificial
5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. La cuarta revolución industrial y la digitalización del mercado

La cuarta revolución industrial ha pasado de ser un fenómeno novedoso y desconocido, al día a día de las empresas que intervinieren en el mercado, ya sea mediante la prestación de servicios, o mediante la producción y distribución de bienes.

La cuarta revolución industrial se construye sobre la implementación y uso de las nuevas tecnologías por los operadores del mercado en sus procedimientos internos y externos, permitiendo a las empresas organizar mejor sus medios de producción, adaptándose con mayor agilidad a las necesidades de la demanda y gestionando de forma más eficiente sus recursos, mediante el procesamiento masivo de datos.

Sin perjuicio de que la cuarta revolución industrial se construya sobre el uso de una gran variedad de tecnologías, cabe destacar el protagonismo de tres de ellas respecto del resto: (a) el internet de las cosas (IoT por sus siglas en inglés), (b) el *big data* y (c) la inteligencia artificial (IA).

A pesar de que las mismas tengan finalidades distintas y se construyan sobre la base distintos y variados componentes tecnológicos, es la coordinación en el uso de estas tecnologías la que ha permitido desarrollar una gran variedad de aplicaciones que ofrecen a las empresas la posibilidad de, mediante la acumulación y análisis masivo de datos, la extracción de *insights* que permiten tomar decisiones más informadas, incrementando así la posibilidad de que la decisión adoptada sea la más beneficiosa para el curso de la empresa.

Resulta evidente, por tanto, que el motor de la cuarta revolución industrial pasa por la captación, análisis y uso masivo de los datos captados, ya sea mediante la interacción entre personas (P2P, del inglés *people to people*), entre maquinas (M2M, *machines to machine*) y entre personas y maquinas (P2M, *people to machine*).

Sin duda, es el actual ecosistema digital el que ha permitido la generación de las grandes masas de datos, y así lo refleja la infografía de la consultora Domo titulada *Data never sleeps 7.0*, arrojando que, en el año 2019, a través de la red, se generaron 4 millones de datos por minuto (Domo, 2019).

En la misma red en la que se generan los datos, las empresas llevan años desarrollando e implementando sus planes de actuación para poder ofrecer sus productos y servicios en el nuevo mercado: el mercado digital.

Los operadores de mercado no son ajenos al potencial desarrollo y oportunidades que brinda el mercado digital, no solo por poder llegar a clientes y usuarios de todos los rincones del mundo, también por la posibilidad de implementar, a su actuación en el mercado, las soluciones que las nuevas tecnologías ofrecen, buscando adquirir mayores niveles de competencia frente al resto de los operadores.

Pero, actualmente, las empresas no solo se enfrentan a una transformación del mercado sin precedentes, también al cambio de mentalidad de los usuarios y consumidores de los bienes y servicios, que se han transformado en clientes caracterizados por la información, la comparativa, la agilidad y la disminución de la fidelidad.

Es en este punto donde las empresas que hayan implementado herramientas o soluciones basadas en IA podrán adaptarse a la nueva demanda y mejorar su posición en el mercado. En este sentido, y sin ánimo de ser exhaustivos, la IA puede ofrecer a los operadores del mercado los siguientes beneficios:

- **Personalización de la experiencia:** La captación, almacenamiento y análisis de grandes cantidades de datos declarados por el propio usuario o generados en la propia red permite generar perfiles de los usuarios y, en consecuencia, el desarrollo y despliegue de soluciones de IA que permitan personalizar el trato de los usuarios, a través de sistemas de recomendaciones y avisos basados en sus preferencias e intereses. En este sentido, Netflix dispone de soluciones de IA que permiten, a través de variables como el tiempo medio de conexión de los usuarios, franja horaria de conexión, películas y series vistas con anterioridad y edad, entre otras, habilitar un sistema de recomendaciones personalizado que avisa al usuario sobre nuevo material audiovisual que podría ser de su interés.
- **Agilización en la atención y resolución de controversias:** Mediante el entrenamiento y uso de *chatbots*, las empresas pueden ofrecer a sus usuarios una herramienta que permita resolver las dudas que los usuarios puedan plantear, algo que hasta el momento cumplían las ya tan conocidas FAQ (*frequently asked questions*) pero que, a diferencia de los actuales *chatbots*, no se actualizan de forma automática con las cuestiones que puedan ir planteando los usuarios. De esta forma, los usuarios pueden resolver sus dudas en cualquier momento, sin importar si la cuestión la plantean un día festivo o si la hora de la consulta es antes o después del horario comercial, evitando así las, a veces, tan incompletas FAQ o los tiempos medios de respuesta que, en caso de tener que ser respondidas por personas, podrían demorarse en función del número de consultas y el momento en el han sido planteadas.

- **Mejora en los procesos internos y logísticos:** El uso de soluciones basadas en IA permite a las empresas poder adoptar decisiones respecto de su actividad en el mercado, ya sea desde la cantidad de productos de los que disponen en oferta, hasta el desarrollo de nuevas áreas de negocio, pasando por el tipo de publicidad en función de las características de los usuarios que adquiere sus bienes o servicios. En este sentido puede destacarse el sistema *Method and System for Anticipatory Package Shipping* de la empresa Amazon, que, a partir del análisis de los datos de los usuarios (p. ej. historial de compras, hábitos de consumo, etc.), permite adoptar un modelo predictivo del comportamiento del consumidor a partir de su historial de compras y de sus hábitos de consumo. De esta forma, se podrá anticipar la demanda en una determinada área geográfica y abastecer los almacenes más cercanos con carácter previo al incremento previsto de la demanda.

Partiendo de lo expuesto en el apartado anterior, es innegable la cantidad de beneficios que el uso de herramientas basadas en IA ofrece a sus implementadores, es decir, a quienes la utilizan; una serie de ventajas que pueden implicar la diferencia entre ser un operador competitivo o no, pero, como dice el refranero español, toda moneda tiene dos caras.

La IA, identificada con la moneda del refrán, tiene dos caras: por un lado, las de los beneficios y ventajas derivadas de su uso y, por otro lado, los retos y riesgos que genera su desarrollo e implementación.

Es en este sentido, no es difícil encontrar ejemplos sobre los daños y perjuicios que puede ocasionar el uso de IA, ya sea de forma intencionada o por falta de diligencia. En el caso de los supuestos intencionados pueden destacarse los casos de *deepfakes*, material audiovisual que, mediante el uso de IA permite crear situaciones ficticias con un grado de realismo que impide o dificulta gravemente la distinción entre lo real y lo ficticio (Merino, 2019).

Por otro lado, también existe la posibilidad de que el daño ocasionado no sea consecuencia de un acto intencionado, como por ejemplo la posibilidad de que, mediante el uso de un sistema de IA para la clasificación de los clientes, el diseño de los algoritmos o como consecuencia de los datos utilizados para su entrenamiento, se utilice como elemento diferenciador alguna característica discriminatoria. A modo de ejemplo puede destacarse el ya conocido caso de Amazon, con un sistema de IA cuya función relacionada con la selección de personal discriminaba a las mujeres respecto de ciertos puestos de trabajo, o el sistema de IA de Google, entrenado para clasificar personas pero que, debido a una falta de datos de entrenamiento de calidad, no aprendió a identificar a las personas de raza negra y, por tanto, las discriminaba en las herramientas de clasificación de fotos.

Estos son ejemplos que permiten acercarse al concepto de riesgo en el uso de sistemas de IA y, aunque puedan parecer casos aislados, el cada vez mayor uso de IA en nuestras vidas cotidianas incrementa la posibilidad de sufrir un perjuicio o, si nos encontramos en el otro lado del muro, ser responsables del mismo.

Por tanto, afrontar los riesgos que genera el uso de la IA supone un gran reto jurídico, ya sea por el cada vez mayor uso de la misma, debido a la transversalidad en su aplicación y el constante desarrollo, lo que incrementa el riesgo de que, derivado de su uso, se pueda ocasionar un daño a terceros, o por la cantidad de sujetos que intervienen a lo largo de su ciclo de vida, debido a la complejidad en el diseño, desarrollo, implementación y uso de la IA, que amplía y complica la identificación del sujeto que debe responder por los daños provocados.

A consecuencia de lo anterior, al Unión Europea ha elaborado y publicado, a lo largo de los últimos dos años, una serie de informes, recomendaciones y propuestas que buscan arrojar luz sobre una gran cantidad de cuestiones relativas a la IA, que van desde el propio concepto de IA, hasta sus posibles usos, pasando por, probablemente, la cuestión más relevante: la IA como fuente de riesgos y cómo afrontarlos.

2. Análisis de la inteligencia artificial desde la perspectiva europea

2.1. Concepto jurídico de la inteligencia artificial y la fiabilidad durante su ciclo de vida

Ya lo anunciaba la actual presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, con carácter previo a su elección, y es que durante los 100 primeros días de su mandato presentaría propuestas de legislación para un enfoque europeo coordinado sobre las implicaciones éticas y humanas de la IA.

Hacia apenas unos años, en 2017, las instituciones de la Unión Europea adoptaban una de las primeras iniciativas de la Unión Europea, con relevancia jurídica y regulatoria, en el marco de la IA; concretamente el Parlamento Europeo remitió a la Comisión Europea un informe con recomendaciones sobre normas de derecho civil sobre robótica (Parlamento Europeo, 2017).

Durante los años siguientes, y ante la pérdida de la carrera por la IA frente a otras potencias como Estados Unidos o China, la Unión Europea ha decidido incrementar su intervención, consciente de que el mercado europeo necesita normas que reduzcan la incertidumbre y la inseguridad jurídica derivada de la ausencia de regulación o guías en el desarrollo y uso de la IA.

En este sentido, la UE se enfrenta un reto regulatorio cada vez más frecuente como resultado de la cada vez mayor implementación de soluciones o herramientas basadas en las nuevas tecnologías: el equilibrio de los intereses de todos los intervinientes en el ciclo de vida de la tecnología.

Por un lado, el regulador debe atender la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico con un marco de protección, que reduzca los riesgos y proteja a los destinatarios frente a daños y perjuicios que puedan sufrir. Por otro lado, el regulador también debe garantizar la creación de un marco favorable del desarrollo y progresos de las nuevas tecnologías, incentivándolo mediante un marco regulatorio flexible y adaptativo.

En este marco, y con el objetivo de dotar de mayor seguridad jurídica el desarrollo y uso de la IA en el mercado europeo, las instituciones de la Unión Europea han centrado su actividad en emitir una serie de directrices que permitan resolver o reducir la incertidumbre respecto de las dos grandes fuentes de riesgos: (a) afrontar los riesgos inherentes al uso de la IA y (b) establecer las reglas para determinar el o los responsables de los daños que pudiera ocasionar el uso de la IA.

Respecto de la primera de las cuestiones, y debido a la transversalidad funcional de la IA, ya citada, la Unión Europea considera necesario, para reducir o eliminar los riesgos derivados del desarrollo y uso de la IA, la adopción de una serie de medidas por parte de los sujetos intervinientes, destinada a convertir la IA en IA Fiable (Comisión Europea, 2019, p. 14).

La IA Fiable es aquella IA de la cual puede asegurarse que, durante su ciclo de vida, cumple con el ordenamiento jurídico (licitud), respeta los valores éticos y morales (ética) y dispone de una infraestructura segura (robustez). En conclusión, la IA Fiable es aquella IA que, debido a las medidas implementadas, se puede catalogar como lícita, ética y robusta.

En este sentido, e independientemente del uso de la IA (p. ej. predecir, clasificar o prescribir, entre otros) y del campo en el que se despliegue (p. ej. *ecommerce*, *retail* y financiero, entre otros), los sujetos intervinientes a lo largo del ciclo de vida de la IA deben adoptar las medidas necesarias que permitan acreditar que la IA cumple y garantiza: (a) la autonomía del ser humano, (b) la prevención de la generación de daños, (c) la equidad y (d) la explicabilidad.

Sin perjuicio del establecimiento de los cuatro pilares que deben garantizarse en el uso de cualquier sistema de IA a lo largo de su ciclo de vida, la Unión Europea no establece medidas *numerus clausus*, sino que recoge una serie de actividades o políticas que, de ser implementadas por los sujetos intervinientes en el ciclo de vida de la IA, aumentarían su fiabilidad. Entre las medidas propuestas por la Unión Europea, esta diferencia entre las técnicas y las no técnicas: (a) supervisión humana de las decisiones tomadas por la IA antes de su aplicación a terceros, (b) desplegar sistemas de IA cuya precisión supere un porcentaje mínimo, (c) asegurar la explicabilidad de las decisiones tomadas por la IA, y (d) auditorías algorítmicas encaminadas a detectar y solventar posibles sesgos y errores derivados del aprendizaje automático, entre otras.

Por tanto, y a falta de normas de carácter vinculante, la Unión Europea ha establecido una guía a seguir por aquellos sujetos que intervienen en el ciclo de vida de la IA, y que se construye sobre la adopción de una conducta proactiva o *accountability*, al ser necesario

asumir, en la práctica, una serie de medidas que se estimen convenientes para reducir los riesgos derivados del uso de la IA.

Es precisamente en este momento donde la inexistencia de una definición universal de IA podía generar conflicto, pues la ausencia de una definición de la IA permitía que los sujetos consideraran que la tecnología desarrollada o implementada podría no considerarse IA y, en consecuencia, no adoptar ninguna medida encaminada a garantizar su fiabilidad.

A consecuencia de lo anterior, y aunque actualmente no existe un consenso único sobre una definición de la IA, el Grupo de Expertos de Alto Nivel en IA de la UE (AI HLEG, por sus siglas en inglés) definen la IA como (Comisión Europea, 2019, p. 6):

- Sistemas de *software*, y en algunos casos también de *hardware*, diseñados por seres humanos, es decir, la IA no requiere de entidad corpórea (p. ej. robot) para ser identificada como IA, siendo, en muchos casos, programas informáticos sin soporte físico.
- Estos sistemas, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital mediante la percepción de su entorno a través de la obtención de datos, la interpretación de los datos estructurados o no estructurados que recopilan, el razonamiento sobre el conocimiento o el procesamiento de la información derivado de esos datos.
- Como consecuencia de la captación y análisis de los datos, llevan a cabo la acción o acciones óptimas para lograr el objetivo establecido.

Esta definición también ha sido utilizada en la propuesta enviada por el Parlamento Europeo a la Comisión Europea relativa al régimen de responsabilidad civil de la IA. Concretamente, en su artículo 3, relativo a las definiciones, se recoge que la IA es:

Todo sistema que presenta un comportamiento inteligente al analizar determinadas entradas y actuar, con cierto grado de autonomía, con vistas a alcanzar objetivos específicos. Los sistemas de IA pueden basarse exclusivamente en programas informáticos, que actúen en el mundo virtual, o estar integrados en dispositivos físicos.

2.2. Riesgos inherentes al desarrollo y uso de la inteligencia artificial: responsabilidad en la cadena de valor

Una vez definida la IA y el establecimiento de una guía que orientara la actuación de los sujetos que intervienen en su ciclo de vida, las instituciones de la UE y el AI HLEG han emitido más informes y guías encaminadas a ayudar a los sujetos a identificar más riesgos y a su tratamiento, como, por ejemplo, el informe *Liability for Artificial Intelligence and other*

emerging digital technologies, publicado en diciembre de 2019, y que ha servido como base para el establecimiento de los principales riesgos a los que se enfrenta el uso de la IA y los posibles sistemas de responsabilidad aplicables (Comisión Europea, 2019).

Pero ha sido en febrero de 2020 cuando la Unión Europea publicó una serie de informes y guías encaminadas a definir la política oficial que adoptará la Unión Europea frente al desarrollo y uso de la IA en territorio comunitario. Entre ellas cabe destacar el Libro Blanco sobre la IA.

En el Libro Blanco, la Comisión Europea focaliza el desarrollo de la IA sobre la base de dos conceptos: excelencia y confianza. Cada principio se enfoca en una visión distinta de la IA: (a) la excelencia se encuentra dirigida al desarrollo y evolución técnica de la IA, concretamente mediante el incentivo de la investigación y la innovación que permita crear soluciones de IA y erigir al mercado europeo como referente mundial; y (b) la confianza se encuentra orientado a la adopción de medidas que permitan reducir los riesgos de la IA (fiabilidad) y, en consecuencia, genere confianza en su uso.

Para nuestro caso, el principio relevante es el de la confianza, es decir, el relacionado con el cumplimiento normativo. En este sentido, la Unión Europea diferencia, respecto del cumplimiento normativo, dos tipos de IA: alto riesgo y otras.

Para la diferenciación entre ambos tipos de IA, la Unión Europea se focaliza en la mayor o menor posibilidad de que, derivado de la aplicación de la IA en un sector y actividad concreta, se generen riesgos significativos; por tanto, y para definir la IA de alto riesgo (*high risk*) la UE exige la confluencia de dos requisitos:

- La aplicación de la IA en un sector en el que, por las características o actividades que se llevan a cabo normalmente, es previsible que existan riesgos significativos. Estos sectores serán determinados por la Unión Europea a través del desarrollo normativo, pero ya se adelantan sectores como la sanidad, la energía y el transporte.
- La aplicación de la IA en el sector en cuestión se use de manera que puedan surgir riesgos significativos.

Por tanto, no cualquier uso de IA puede considerarse de alto riesgo, incluso cuando se utilice en un sector señalado como de alto riesgo, pues se requiere además que el uso concreto también sea de alto riesgo. En el caso del sector del transporte, considerado de alto riesgo, el uso de la IA para identificar los productos alimenticios que transporta y adaptar la temperatura difiere, en cuanto al riesgo, en el uso de la IA para facilitar la conducción autónoma del vehículo. En ambos casos nos encontramos ante el uso de IA en el sector del transporte, pero uno de ellos parece, *a priori*, no generar riesgos significativos (control de la temperatura) y, sin embargo, la otra funcionalidad sí que podría catalogarse como generador de riesgos significativos (control del vehículo).

No obstante, hay casos excepcionales que, *per se*, implican un alto riesgo, como es la identificación biométrica remota, independientemente del sector en el que se use (Comisión Europea, 2020, p. 23).

En definitiva, y desde una perspectiva jurídica, diferenciar entre IA de alto riesgo e IA normal es primordial, pues en función de la consideración que tenga el sistema de IA desplegado, las obligaciones impuestas por la normativa serán distintas.

Mientras que en el caso de la IA de alto riesgo le será de aplicación el marco normativo existente y la normativa específica que será elaborada y publicada por la Unión Europea, introduciendo nuevas medidas y requisitos, el resto de usos de la IA quedarán sometidos a la aplicación de la normativa actual, sin perjuicio de posibles adaptaciones que se puedan llevar a cabo.

De esta forma, a los sujetos que intervengan en el ciclo de vida de la IA les serán de aplicación, entre otras, la normativa de protección de datos, para aquellos casos en los que se utilicen datos personales durante el entrenamiento, ajuste, prueba y uso de la IA; la normativa de protección y defensa de los consumidores y usuarios, en aquellos casos en los que el uso de la IA se encuentra vinculado con la prestación de servicios o producción y distribución de bienes a consumidores, o la normativa de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico si el uso de la IA se realiza en el marco de la actuación en el mercado digital.

Por tanto, y como resultado de todo lo anterior, resulta innegable que la transversalidad en el desarrollo y uso de la IA y, por ende, su aplicación en una gran variedad de ámbitos de la realidad tiene, como consecuencia directa, el incremento de los riesgos a generar algún daño o llevar a cabo alguna conducta considerada como infracción y, en consecuencia, sancionable por la autoridad competente.

Es en este punto donde los supuestos de responsabilidad adquieren mayor complejidad al sumarse, a la existencia de una gran variedad de riesgos, la intervención de varios sujetos que podrían dificultar la imputación de la conducta causal y, en consecuencia, resarcir al perjudicado.

Debido a la complejidad técnica de la mayoría de herramientas y sistema de IA, el ciclo de vida de la IA comprende muchas fases, en las cuales intervendrán varios operadores en función de las tareas asumidas. Entre los operadores que intervienen en el ciclo de vida de un sistema de IA pueden destacarse, en función de las distintas competencias que pueden ser asumidas: (a) diseño y desarrollo, (b) entrenamiento, (c) validación, (d) despliegue, (e) explotación y (f) retirada.

Independientemente del número de etapas que conforman el ciclo de vida de un sistema de IA, no existe una relación directa entre estas y el número de operadores que intervienen, pues habrá ocasiones en las que un solo operador aborde la mayoría de las etapas, y otros casos en los que la división funcional se encuentre más dispersa.

En consecuencia, la Unión Europea reconoce que si los riesgos derivado del uso de la IA se materializan, la intervención de varios operadores puede complicar la trazabilidad de la verdadera causa o causas del daño y los sujetos a los que se les puede imputar, perjudicando así: (a) a las empresas o profesionales que forman parte del mercado de la IA, por la inseguridad jurídica sobre su responsabilidad frente a posibles daños que pudiera ocasionar la IA, y (b) al destinatario final que, como posible damnificado, podría ver dificultada sus posibilidades de reclamar y recibir compensaciones. Esta situación genera, por tanto, tres escenarios de responsabilidad:

- **Responsabilidad mancomunada:** Los sujetos intervinientes durante el ciclo de vida de la IA responderán proporcionalmente a su intervención en la provocación de los daños. Este régimen, aunque beneficioso para los sujetos que intervienen en el desarrollo y despliegue de la IA, perjudica gravemente a los damnificados, que tendrán que probar, salvo en la existencia de un sistema de responsabilidad objetiva, la responsabilidad individual de cada uno de los intervinientes, sobre la base de las funciones asumidas, el daño generado y el nexo causal entre ambos.
- **Responsabilidad solidaria:** El damnificado podrá dirigirse contra cualquier de los sujetos intervinientes por el hecho de haber intervenido en el proceso de desarrollo, puesta a disposición y uso de la IA. En este régimen, a diferencia del anterior, son las imputadas las que tienen que probar que su intervención no fue la generadora del daño.
- **Responsabilidad del sistema de IA:** En la propuesta presentada por el Parlamento Europeo a la Comisión Europea en el año 2017, se barajaba la posibilidad de reconocer personalidad jurídica específica para los robots. De esta forma, los robots autónomos más complejos serían considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar y aplicar la personalidad electrónica en aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente.

Esta última posibilidad ya fue rechazada por la Unión Europea en el informe sobre IA y responsabilidad, publicado en diciembre de 2019, al recoger de forma expresa que, de cara a los efectos de la responsabilidad, no sería necesario dotar a los sistemas autónomos de personalidad propia (Comisión Europea, 2019, p. 37).

En consecuencia, son dos los regímenes de responsabilidad que podrían ser de aplicación: mancomunado o solidario. Sin perjuicio de que la Unión Europea no se haya pronunciado formalmente sobre el tipo de régimen de responsabilidad aplicable, es muy probable que se decante por el sistema de solidaridad entre los sujetos intervinientes en el ciclo de vida de la IA, dado que garantiza, en mayor medida, la protección del damnificado.

A favor de esta interpretación ya se ha pronunciado el Parlamento Europeo en el Proyecto de Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de res-

ponsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (Parlamento Europeo, 2020, p. 24). El artículo 11 del citado informe establece que, en caso de que haya más de un implementador de un sistema de IA, estos serán responsables conjuntos y solidarios. El informe define como implementador la persona que decide sobre el uso del sistema de IA, ejerce control sobre el riesgo asociado y se beneficia de su utilización.

De esta forma parece que los sujetos que intervengan en el procedimiento de diseño, desarrollo y uso de sistemas de IA se encuentran irremediablemente avocados a tener que asumir una serie de riesgos, de los cuales responderán de manera solidaria junto a otros sujetos, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra otros de los sujetos intervinientes en el ciclo de vida de la IA, estableciendo así un sistema de responsabilidad en la cadena de suministro. Este sistema se basa en tres pasos lógicos para imputar la responsabilidad al agente (Terwindt, Leader, Vastardis, Wright, 2018, pp. 269-271):

- Establecer la **existencia de un indelegable deber de cuidado, o diligencia debida** basado en tres requisitos: (a) que el daño era previsible; (b) proximidad de la relación entre el demandante y el demandado, y (c) que es justo, justo y razonable que la ley imponga un deber de un alcance determinado a una de las partes en beneficio de la otra.
- El **quebrantamiento** de ese deber de cuidado, cuando efectivamente se ha atribuido al agente.
- Que ese quebrantamiento del deber de cuidado haya **causado el resultado ilícito**.

En ese deber de cuidado, se espera que la organización adopte como una práctica adecuada por parte del agente un proceso de apreciación y tratamiento de riesgos como parte de su responsabilidad personal; y como se analizará en el próximo apartado, si el sujeto concreto actúa, dentro de las funciones asumidas respecto del ciclo de vida de la IA, con la debida diligencia.

2.3. Proactividad y debida diligencia como conducta sancionada como circunstancia tendente a la reducción o eliminación de la responsabilidad

Con la llegada de las nuevas tecnologías han aflorado una gran cantidad de retos y riesgos derivados del uso de las mismas, convirtiendo la seguridad jurídica que ofrece la exhaustiva regulación a través de normas que requieren de un procedimiento de elaboración, enmienda y aprobación en un auténtico obstáculo para el verdadero desarrollo de las nuevas tecnologías y sus oportunidades.

En síntesis, el regulador se enfrenta a un marco donde la tecnología avanza y evoluciona a un ritmo que nuestro sistema normativo actual no puede seguir, por estar construido,

mayoritariamente, sobre un sistema basado en formalismos inherentes a la elaboración y aprobación de normas, lo que, en la práctica, dificulta y obstaculiza el desarrollo y uso de las nuevas soluciones tecnológicas, incluida la IA, al no contar los interesados (diseñadores, desarrolladores, usuarios, etc.) con un marco que permita generar seguridad en el uso de la IA y confianza en las consecuencias.

Como resultado de lo anterior, y ante la cada vez mayor implementación de la IA en el mercado, el regulador, tanto nacional como comunitario, ha decidido adoptar una vía de regulación, similar a la que actualmente es aplicable a la protección de datos y la privacidad: dentro de un marco legal mínimo impuesto por el regulador (p. ej. normas marco), la persona o entidad interesada en la implementación de sistemas tecnológicos en su modelo de negocio debe asumir una conducta proactiva (*accountability*), destinada a la adopción de medidas que garanticen el despliegue y uso dentro de unos estándares de fiabilidad y seguridad.

Aunque pueda ser objeto de regulación más específica, todos los informes, guías y propuestas publicadas por la Unión Europea en materia de IA coinciden en que uno de los requisitos que se exige a todos los sujetos que intervengan en el ciclo de vida de la IA es el de adoptar una conducta proactiva, es decir, orientada a la actuación diligente en la implementación, mantenimiento, uso y responsabilidad que pudiera ocasionar la IA (Comisión Europea, 2019, p. 10).

En este sentido, el regulador articula el cumplimiento legal a través de una serie de normas donde define el objetivo a alcanzar (p. ej. disponer una IA fiable), pero delegando en la organización los medios para alcanzarlo. Este método regulatorio, ya utilizado en campos como el de la protección de datos de carácter personal, se construye sobre un sistema basado en la gestión, por parte de cada organización, de los riesgos que soporta derivado de su contexto y actividad desarrollada.

De esta forma, y ante una realidad cambiante, como consecuencia del cada vez mayor desarrollo de las tecnologías, el regulador delega en los operadores la tarea de adoptar las medidas que consideren necesarias, en función de las circunstancias propias de cada operador, para alcanzar un objetivo prefijado en vez del mero cumplimiento de hitos regulatorios (Kishnani, Turley y Eggers, 2018, p. 9), es decir, se obliga a los operadores a asumir un papel proactivo: una debida diligencia.

No en pocos casos, la materialización de un riesgo y la responsabilidad del operador como sujeto causante del daño puede verse reducida o eliminada si se prueba que, a través de la debida diligencia, se han adoptado las medidas necesarias para identificar, analizar y tratar los riesgos derivados del contexto y la actividad desarrollada.

En definitiva, la debida diligencia se sanciona, en muchas ocasiones, con una reducción de la responsabilidad o su eliminación, en el menor de los casos. Este modelo no es exclusivo de la Unión Europea, pues otros países, como Japón, de amplia tradición tecnológica, también han adoptado esta estrategia de regulación de los riesgos (Turner, 2019, p. 299).

La figura de la debida diligencia adquiere especial relevancia en el campo del desarrollo y uso de la IA pues, como ya se ha expuesto previamente, la transversalidad en el uso y aplicación de la IA y la orientación del sistema de responsabilidad a un régimen de solidaridad incrementan el número de riesgos y, en consecuencia, de las probabilidades de encontrarse ante un supuesto de responsabilidad por daños o la comisión de una infracción sancionable.

Sin embargo, y con el objetivo de acreditar la adopción de las citadas medidas proactivas en el marco de la IA, la Unión Europea plantea la consecución de certificaciones (validación obligatoria para los sistemas de IA de alto riesgo) o etiquetado (validación voluntaria para los sistemas de IA no considerados como de alto riesgo) con el objetivo de permitir a los agentes económicos mostrar que la IA utilizada es fiable. Ello contribuirá a incrementar la confianza de los operadores en los sistemas de IA.

Más allá de la mera aproximación teórica realizada en los párrafos anteriores, y como se analizará en los siguientes aparatos, la adopción de una conducta proactiva por parte de los sujetos intervinientes en el ciclo de vida de la IA se encuentra ampliamente amparada por la normativa que, como ya se ha visto unos apartados anteriores, es de aplicación a la IA.

3. Aplicación práctica de la diligencia debida como elemento para la reducción de la responsabilidad

3.1. El concepto de riesgo legal

La implicación de los sistemas de IA y la interacción con los usuarios supone de por sí ejercer una actividad de riesgo en las operaciones de la organización. La existencia de sistemas de IA dentro del comercio electrónico implica la aplicación de diversos regímenes jurídicos, como puede ser la Ley de servicios de la sociedad de la información (LSSI), protección de datos y seguridad de la información.

Dentro de la gestión jurídica de una organización, deben tenerse en cuenta los riesgos legales derivados del uso del sistema de IA. En este sentido, la norma ISO 31022, estándar internacional y aceptado internacionalmente por la International Standard Organization, sobre la gestión de riesgos legales, aporta una definición de riesgo legal¹, que queda estipulado como «el efecto de la incertidumbre sobre los objetivos en relación con las materias

¹ La definición de «riesgo legal» es similar a la estipulada por el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria (2005, p. 137), que lo define como «riesgo de sanciones legales o normativas, pérdida financiera material, o pérdida de reputación que un banco puede sufrir como resultado de incumplir con las leyes, regulaciones, normas, estándares de auto-regulación de la organización, y códigos de conducta aplicables a sus actividades bancarias».

legales, regulatorias, y no contractuales». A continuación, la norma crea una clasificación de las fuentes de riesgos legales² que, a su vez, podemos clasificarlas según el impacto en la organización, según sean riesgos directos o indirectos (Ceballos, 2007, p. 3):

Como **riesgo indirecto**, destacamos las incidencias legales que puedan tener su origen en decisiones políticas, leyes nacionales o internacionales, incluyendo leyes estatutarias, jurisprudencia o derecho consuetudinario, actos administrativos, órdenes regulatorias, sentencias y laudos, reglas procesales, memorandos de entendimiento o contratos. El riesgo legal crece con la incertidumbre sobre las leyes, normativa y acciones legales aplicables. Por tanto, el riesgo legal incluye la exigibilidad legal, la legalidad de los instrumentos y la exposición a cambios no anticipados en leyes y regulaciones (Puyol, 2018, p. 82).

En cuanto a **riesgos directos**, destacamos los siguientes:

- El riesgo respecto a asuntos contractuales que se relacionan con las situaciones en que la organización no cumple con sus obligaciones contractuales no hace cumplir sus derechos contractuales o celebrar contratos con términos y condiciones onerosos, inadecuados, injustos o inaplicables.
- El riesgo de los derechos no contractuales es el riesgo de que la organización no haga valer sus derechos no contractuales. Por ejemplo, el hecho de que una organización no haga cumplir sus derechos de propiedad intelectual, como sus derechos relacionados con derechos de autor, marcas registradas, patentes, secretos comerciales e información confidencial contra un tercero.
- El riesgo de las obligaciones no contractuales es el riesgo de que el comportamiento y la toma de decisiones de la organización puedan dar lugar a un comportamiento ilegal, un incumplimiento del deber de cuidado no legislativo a terceros. Esto podría incluir una organización que infringe los derechos de propiedad intelectual de terceros, el incumplimiento de las normas de atención requeridas debido a los clientes (como la venta incorrecta) o el uso o la administración inapropiados de las redes sociales que resulten en un reclamo de difamación o difamación de terceros.

3.2. Los riesgos sobre los derechos y libertades de los interesados en la legislación de datos personales

La gestión del cumplimiento de la legislación de protección de datos está basada en el riesgo existente sobre los derechos y libertades de los interesados. Este concepto deriva

² En este sentido, el concepto de riesgo legal es asimilable al concepto de riesgo de cumplimiento de la ISO 37301:2020.

del principio de responsabilidad proactiva, que otorga libertad al responsable para evidenciar el cumplimiento de las disposiciones (Martínez Martínez, 2018, p. 268).

Para obtener el riesgo, la Asociación Española de Protección de Datos (AEPD) propone los siguientes criterios para su identificación (2020, p. 32):

- Los riesgos que se derivan del tratamiento en sí mismo, siendo el más característico el que se deriva del sesgo en los sistemas de toma de decisiones sobre las personas o su discriminación.
- Los riesgos que se derivan del tratamiento con relación al contexto social y los efectos colaterales que se puedan derivar de él, indirectamente relacionados con el objeto de tratamiento.

Como cualquier tecnología que se base en el tratamiento de datos personales, no deja de tener una afección en los principios rectores de la legislación de protección de datos consagrados en el artículo 5 del Reglamento general de protección de datos (RGPD). Es, sobre la base de estos principios, donde surgen los principales riesgos (Leenes y De Conca, 2018, p. 299).

Si bien es reiterado varias a lo largo del RGPD, que, debido al modelo de responsabilidad objetiva, el cual rige el sistema de responsabilidad civil, impide limitar la responsabilidad del responsable en los supuestos de reclamación civil (Rubí Puig, 2018, p. 83)³, no significa que se aplique análogamente a los supuestos de responsabilidad administrativa.

El principio de licitud y limitación de la finalidad es el primer principio al que un implementador se debe enfrentar. Tras exponer las distintas fases del ciclo de vida, cada una de ellas consiste en un proceso ejecutado en un macroproceso que los engloba, siendo el macroproceso el servicio prestado por el sistema de IA. En el caso de que, durante la ejecución del proceso, se tratasen datos personales, en cualquiera de sus formas, estaríamos ante una actividad de tratamiento de datos personales.

Las actividades de tratamiento son atribuidas siempre al responsable del tratamiento, que será quien determine la finalidad y los medios con los cuales se efectúa el tratamiento; sin embargo, si el responsable decide contratar a terceras partes para el desarrollo del sistema, estos pueden convertirse en encargados del tratamiento, cuyo rol se adquiere cuando el responsable subcontrata parte del proceso de tratamiento a un tercero. Es decir,

³ No sería suficiente acreditar una debida diligencia respecto a la comisión de un hecho dañoso, ni utilizar un mecanismo de certificación o códigos de conducta. En concreto, el artículo 42.4 del RGPD estipula que la certificación a que se refiere el presente artículo no limitará la responsabilidad del responsable o encargado del tratamiento en cuanto al cumplimiento del presente reglamento.

si un responsable encarga a un tercero 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 destrucción⁴, este se convertirá en encargado del tratamiento.

Podemos destacar la existencia de las siguientes actividades de tratamiento que suceden en el desarrollo de un sistema de IA, para las cuales se necesita una base jurídica individual:

- El entrenamiento o validación del modelo.
- El uso de datos de terceros en la inferencia.
- La comunicación de datos implícitos en el modelo.
- El tratamiento de los datos del interesado en el marco del servicio prestado por la IA.
- El tratamiento de datos del interesado para la evolución del modelo.

Y por encima de estas actividades, reside la principal finalidad para la cual el sistema de IA ha sido desarrollado: la finalidad operacional establecida. Esta última finalidad, y las anteriores, deben basarse en una base de legitimación del artículo 6 del RGPD y, a su vez, informar al usuario de todas las finalidades existentes.

El principio de **transparencia** resulta ser crítico en los tratamientos basados en sistemas de IA, puesto que el interesado tiene el derecho de conocer las condiciones en las que se realiza el tratamiento. Pero la transparencia se concreta también en obligaciones a los operadores para prestar de una manera adecuada la información en un formato que permita ser entendible al interesado. El RGPD contiene en su articulado medidas concretas respecto a la obligatoriedad del deber de transparencia a los responsables, y de forma adecuada para cubrir los conflictos legales existentes. En concreto, el artículo 13.2 f) del RGPD obliga a ofrecer al interesado una información significativa sobre la lógica aplicada, así como respecto a la importancia y las consecuencias previstas de un tratamiento cuando implica la adopción de decisiones automatizadas de las que deriven efectos jurídicos o le afecten significativamente de modo similar, obligación que va dirigida a tratar los problemas de explicabilidad del algoritmo (Martínez Martínez, 2018, p. 275).

La transparencia no se reduce a un instante puntual, sino que debe ser entendida como un principio en torno al que orbita de forma dinámica el tratamiento realizado y que afecta a todos y cada uno de los elementos y participantes que intervienen en la solución (AEPD, 2020, p. 36).

⁴ Vid. artículo 4.2 del RGPD.

Íntimamente ligado con la transparencia, el responsable deberá informar sobre la finalidad para la cual el sistema de IA trata los datos personales, cuestión que se torna difícil debido a la gran multitud de tratamientos que intervienen.

En segundo lugar, el principio de **exactitud** incide principalmente sobre la existencia de sesgos en los modelos de inferencia. En concreto, según el considerando 71 del RGPD, los datos asociados a los interesados, ya sean los datos directamente recogidos o los inferidos, han de ser exactos. En particular, se hace explícito que el responsable del tratamiento ha de utilizar «procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados para la elaboración de perfiles» que garanticen que los datos vinculados con el interesado son exactos. Es obligatorio demostrar y documentar que los procedimientos empleados para la inferencia de información sobre un interesado son precisos y, por tanto, estables y predecibles de acuerdo con el artículo 24 del RGPD.

Respecto a los datos inferidos, datos derivados de la interpretación realizada por el sistema de IA, y su exactitud, se destacan tres factores influyentes (AEPD, 2020, p. 56):

- La propia implementación del sistema IA. Las reglas implementadas que permiten a los sistemas de IA introducir inferencias erróneas, o los errores de programación que afectan a la implementación práctica, creando un sesgo que no puede ser alterado por un cambio de código (*hardwired*).
- El conjunto de datos utilizado para a validación y entrenamiento está viciado de manera intencionada, lo que se conoce como inyección de *bad data*.
- La evolución sesgada del modelo de IA.

Por último, el principio de **minimización** choca directamente con el principio rector del *big data*, tecnología que alimenta al sistema de IA, el cual es la maximización de tratamiento de los datos personales (Gil González, 2015, p. 52). Esa limitación se puede conseguir mediante:

- Limitar la extensión de las categorías de datos que se utilizan en cada fase del tratamiento a aquellas que son estrictamente necesarias y relevantes.
- Limitar el grado de detalle o precisión de la información, la granularidad de la recogida en tiempo y frecuencia y la antigüedad de la información utilizada.
- Limitar la extensión en el número de interesados de los que se tratan los datos.
- Limitar la accesibilidad de las distintas categorías de datos al personal del responsable/encargado o incluso al usuario final (si hay datos de terceros en los modelos de IA) en todas las fases del tratamiento.

En este ámbito, es relevante la influencia de la **seguridad de la información**. Podemos entenderla como una dimensión relacionada con la protección de datos. No en

vano, el artículo 32 del RGPD contempla la obligación de implementar las medidas de seguridad adecuadas para asegurar la integridad, disponibilidad, confidencialidad y resiliencia de la información sobre la base del artículo 5 del mismo respecto al principio de confidencialidad.

Pero no todo el marco de la seguridad de la información se limita únicamente a la legislación de protección de datos personales. El Real Decreto-Ley 12/2018, de seguridad de las redes y sistemas de información regula la seguridad de las redes y sistemas de información utilizados para la provisión de los servicios esenciales y de los servicios digitales, y establece un sistema de notificación de incidentes.

La seguridad de la información puede definirse como el proceso tendente a prevenir, responder y corregir los incidentes de seguridad, protegiendo así la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información. Dentro de este concepto, se encuentra la ciberseguridad, una dimensión incluida en la seguridad de la información que persigue los anteriores objetivos en los ordenadores, sistemas de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y comunicación por cable (NIST, 2018, p. 96).

La existencia de riesgos de seguridad de la información está asociada a la pérdida de dichas cualidades, por ejemplo;

- Los ciberatacantes podrían hacer mal uso de los datos recabados o generados por los dispositivos al comprometer la **disponibilidad** de los datos. Cuando no hay datos disponibles, puede provocar un fallo en el sistema; podrían producirse daños.
- Cambiar los datos, causando problemas de **integridad** de datos; y el uso de conocimientos de *big data* para reforzar o crear resultados discriminatorios. La integridad de los datos puede causar problemas más sustanciales. Cuando los atacantes cambian datos, como la codificación, el cambio de valores o el reemplazo de datos con los suyos, la información proporcionada a los usuarios puede ser engañosa, o los límites establecidos previamente o los algoritmos que dirigen la funcionalidad del dispositivo pueden cambiar (Tschider, 2018, p. 97).
- Comprometer la **confidencialidad** de la información mediante una intrusión indebida en los sistemas o una difusión a terceros no autorizados para su recepción.
- La imposibilidad de recuperar los datos tras un incidente que ha conllevado a eliminación de estos, comprometiendo la **resiliencia** de la organización.

La existencia de una autoridad administrativa que controle el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos mediante la aplicación de un régimen administrativo de responsabilidad, y la convivencia con un régimen de responsabilidad civil, nos lleva a plantearnos la aplicación privada del derecho de la protección de datos de manera aná-

loga al régimen de competencia (Díez Estella, 2019) mediante la existencia de acciones *follow-on* y *stand alone*.

El deber de responsabilidad proactiva debe demostrarse también respecto de los riesgos en materia de seguridad de la información, y esto se consigue mediante una adecuada gestión del riesgo, tal y como recoge el artículo 32.1⁵ del RGPD. Como veremos más adelante⁶, la gestión de riesgos supone un proceso que abarca la identificación, análisis, evaluación y tratamiento de los riesgos, con el fin de adoptar una decisión estratégica respecto a estos.

3.3. Los riesgos directos sobre la responsabilidad civil del prestador de servicios de la sociedad de la información

Por último, debido al fin del sistema de IA, la LSSI juega un papel crucial respecto al conjunto de obligaciones que incorpora. Esta norma contiene no solo un conjunto de obligaciones, sino también un régimen de responsabilidad civil en los artículos 13 y siguientes. En concreto, los artículos 16 y 17 dibujan escenarios de riesgos legales muy concretos que pueden generar responsabilidad civil respecto al almacenamiento de datos que vulnerasen derechos de terceros, o la facilitación de contenidos.

En ambos supuestos, la LSSI basa la responsabilidad en los siguientes elementos:

- La inexistencia de un conocimiento efectivo del contenido ilícito o indexado, y
- Que una vez verificado el contenido ilícito, el prestador sea diligente en el momento de la retirada.

Es decir, el implementador del sistema de IA debe intervenir sobre los actos ejecutados por el sistema de IA; una mala configuración del sistema derivada de la programación del algoritmo, o la alimentación del sistema mediante *bad data*. Sobre la base de estas situaciones, es posible que contenidos de terceros que vulneren sus derechos se embeban en la página de comercio electrónico del prestador de manera automática, generando un daño al sujeto. En cualquier caso, la LSSI establece un control *a posteriori*; el prestador no está obligado a supervisar *ex ante* el contenido (Carnero Sobrado, 2012, p. 4). La debida diligencia se limita, en este caso, a una actuación *a posteriori*, siendo el concepto de diligencia debida diferente al de responsabilidad proactiva del RGPD.

⁵ «Teniendo en cuenta el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable y el encargado del tratamiento aplicarán medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo».

⁶ Véase apartado 4 del presente trabajo.

3.4. El futuro sistema de responsabilidad en la Directiva de productos defectuosos a raíz de la estrategia europea: el cambio de paradigma

La IA tiene multitud de manifestaciones, ya sea mediante la inclusión de bienes muebles, o mediante la ejecución de un *software* en sistemas informáticos, pudiendo en ambas situaciones ser explotados por los consumidores o por personas jurídicas para la prestación de sus servicios finales. Estas posibilidades modifican profundamente las normas de responsabilidad aplicables en cada caso.

En el caso de que tratemos a los sistemas de IA incorporados en bienes muebles⁷, los postulados doctrinales (Navas Navarro, 2019, p. 3), y también derivados de la Unión Europea (Comisión Europea, 2019a, 2019b), actuales abogan por que se encuentren sujetos a la Directiva (UE) 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad por productos defectuosos. Introduce un sistema de responsabilidad civil objetiva del productor por los daños causados por los defectos de sus productos. En caso de daño material o físico, la parte perjudicada tiene derecho a indemnización si puede probar el daño, el defecto del producto, y el nexo causal entre el producto defectuoso y el daño. Este es el principal marco regulatorio que la Unión Europea plantea para hacer frente a los retos regulatorios, pero, aunque contemos con él, no afronta totalmente todos retos que la IA presenta:

- **Debido a la complejidad de los productos y los sistemas**, la Directiva sobre responsabilidad por daños de producto no proporciona una definición de «producto» y «productor» que cubra de manera conceptual los productos o servicios derivados de la IA; puesto que resulta difícil encasillarlos debido a la fina línea de separación entre ellos.
- **La compleja cadena de valor** soportada por los sistemas de IA hace que participen numerosos actores en su diseño, creando una compleja cadena de valor de responsabilidad difusa.
- **Las aplicaciones de IA se encuentran en entornos multiconectados** entre varios dispositivos, lo que provoca un ecosistema complejo y la existencia de una pluralidad de agentes, generando problemas en la determinación del hecho que ha causado el perjuicio, soportando las víctimas un gran coste para demostrar el perjuicio.

⁷ Puede resultar aplicable el nuevo régimen estipulado en la nueva regulación digital de la Unión Europea mediante la aprobación de la Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, donde en su artículo 3.e incluye en su ámbito de aplicación aquellos servicios digitales que son incorporados en bienes muebles suministrados por un tercero, en los contratos de compraventa de bienes.

- **La conectividad y apertura de código.** La existencia de vulnerabilidades en los sistemas compromete la seguridad, pudiendo ser fuente de riesgos que generen daños a los usuarios, habiendo dudas en la aplicación del concepto de seguridad, centrado en un ámbito industrial. Por otro lado, es aplicable el principio de aparición posterior del defecto, por el cual un productor no es responsable si el defecto no existía en el momento en que el producto se puso en circulación; o el de los riesgos del desarrollo, según el cual no es responsable si, de acuerdo con los conocimientos más avanzados en ese momento, no se podía haber previsto el defecto, haciendo que la indemnización civil que pueda recibir un usuario se reduzca, por no haber instalado las actualizaciones que eliminan dichos defectos, pudiendo considerarse como una actitud negligente del usuario.
- **La autonomía y opacidad** de la IA es una fuente de riesgos en el sentido de que esta puede ejecutar una tarea no predefinida, sin que exista supervisión humana inmediata. Esta característica hace que sea difícil reclamar una indemnización por la falta de conocimientos técnicos para la comprensión de la decisión, e imposibilitando a las víctimas la interposición de una reclamación.

Debido a los retos presentados, la Unión Europea propone los siguientes cambios en la directiva:

- Modificar las definiciones de «productor» y «seguridad» para precisar su ámbito de aplicación con el fin de reflejar mejor la complejidad de las tecnologías emergentes y garantizar que haya una indemnización por los daños causados por productos defectuosos, debido a sus programas informáticos u otras características digitales.
- Plantear un enfoque de «responsabilidad compartida», en el cual cada agente de la cadena de valor y los usuarios asumirá su responsabilidad y proporcionará al agente siguiente la información necesaria.
- Invertir la carga de la prueba en las situaciones en las que los agentes han vulnerado las obligaciones mínimas de seguridad impuestas por la directiva.
- Un modelo de responsabilidad objetiva basada en el riesgo aplicable a aquellos sistemas que operen en espacios públicos, que valorarse ponderadamente las consecuencias de la elección de quién debe ser el responsable civil objetivo de las operaciones de desarrollo y asimilación de la IA.

En resumen, la Unión Europea ha propuesto un sistema de responsabilidad subjetiva basado en la diligencia debida de los intervinientes en la cadena de valor del sistema de IA, basado en el riesgo como método de imputación objetiva (Navas Navarro, 2019, p. 5) a lo largo de la cadena de valor, y estas operaciones de debida diligencia deben alcanzar los riesgos propios de los diferentes productores intervinientes. Sin embargo, se contem-

pla una regla especial en los casos en los que se adoptara un sistema de responsabilidad objetiva en las situaciones de alto riesgo.

3.5. La propuesta de Reglamento de responsabilidad civil para los daños contra la vida, la integridad física y los bienes derivados del uso de la IA

La aprobación, por parte de la Comisión Europea, tanto del Libro Blanco como del Informe sobre Responsabilidad Civil, el Proyecto de Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial⁸, el cual propone un reglamento para abordar el sistema de responsabilidad civil en los supuestos de daños contra la vida, la integridad física o los bienes de una persona física o jurídica, junto con la Directiva (UE) 85/374/CEE, pretenden ser un marco de responsabilidad civil coherente para los sistemas de IA⁹. El articulado del proyecto distingue aquí la intervención de dos sujetos¹⁰:

- El implementador. La persona que decide sobre el uso del sistema de IA, ejerce control sobre el riesgo asociado y se beneficia de su utilización, y
- El productor. El desarrollador o el operador final de un sistema de IA o el productor tal como se define en el artículo 3 de la Directiva 85/374/CEE.

Por lo tanto, será sobre la figura del implementador sobre la que recaerá la aplicación del futuro reglamento, y será propietario de los riesgos sujetos a este¹¹.

Sobre la base del objeto de la norma, prevé dos situaciones derivadas del uso de un sistema de IA, que determina la aplicación de un régimen de responsabilidad civil diferente:

- Un sistema basado en la responsabilidad objetiva del implementador respecto de cualquier daño o perjuicio causado por una actividad física o virtual cuando este opere un sistema de IA de alto riesgo¹², con la consecuencia de no poder alegar la aplicación de medidas de diligencia debida para la exclusión de la responsable.

⁸ 2020/2014(INL).

⁹ Considerando 21 del Proyecto de Informe.

¹⁰ Artículo 3 del Proyecto de Informe.

¹¹ Artículo 2 del Proyecto de Informe.

¹² Los sistemas de alto riesgo considerados son, hasta que las instituciones de la Unión Europea los hayan ampliado y desarrollado, los relativos al transporte, sanidad y energía.

- Un sistema basado de responsabilidad subjetiva, donde el implementador no será responsable si, entre otras posibilidades, demuestra una debida diligencia a través de la selección de un sistema de IA apropiado para las tareas y con las capacidades adecuadas, la correcta puesta en funcionamiento del sistema de IA, el control de las actividades y el mantenimiento de la fiabilidad operativa mediante la instalación periódica de todas las actualizaciones disponibles.

Atendiendo al considerando 16 de la propuesta, el programa de diligencia debida debe efectuarla el implementador de la solución de IA sobre la base de los siguientes elementos:

- La naturaleza del sistema de IA. Las finalidades, la infraestructura informática utilizadas y los procesos existentes que lo operan.
- El derecho protegido jurídicamente potencialmente afectado. La identificación de los derechos fundamentales en los que el sistema de IA pueda incidir.
- El daño o perjuicio potencial que podría causar el sistema de IA, y
- La probabilidad de dicho perjuicio.

4. La debida diligencia mediante la gestión de los riesgos en el ciclo de vida de la inteligencia artificial

Las operaciones de debida diligencia están orientadas fundamentalmente a obtener información de una parte interesada, evaluarla, y tomar una decisión al respecto. Este proceso deberá regirse mediante un principio de proporcionalidad y adecuación (Spedding, 2008, p. 18) respecto a la materia a auditar, tamaño de las organizaciones, recursos y prioridades establecidos, por lo que su contenido puede variar respecto al objetivo que se persigue. Pero podemos establecer como un elemento básico de un programa de debida diligencia la existencia de un proceso de gestión de riesgos.

En cualquier caso, el proceso de diligencia debida se presenta como un objetivo más que como una serie de elementos a cumplir. Consiste en que el propietario de los riesgos consiga mediante sus medidas tener un control sobre los procesos operacionales, y con ello evaluar y efectuar las decisiones adecuadas para gobernar los riesgos del sistema de IA, siendo los conceptos de «gobernanza» y «gestión de riesgos» un binomio inherente al proceso de debida diligencia (Spedding, 2008, p. 45).

A falta de un modelo, o estándares para entender los requisitos de un programa de diligencia debida, podemos presentar, como ejemplo, las obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro del Reglamento (UE) 2017/821, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respec-

ta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo¹³. Según este reglamento, la debida diligencia en la cadena de suministro está formada por:

- Las medidas en materia de gestión de riesgos.
- Las auditorías externas, siendo estas tanto de segunda parte como de tercera parte, y
- La comunicación de información con el fin de identificar y abordar los riesgos reales y potenciales para impedir o reducir los efectos negativos asociados.

Debemos entender la mención a este reglamento como ejemplo ilustrativo de las exigencias en materia de gestión de riesgos en la cadena de suministros, como es recogido en el artículo 5, pero que, análogamente, la presentación de un programa siguiendo estas directrices puede poner al implementador en una posición ventajosa a la hora de demostrar su debida diligencia.

No solo durante el articulado de la propuesta se hace una mención continua al concepto de riesgo en el sistema de IA. Podemos encontrar en diferente legislación aplicable la obligación de efectuar un proceso de gestión de riesgos. La legislación en materia de protección de datos, como hemos explicado anteriormente, el cumplimiento con el RGPD, tiene su base en la gestión del riesgo (considerando 74 del RGPD).

Si bien el término de gestión de riesgos no nos es desconocido a los juristas por su inclusión en diferentes normas, su construcción va más allá de la obligación recogida en la norma, debiéndonos atener a metodologías y estándares internacionalmente reconocidos para definirlo. Para ello, utilizaremos la definición del estándar ISO 31000:2018 sobre gestión de riesgos, emitida por la International Standard Organization, organización internacional reconocida por sus estándares mundialmente reconocidos, puesto que, para su elaboración, intervienen los organismos nacionales de estandarización de todo el mundo. Este estándar define la gestión de riesgos como «actividades coordinadas para controlar la organización en relación con el riesgo». A pesar de la definición corporativa recogida en su cláusula 3, la gestión es entendida como un proceso que se encuentra embebido en el sistema de gobernanza y, siguiendo el presente estándar, para la correcta adopción del proceso de gestión de riesgos, la organización que posea un sistema de IA debe identificar, analizar, evaluar, comunicar y tratar los riesgos relacionados con los sistemas de IA.

El concepto de riesgo que la propuesta contempla se refiere a una concepción basada en la combinación de las consecuencias sobre los derechos protegidos y la probabilidad de ocurrencia de estos. Esta formulación del concepto de riesgo, derivada del considerando 16,

¹³ DOUE L 130/1 de 19 de mayo de 2017.

promueve una concepción negativa del riesgo, que si bien es fruto de una concepción tradicional de riesgo respecto a modelos más antiguos (Kaplan y Garrick, 1975), difiere de la concepción ambivalente presentada por la norma ISO 31000:2018, donde lo define como «el efecto de la incertidumbre sobre los objetivos», concretando que la incertidumbre es «cualquier variación, positiva o negativa, que afecta al cumplimiento de los objetivos». Por lo que el implementador deberá identificar, analizar, evaluar y tratar los riesgos que puedan generar un daño indemnizable sobre la base de la vulneración de un derecho. Estos derechos, como se ha mencionado, pueden ser los relacionados con la seguridad de la información o protección de datos personales que, en caso de un incumplimiento que genere un daño, puede generar un derecho a indemnizar al sujeto.

El Reglamento (UE) 2017/821 coincide con la norma ISO 31000:2018 respecto a los elementos que un programa de debida diligencia debe tener, y las actividades del proceso de gestión de riesgos que recomienda aplicar:

- Una política de cadena de suministro con el compromiso de adoptar un sistema de gestión de riesgos.
- Adoptar las estrategias para la gestión de los riesgos, y comunicando el resultado de la evaluación de los riesgos a la alta dirección y a las partes interesadas.
- Adoptando las medidas de gestión de riesgos.
- Aplicando el plan de tratamiento del riesgo, supervisando y registrando la eficacia de los esfuerzos de reducción de riesgos; informando a los altos directivos designados a ese fin.
- Llevando a cabo nuevas evaluaciones de los hechos y riesgos en relación con los riesgos que deban reducirse, o a raíz de un cambio de circunstancias.

La intervención de numerosos actores en la cadena de suministro conlleva la existencia de dificultades en la atribución de responsabilidad ante la existencia de un daño cuya atribución es difusa; sin embargo, no todos los intervinientes en la cadena de suministro poseen el mismo grado de «importancia» en el desarrollo del producto, ni mucho menos independencia entre las partes, pudiendo influir en los procesos de una parte a otra de la misma cadena de suministro, por diferentes motivos, ya sean económicos, laborales o estratégicos. Bajo este axioma, se ha desarrollado el concepto de «esfera de influencia» para atribuir dicha intervención en los procesos de una parte sobre la otra. Este concepto fue introducido, dentro del mundo corporativo, por la United Nations Global Compact. Esta teoría permite entender que la parte que ejerce la influencia sobre la otra puede llegar a ser responsable por los daños atribuidos a esta última (Chen, 2013, p. 369). Sin embargo, este concepto ha sido aclarado posteriormente por el Consejo de Derechos Humanos en el Informe del Representante Especial del Secretario General: *Aclaración de los conceptos de «esfera de influencia» y «complicidad»*. En este informe, diferencia el concepto de influencia (*leverage*) en dos significados diferentes:

- El «impacto», es decir, el perjuicio que las actividades o las relaciones de las empresas causan en la materia concreta, y
- La «autoridad» que una empresa puede ejercer sobre otros agentes que causan un perjuicio.

El impacto siempre entra en el ámbito de la responsabilidad de respetar la ley, mientras que la autoridad solo en circunstancias determinadas. No se puede responsabilizar a las empresas del impacto derivado del incumplimiento ejercido por cada entidad sobre la que tengan alguna autoridad, pues comprendería también los casos en que no están contribuyendo al daño ni son causa de él. Tampoco es conveniente exigir a las empresas que actúen siempre que tengan influencia. La esfera de influencia debe entenderse como la relación causal sobre la materialización de un impacto. Sin embargo, el propio informe especifica que, si no existe una situación legal de control a un proveedor, no tendría sentido incluirlo dentro del alcance del programa de debida diligencia.

Sin embargo, el modelo de la propuesta de Reglamento relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial, ha establecido diversas habilitaciones legales para que el implementador realice programas de debida diligencia respecto al productor del sistema, tal y como se establece en el considerando 17 sobre el deber del productor de cooperar.

Una vez determinada la relación de la gestión de riesgos dentro del deber de diligencia que debe existir en la cadena de suministro, se plantean por parte de las organizaciones herramientas concretas que permitan una adecuada apreciación del riesgo y fácilmente integradas en los sistemas de gobernanza, de manera que esta herramienta no se convierta en un requerimiento burocrático que obstaculice la consecución de los objetivos operativos de la organización, y sea fácilmente demostrable ante terceros la debida diligencia que una entidad aseguradora soporta. En este contexto, el concepto de «debida diligencia» se torna en un concepto jurídico indeterminado, que podemos entender como la intención deliberada del legislador de no cerrar las opciones que un implementador posee a la hora de poder demostrar la debida diligencia (Martínez Estay, 2019, p. 164) ante esos terceros, ya sean clientes, órganos jurisdiccionales o Administraciones públicas.

El Proyecto de Informe contempla unas presunciones *iusuris tantum* que los implementadores pueden utilizar, según el considerando 16, como (a) el futuro sistema voluntario de certificación del Libro Blanco, sobre la adecuada diligencia debida¹⁴; (b) la demostración por parte del implementador de que ha supervisado real y periódicamente el sistema de IA durante su funcionamiento y se ha informado al fabricante sobre posibles irregularidades durante el mismo, o (c) como que el implementador ha prestado la debida atención en lo

¹⁴ Actualmente, se ha propuesto un modelo propuesto para ser candidato a mecanismo de sistema voluntario de certificación, propuesto por Carlos Galán (2019, p. 7).

que se refiere al mantenimiento de la fiabilidad operativa, si ha instalado todas las actualizaciones disponibles proporcionadas por el productor del sistema de IA. La demostración de estos elementos se antoja difícil por parte del implementador, puesto que estas posibilidades se encuentran bajo la valoración de la sana crítica, de acuerdo con la legislación procesal.

A todo esto, surgen soluciones como las evaluaciones de la conformidad realizadas por entidades de certificación acreditadas por un organismo nacional de acreditación como mecanismo de control respecto al cumplimiento y los riesgos (Galán, 2019, p. 10). Existen estándares certificables que pueden cubrir adecuadamente los riesgos identificados que afectan al sistema de IA, como son:

- ISO/IEC 27001:2013 - Sistemas de Gestión de Seguridad de la Información (SGSI). El objetivo de la norma es prestar guías y directrices a una organización para que adopte un SGSI basado en la mejora continua, que proteja la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información.
- ISO 22301:2019 - Sistemas de Gestión de Continuidad de Negocio (SGCN). La norma aporta guías y directrices para la adopción de un SGCN con el fin de asegurar la continuidad de los servicios tras la existencia de un incidente.
- ISO/IEC 20000-1:2018 - Sistemas de Gestión de Servicios de TI (SGSTI). La norma presenta guías y directrices para la implementación de un SGSTI con el fin de gestionar un servicio de TI sobre la base de diferentes prácticas que sostienen un servicio de TI con el fin de generar valor.

Estos estándares, creados por la International Standard Organization, están dirigidos a aquellas organizaciones que pretendan adoptar un sistema de gestión basado en la mejora continua sobre la base del objeto concreto que pretendan gestionar, como puede ser la calidad, la seguridad de la información o la continuidad de las operaciones. Estos estándares imponen los siguientes requisitos para su implementación de manera adecuada en una organización:

- La implicación de la alta dirección mediante la asignación de recursos, establecimiento de políticas y supervisión del desempeño del sistema.
- La gestión de los riesgos que afectan a los objetivos de la organización relacionados con la seguridad de la información, la continuidad de negocio, etc.
- Aseguramiento de la condición de los proveedores de acuerdo con los requisitos de seguridad de la información o continuidad de negocio establecidos por el implementador.
- La exigencia de auditar la eficacia del sistema anualmente.
- La necesidad de establecer indicadores de eficacia y desempeño para determinar el cumplimiento de los objetivos.

Se puede demostrar la conformidad con el estándar mediante una auditoría externa de una entidad de certificación acreditada por un organismo nacional de acreditación, como puede ser la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) según el Reglamento (CE) n.º 765/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos. La certificación acreditada por ENAC, o entidad similar, si bien tiene el valor probatorio de un documento privado, el Tribunal Supremo, en la STS 1623/2016, de 4 julio, de la Sala Tercera, establece que merece de un valor añadido por la intervención de un organismo nacional de acreditación¹⁵.

5. Conclusiones

La cuarta revolución industrial ha brindado al mercado y a los usuarios la posibilidad de aprovechar todo el potencial de las nuevas tecnologías para el desarrollo y uso de nuevas herramientas, cuyas funcionalidades y aplicaciones mejoran la experiencia de los intervinientes en el mercado, a través de un trato más personalizado y la mejora en los procesos internos y externos.

Entre las tecnologías más disruptivas sobresale la IA, cuyas ventajas y beneficios han suscitado un incremento significativo durante los últimos años respecto de su desarrollo y despliegue. Sin embargo, los retos y riesgos derivados de la aplicación de la misma están ocasionando más de un quebradero de cabeza, fundamentalmente en lo que respecta a los riesgos y la responsabilidad de los sujetos intervinientes.

La urgencia de abordar los riesgos que implica el uso de la IA es cada vez más evidente, consecuencia, sin duda, del imparable avance de la IA y la falta de agilidad de los sistemas normativos para adaptar el ordenamiento jurídico a los nuevos retos que van surgiendo.

Por ello, nos aproximamos cada vez más a regímenes jurídicos donde el tradicional modelo regulatorio basado en el cumplimiento de requisitos legales para poner en circulación un servicio o producto en el mercado está evolucionando a otro basado en la conducta responsable de los operadores del mercado, con el fin de proporcionar un marco jurídico flexible y dinámico que no limite la evolución de las tecnologías disruptivas.

La IA no se queda atrás, y tras observar la estrategia elaborada por la Unión Europea, se apuesta por criterios de gestión de riesgos y debida diligencia en las operaciones y de-

¹⁵ FJ 14.º: «La consecuencia de lo expuesto es que los trabajos - documentos de inspección y certificaciones - de las entidades de inspección y certificación acreditadas no tienen el valor de documento público, sino privado, pero con el valor de que en ellos se hacen constar datos por unas entidades que si han sido acreditadas para tal fin es porque la ENAC como acreditadora entiende que reúnen las condiciones de imparcialidad y suficiencia técnica para asumir tal cometido».

sarrollos de sistemas de IA. En caso de que los sujetos intervinientes en el ciclo de vida de la IA no adopten estos modelos de diligencia debida, pueden enfrentarse a la totalidad de la responsabilidad, ya sea civil o administrativa.

Actualmente, estos sujetos se enfrentan a la indeterminación del concepto de «debida diligencia», y hasta que no se estandaricen modelos o procedimientos, se propone la adopción de mecanismos de certificación de renombre y acreditados por organismos nacionales de acreditación, con el fin de gestionar los riesgos propios del uso de sistemas IA, como pueden ser riesgos sobre la seguridad o la calidad del proceso, que si bien no tienen el valor de documentos públicos, no puede obviarse el valor añadido que la acreditación por los organismos nacionales de acreditación suponen para acreditar la adopción de una conducta proactiva.

Referencias bibliográficas

- AEPD. (2020). *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*. AEPD.
- Carnero Sobrado, J. I. (2012). Consideraciones en torno a la responsabilidad civil de los prestadores de servicios por comentarios alojados en sus páginas web. *Diario La Ley*, 7782, 1-7.
- Ceballos, D. (2007). Una propuesta de indicador de riesgo legal. 2.^a *Reunión de Investigación en Seguros y Gestión de Riesgos*, Cantabria.
- Chen, S. (2018). Multinational Corporate Power, Influence and Responsibility in Global Supply Chains. *Journal of Business Ethics*, 148, 365-374.
- Comisión Europea. (2019). *A definition of AI: Main Capabilities and Disciplines*: Comisión Europea.
- Comisión Europea. (2020a). *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*. Comisión Europea.
- Comisión Europea. (2020b). *Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica*. Comisión Europea.
- Comité de Basilea de Supervisión Bancaria. (2005). *El cumplimiento y la función de cumplimiento en los bancos*. Comité de Basilea.
- Díez Estella, F. (2019). La aplicación privada del derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales. *Cuadernos de Derecho Transnacionales*, 11(1), 267-305.
- Domo. (2019). Data never sleeps 7.0. Domo web.
- Galán, C. (2019). La certificación como mecanismo de control de la inteligencia artificial en Europa. *IEEE*, 46, 1-19.
- Gil González, E. (2015). *Big data, privacidad y protección de datos*. AEPD.
- Kaplan, S. y Garrick, B. J. (1981). *On the Quantitative Definition of Risk*. *Risk Analy-*

- sis. Rasmussen (1975). *An Assessment of Accident Risks in U.S. Commercial Nuclear Power Plants*. US Nuclear Regulatory Commission.
- Kishnani, P., Turley, M. y Eggers, M. (2018). *El futuro de la regulación. Principios para regular tecnologías emergentes*. Deloitte Insights.
- Leenes, R. y De Conca, S. (2018). Artificial Intelligence and Privacy. En W. Barfield y U. Pagallo (Eds.), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence* (pp. 279-307). Edward Elgar Publishing.
- Martínez Estay, J. I. (2019). Los conceptos jurídicos indeterminados en el lenguaje constitucional. *Revista de Derecho Político*, 105. 162-194.
- Martínez Martínez, R. (2018). Inteligencia artificial, derecho y derechos fundamentales. En T. de la Quadra Salcedo, y J. L. Piñar Mañas (Dirs.), *Sociedad digital y Derecho* (pp. 259-279). Boletín Oficial del Estado.
- Merino, M. (2019). Ha comenzado la carrera para crear la tecnología capaz de detectar los *deepfakes*, pero los falsificadores llevan ventaja. *Xataka*.
- Navas Navarro, S. (2019). Responsabilidad civil del fabricante y tecnología inteligente. *Diario La Ley*, 35, 1-11.
- Navas Navarro, S. (2019). Sistemas expertos basados en Inteligencia Artificial y Responsabilidad civil: Algunas cuestiones controvertidas. *Diario La Ley*, 1-15.
- NIST (National Institute of Standards and Technology). (2018). *Risk Management Framework for Information Systems and Organizations. A System Life Cycle Approach for Security and Privacy*. NIST.
- Parlamento Europeo. (2017). *Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica*. Parlamento Europeo.
- Puyol, J. (2018). *El modelo de evaluación de riesgos en la protección de datos EIPD/PIA's*. Tirant lo Blanch.
- Rubí Puig, A. (2018). Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD. *Revista de Derecho Civil*, 5(4), 53-87.
- Spedding, L. (2008). Introduction and traditional due diligence. En L. Spedding (Ed.), *The Due Diligence Handbook: Corporate Governance, Risk Management and Business Planning* (pp. 1-49). Elsevier.
- Terwindt, C., Vastardis, A. y Wright, J. (2018). Supply chain liability: pushing the boundaries of the common law?», *Journal of European Tort Law*, 8(3), pp. 261-296.
- Tschider, C. (2018). Regulating the Internet of Things: Discrimination, Privacy, and Cybersecurity in the Artificial Intelligence Age. *Denver Law Review*, 96(1), 87-143.
- Turner, J. (2019). *Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence*. Palgrave Macmillan.



Una lógica razonable para el derecho de daños

Juan Panisello Martínez

Abogado

bufetepanisello@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0003-1806-7812>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier Avilés García, don Francisco Javier Arias Varona, doña María Isabel Candelario Macías, doña Icíar Cordero Cutillas, don Fernando Díez Estella, doña Paula Fernández Ramallo y don Antonio Serrano Acitores.

Extracto

Uno de los mayores desafíos es contar con normas jurídicas que, adaptándose a los nuevos tiempos, resulten eficientes y ofrezcan seguridad jurídica. El desequilibrio entre el mundo dogmático y abstracto de las teorías del derecho con el mundo de las decisiones y de lo practicado pone en evidencia algunas ineficiencias en algunos aspectos de la responsabilidad civil en el ámbito del derecho de daños. Entendiendo el derecho como un sistema de regulación de la conducta humana racional, y la responsabilidad civil como un mecanismo para distribuir cargas y beneficios entre los miembros de la sociedad, se facilitaría la creación de un «nuevo» derecho de daños que, superando los enfoques tradicionales dogmáticos y abstractos, ayudase a minimizar las ineficiencias, problemas y patologías del «actual» derecho de daños, asignando costes y atribuyendo responsabilidades de manera más eficiente.

Palabras clave: derecho de daños; responsabilidad; diligencia.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Panisello Martínez, J. (2021). Una lógica razonable para el derecho de daños. *Revista CEFLegal*, 241, 37-62.



A reasonable logic for the tort law

Juan Panisello Martínez

Abstract

One of the biggest challenges is having legal rules that adapt to the new times are efficient and offer legal certainty. The imbalance between the dogmatic and abstract world of theories of law with the world of decisions and practices reveals some inefficiencies in some aspects of civil liability in the field of tort law. Understanding law as a system of regulation of rational human behavior, and civil liability as a mechanism for distributing burdens and benefits among members of society, would facilitate the creation of a «new» tort law that, by overcoming traditional dogmatic and abstract approaches, would help to minimize the inefficiencies, problems and pathologies of the «current» tort law, allocating costs and attributing responsibilities more efficiently.

Keywords: tort law; liability; diligence.

Citation: Panisello Martínez, J. (2021). Una lógica razonable para el derecho de daños. *Revista CEFLegal*, 241, 37-62.





Sumario

1. Cuestiones previas
 2. Las bases estructurales del derecho de daños
 - 2.1. La negligencia
 - 2.2. La responsabilidad objetiva
 - 2.3. La conducta diligente
 3. La responsabilidad por el hecho de otro
 - 3.1. La responsabilidad de los empresarios
 - 3.2. La responsabilidad de los padres o tutores
 - 3.3. La ineficacia de la responsabilidad personal
 4. La relación de causalidad
 5. La relación jurídica de las partes
 6. Una lógica razonable en la lógica jurídica
 7. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas



1. Cuestiones previas

La evolución experimentada en materia de responsabilidad civil desde la *Lex Aquilia* hasta nuestros días ha ido de la mano con la transformación experimentada por las modernas sociedades, y ha comportado que el derecho de daños se constituya en uno de los sectores que presenta un mayor dinamismo en su evolución y en su aplicación práctica (Jansen, 2003, pp. 13 y ss.).

Las exigencias que la sociedad actual formula al derecho son muy distintas a las de principios del siglo XX. El avance de las nuevas tecnologías, la sociedad de la información, la globalización, el constante movimiento de personas y el intercambio de mercados de distintos países influyen de manera decisiva en el derecho privado, por lo que –probablemente– uno de los mayores desafíos que tiene la sociedad actual es contar con normas jurídicas que, adaptándose a los nuevos tiempos y garantizando el respeto al Estado de derecho, resulten eficientes y ofrezcan seguridad jurídica tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos (Salvador y Gómez Ligüerre, 2005, p. 6).

Para poder ofrecer respuestas efectivas a los nuevos retos de la sociedad actual, tal vez debemos plantearnos si la investigación jurídica debe continuar limitándose a valorar el derecho desde una perspectiva abstracta en la que predomine la reflexión doctrinal y dogmática jurídica, que parece conducirnos a sistemas cerrados incapaces de dar respuestas efectivas a los nuevos retos que se plantean en el siglo XXI (Bullard González, 2002, pp. 17-19; Pérez Fuentes, 2009, pp. 43-44). Igualmente, para poder afrontar los nuevos retos que nos plantea la sociedad actual, tal vez no debemos conformarnos solo con la concepción positivista del derecho –la normativa–, que nos conduce a incesantes reformas legislativas con el fin de elaborar nuevas normas jurídicas que se adapten a la realidad social del momento, y al poco tiempo proceder a su derogación por haberse quedado desfasadas de nuevo de la realidad social, método que comporta desconcierto y falta de seguridad jurídica (Pérez Fuentes, 2009, p. 55).

Para que el derecho pueda afrontar de una manera más exitosa y eficiente los nuevos retos de la sociedad actual, pueden ser de utilidad metodologías que nos ayuden a predecir la conducta humana, siempre que partamos de la premisa de concebir el derecho como un sistema de regulación de la conducta humana racional que persigue orientarla a partir de la utilización de incentivos (Bullard González, 2002, pp. 20-21). Se hace preciso que el razonamiento jurídico no se aleje de la realidad para que el derecho sea más eficiente (Schäfer y Ott, 1991, p. 21; Alfaro Águila, 2007, pp. 4-5; Barcia Lehmann, 1998, p. 149), y la sociedad en su conjunto pueda alcanzar sus cotas máximas de bienestar (Schäfer y Ott, 1991, p. 47). Una metodología que nos posibilite pronosticar conductas humanas e incentive conductas para minimizar los costes sociales de los daños, y facilite la conexión ente la realidad social y el derecho (Bullard González, 2002, pp. 20-21), en un entorno cada vez más tecnológico, industrial y dinámico¹.

Conceptos como «buena y mala fe», «daño injusto», «diligencia de un buen padre de familia», «diligencia de un hombre razonable» o «daño que no se tiene el deber jurídico de soportar», son de asombrosa imprecisión (Doménech Pascual, 2019, p. 7). Difícilmente pueden ofrecernos pautas claras, precisas y sólidas sobre cuestiones complejas, que son justo las cualidades deseables de una teoría explicativa del derecho (Doménech Pascual, 2019, p. 32). Las teorías tradicionales no ofrecen explicaciones claras, precisas y sólidas de cómo el derecho es aplicado en la realidad, ni consideran que el derecho privado –y, en particular, el derecho de daños– sea un instrumento para la consecución de fines extrajurídicos, como la eficiencia o el bienestar social. Se limitan a la afirmación y defensa de los derechos individuales, considerando que la idea teórica que mejor explica el derecho de daños es la de la justicia correctiva, según la cual los individuos que han causado un daño injusto a otros tienen el deber jurídico de repararlo (Weinrib, 2017, pp. 27 y ss.).

El desequilibrio entre el mundo dogmático y abstracto de las teorías del derecho con el mundo de las decisiones y de lo practicado pone en evidencia algunos problemas o ineficiencias en algunos aspectos de la responsabilidad civil en materia de derecho de daños, que precisan de nuevos enfoques para poder ofrecer soluciones más eficientes en entornos cada vez más dinámicos, industriales y tecnológicos.

2. Las bases estructurales del derecho de daños

El derecho de daños tradicionalmente se ha estructurado en torno a la negligencia y a la responsabilidad objetiva (Jansen, 2003, p. 1), si bien en ocasiones, como veremos, se han producido problemas de encaje.

¹ Entrevista a José María Gay de Liébana, el 3 de febrero de 2020, en *Herrera en COPE*. (https://www.cope.es/programas/herrera-en-cope/noticias/gay-liebana-mientras-que-amazon-invirtio-mil-millones-dolares-idi-espana-mil-millones-20200203_610124).

2.1. La negligencia

Con arreglo a las teorías tradicionales, la negligencia es el elemento desencadenador de la responsabilidad civil. Se precisa que la conducta humana previa al daño infrinja deberes de precaución o de cuidado (Díez-Picazo y Ponce de León, 2000, p. 351) exigibles en el ámbito de la actividad que se lleve a cabo (Salvador Coderch, 2019, p. 67). Para determinar hasta dónde debe alcanzar la diligencia debida y el grado de previsibilidad del daño, los tribunales acuden *a posteriori* con arreglo a un criterio abstracto al estándar del hombre prudente y razonable o buen padre de familia².

En un intento de aclarar el concepto de diligencia de un buen padre de familia la jurisprudencia, en ocasiones, invocando el artículo 4:102(1) de los PELT³, establece que el estándar o patrón de conducta exigible es el de la «persona razonable», que deberá adaptarse a las circunstancias de cada caso. En un caso de una caída, utilizando el criterio de la «relación de proximidad o especial confianza»⁴, consideró que quien recibía en su casa como anfitrión a unos amigos que iban a cenar no había sido negligente por el hecho de que uno de ellos, que habían entrado en la casa como en casa propia, cayó al pisar un objeto –un pequeño juguete con ruedas– que había en el suelo de un pasillo oscuro (Salvador Coderch y Ramos González, 2008, pp. 4-5). En otro caso de daños causados por la explosión producida por las emisiones de gas de un producto químico altamente peligroso, utilizado de forma masiva para fumigar una vivienda, para considerar que el demandado no había sido suficientemente diligente, empleó el criterio del «conocimiento de la peligrosidad del producto»⁵. Y en un supuesto de atropello en el metro, al entrar en el hueco existente entre dos vagones cayendo a las vías, nos recuerda que la diligencia del que actúa debe ser adaptada a la naturaleza de la actividad que realiza⁶.

La metodología que en la práctica utilizan los tribunales para verificar el estándar de conducta exigible de una «persona razonable», y en su caso establecer la eventual responsabilidad, no es otra que ponderar los elementos que intervienen bajo el prisma de la eficiencia económica. Los elementos para ponderar son el daño, la probabilidad y el gato de previsión. El daño previsto indicaría la naturaleza y el valor del interés de que se trate, así como la peligrosidad de la actividad. La probabilidad de que el daño ocurra explora la peri-

² STS de 14 de marzo de 2001 (recurso de casación núm. 545/1996), STSJ de Galicia de 29 de julio de 2016 (recurso de suplicación núm. 299/2016), SAP de Almería de 11 de julio de 2003 (recurso de apelación núm. 187/2003) y SAP de Madrid de 27 de marzo de 2018 (recurso de apelación núm. 701/2017).

³ Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil elaborados por el European Group on Tort Law. (<http://www.egt1.org>).

⁴ STS de 17 de julio de 2007 (recurso de casación núm. 2727/2000).

⁵ STS de 21 de noviembre de 2008 (NCJ048353).

⁶ STS de 5 de noviembre de 2014 (NCJ058944).

cia exigible a la persona que lleva a cabo la actividad. Y el gasto de previsión o prevención vendría determinado por el coste de las medidas de precaución.

En la práctica los tribunales consideran que se actuará de manera negligente cuando el «gasto de previsión» (V) es menor que el «daño previsto» (S), teniendo en consideración la «probabilidad de que el daño ocurra» (q). O, dicho de otra manera, surgirá la responsabilidad cuando se cumple la condición $V < S \times q$. En cambio, los tribunales consideran que se ha actuado de manera diligente cuando el «gasto de previsión» (V) es superior que el «daño previsto» (S), teniendo en consideración la «probabilidad de que el daño ocurra» (q). O lo que es lo mismo, no surgirá la responsabilidad cuando se cumpla la condición $V > S \times q$. En definitiva, para no incurrir en responsabilidad se hace necesario optimizar el gasto de prevención. Optimización que se producirá cuando se cumpla la condición $V = S \times q$ (Schäfer y Ott, 1991, p. 110).

A modo de ejemplo, pueden señalarse dos supuestos de suicidio en centro penitenciario, en los que para determinar la responsabilidad se priman criterios de eficiencia económica, por encima de la eventual discordancia entre el derecho aplicado y el que se dice aplicar. Se deja de lado el criterio de la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración y se resuelve con arreglo al criterio de la culpa, enmascarándolo como en tantos otros casos con el nexo causal⁷.

El primero de ellos es un supuesto de asfixia por ahorcamiento con una sábana, en el que se consideró que no había concurrido una imputable actuación negligente por parte de la Administración, necesaria para considerar existente el nexo de causalidad⁸. Con carácter previo no se había advertido nada anómalo en el comportamiento del interno, ni se había detectado ningún síntoma que pudiera indicar un suicidio posterior, por lo que la probabilidad de que el daño ocurriese (q) era muy baja y las medidas de precaución (V) muy costosas. Comportaría una vigilancia permanente a pesar de que no se evidenciara un especial riesgo de suicidio, así como la privación de objetos tan poco peligrosos *a priori* como las sábanas. Lo que en realidad se considera es que al ser el «gasto de previsión» (V) mayor que el «daño previsto» (S), teniendo en cuenta la «probabilidad» de que este ocurra (q), lo prudente era considerar que la Administración había actuado de manera diligente. En consecuencia, al cumplirse la condición $V > S \times q$, la resolución del tribunal es la más adecuada al supuesto enjuiciado. Se considera que se ha actuado de manera diligente al no haber superado el punto crítico del gasto de prevención o previsión óptimo.

⁷ SSTS de 15 de julio de 1988 (RJ 1988\5896), 22 de julio de 1988 (RJ 1988\6095), 13 de marzo de 1989 (RJ 1989\1986), 4 de enero de 1991 (RJ 1991\500), 13 de junio de 1995 (recurso núm. 4762/1991), 18 de noviembre de 1996 (recurso de apelación núm. 10999/1991), 25 de enero de 1997 (recurso de casación núm. 2471/1994), 26 de abril de 1997 (recurso de apelación núm. 7888/1992) y 5 de noviembre de 1997 (recurso de casación núm. 2807/1993).

⁸ STS de 19 de junio de 1998 (recurso de casación núm. 1985/1994).

En el segundo supuesto el interno ya había intentado suicidarse dos días antes, y aunque se le había sometido a observación, se le permitió que se marchara solo a su celda por un dolor de cabeza. Apreciando nexo de causalidad entre la omisión administrativa y el fallecimiento, se consideró que la Administración, como consecuencia del incumplimiento de su deber de vigilancia, había actuado de manera negligente al no haber evitado que el interno dispusiese de una cuchilla de afeitar de una maquinilla desechable para causarse la muerte o autolesionarse⁹. Lo que en realidad se considera es que vigilar intensivamente solo a los internos que muestran un riesgo especialmente alto de suicidio, para asegurarse de que no tienen objetos peligrosos a su alcance, comporta un «gasto de previsión» (V) que resulta menos costoso que el «daño previsto» (S), teniendo en cuenta la «probabilidad» de que este ocurra (q). En este caso lo prudente es considerar que la Administración ha actuado de manera negligente. En consecuencia, al cumplirse la condición $V < S \times q$, la resolución del tribunal es la más eficiente para el supuesto enjuiciado. Se considera que se ha actuado de manera negligente al no haber alcanzado el punto crítico del gasto de prevención o previsión óptimo.

En todo caso, para determinar con mayor precisión si una conducta es negligente, deberán ponderarse los tres factores de la condición sugerida a modo de «fórmula», al no ser ninguno de ellos concluyente por sí mismo. Además, la circunstancia de que no se utilice medida alguna para prevenir un daño no constituye por sí mismo una negligencia, si dicha medida es muy costosa o reduce de forma insignificante la probabilidad del accidente. En todo caso, la condición apuntada a modo de «fórmula» para verificar si un comportamiento ha sido negligente representa, en unos términos abstractos y generales, la realidad jurídica. No circunscribe su ámbito de aplicación a cuestiones únicamente del derecho de daños, sino que tiene potencial de ser aplicada y dar cuenta en cualquier otra cuestión donde se cuestione si una persona ha actuado de manera diligente (Doménech Pascual, 2019, p. 8).

2.2. La responsabilidad objetiva

La aparición de nuevos riesgos en entornos cada vez más tecnológicos e industriales pone en evidencia la regla de la responsabilidad por culpa, por no resultar la más eficaz para analizar conductas lícitas pero peligrosas (Papayannis, 2012, p. 701). Actividades benéficas para el desarrollo de la sociedad, al mismo tiempo son generadoras de riesgos –centrales nucleares, petroquímicas–, por lo que su ejercicio debe someterse al control preciso para reducir el riesgo a lo mínimo indispensable, para de esta manera ser aceptable (Santos Briz, 1993, p. 555). Por todo ello, frente a la regla de la responsabilidad subjetiva por culpa o negligencia surgió la regla de la responsabilidad objetiva, en virtud de la cual, dicho de manera resumida y en apretada síntesis, quien causa un daño es el responsable con independencia de que haya tenido o no la culpa en su producción, al haber realizado una actividad apta para producir un riesgo (Reglero Campos, 2003, p. 220).

⁹ STS de 30 de mayo de 2006 (recurso núm. 211/2005).

En un primer momento la fórmula de encaje entre los criterios objetivos y subjetivos consistió en considerar que cumplir con la normativa no es prueba suficiente para la exención de responsabilidad por culpa. En este sentido puede traerse a colación un supuesto en el que las chispas desprendidas por una locomotora provocaron un incendio¹⁰. El Tribunal Supremo consideró que producido un accidente o siniestro las compañías de ferrocarriles «no pueden excusar su responsabilidad con el hecho de haber cumplido formulariamente todos los requisitos reglamentarios a que vienen obligados». Cuando las medidas adoptadas para prevenir y evitar los daños –previsibles y evitables– no han ofrecido resultado positivo, queda acreditada la imperfección de las medidas adoptadas, así como la negligencia en la adopción de las medidas, dando lugar a unos daños cuya reparación es de absoluta necesidad por ineludible imperativo de justicia. Otro supuesto en el mismo sentido lo encontramos en un caso de combustión de una película virgen, almacenada en unos laboratorios cinematográficos, que produjo una explosión seguida de un incendio¹¹. No se conocían con exactitud las causas del incendio ni se había detectado culpa en la conducta de la demandada. No obstante, el Tribunal Supremo, sin apartarse de los principios de la teoría de la culpa, consideró que un incendio en un almacén de películas de cuya composición forma parte la nitrocelulosa es siempre un caso previsible, por lo que se requiere una especial diligencia en la adecuación de las instalaciones, no siendo suficiente el cumplimiento de las medidas estandarizadas, sino que también han de agotarse o apurar las medidas de todo tipo necesarias para prevenir o evitar el daño y sus ulteriores consecuencias (Díez-Picazo y Ponce de León, 2000, pp. 118-119).

Un paso más de esta tendencia hacia la responsabilidad objetiva lo encontramos con el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba, en el que se dispensa al perjudicado del esfuerzo probatorio, obligando al causante del accidente a demostrar que no ha concurrido una causa de exoneración en la que pueda ampararse¹². La inversión de la carga de la prueba pasa de ser una presunción judicial a comportarse como una auténtica presunción legal. La mera producción del accidente justificaría una suerte de presunción *iuris et de iure* o ficción de negligencia, no siendo precisa ninguna circunstancia fáctica en que apoyarse (Díez-Picazo y Ponce de León, 2011, pp. 127-128).

Ante la ausencia de «nuevas» reglas que posibiliten encajar los criterios subjetivo y objetivo, en la práctica la responsabilidad objetiva ha funcionado más desde un punto de vista argumentativo o retórico que como opción decidida para fundamentar la responsabilidad civil (Díez-Picazo y Ponce de León, 2011, pp. 129-130). Aparte de una retórica no siempre predecible del criterio objetivo, y la necesidad de que sea el demandado quien tenga que probar que se comportó con los estándares de diligencia que eran exigibles, es rara la sen-

¹⁰ STS de 29 de junio de 1932 (MP Miguel Hernández).

¹¹ STS de 30 de junio de 1959.

¹² STS de 10 de julio de 1943 (RJ 1943\856). Atropello de ciclista: Obligación del conductor infractor de moderar la marcha en las proximidades de curvas y en los cruces de caminos con visibilidad nula.

tencia que resuelve con independencia de la culpa. A veces, pudiendo resolver con arreglo a criterios objetivos, al amparo de una argumentación a la sombra del criterio de la culpa, se acaba condenando por negligencia¹³. Otras veces parece que, aceptando, al menos en línea de principio, que el criterio objetivo es el fundamento de la responsabilidad civil, sin embargo, termina afirmando que se ha incurrido en el ámbito de la culpa o negligencia¹⁴. Y, en ocasiones, en la aplicación de algunas normas de responsabilidad objetiva, la jurisprudencia no ha llegado a emanciparla de las reglas generales de la responsabilidad por culpa, como puede ser en casos de infección hospitalaria¹⁵ o defecto de un dispositivo intrauterino¹⁶.

Iniciado el siglo XXI apreciamos una línea jurisprudencial que, asentando una jurisprudencia que respete con mayor rigor el principio general de responsabilidad por culpa, ambiciona clarificar los criterios de aplicación de la responsabilidad objetiva. A modo de ejemplo, en un supuesto de una caída a la salida de un supermercado, no pudiendo considerarse que regentar un negocio abierto al público pueda ser considerado una actividad creadora de riesgo, y aunque así fuera, «la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad civil con fundamento en el artículo 1902 del Código civil (SSTS 11 de septiembre de 2006¹⁷ y 22 de febrero de 2007), como tampoco acepta una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva ni la inversión de la carga de la prueba, limitada en la actualidad a supuestos legalmente tasados»¹⁸.

2.3. La conducta diligente

Si el derecho se concibiera como un sistema de regulación de la conducta humana racional, se posibilitaría un mejor encaje entre la negligencia y la responsabilidad objetiva.

Las conductas potencialmente peligrosas se incentivarían con el criterio de la negligencia, al poder eludir el causante la indemnización por los daños causados sin culpa, por lo que si se pretende disminuir las conductas potencialmente peligrosas resulta más eficiente el criterio de responsabilidad objetiva, al establecer la obligación de indemnizar los daños que se causen, con independencia de que la conducta haya sido diligente (Salvador Corderch y Ramos González, 2008, p. 77).

¹³ SSTS de 7 de abril de 1997 (recurso de casación núm. 1184/1993) y 16 de diciembre de 2008 (recurso de casación núm. 1683/2002).

¹⁴ STS de 20 de febrero de 2008 (recurso de casación núm. 5400/2000).

¹⁵ STS de 5 de enero de 2007 (recurso núm. 161/2000).

¹⁶ STS de 24 de septiembre de 1999 (NCJ046124).

¹⁷ (NCJ047490)

¹⁸ STS de 30 de mayo de 2007 (recurso de casación núm. 80/2000).

A modo de ejemplo, si admitimos que los accidentes de tráfico no pueden evitarse por mucho que la conducta humana sea diligente, y que el conductor que conduce mucho a la larga causa más accidentes –daños accidentales–, resultará más eficaz un criterio de responsabilidad que no dependa el nivel de diligencia que se adopte.

El criterio de la responsabilidad objetiva al evitar un volumen excesivo de conductas potencialmente peligrosas (Hylton, 2014, pp. 35 y ss.) posibilitaría una función preventiva (Pantaleón Prieto, 2000, p. 171)¹⁹, así como una función decisoria, al poder establecer el nivel de actividad que se está dispuesto a desarrollar, pues con independencia de cómo haya sido la conducta humana, deben asumirse los daños causados por la actividad de peligro o de riesgo (Schäfer y Ott, 1991, pp. 119 a 123).

Si bien la posibilidad de controlar de manera eficiente el volumen de actividades peligrosas podría hacernos pensar que la responsabilidad objetiva es preferible a la responsabilidad por culpa, resulta que en las actividades que no sean de peligro será bastante el criterio de la responsabilidad por culpa, por lo que no tendrá sentido limitar el nivel de actividad. Carecerá de sentido, como en ocasiones se ha pronunciado la jurisprudencia, la elevación del canon de la diligencia exigible hasta llegar a «agotarlo», por resultar en la práctica de imposible cumplimiento²⁰.

3. La responsabilidad por el hecho de otro

Mediante la responsabilidad por hecho de otro o responsabilidad vicaria, el principal responde por los daños causados por conductas negligentes de un tercero, con el que está vinculado por una relación de agencia, dependencia u otras análogas (Salvador Coderch *et al.*, 2002, pp. 5-11; Gómez Pomar, 2004, pp. 2 y ss.).

Se presume que el principal ha participado en el daño causado a través de una conducta negligente consistente en no haber evitado, debiendo hacerlo, el daño. Por ello no existe en realidad responsabilidad por hecho ajeno sino, más bien, un verdadero caso de responsabi-

¹⁹ Si bien no niega que la responsabilidad extracontractual pueda cumplir de manera indirecta una finalidad preventiva, sí rechaza, en cambio, que esa finalidad preventiva pueda ser considerada como una función «normativa» de la responsabilidad aquiliana, pues, en su opinión, la única función «normativa» de esta en el derecho español es la compensatoria o resarcitoria.

²⁰ SSTs de 28 de abril de 1997 (recurso de casación núm. 1662/1993), caída por la escalera de cliente de hotel; 30 de marzo de 2006 (Sentencia núm. 304/2006), caída por escalón de cliente de restaurante que debía conocerlo; 6 de febrero de 2003 (recurso de casación núm. 1375/1997), caída en la escalera de un centro comercial; 7 de mayo de 2001 (recurso de casación núm. 1186/1996), caída sin prueba de la culpa o negligencia de los demandados; 22 de febrero de 2007 (sentencia núm. 149/2007), caída en un mercado por hallarse el suelo mojado por agua de lluvia, y de 30 de mayo de 2007 (recurso de casación núm. 80/2000), caída a la salida de un supermercado.

lidad por hecho propio. La responsabilidad por hecho ajeno ya no es un reproche, sino una garantía legal en favor de las víctimas. Que el principal ha causado el daño no deja de ser una ficción. Se da por cierto algo que no se ajusta a la realidad, pero sin ofrecer razón alguna por la cual hay que fingir algo que evidentemente no ha ocurrido (Keren-Paz, 2016, p. 125).

A continuación, analizaremos los supuestos de responsabilidad de los empresarios y de los padres o tutores para detectar posibles ineficiencias.

3.1. La responsabilidad de los empresarios

Al amparo de lo establecido en el artículo 1903.4 del CC, la jurisprudencia ha venido estableciendo la responsabilidad de los empresarios –persona física o jurídica– ante terceros lesionados por los actos de sus asalariados por dos motivos²¹: *culpa in eligendo*, cuando el empresario contrata al asalariado él es el responsable de sus acciones²², y *culpa in vigilando* o *in controlando*, cuando el empresario debe controlar y supervisar la actividad de sus asalariados²³. En esencia, el empresario es responsable ante la víctima por un funcionamiento deficiente de la empresa o *culpa in operando*²⁴. No obstante, quedará exento de responsabilidad por culpa el principal cuando no asuma el deber de vigilancia, al no haberse reservado participación o dirección en los trabajos ejecutados por un tercero²⁵.

Con arreglo a lo indicado, los empresarios son directamente responsables ante las víctimas por su propia negligencia en el control o la elección de sus asalariados²⁶, sin perjuicio de la negligencia requerida en la conducta del causante del daño –asalariado–²⁷, pudiendo ejercer la acción de repetición²⁸ contra el asalariado tras haber compensado a la víctima²⁹. Aunque es discutible (Gómez Calle, 2006, pp. 516-517) si el empresario es estrictamente responsable³⁰, encontramos resoluciones que apuntan que no lo es, al considerar que la conducta del causante del daño también debería haber sido negligente³¹.

²¹ STS de 29 de febrero de 1996 (recurso núm. 2422/1992).

²² STS de 18 de julio de 2005 (recurso de casación núm. 1137/1999).

²³ STS de 30 de diciembre de 1980 (RJ 1980\4815).

²⁴ STS de 3 de abril de 2006 (NCJ049635).

²⁵ STS de 29 de septiembre de 2000 (ROJ: STS 6909:2000)

²⁶ STS de 6 de octubre de 1994 (recurso núm. 2842/1992).

²⁷ STS de 25 de octubre de 1996 (recurso núm. 579/1995).

²⁸ Artículo 1904.1 del CC.

²⁹ STS de 26 de octubre de 2002 (NCJ040354).

³⁰ SSTS de 17 de octubre de 2001 (NCJ039073) y 9 de octubre de 2000 (recurso de casación núm. 2802/1995).

³¹ SSTS de 26 de junio de 2006 (NCJ047046) y 14 de diciembre de 2005 (RJ 2005\62).

Los principales requisitos para considerar que existe responsabilidad por parte del empresario son, según la jurisprudencia³²: a) la existencia de una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada³³, como puede ser a través de un contrato laboral³⁴; b) el daño debería haberse producido dentro de las horas de trabajo y como resultado del trabajo realizado³⁵, y c) la conducta del dependiente tiene que haber sido negligente³⁶.

En todo caso, si bien la responsabilidad del empresario, basada tradicionalmente en la *culpa in vigilando* o *in eligendo*, opera cuando un sujeto no observa la diligencia debida y causa un daño a otro, con el paso del tiempo ha experimentado un proceso evolutivo que ha desembocado en una cuasiobjetivación de la responsabilidad, para algunos, o mejor dicho, en una clara y decisiva objetivación de la misma, basada en la llamada teoría del riesgo (Sánchez Hernández, 2008).

El tránsito de la responsabilidad por culpa a la responsabilidad por riesgo sin culpa ha comportado que el tradicional binomio patrón-empleado no representa en la actualidad el modelo de imputación de responsabilidad del empresario. La multitud de sujetos que intervienen en la cadena empresarial ha dificultado en gran medida la individualización del sujeto que debe responder del daño causado a un tercero como consecuencia del ejercicio de una actividad empresarial. Parece que la inadecuación de la culpa como criterio tradicional de imputación subjetiva de responsabilidad es lo que subyace a la jurisprudencia objetivadora, que debería ser el punto de arranque de una evolución legislativa hacia una nueva configuración de la responsabilidad del empresario por los hechos dañosos de sus dependientes.

Tal vez lo más eficiente consistiría en que el empresario respondiera objetivamente de los riesgos típicos de su actividad y, entre ellos, como un riesgo más de su empresa, de los daños culposamente causados por sus empleados en el desempeño de sus tareas. El empresario ajeno a la producción del daño, y con independencia de su culpa en la elección, vigilancia y control del dependiente, debería responder de manera objetiva de los daños de los que aquel en el que haya diferido el ejercicio de sus cometidos empresariales sea subjetivamente responsable. La responsabilidad del empresario tendría que modelarse como una responsabilidad vicaria en la que la culpa del dependiente fuera requisito *sine qua non* –el empresario solo podría exonerarse por la inexistencia de culpa de su empleado–, per-

³² STS de 20 de diciembre de 1996 (recurso núm. 917/1993).

³³ STS de 21 de junio de 2006 (recurso de casación núm. 4907/1999).

³⁴ STS de 29 octubre 2002 (NCJ040342); normalmente existiendo relación laboral se presume, o mejor dicho, no se cuestiona la existencia de relación de dependencia.

³⁵ SSTS de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007\1828) y 18 de mayo de 2006 (Sentencia núm. 520/2006) y STSJ de Navarra de 28 de abril de 2003 (recurso de casación núm. 5/2003).

³⁶ SSTS de 13 de octubre de 1995 (recurso núm. 985/1992) y 30 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5918).

mitiéndosele recuperar lo pagado repitiendo contra el dependiente, por ser deudor principal (Beluche Rincón, 2011, pp. 387-388).

3.2. La responsabilidad de los padres o tutores

Para la responsabilidad civil de los padres o tutores por los daños ocasionados por sus hijos menores, atendiendo a la edad y al carácter civil o penal del acto que causa el daño, deberemos acudir a la normativa civil o a la normativa penal. En el ámbito penal³⁷ se establece un orden de responsables solidarios, que comienza con los padres, sin tener en cuenta si viven juntos o separados, permitiendo la moderación de la responsabilidad, cuando no se haya favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia. En el ámbito civil³⁸, en cambio, se atribuye la responsabilidad por los actos de sus hijos a los padres bajo cuya guarda se encuentren³⁹, exonerando a los padres de responder cuando prueben que obraron con la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, convirtiéndose *de facto* en una suerte de *probatio diabolica* o presunción de negligencia para los padres, que si bien facilita que la víctima sea compensada⁴⁰, inserta un matiz objetivo en la responsabilidad de los padres que en la práctica pasan a responder con arreglo a criterios de riesgo⁴¹, sobre la base de dos principios: *culpa in vigilando* y *culpa in educando*⁴².

En la jurisprudencia encontramos abundantes supuestos de presunción de negligencia de los padres, a los que se les acaba atribuyendo la responsabilidad: menor que causó daños por la explosión de petardos en discoteca durante las fiestas del pueblo⁴³; menor que agrede sexualmente a otro tras haber solicitado ayuda a las instituciones públicas⁴⁴; omisión del deber de vigilancia al fallecer ahogado un menor⁴⁵; menor que causa daños con una raqueta en la mandíbula de otro menor⁴⁶; menor que causa lesiones irreversibles en el ojo a otra menor al propinarle un balonazo en la cara⁴⁷; caída de máquina expendedora

³⁷ La Ley orgánica de responsabilidad penal del menor (LORPM) se aplica para el caso de que un menor de entre 14 y 18 años realice un acto que se tipifique como delito en el Código Penal (CP) o las leyes penales especiales, y ese acto haya causado un daño. Véanse artículos 61.3 de la LORPM y 120 del CP.

³⁸ Véase artículo 1903 del CC.

³⁹ STS de 19 de octubre de 1983 (JUR 1983\5333).

⁴⁰ STS de 29 de diciembre de 1962 (RJ 1962\5141).

⁴¹ STS de 17 de junio de 1980 (ROJ: STS 4782/1980).

⁴² STS de 24 de marzo de 1979 (RJ 1979\919).

⁴³ STS de 23 de febrero de 2010 (recurso de casación núm. 1697/2005).

⁴⁴ STS de 10 de noviembre de 2006 (NCJ042658).

⁴⁵ STS de 6 de septiembre de 2005 (NCJ044815).

⁴⁶ SAP de Málaga de 27 de octubre de 2003 (recurso de apelación núm. 1036/2001).

⁴⁷ STS de 8 de marzo de 2002 (NCJ039752).

de golosinas cuando el menor se colgó del tirador⁴⁸; culpa exclusiva de menor y personas encargadas de su vigilancia por las lesiones que sufre al cruzar un paso a nivel sin barreras⁴⁹; menor que causa una muerte con una escopeta de balines, a pesar de acreditar que le tenían prohibido su uso⁵⁰; menor que conduce el coche de sus padres y al chocar con un árbol provoca la muerte de su novia que le acompañaba, a pesar de acreditar que le tenían prohibido coger el coche y las llaves estaban escondidas, siendo condenados al considerar que las llaves podían haberse escondido mejor⁵¹; entre otras.

Mientras los hijos no sean mayores de edad o se emancipen los padres son responsables de sus actos, con independencia de si son conscientes⁵² o no⁵³ de las actividades de sus hijos, o haya mediado prohibición expresa⁵⁴. En consecuencia, con arreglo al principio *culpa in vigilando*, los padres siempre deben controlar⁵⁵ las actividades normales de sus hijos menores mientras están bajo su custodia⁵⁶, y aunque no estén con el menor en el momento de la producción del daño –niño jugando solo en un parque y daña a otro niño–, pues en todo caso deben ocuparse del menor y no dejarlo solo⁵⁷. En caso de que sean considerados responsables varios menores, sus respectivos padres son solidariamente responsables⁵⁸. La *culpa en vigilando* cesa cuando el menor es puesto bajo la custodia de alguien, por ejemplo, la escuela, pero se reanuda cuando los padres lo recogen⁵⁹. La *culpa in educando* tiene un mayor alcance, pues si el menor ha cometido un daño, sus padres responden por su falta de educación, al ser la educación una responsabilidad de los padres⁶⁰. La *culpa in educando* de los padres, a diferencia de la *culpa in vigilando*, igualmente se aprecia aun cuando no estén con el menor en el momento de la producción del daño⁶¹.

⁴⁸ STS de 21 de octubre de 2002 (NCJ039917).

⁴⁹ STS de 2 de diciembre de 2002 (recurso de casación núm. 1226/1997).

⁵⁰ STS de 12 de mayo de 1999 (NCJ046201).

⁵¹ STS de 22 de septiembre de 1992 (ROJ: STS 18444/1992).

⁵² SAP de Albacete de 24 de julio de 2004 (JUR 2004\243409).

⁵³ STS de 12 de mayo de 1999 (NCJ046201).

⁵⁴ STS de 14 de abril de 1977 (RJ 1977\1654).

⁵⁵ SSTS de 4 de mayo de 1984 (RJ 1984\2396) y 22 de septiembre de 1984 (RJ 1984\4332).

⁵⁶ STS de 22 de septiembre de 1984 (ROJ: STS 174/1984).

⁵⁷ STS de 11 de marzo de 2000 (NCJ048429).

⁵⁸ STS de 8 de marzo de 2006 (NCJ047589).

⁵⁹ SSTS de 10 de diciembre de 1996 (RJ 1996\8975), 3 de diciembre de 1991 (recurso núm. 2531/1989) y 10 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8538).

⁶⁰ SAP de Barcelona de 23 de marzo de 2006 (AC 2006\1632).

⁶¹ SSAP de Navarra de 12 de noviembre 2004 (recurso de apelación núm. 177/2004) y de La Coruña de 2 de febrero de 1998 (rollo de apelación núm. 2205/1997).

3.3. La ineficacia de la responsabilidad personal

Los supuestos apuntados de responsabilidad por el hecho de otro ponen en evidencia la ineficiencia de la responsabilidad personal, no siendo capaces las teorías tradicionales de ofrecer una explicación de las razones por las cuales en la práctica se produce una mutación de la responsabilidad. Cada vez son menos residuales en las sociedades más complejas, en las que se interactúa para la consecución de intereses diferentes o contrapuestos. Lo eficiente sería imputar los daños con arreglo a la titularidad de actividades o relaciones, y no mediante criterios más o menos estrictos de causalidad o evitabilidad (Doménech Pascual, 2019, p. 13).

Lo que en la práctica realmente justifica que en determinados supuestos se prefiera la regla de la responsabilidad por el hecho de otro en lugar de la responsabilidad personal es, en esencia, la mayor solvencia y capacidad de afrontar los costes, la aversión al riesgo, la capacidad para controlar conductas, los incentivos para adoptar medidas de precaución en ausencia de responsabilidad personal, o la contratación de un seguro de responsabilidad por quien está en mejor condición de hacerlo (Salvador Coderch *et al.*, 2002, pp. 6 y ss.; Salvador Coderch y Gómez Ligüerre, 2002, pp. 4-5).

En las sociedades económicamente avanzadas y de servicios los casos de responsabilidad por el hecho de otro son probablemente más numerosos y de mayor cuantía que los de responsabilidad por hecho propio, por lo que lo eficiente sería que las doctrinas tradicionales, en lugar de limitarse a exonerar de culpa al causante del daño, se atreviesen a reconocer la inviabilidad –en la mayor parte de casos– de la responsabilidad personal.

4. La relación de causalidad

La importancia que en la práctica se atribuye al requisito de la causalidad contrasta con el desconcierto existente acerca de los criterios de imputación, en virtud de los cuales hay que determinar si en un caso concreto dicha causalidad concurre o no (Díez-Picazo y Ponce de León, 2000, pp. 331-334; Reglero Campos, 2006, pp. 215-220 y 231-233). Si bien acostumbra a considerarse la causalidad como el criterio de imputación de daños más importante –si no el único–, no es menos cierto que la causalidad, entendida como causalidad de hecho, es solo uno de los muchos criterios utilizados para imputar responsabilidad por daños (Salvador Coderch y Fernández Crende, 2006, p. 1).

No obstante, esa concepción tradicional en virtud del cual una persona causa un daño cuando su actuación forma parte de la cadena de acontecimientos que dan como resultado fáctico ese daño, no es capaz de explicar la función que en la práctica desempeña realmente el nexo causal. En primer lugar, porque la causalidad de hecho no siempre es necesaria para que surja la responsabilidad. En este sentido pueden citarse supuestos de

responsabilidad por el hecho de un tercero, responsabilidad por la pérdida de una oportunidad, responsabilidad por omisión, responsabilidad presunta o responsabilidad de las personas que forman parte de un grupo por los daños causados por un miembro indeterminado del mismo (García Amado, 2015). En segundo lugar, la existencia de la causalidad de hecho tampoco es un requisito suficiente para que se desencadene la responsabilidad. En ocasiones, las personas que han causado un daño en ese sentido fáctico, incluso mediando negligencia, no son consideradas causantes del mismo a los efectos de tener que resarcirlo. Ese criterio fáctico, en la práctica, resulta modulado o, más bien, sustituido por otros de índole jurídica, como pueden ser, entre otros, los criterios de imputación objetiva, causa eficiente, causa adecuada, causa próxima o causa hipotética (Salvador Coderch y Fernández Crende, 2006, pp. 4-10).

El paradigma de imputación de daños a quienes no los habían causado es el caso del envenenamiento por aceite de colza, por lo que la mayor condena del siglo XX se decidió al margen de la relación de causalidad (Salvador Coderch y Fernández Crende, 2006, p. 2). Si bien en un primer momento el Tribunal Supremo condenó criminal y civilmente a los imputados, aunque la razón del desencadenamiento de la enfermedad nunca fue aclarada⁶², años más tarde imputó *in extremis* a un funcionario de Aduanas y, subsidiariamente, al Estado⁶³.

Ante las dificultades de la concepción tradicional para establecer si una determinada acción u omisión imprudente es susceptible de haber causado un resultado dañoso, según la jurisprudencia para distinguir entre causalidad –«causalidad material»– e imputación objetiva –«causalidad jurídica»–, «no basta con la constancia de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado o atribución del resultado, lo que en la determinación del nexo de causalidad se conoce como causalidad material y jurídica»⁶⁴.

Si bien la conducta del demandado es una causa adecuada del daño padecido por la víctima si lo había previsto, el problema surge a la hora de establecer y determinar qué grado de conocimientos precisa una persona para pronosticar que sí se va a producir un resultado (Salvador Coderch y Fernández Crende, 2006, p. 8). Esto nos hace sospechar que la relación de causa a efecto entre una acción y un daño, por sí misma, no juega un papel determinante en la imputación de responsabilidad civil. Además, en una sociedad donde la información es por lo general imperfecta, resulta más eficiente que solo se impute un resultado dañoso a una conducta cuando la realización de esta incrementa *ex ante* la probabilidad de que el

⁶² STS de 23 abril de 1992 (recurso núm. 3654/1990).

⁶³ STS de 26 de septiembre de 1997 (recurso de casación núm. 2569/1996).

⁶⁴ STS de 30 de noviembre de 2011 (recurso de casación núm. 737/2008), y en análogo sentido, SSTS de 24 de mayo de 2004 (recurso de casación núm. 1948/1998), 11 de junio de 2008 (recurso de casación núm. 458/2001), 9 de octubre de 2008 (NCJ047749), 5 de marzo de 2009 (recurso de casación núm. 224/2004), 6 de abril de 2009 (NCJ052700) y 15 de julio de 2010 (NCJ053635).

daño se produzca. Lo decisivo ya no es haber causado un daño, sino haber creado cierto riesgo para que este se produjera (Doménech Pascual, 2005, p. 69).

El establecimiento de un ámbito de responsabilidad civil debería constituirse ponderando los costes y los beneficios de suprimir o incluir un daño en el citado ámbito de responsabilidad. La supresión de un determinado tipo de daño del ámbito de la responsabilidad civil posibilitaría la realización de actividades socialmente deseables, si bien comportaría la eliminación de los incentivos para prevenir los daños excluidos. Y, por el contrario, la inclusión de un daño en la esfera de la responsabilidad civil resultará eficiente si posibilita la adopción de precauciones que permitan la reducción del riesgo de que el daño se produzca, si bien podría desincentivar la realización de actividades socialmente beneficiosas (Salvador Coderch y Fernández Crende, 2006, pp. 18-20; Doménech Pascual, 2019, pp.16-17).

Si pudiera establecerse con precisión el estándar de diligencia óptimo y exigible, y el requisito de la causalidad carecería de trascendencia, en esta hipótesis, en un sistema de responsabilidad por culpa, los potenciales causantes actuarían diligentemente y nunca responderían. En cambio, si ponderamos la responsabilidad por culpa con el requisito de la relación de causalidad, en un sistema de responsabilidad por culpa sin causalidad, si la conducta no fuese diligente, se respondería por todos los daños, incluso los que se hubiesen podido evitar de haber adoptado una conducta diligente. En cambio, en un sistema de responsabilidad por culpa con causalidad, solo se responderá por los daños que se hubieran podido evitar de haber actuado diligentemente, y no por los daños que no se han podido evitar a pesar de haber actuado de manera diligente (Doménech Pascual, 2019, p.17).

En un planteamiento más próximo a la realidad en el que la información es imperfecta, y no se sabe con certeza cuál es el estándar de diligencia óptimo y exigible, las cosas son diferentes (Schäfer y Ott, 1991, p. 239). En este contexto la aplicación de la regla de responsabilidad por culpa sin causalidad nos llevaría a comportamientos excesivamente diligentes –nivel de precaución excesivo–, que si bien no comportan grandes costes tampoco suponen ningún beneficio. Se tenderá a aumentar la diligencia hasta el punto en que se considere que el coste de la mayor diligencia iguala al beneficio derivado de reducir el riesgo y la responsabilidad civil por cualquier daño. En el caso de que un comportamiento no alcanzase la diligencia óptima y exigible, se responderá por todos los daños, con independencia que se hubiesen podido evitar o igualmente se hubieran producido a pesar de haber adoptado la precaución exigible. Por este motivo, de aplicarse la regla de responsabilidad sin causalidad, el potencial causante tratará de evitar sobre todo conductas que considere que no alcanzan la diligencia óptima y exigible, para lo cual tenderá a tomar medidas de precaución demasiado costosas e ineficientes (Doménech Pascual, 2019, pp.17-18).

En cambio, la regla de la responsabilidad por culpa con causalidad distorsiona en menor medida los incentivos de los potenciales causantes para que adopten la diligencia óptima y exigible. En el supuesto de que la conducta no alcance la diligencia óptima y exigible solo se responsabiliza al demandado de los daños que hubiera podido evitar adoptando el es-

tándar de diligencia exigible. La asimetría entre los errores por defecto y por exceso, en la adopción de la diligencia óptima y exigible, se elimina o al menos se reduce de manera considerable. Manteniéndose constantes el resto de las variables, ambos tipos de errores tienen el mismo coste, por lo que los potenciales causantes no tienen incentivos para tomar de manera sistemática precauciones demasiado costosas e ineficientes con el fin de evitar, sobre todo, los errores por defecto –no alcanzar la diligencia óptima y exigible–. Si la diligencia adoptada es inferior a la considerada óptima y exigible, no se responderá por todos los daños, solo se responderá de los daños que se produzcan en la franja delimitada entre la diligencia óptima y la diligencia adoptada. Cabe entender que en esta franja el coste esperado de la eventual responsabilidad es muy próximo al coste que comporta la elevación de la diligencia por encima de la adoptada –elevación hasta la óptima y exigible– (Doménech Pascual, 2019, p.18).

Para que en la práctica la imputación de un daño resulte eficiente conviene distinguir entre causalidad y negligencia, pues un concepto no implica el otro. El significado y el cometido de la relación de causalidad tiene una mejor comprensión desde el marco de las conductas socialmente deseables que desde las teorías y categorías empleadas usualmente en el discurso del derecho de daños. Desde la perspectiva de lo que realmente ocurre en la sociedad encontramos argumentos para considerar que la regla de la responsabilidad por culpa con causalidad resulta más eficiente que la de la responsabilidad por culpa sin causalidad.

5. La relación jurídica de las partes

Las teorías tradicionales consideran que la responsabilidad civil es un fenómeno bilateral en el que las posiciones del demandante y demandado están mutuamente condicionadas (Weinrib, 2017, pp. 22-23). En una sola operación y de manera simultánea se ha de determinar por qué el Derecho debe imponer una carga sobre el demandado y proporcionar un beneficio al demandante, no resultado posible centrarse solo en una de las partes (Keren-Paz, 2016, p. 123). Este enfoque bilateral permite, por un lado, definir las conductas que pueden realizarse sin estar sujetas a responsabilidad alguna, o lo que es lo mismo, qué perjuicios deben tolerarse por las acciones de terceros (Díez-Picazo y Ponce de León, 2000, pp. 42-43; Salvador Coderch y Ruiz García, 2001, pp. 2 y ss.). Por otro lado, establece la obligación de ser indemnizado y el derecho a ser compensado para el caso de que alguien, excediendo su propia esfera de libertad, interfiera con la libertad ajena (Díez-Picazo y Ponce de León, 2000, pp. 56-63). En definitiva, se regulan los límites de la libertad de acción, a fin de lograr un equilibrio sensato con la seguridad personal, estableciéndose de manera simultánea un deber de no dañar, y un correlativo derecho a no ser dañado. La regla de responsabilidad subjetiva, por ejemplo, consagra un deber de no dañar a terceros, y un derecho a no ser dañado, mediante actos negligentes. La regla de responsabilidad objetiva hace lo propio con las conductas que aun estando permitidas superan el umbral de riesgo convencionalmente estipulado. El establecimiento de los términos que la sociedad consi-

dera equitativos para regular las interacciones privadas de los particulares son derechos y deberes primarios. En cambio, la obligación de indemnizar y el derecho a ser compensado son derechos y deberes secundarios, que solo nacen una vez que los derechos y deberes primarios son vulnerados (Papayannis, 2018, pp. 125-139).

Los derechos y deberes primarios y secundarios son correlativos en los sistemas bilaterales. En este sentido, un juicio concreto sobre el contenido de los derechos o deberes de un individuo siempre hace referencia a los deberes o derechos de otro. Cuando se afirma que una «potencial víctima» tiene derecho a no ser dañada por un «potencial agente dañador», se está afirmando a la vez que el «potencial agente dañador» tiene el deber de no dañar a la «potencial víctima». Las condiciones de verdad de ambas proposiciones son idénticas. Y lo mismo se mantiene para los derechos y deberes secundarios. El derecho de la «potencial víctima» a ser compensado no tiene un contenido distinto del deber del «potencial agente dañador» de indemnizarlo. En definitiva, la razón por la cual el agente dañador debe compensar a la víctima es la misma razón por la cual tenía el deber de no dañarla en primer lugar (Papayannis, 2018, p. 136).

Si bien los enfoques bilaterales en materia de reparación de daños detallan qué conductas pueden ser realizadas sin responsabilidad y qué grado de interferencia de terceros debe ser tolerado, desde un punto de vista menos dogmático y más pragmático y real esta afirmación es un tanto engañosa, pues no existen acciones libres de responsabilidad. Siempre hay algún responsable. A modo de ejemplo, supongamos que se produce un daño y que la conducta del causante ha sido diligente. Si aplicamos la regla de responsabilidad por culpa la víctima, no podrá solicitar una reparación, por lo que de alguna manera es «responsable» de su propio perjuicio. Desde esta perspectiva, la visión tradicional del derecho de daños no resulta acertada, ya que la responsabilidad puede recaer incluso sobre quién no realiza acción. Cuando a una persona que no realiza acción alguna –por ejemplo, persona durmiendo– se le causa un daño por una conducta permitida al causante, la persona que no realiza acción alguna –víctima– sería responsable de la pérdida que sufre –no se la puede trasladar a otro–, pues desde la perspectiva del enfoque bilateral y correlativo tradicional debe tolerar el perjuicio (Papayannis, 2012, pp. 703-706).

Un ordenamiento jurídico estructurado sobre la base de daños de naturaleza recíproca comportará que solo se contemplen actividades incompatibles y decisiones respecto de quién debe cargar con las pérdidas (Coase, 1960, p. 2). Con arreglo a la regla de responsabilidad objetiva, el causante del daño será responsable del daño, a no ser que la víctima haya omitido su deber de diligencia. Con arreglo a la regla de responsabilidad por culpa, por el contrario, la víctima será responsable del daño, a no ser que el causante del daño haya realizado una acción incorrecta. Ambas reglas son el reflejo una de la otra. La responsabilidad objetiva es responsabilidad objetiva del causante del daño, y la responsabilidad por culpa es responsabilidad objetiva de la víctima, ambas combatibles por la conducta negligente de la otra parte. Este análisis muestra que no hay acciones sin responsabilidad, solo juicios sobre quién es el responsable de los daños en cada caso. Por

ello, no resulta conveniente analizar la responsabilidad civil en términos de una supuesta función delimitadora que especifique lo que se puede hacer –sin responsabilidad de ninguna clase– y lo que no. Resulta mucho más ventajoso examinar la responsabilidad civil desde el punto de vista de los incentivos –que miran al futuro– para que las pretensiones recíprocas de las partes puedan llegar a generar resultados eficientes. Lo relevante cada vez que se produce un accidente es poder determinar quién está en mejores condiciones para reducir el tipo de riesgo que causó el tipo de pérdida cuya reparación se pretende (Papayannis, 2018, pp. 128 y ss.).

Además, en ocasiones la víctima y el causante del daño no se encuentran en una relación jurídica estrictamente bilateral y correlativa, como sucede cuando se involucran en la relación otras personas, como puede ser en los supuestos de intervención de compañías aseguradoras o en los casos de responsabilidad por hecho ajeno. Las teorías tradicionales no solo no explican las excepciones que puedan producirse en el enfoque bilateral y correlativo del derecho de daños, sino que en ocasiones tampoco son capaces de explicar a la perfección el citado enfoque. Para que tanto los potenciales causantes como las posibles víctimas adopten un nivel óptimo de precaución, es necesario, por regla general, que la indemnización que los potenciales causantes han de pagar equivalga al daño sufrido por las víctimas. No obstante, en ocasiones pueden existir razones de eficiencia que justifiquen que la compensación exigible sea en determinadas circunstancias inferior o superior a la magnitud del daño sufrido por la víctima (Doménech Pascual, 2012, pp. 60-64).

6. Una lógica razonable en la lógica jurídica

El desequilibrio entre el mundo dogmático y abstracto de las teorías del derecho con el mundo de las decisiones y de lo practicado pone en evidencia algunas ineficiencias en algunos aspectos de la responsabilidad civil en el ámbito del derecho de daños, que aconsejan un replanteamiento del derecho privado. En este intento de establecer un «nuevo» derecho de daños deberían diseñarse fines, objetivos y principios que ayudasen a determinar de la manera más eficaz posible quién es el responsable por el accidente, y a quién debe la sociedad asignarle el coste del daño (Coleman, 2001, p. 201).

Una lógica razonable en la lógica jurídica del derecho de daños debería tener una percepción global y no parcial de los problemas que surgen, producido un accidente. En este sentido, y a modo de ejemplo, imaginemos que en una cacería un cazador causa lesiones a una persona al confundirlo con una res de caza mayor, provocándole la pérdida de un ojo. Las teorías tradicionales con enfoques bilaterales y correlativos ciñen el problema a la víctima y al cazador. Indudablemente esto es parte del problema, pero el problema no se limita a la víctima y al cazador. Si queremos además preocuparnos y tener en consideración las consecuencias económicas y sociales del daño producido, el problema es más completo. En términos de bienestar social la pérdida del ojo ya es un apartado cerrado. Ya nada ni

nadie puede reparar realmente el daño causado. Pero aún en el caso que con el importe de la indemnización se pudiera adquirir un nuevo ojo para la víctima, el cazador y su familia, al verse obligados a soportar el daño, pasarían a ser las nuevas víctimas. Al tener que asumir la indemnización por los daños producidos a la víctima, el cazador y su familia pasan a tener menos recursos para cubrir sus necesidades. El daño se haya trasladado a otro lugar, pero la sociedad seguirá sufriendo (Posner, 2007, pp. 58-59).

Las teorías tradicionales del derecho de daños no incentivan conductas para minimizar los costes sociales de los daños, se limitan el establecimiento de estándares de diligencia muy exigentes para mirar de evitar la producción de daños, que en la práctica puede comportar que los cazadores se sintieran temerosos de salir a cazar, por el solo hecho de que se les pudiera responsabilizar por un hecho fortuito. Si esto fuera así, entonces habría menos cazadores, lo que a su vez implicaría menos piezas de caza mayor para alimentar a la población. Así, los accidentes en los que se pierden ojos terminarían vinculados con consecuencias no deseadas, como pueden ser el aumento en el precio de los alimentos o con la disminución de la cantidad de alimentos disponibles.

Otro ejemplo de consecuencias no deseadas podemos encontrarlo en el ámbito de la responsabilidad civil por productos defectuosos. Si bien lo lógico es que el fabricante responda por los daños causados por el mal funcionamiento de un producto, podría ocurrir que si los costes de la responsabilidad no son trasladados de manera adeudada y la carga se vuelve muy onerosa para los fabricantes, los productos suban de precio o dejen de fabricarse, afectando en última instancia a los consumidores. En este sentido podemos encontrarnos que, si las exigencias de responsabilidad civil por daños sobre los fabricantes de medicamentos son excesivas, comportara una subida de los precios o una reducción de medicamentos disponibles, comportando todo ello una reducción de los niveles de salud. El riesgo de tener que afrontar cuantiosas indemnizaciones debido al establecimiento de estándares de diligencia muy exigentes puede acabar afectando a los propios consumidores de bienes o servicios, al trasladarse los costes de la responsabilidad vía precios y, en consecuencia, las personas con menos recursos económicos no podrán acceder a determinados bienes o servicios.

Igualmente, otro ejemplo de consecuencias no deseadas, que pueden producirse con el establecimiento de estándares de diligencia muy exigentes, podemos encontrarlo en los casos de mala práctica profesional. Si el estándar de diligencia requerido a los médicos en su actividad cotidiana de salvar vidas fuese muy exigente, la consecuencia no deseada sería la imposibilidad de los pacientes de afrontar los elevados honorarios de los servicios médicos, debido tanto a la escasez de profesionales como a la necesidad poder abonar primas de seguros para tener cubierta la responsabilidad civil, para poder pagar las eventuales indemnizaciones «millonarias» ante el más mínimo error.

Para poder llegar a prevenir los accidentes y tener una percepción global de los problemas que surgen una vez producidos, se hace preciso una lógica razonable en la lógica

jurídica del derecho de daños. La dogmática jurídica provista de teorías jurídicas conformadas por una serie de conceptos abstractos, que encuentran y confirman su consistencia solo consigo mismos, si no es capaz de comprender la naturaleza instrumental de tales conceptos, no será capaz de resolver los problemas que se plantean en el día a día en una sociedad cada vez más compleja, que evoluciona de manera cada vez más rápida a nuevos entornos, como pueden ser los tecnológicos.

La aparición de formas de ver el mundo de lo jurídico desde una perspectiva más real, como la antropología jurídica, la sociología jurídica o el análisis económico del derecho, agrava el desequilibrio entre lo dogmático y los problemas que se plantean a diario, aterroizando a quien ve cuestionado su «creación irreal».

Los operadores jurídicos acostumbran a usar los conceptos de «ciencia jurídica» y de «naturaleza jurídica», que reflejan una visión bastante irreal del derecho. Al considerar que el derecho es una ciencia que tiene su objeto propio, se concluye afirmando que es posible descubrir en el mismo «cosas naturales», como quien descubre una nueva especie vegetal o animal, o una nueva ley física o elemento químico. Entonces surge el concepto de «naturaleza jurídica», como el descubrir un objeto nuevo en la realidad, capaz de ser definido conceptualmente. Pero el derecho no tiene un objeto natural. El derecho es un sistema de regulación de conductas y solución de conflictos antes que una ciencia. Su objeto, lejos de ser natural, es consecuencia de la creación del hombre. El derecho es creado por el hombre y su «naturaleza» y la de las instituciones cambian tan pronto el legislador cambia la ley que las regula.

Los razonamientos jurídicos suelen ser una suerte de razonamientos sobrenaturales y circulares, porque usan conceptos creados para definir y crear otros conceptos. El elemento definido se suele contener en la definición, porque los elementos de realidad son escasos –o inexistentes– en la tarea diaria de los juristas.

Por todo ello, resulta oportuno adaptar las reglas que gobiernan la responsabilidad civil en el ámbito del derecho de daños para minimizar las ineficiencias, la excesiva litigiosidad y conflictividad, la disparidad de criterios, todo ello enfocado a la posibilidad de plantear un «nuevo» derecho de daños que intente remediar los fallos desde una explicación de comportamientos humanos, costes e incentivos.

7. A modo de conclusión

Entendiendo el derecho como un sistema de regulación de la conducta humana racional, y la responsabilidad civil como un mecanismo para distribuir cargas y beneficios entre los miembros de la sociedad, se facilitaría la creación de un «nuevo» derecho de daños que, superando los tradicionales enfoques dogmáticos y abstractos, ayudase a minimizar

las ineficiencias, problemas y patologías del «actual» derecho de daños, asignando costes y atribuyendo responsabilidades de manera más eficiente.

El reequilibrio entre lo que la sociedad necesita del derecho y lo que el derecho, tal como lo concebimos, está en condiciones de ofrecerle pasa por aceptar que el derecho puede ser distinto a como lo hemos concebido. El reequilibrio no pasa por aceptar o no otras lógicas racionales en la lógica jurídica del derecho de daños, pero sí precisa que otras lógicas racionales nos ayuden a pensar el derecho de daños de otra manera a la que estamos acostumbrados.

Referencias bibliográficas

- Alfaro Águila-Real, J. (2007). Los juristas – españoles– y el análisis económico del derecho. *InDret*, 1. http://www.indret.com/pdf/417_es_1.pdf
- Barcia Lehmann, R. (1998). Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho. *Ius et Praxis*, 4(2), 149-175.
- Beluche Rincón, I. (2011). Consideraciones sobre la responsabilidad empresarial del 1903 Cc. En VV. AA., *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, La Coruña, 8 y 9 de abril de 2011 (pp. 387-392). Editum.
- Bullard González, A. (2002). Esquizofrenia jurídica. El impacto del análisis económico del Derecho en el Perú. *Thémis*, 44, 17-35.
- Coase, R. (1960). The Problem of Social Cost. *The Journal Law and Economics*, 3, 1-44.
- Coleman, J. (2001). Tort Law and Tort Theory: Preliminary Reflections on Method. En G. Postema (Eds.), *Philosophy and the Law of Torts* (pp. 183-213). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511498671.005>
- Coleman, J. (2001). *The Practice of Principle*. Oxford University Press.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2000). *Derecho de daños*. Civitas.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2011). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, La responsabilidad civil extracontractual*. Vol. V. Civitas Thomson Reuters.
- Doménech Pascual, G. (2005). La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 125, 65-99.
- Doménech Pascual, G. (2012). Ni más ni menos. El principio de indemnidad y sus excepciones. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, 59-86.
- Doménech Pascual, G. (2019). Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. *InDret*, 2.
- García Amado, J. A. (2015). Sobre causalidad y otros mitos doctrinales en la responsabilidad por daño extracontractual. *Almacén de Derecho*. <https://almacendederecho.org/sobre-causalidad-y-otros-mitos-doc->

- [trinales-en-la-responsabilidad-por-dano-extracontractual/](#)
- Gómez Calle, E. (2006). Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno. En F. Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*. Thomson-Aranzadi.
- Gómez Pomar, F. (2004). Responsabilidad por hecho ajeno e incertidumbre sobre la autoría. Comentario a la STS, 1.^a, 19.6.2003. *InDret*, 193. http://www.indret.com/pdf/193_es.pdf
- H, K. N. (2014). Information and Causation in Tort Law: Generalizing the Learned Hand Test for Causation Cases. *Journal of Tort Law*, 7, 35-64.
- Jansen, N. (2003). Estructura de un Derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna. *InDret*, 2. http://www.indret.com/pdf/128_es.pdf
- Keren-Paz, T. (2016). *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*. Marcial Pons.
- Pantaleón Prieto, F. (2000). Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 167-191. <http://afduam.es/libro/afduam-4/>
- Papayannis, D. M. (2018). El valor intrínseco de la responsabilidad civil. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 34, 119-148. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/
- Pérez Fuentes, G. M. (2009). Propuestas metodológicas para la investigación jurídica aplicada. *Prolegómenos*, 12(24), 43-57.
- Posner, R. A. (2007). *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Reglero Campos, L. F. (2006). Los sistemas de responsabilidad civil. En L. F. Reglero Campos (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil* (pp. 211-248). Aranzadi.
- Schäfer, H.B. y Ott, C. (1991). *Manual de análisis económico del derecho*. Tecnos.
- Salvador Coderch, P. (2019). Negligencia (I): Circunstancias de la negligencia. En P. Salvador Coderch (Ed.) y S. Ramos González (Coord.), *Derecho de daños* (pp. 67-85). *InDret*. <http://www.indret.com/pdf/16.10.2019.pdf>
- Salvador Coderch, P. y Gómez Ligüerre, C. I. (2002). Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización. *InDret*, 3. http://www.indret.com/pdf/088_es.pdf
- Salvador Coderch, P. y Gómez Ligüerre, C. I. (2005). El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes. *InDret*, 1. http://www.indret.com/pdf/275_es.pdf
- Salvador Coderch, P. y Fernández Crende, A. (2006). Causalidad y responsabilidad. *InDret*, 1. http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf
- Salvador Coderch, P. y Ramos González, S. (2008). Principios generales de la responsabilidad civil del fabricante. En P. Salvador Coderch y F. Gómez Pomar (Eds.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante* (pp. 75-104). Thomson Civitas.
- Salvador Coderch, P. y Ramos González, S. (2008). Relaciones de complacencia y deberes para con los invitados, *Revista InDret*, 2. http://www.indret.com/pdf/543_es.pdf
- Salvador Coderch, P. y Ruiz García, J. A. (2001). Prevención y Derecho de Daños. *InDret*, 2. http://www.indret.com/pdf/053_es.pdf
- Salvador Coderch, P., Gómez Ligüerre, C. I., Ruiz García, J. A., Rubí Puig, A. y Piñeiro Salguero, J. (2002). Respondeat Super-



rior 1. *InDret*, 2. http://www.indret.com/pdf/079_es.pdf

Sánchez Hernández, C. (2008). Responsabilidad del empresario: relación de dependencia y perjuicios causados con ocasión de sus funciones. *Revista de Derecho Patrimonial*, 21. Aranzadi. Aranzadi Digital (BIB 2008\1656).

Santos Briz, J. (1993). *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*. Montecorvo.

Weinrib, E. J. (2017). *La idea de Derecho Privado*. Marcial Pons.

Propiedad horizontal y cambio de destino del piso de la planta baja en local

Comentario a la [STS de 15 de diciembre de 2020](#)

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

No cabe una idéntica interpretación entre locales de negocio y pisos, con fundamento en que los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes, y aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales. De este modo los propietarios de los locales comerciales situados en la planta baja pueden ejecutar obras que supongan la alteración de la fachada del edificio, siempre y cuando su realización no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general o perjudique los derechos de otros propietarios, cuando ello sea preciso para el desarrollo de su actividad comercial. Existe una plena libertad a la hora de establecer el uso que se le puede dar a un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal, de tal forma que los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad del inmueble como consideren más adecuado, a no ser que este uso esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria.

Palabras clave: propiedad horizontal; elementos privativos; obras; conversión de piso en local.

Fecha de entrada: 12-01-2021 / Fecha de aceptación: 26-01-2021

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de enero de 2021).

La sentencia seleccionada para comentar tiene un aplicación práctica concreta en la medida en que la aplicación de la Ley de propiedad horizontal (LPH), que regula las relaciones entre los copropietarios de los pisos y locales existentes en los edificios sometidos a ese régimen, y que articula mecanismos legales para impedir que sus propietarios infrinjan la regulación aplicable, así como el título constitutivo, y de ese modo sometan a su piso a local o modificaciones que puedan alterar la seguridad del edificio, o su configuración o estado exterior, o supongan la alteración de elementos comunes.

El supuesto de la sentencia del Tribunal Supremo tiene incidencia en ese tipo de actuaciones y en sus consecuencias.

La demanda se presentó por copropietarios del inmueble afectado, al entender que la transformación en local se ha efectuado alterando la fachada de dicho edificio, contraviendo para ello el título constitutivo de la comunidad, al efectuarse dicha alteración del citado elemento común, no contando para ello con el consentimiento unánime del resto de los copropietarios. La demanda que conoció el juzgado de primera instancia fue totalmente desestimada, al no hallarse prohibido en los estatutos, ni en el título constitutivo; correspondía a los codemandados el derecho a cambiar el destino de su piso convirtiéndolo en local para su explotación como bar, y que las obras llevadas a efecto con tal fin, con proyecto técnico y licencia municipal, no afectaban a la estructura y seguridad del inmueble; los demandantes interpusieron recurso de apelación, que fue estimado parcialmente por la audiencia provincial, al haberse efectuado alterando la fachada de dicho edificio, contraviendo para el ello el título constitutivo de la comunidad, al producirse la alteración del citado elemento común, no contando para ello con el consentimiento unánime del resto de los copropietarios del edificio citado, condenándoles a estar y pasar por esta declaración.

Los demandados interpusieron recurso de casación que es estimado por el Tribunal Supremo, estimando el recurso interpuesto, confirmando la sentencia de primera instancia al juzgado de primera instancia.

El artículo 7.1 de la LPH dispone que el propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquel cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad.

En el resto del inmueble no podrá realizar alteración alguna, y si advirtiere la necesidad de reparaciones urgentes, deberá comunicarlo sin dilación al administrador.

Asimismo, el artículo 10.1 del mismo texto legal establece que:

Tendrán carácter obligatorio y no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios, impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, y vengán impuestas por las Administraciones Públicas o solicitadas a instancia de los propietarios, las siguientes actuaciones:

e) Los actos de división material de pisos o locales y sus anejos para formar otros más reducidos e independientes, el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio, o su disminución por segregación de alguna parte, realizados por voluntad y a instancia de sus propietarios, cuando tales actuaciones sean posibles a consecuencia de la inclusión del inmueble en un ámbito de actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas.

De este modo en principio las obras ejecutadas serían permisibles siempre y cuando no menoscabaran o alteraran la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, ni perjudicaran los derechos de otros propietarios, o afectaran a elementos comunes del edificio cuando no se trata de una división o agregación jurídica de las viviendas y se trate de una simple modificación y no implique la modificación de un elemento arquitectónico.

Es importante en este sentido resaltar que los propietarios de los inmuebles del edificio no pueden verse privados de la utilización de su derecho de propiedad sobre su piso o local de la manera que consideren adecuada, salvo que estuviera legalmente prohibido o que se limite expresamente por el régimen de propiedad horizontal, el título constitutivo o sus estatutos.

Debe asimismo destacarse la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo, que establece:

1. Así se dice que una de las características de la propiedad horizontal es la de estar regida por normas de derecho necesario, pero ello no impide que contenga otras modificables por la voluntad de los particulares y con respecto a las cuales rige el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) (SSTS de 15 de octubre de 2009, 4 y 7 de marzo de 2013).

2. También indica que el derecho a la propiedad privada constituye un derecho constitucionalmente reconocido (art. 33 CE), concebido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente que, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo. En el ámbito de la propiedad horizontal, resulta posible el establecimiento de limitaciones o prohibiciones que en general atienden al interés general de la comunidad. Estas prohibiciones referidas a la realización de determinadas actividades o al cambio de uso del inmueble deben constar de manera expresa, y a fin de tener eficacia frente a terceros deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad (SSTS de 20 de octubre de 2008 y 30 de diciembre de 2010).

3. Existe una plena libertad a la hora de establecer el uso que se le puede dar a un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal, de tal forma que los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad del inmueble como consideran más adecuado, a no ser que este uso no esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria (SSTS 23 de febrero de 2006; 20 de octubre de 2008, entre otras). La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2011 declaró en su fallo: «Se reitera como doctrina jurisprudencial que las limitaciones o prohibiciones

referidas a la alteración del uso de un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal exigen, para que sean eficaces, que consten de manera expresa».

Esta doctrina se reitera en las sentencias de 4 de marzo y 25 de junio de 2013.

4. Si los estatutos permiten efectuar operaciones de división sin necesidad del consentimiento de la comunidad, la junta de propietarios solo tendrá que efectuar una actividad de control referente a que las obras no perjudiquen a elementos comunes ni a otros propietarios, y no afecten a la estructura, la seguridad, configuración o estado exterior del edificio, pues si se respetan estas limitaciones, la junta lo único que tiene reservado es la atribución de nuevas cuotas de los espacios afectados por la reforma (STS de 30 de septiembre de 2010).

En relación con el concepto de fachada, la Sentencia de 18 de mayo de 2011 estableció que:

La STS de 11 de noviembre de 2009, así como la STS de 30 de septiembre de 2010, declaran que no cabe idéntica interpretación entre locales de negocio y pisos, con fundamento en que los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes, y aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales. De este modo los propietarios de los locales comerciales situados en la planta baja pueden ejecutar obras que supongan la alteración de la fachada del edificio, siempre y cuando su realización no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general o perjudique los derechos de otros propietarios, cuando ello sea preciso para el desarrollo de su actividad comercial.

En Sentencia de 22 de diciembre de 2010, se declaró que:

La aplicación de la doctrina expuesta al presente litigio exige la estimación del recurso de casación. La parte recurrente, titular de un local comercial situado en la planta baja, ha abierto tres huecos en la fachada del edificio, amparada por la autorización que le ofrecía los estatutos de la comunidad, sin que durante el desarrollo del pleito, se haya aducido que tales obras hayan menoscabado o alterado la seguridad del edificio o su estructura general. Tampoco se ha acreditado en modo alguno que con la apertura de tales huecos se haya perjudicado los derechos de otro propietario.

En conclusión, la sentencia del Tribunal Supremo que se comenta, siguiendo la línea jurisprudencial reiterada, estima el recurso de los demandados y confirma la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia, que desestimó la demanda presentada por los copropietarios; al no hallarse prohibido en los estatutos, ni en el título constitutivo, correspondía a los codemandados el derecho a cambiar de destino de su piso, convirtiéndolo en local para su explotación como bar, y que las obras llevadas a efecto con tal fin, con proyecto técnico y licencia municipal, no afectaban a la estructura y seguridad del inmueble.

Indemnización por el fallecimiento de pasajeros. El recargo del artículo 20 de la LCS. Accidente de Spanair en Las Palmas

Comentario a la [STS de 17 de diciembre de 2019](#)

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Se trata de dilucidar la responsabilidad civil de la compañía aseguradora Mapfre Global Risks, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, SA, y determinar las indemnizaciones a los herederos. La sentencia encuentra su interés en la inaplicación de las normas europeas, concretamente el régimen normativo integrado por el Reglamento (CE) 2027/1997, modificado por el Reglamento (CE) 889/2002, y el Convenio de Montreal, por ser preferente la Ley 50/1980 (LCS); también se estudia la indemnización y la correcta o incorrecta aplicación de los artículos 20.3 y 76 (acción directa) de la Ley 50/1980. Los intereses moratorios del artículo 28 de la Ley 50/1980 no son resarcitorios sino punitivos, suponen una sanción añadida a la compañía aseguradora por el incumplimiento culpable de lo estipulado en el apartado 3.º del artículo 20, en lo relativo al pago del anticipo durante el periodo de 40 días y el de los 3 meses desde la producción del siniestro.

Palabras clave: seguros; navegación aérea; indemnización por el fallecimiento de pasajeros; responsabilidad civil del transportista; interés de demora.

Fecha de entrada: 10-01-2021 / Fecha de aceptación: 25-01-2021

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de enero de 2021).

Seguramente todos recordamos el desgraciado y terrible accidente aéreo acontecido el 20 de agosto de 2008, en el aeropuerto Adolfo Suárez de Madrid, cuando un avión de la compañía Spanair estaba efectuando la maniobra de despegue. La aeronave MD82, matrícula núm. 001, con vuelo programado de Madrid a Las Palmas de Gran Canaria, al poco de elevarse se precipitó sobre el suelo y explotó. Murieron 154 personas. Heridas hubo 18.

Nos dice la sentencia: «Sin perjuicio de otras posibles concausas, el accidente se produjo como consecuencia de la inadecuada configuración de la aeronave para realizar esa maniobra, imputable al piloto y copiloto de la misma». Este luctuoso hecho tardó mucho tiempo en ser juzgado; su complejidad colaboró en la dilación. Dificultad o dilación que no justificaron la petición de inaplicación de los intereses punitivos del artículo 28 de la Ley 50/1980, de contrato de seguro (LCS), como luego veremos. Al final, de lo que trata aquí, en esta sentencia, es de dilucidar la responsabilidad civil de la compañía aseguradora Mapfre Global Risks, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, SA, y determinar las indemnizaciones a los herederos.

El comentario nutre su interés estudiando las normas europeas que se dicen no aplicadas por la resolución recurrida, concretamente el régimen normativo integrado por el Reglamento (CE) n.º 2027/1997, modificado por el Reglamento (CE) 889/2002, y el Convenio de Montreal; también se estudia la indemnización y la correcta o incorrecta aplicación del artículo 20, así como el 76 (acción directa) de la Ley del contacto de seguro. Más bien, el interés radica en la rápida respuesta del Tribunal Supremo a la desestimación de invocación del representante de Mapfre, pretendiendo desviar la atención hacia normas comunitarias extrañas, como así veremos.

Pero antes haremos una breve alusión a la desestimación del primer motivo de casación invocado por la representación de Mapfre.

La fundamentación jurídica del recurso de casación comienza por rechazar la invocación del recurrente de vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo. Si el recurso de casación previsto en el artículo 477 de la LEC se fundamenta, o tiene su razón de ser, en la infracción de una norma, pues el precepto en su apartado 1 dice literalmente «infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso», el recurso no puede ser admitido sin la identificación de ese precepto infringido; por consiguiente, recurrir alegando que se ha vulnerado la doctrina de la jurisprudencia es válido cuando efectivamente se ha producido tal vulneración, sin que esa jurisprudencia derive de una norma en concreto; es decir, solo cuando la regla jurídica nace de la doctrina y no cuando la doctrina surge de una norma legal, cabe la invocación de la vulneración.

Nos recuerda esta sentencia algo esencial: el mayor rigor formal de la interposición de un recurso de casación que el exigido en otro tipo de recursos ordinarios (apelación, por ejemplo). De hecho, se invocan sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que consideran compatible este mayor rigor con el convenio. Pero como decíamos más atrás, no cabe decir sin más que se vulnera la doctrina de la jurisprudencia o la jurisprudencia misma sin mencionar la norma infringida. Es a la parte que recurre a la que le corresponde argumentar la infracción partiendo de una norma vulnerada, no puede pedir al tribunal que sea quien argumente, identifique la norma y determine la infracción del derecho sustantivo producida. Eso es tanto como solicitar que el Tribunal Supremo sea una tercera instancia revisora. La consecuencia de este déficit formal es la inadmisión del recurso de casación y la desestimación de su pretensión. En definitiva, la infracción de la norma y la vulneración de la doctrina jurisprudencial que se aplica sobre esa norma pueden permitir el recurso de casación por interés casacional, pero por la vía del artículo 477.3 de la LEC.

Decíamos al principio que el interés esencial del comentario radica en el estudio de la responsabilidad civil y en la determinación de quién es el sujeto responsable, así como en la precisión de la norma que se ha de aplicar. Dada la relación jurídica y que toda ella tiene su norma de aplicación, es evidente que si hay una causa imputable a la nave por su defecto o por la conducción de sus agentes negligentes, la responsabilidad indicada solo puede predicarse del transportista o de la compañía de seguros.

Aquí está la cuestión esencial: ¿nos referimos al transportista y a una reclamación contra él por el viajero? ¿Nos referimos al obligado contractualmente –Mapfre– por una relación contra el asegurador por el asegurado, derivada del contrato de seguro suscrito? Efectivamente, no es del caso presente que haya, por ejemplo, un retraso o una cancelación de un vuelo, o una pérdida de equipajes, pues aquí lo normal es que el viajero se dirige contra el transportista; por el contrario, en el accidente aéreo, se reclaman las responsabilidades civiles, las indemnizaciones, a la compañía de seguros y para los herederos o las personas relacionadas en la demanda.

Tampoco que el pasajero reclame contra el transportista por el accidente, por los daños sufridos (muerte), independientemente de que se hayan producido durante el proceso de embarque o desembarque (art. 1 del Reglamento [CE] n.º 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente), ni, en sentido, las normas sobre responsabilidad en caso de accidente se rigen por el Convenio para la unificación de determinadas reglas relativas al transporte aéreo, firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, o por dicho convenio tal como fue modificado en La Haya el 28 de septiembre de 1955 y por el Convenio de Guadalajara de 18 de septiembre de 1961, según el que sea aplicable; que el Convenio de Varsovia se aplica en todo el mundo, tanto en beneficio de los pasajeros como de las compañías aéreas.

Se trata aquí de la relación jurídica que se produce entre la compañía Mapfre aseguradora, de las obligaciones contractuales asumidas para con el asegurado o perjudicado, en aplicación de la acción directa del artículo 76 de la LCS y de la normativa nacional. Por ello, el Tribunal Supremo nos recuerda en esta sentencia que:

No es correcto, pues, afirmar que este régimen normativo es completo y auto-suficiente para excluir la aplicación de la normativa relativa a las obligaciones de las compañías aseguradoras, cuyas peculiaridades no están reguladas en él. El recargo que establece el artículo 20 de la Ley del contrato de seguro lo es exclusivamente para el asegurador en el caso de acción directa del perjudicado, no para el transportista aéreo. En definitiva, los artículos 20 y el 76 de la norma española son los determinantes, sin que el cuerpo normativo invocado por aseguradora sea apreciado en lo relativo a las indemnizaciones o el cómputo temporal para calcularlas.

La acción directa, pues, es la que ejercita al actor, por permitírsele así dicho precepto, el cual dice literalmente –se transcribe para su mejor comprensión–:

El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

La compañía solo podría excepcionar la culpa del perjudicado, algo inimaginable en este supuesto, un accidente aéreo al despegar la nave; el precepto señala asimismo, además

de la facultad de excepcionar, que el asegurador podría repetir contra el asegurado, y del mismo modo, sería impropio pensar en esta posibilidad. De ahí que, tras la invocación del artículo 76, la sentencia se centre exclusivamente en la indemnización que va a corresponder, siguiendo los parámetros del artículo 20 de la misma ley.

Podemos añadir asimismo, con el fin de ilustrar un poco sobre la naturaleza y alcance del precepto, que el hecho de que un perjudicado accione directamente contra Mapfre es la consecuencia de la naturaleza autónoma e independiente que posee esta acción; además, se evita así que tenga que dirigirse contra el causante (transportista o conductor, en su caso), lo cual redundaría en el fundamento de que no es la normativa internacional sino la nacional.

De otro lado, se alude al derecho del tercero –si fuera el caso– de poder accionar contra el asegurador y no contra el asegurado si fuera el causante del daño; de ahí la solidaridad entre el asegurador y el asegurado frente al tercero (STS 484/2018, de 11 de septiembre; STS 87/2015, de 4 de marzo; STS 200/2015, de 17 de abril, que cita la de 12 de noviembre de 2013; STS 200/2015). Hablar de las excepciones oponibles por la compañía carece de sentido, porque es evidente que no se puede invocar culpa de la víctima. Solo sería admisible que se hiciera referencia a hechos no cubiertos por el contrato, en cuyo caso, la acción directa quedaría exclusiva, porque la asunción de la responsabilidad deriva del contenido del clausulado, de lo pactado, debiéndose comprobar si la contingencia está cubierta (STS 268/2007, de 8 de marzo; 40/2009, de 23 de abril; 200/2015, de 17 de abril; y 484/2018, de 11 de septiembre).

Aclarado lo anterior, entramos en el estudio de uno de los motivos, quizás el más importante: se dice por la recurrente que:

La sentencia recurrida vulnera el artículo 20.8 de la Ley de contrato de seguros, en relación con el artículo 20.3 y 20.4 de la Ley de contrato de seguros, porque hace una interpretación arbitraria, irrazonable e ilógica del artículo, contraria a su nítido tenor literal y al espíritu de la ley.

Se añade:

La incertidumbre sobre la cobertura del seguro supone una causa justificada para exonerar a la aseguradora del pago de los intereses del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro (EDL 1980/4219); que la consignación y puesta a disposición de los demandantes de la indemnización enerva el devengo de intereses; que la obligación de indemnizar del asegurador nace del art. 18 y no del art. 20.3 de la Ley del Contrato de Seguro (EDL 1980/4219); que la normativa reguladora de la responsabilidad por daños personales en el transporte aéreo establece plazos de indemnización distintos a los previstos en el art. 20.3 de la Ley del Contrato de

Seguro (EDL 1980/4219); y que no se ha valorado la diligencia de Mapfre en cumplir sus obligaciones.

Contesta el Tribunal Supremo negando operatividad a la normativa internacional del Reglamento (CE) 2027/1997 y el Convenio de Montreal, diciendo:

La regulación de la demora del asegurador de la responsabilidad civil del transportista aéreo está regulada en nuestro ordenamiento jurídico por el art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro. No es lo mismo el pago del anticipo del Reglamento Comunitario (art. 5) que el importe mínimo que prevé el artículo 20.3 de la LCS «para cubrir las necesidades económicas inmediatas». Por ello, el pago del anticipo «no impide el devengo del interés de demora del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro respecto del resto de la cantidad a que asciende la indemnización».

Parece evidente, entonces, que se deben intereses por las demás cantidades no integradas en el concepto anticipo y pendientes de indemnización. Cuando el artículo 20 de la LCS nos dice:

Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro,

se nos está sugiriendo la determinación del *dies a quo*. Pretender la aplicación del artículo 18 que determina la obligación del pago desde el «término de las investigaciones o peritaciones para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo», significa dejar sin contenido el 20. Este tiene una singularidad que excluye aquel. La mora se produce cuando falta la celeridad en la determinación del siniestro o en la concreción de los daños.

El pago del importe mínimo se prevé dentro de los 40 días siguientes a la recepción de la declaración del siniestro; de

este modo, Mapfre tiene dos plazos, el de tres meses y el de cuarenta días, pasados los cuales sobreviene la mora del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro. Si el siniestro es conocido por Mapfre y la muerte de las personas también, el incumplimiento de la indemnización en los plazos indicados hace responsable a la aseguradora y acreedora a que se le apliquen los intereses por mora del artículo 20.3, a falta de causa justificada según el apartado 8 de este precepto (STS 73/2017, de 8 de febrero). Pero, no obstante el carácter restrictivo de la aplicación de la mora indicada, precisamente por su carácter sancionador, la invocación de

la complejidad de un juicio, de las dificultades del mismo, la «iliquidez» inicial de la indemnización a determinar por un órgano judicial, la indeterminación de las causas del siniestro, los ofrecimientos de pago, etc., no constituyen justificaciones excluyentes de la aplicación de la mora al caso. También conviene añadir que no procedería tampoco decir que el artículo 20 no es aplicable al supuesto de la acción directa; porque la jurisprudencia ya ha manifestado en reiteradas ocasiones que el artículo 20 de la LCS «es aplicable a los perjudicados que ejercitan la acción directa contra las aseguradoras en el seguro de responsabilidad civil, independientemente de la naturaleza del siniestro (SSTS de 21 de abril de 1998, 26 de enero de 2000; 2000/329, de 29 de noviembre de 2005; 2005/207172, de 10 de mayo de 2006, RC núm. 494/2006; 2006/65241, de 18 de julio de 2006, RC núm. 797/2006; 2006/105553)».

Obsérvese que se ha dicho que las concausas esgrimidas, no obstante la excepcionalidad de la mora de la aseguradora, no eran apreciables. El Supremo, por tanto, en esta sentencia aplica un precepto restringido por su carácter sancionador. Lo digo porque una importante sentencia del año 2009, con ponencia de Juan Antonio Xiol Ríos, declaró lo siguiente en su fundamento jurídico quinto: el artículo 20.8.^a de la LCS, modificado por la LOSSP 1995, establece que:

No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundado en una causa justificada o que no le fuere imputable. Según la jurisprudencia de esta sala, superado el viejo aforismo *in illiquidis non fit mora* (no se produce mora cuando se trata de cantidades ilíquidas), debe excluirse la mora cuando hay una discusión fundada en una incertidumbre objetiva acerca de si el asegurado debe o no responder del evento dañoso, y, por ende, de si puede o no operar la póliza de seguro de responsabilidad civil.

Ocurre así cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial (entre otras, SSTS de 12 de marzo de 2001, 9 de marzo de 2006, 11 de diciembre de 2006, 7 de febrero de 2007, 11 de junio de 2007 y 13 de junio de 2007).

Expuesto esto, conviene aclarar que esta sentencia justifica la inaplicación del artículo 20, porque no está clara la responsabilidad de la Administración. Evidentemente, no es caso de la presente resolución judicial, que rápidamente determina la responsabilidad por defectos en la aeronave o la conducción del piloto. Sin embargo, se incluye en el comentario porque se ha considerado relevante ver como el Tribunal Supremo se decanta del lado de la excepcionalidad. Por supuesto que se ha tenido que recurrir a la intervención judicial

–así se ha dicho–, y el incumplimiento de los plazos por la aseguradora por concurrencia de las causas justificativas para ello (art. 28) no ha sido aceptado. El pago de la indemnización con la mora incluida se concreta y reafirma en la sentencia del Supremo, que desestima el recurso de casación interpuesto por la representación de Mapfre.



Remedios frente al impacto de la crisis de la covid-19 en los contratos de concesión de obras y concesión de servicios

Juan David Sánchez Castro

Doctor en Derecho

Vocal asesor en el Gabinete de la S.ª de E.º de Energía

jdsanchez.castro@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-8342-4591>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Extracto

El pasado 14 de marzo de 2020, el Gobierno de España declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con el fin de gestionar la crisis sanitaria ocasionada por la covid-19. Una de las medidas extraordinarias que se adoptaron para hacer frente al impacto económico y social de la covid-19 fue el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo. Su artículo 34 contiene las medidas adoptadas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias de la covid-19. En concreto, el apartado 4.º de ese precepto recoge el derecho del concesionario de obras o de servicios a restablecer el equilibrio económico de cada contrato afectado por esa situación de hecho creada por la mencionada crisis sanitaria.

En el presente trabajo se estudia la naturaleza de ese artículo 34.4, las distintas interpretaciones que del mismo se han realizado hasta el momento (con el fin de determinar la más ajustada a derecho), así como su relación con la legislación ordinaria en materia de contratación pública. El objetivo principal es dilucidar con claridad los remedios aplicables a este tipo de contratos, en aquellos casos en que han resultado afectados por la situación de hecho de la covid-19 y por las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas para combatirlo.

Palabras clave: contratos; concesión; covid-19; obra; servicio.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Sánchez Castro, J. D. (2021). Remedios frente al impacto de la crisis de la covid-19 en los contratos de concesión de obras y concesión de servicios. *Revista CEFLegal*, 241, 75-108.



Remedies to curb the impact of covid-19 crisis in public procurement contracts awarding works and services

Juan David Sánchez Castro

Abstract

Last 14 March 2020, the Spanish Government declared a nationwide state of emergency as Royal Decree 463/2020, of 14 March, was passed in order to manage the covid-19 health crisis. One of the extraordinary measures adopted to curb the economical and social impact of covid-19 was the Royal Decree-Law 8/2020, of 17 March. Its article 34 contains the remedies to enforce in public procurement to relieve the consequences of covid-19. In particular, paragraph 4 thereof incorporates the right of works or services awardees to the restoration of economic balance in every contract altered by the aforementioned health crisis scenario.

This work examines the nature of article 34.4, the various interpretations so far provided (to determine their statutory compliance), as well as its relation to public procurement legislation. The main goal is to clearly elucidate the applicable remedies whenever the contract has been altered either by the covid-19 crisis or the measures public bodies have implemented to prevent it.

Keywords: contracts; award; covid-19; work; service.

Citation: Sánchez Castro, J. D. (2021). Remedios frente al impacto de la crisis de la covid-19 en los contratos de concesión de obras y concesión de servicios. *Revista CEFLegal*, 241, 75-108.



Sumario

1. Introducción
 2. Planteamiento del problema: distintas interpretaciones del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo
 3. Objeto del presente trabajo
 4. Una aclaración preliminar: acercamiento al principio de especialidad normativa
 5. El restablecimiento del equilibrio económico en los contratos de concesión de obras y concesión de servicios
 - 5.1. La teoría del riesgo imprevisible
 - 5.2. El restablecimiento del equilibrio económico mediante el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020
 - 5.2.1. Ámbito de aplicación
 - 5.2.2. Supuesto de hecho
 - 5.2.3. Concepto de «imposibilidad de ejecución» de los contratos de concesión de obras y concesión de servicios en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020
 - 5.2.4. Remedios aplicables
 - 5.3. El restablecimiento del equilibrio económico mediante de los artículos 270 y 290 de la LCSP
 - 5.3.1. Supuesto de hecho
 - 5.4. Norma aplicable a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la situación de hecho de la covid-19
 - 5.5. Conclusiones sobre el restablecimiento del equilibrio económico en los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la covid-19
 6. ¿Resultan aplicables otros remedios a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la covid-19?
 - 6.1. *Ius variandi*
 - 6.2. *Factum principis*
 7. Conclusiones finales
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud elevó la situación de emergencia de salud pública, ocasionada por la covid-19, a la categoría de pandemia internacional.

Como consecuencia de ello, el 14 de marzo de 2020 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19, el cual entró en vigor en el momento de su publicación en el BOE.

Es la segunda ocasión en la que, vigente la Constitución española de 1978, el Gobierno de España ha decretado el estado de alarma en el territorio nacional en aplicación del artículo 116.2 del texto constitucional, y la primera que lo funda en el apartado b) de artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por la covid-19, que ha supuesto una alteración grave de la normalidad, no solo en España sino a nivel internacional.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, el real decreto por el que se ha declarado el estado de alarma determina el ámbito territorial (todo el territorio nacional), la duración (15 días, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas que después se han ido autorizando por el Congreso de los Diputados) y los efectos del citado estado.

Entre otros efectos, y con carácter general, se limitó la circulación de las personas por las vías o espacios de uso público, salvo determinadas causas justificadas como la adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios, desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar la prestación laboral, profesional o empresarial, asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o especialmente vulnerables, desplazamiento a entidades financieras y de seguros, por causa de fuerza mayor o situación de necesidad, entre otras actividades de análoga naturaleza.

Se adoptaron medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación, suspendiendo la actividad educativa en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, incluida la enseñanza universitaria. Se incluyeron, igualmente, medidas de

contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración y otras adicionales, suspendiendo la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, con las excepciones propias de productos esenciales y de primera necesidad, cuyo abastecimiento fue asegurado mediante determinadas medidas. También se permitió a las autoridades competentes adoptar las medidas necesarias para garantizar el suministro de energía, de productos derivados del petróleo así como de gas natural.

En definitiva, las medidas extraordinarias incluidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y en su normativa de desarrollo, si bien estaban encaminadas a reducir la morbilidad y mortalidad asociada al virus denominado SARS-CoV-2 y reforzar los sistemas sanitarios, supusieron una paralización casi total de la actividad económica en España y provocaron graves consecuencias sobre la actividad de los sectores productivos, que trataron de mitigarse mediante la adopción de un conjunto de disposiciones articuladas en sucesivos reales decretos-leyes dictados por el Gobierno.

Entre ellos, resulta muy relevante al propósito del presente trabajo el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del covid-19, en su redacción final dada por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo y el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo¹.

Concretamente, el capítulo III de ese Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, contiene diversas medidas de garantía de liquidez para sostener la actividad económica ante las dificultades transitorias, consecuencia de la situación generada por la covid-19. Se trata de evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial derivados de la suspensión de contratos públicos, impidiendo la resolución de los mismos por parte de todas las entidades que integran el sector público. Se pretende evitar así que la covid-19 y las medidas adoptadas por las diferentes Administraciones públicas tengan un impacto estructural negativo sobre el tejido productivo que opera en España. Y con el fin de que esas medidas puedan dar lugar a la resolución de contratos del sector público, se prevé un régimen específico de suspensión de los mismos.

Dentro del citado capítulo III del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, el artículo 34 es el que recoge las medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias de la covid-19. Examinaré brevemente las medidas adoptadas para cada uno de los contratos típicos.

En relación con los contratos de servicios y suministros de prestación sucesiva (primer párrafo del artículo 34) se establece que, en aquellos casos en los que la ejecución de tales

¹ En lo sucesivo, se citará el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, incluyendo las citadas modificaciones posteriores.

contratos devenga imposible como consecuencia de las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas con ocasión de la covid-19, quedarán suspendidos total o parcialmente desde que se produjera la situación de hecho que impida su prestación y hasta que tal prestación pueda reanudarse.

La norma distingue el supuesto de que la ejecución de esos contratos quede totalmente en suspenso o solo se produzca una suspensión parcial, fijando los distintos conceptos por los que pueden ser indemnizados los daños y perjuicios ocasionados al contratista, en cada caso.

Esos daños y perjuicios enumerados en el artículo 34.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, por los que el contratista puede ser indemnizado de producirse la suspensión del contrato, son prácticamente idénticos a los recogidos en el artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), para el caso de suspensión de contratos de obras acordada por la Administración.

El artículo 34.2 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, recoge la vigencia de los contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los referidos en el apartado anterior cuando no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por la covid-19, siempre que concurren dos circunstancias:

- a) Que el contratista hubiera incurrido en demora en el cumplimiento de los plazos previstos en el contrato como consecuencia de las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas para combatir la covid-19, y
- b) Que el contratista ofrezca el cumplimiento de sus compromisos.

En tal supuesto, el contratista podría solicitar la ampliación del plazo inicial o la prórroga en curso, que deberá ser concedida por el órgano de contratación con los requisitos formales fijados en la norma.

En cualquier caso, se establece expresamente en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, que ninguno de los supuestos planteados para la suspensión de los contratos puede constituir una causa de resolución de los mismos, sin perjuicio de que concurriera cualquier otra causa de resolución de las señaladas en los artículos 306 y 313 de la LCSP.

Similar solución ha adoptado el Real Decreto-ley 8/2020, para el caso de contratos públicos de obras que se encontraran vigentes a la entrada en vigor de la citada norma. Se recogen dos supuestos en el artículo 34.3:

- a) Cuando las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas con ocasión de la covid-19 generan la imposibilidad de continuar la ejecución del con-

trato, en cuyo caso el contratista puede solicitar la suspensión del mismo desde que se produzca la situación de hecho que impida su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse.

- b) Cuando las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas con ocasión de la covid-19 impidan que pueda tener lugar la entrega de la obra. En este caso, el contratista puede solicitar una prórroga en el plazo de entrega final siempre que ofrezca el cumplimiento de sus compromisos pendientes, debiendo justificar la correspondiente solicitud y cumplir el resto de requisitos contenidos en la norma.

En ambos casos, se contemplan determinados conceptos indemnizables, de modo similar a los recogidos para los contratos de servicios y suministros.

Los remedios expuestos para estos contratos típicos, recogidos en los tres primeros párrafos del artículo 34 del Real Decreto 8/2020, no plantean problemas, en la medida en que aquellos reparan los daños y perjuicios ocasionados, en cada caso, al contratista, por la interrupción de actividad derivada de las medidas adoptadas con ocasión de la crisis sanitaria de la covid-19.

No sucede lo mismo, sin embargo, con los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios. En el caso de este tipo de contratos, la contraprestación para el contratista consiste en el derecho de explotar la obra (previamente realizada) o los servicios (respectivamente), o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

Esto significa que la paralización casi total de la actividad económica en España ocasionada por las medidas adoptadas en la crisis de la covid-19 implican un perjuicio a los contratistas que no se limita a la interrupción temporal de una actividad (como la de realizar una obra, prestar un servicio o llevar a cabo un suministro), sino que está directamente relacionada con la reducción de beneficios o el incremento de gastos derivados de la respectiva explotación. Esta mayor complejidad exige un estudio más detenido de los posibles remedios aplicables a estos contratos.

2. Planteamiento del problema: distintas interpretaciones del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo

El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se publicó en el BOE el 18 de marzo de 2020, y de acuerdo con su disposición final novena, entró en vigor el mismo día de su publicación.

Por ello, y dado el breve periodo transcurrido desde entonces hasta hoy, no existen demasiados instrumentos que nos permitan concretar la interpretación idónea del artículo 34 del mencionado real decreto-ley.

Existen, sin embargo, algunos pronunciamientos sobre esta cuestión, realizados desde diferentes ámbitos, que permiten clasificar las distintas interpretaciones realizadas, del siguiente modo:

- a) **Interpretación literal o restrictiva.** Considera que solo cabe restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obras y concesión de servicios cuando se cumple estrictamente el supuesto de hecho de la norma.

Esta interpretación es la utilizada en el informe emitido por la Abogacía General del Estado de fecha 1 de abril de 2020, tras la consulta formulada por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, sobre la interpretación y aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

En el apartado primero del citado informe se sostiene que el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 es una norma especial que se aplica con preferencia a la legislación ordinaria de contratos públicos. Se añade que

es una norma de rango legal, de efectos temporales limitados, que atiende a una situación excepcional (la declaración de estado de alarma ante la crisis sanitaria derivada de la covid-19), por lo que su contenido ha de considerarse de aplicación preferente mientras dure el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Añade, al hilo de la norma, que para los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, los remedios contenidos en el artículo 34.4² solo resultan aplicables cuando se aprecie la imposibilidad de ejecución de los respectivos contratos. Se concreta como ejemplo el caso de una concesión de autopista o autovía, en la que no cabría apreciar tal imposibilidad por la mera reducción en el número de vehículos que circulen por ella. De otro modo: ese supuesto no permitiría fundar la solicitud de un reequilibrio económico de la concesión conforme al Real Decreto-ley 8/2020.

El informe concluye con los siguientes tres párrafos que merece la pena reproducir aquí en su literalidad:

Igualmente, se estima que esa reducción de vehículos e ingresos tampoco sería equiparable a «fuerza mayor», a «circunstancia imprevisible» o a «factum principis» («actuaciones de la Administración pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato») a los efectos de, respectivamente, amparar un reequilibrio del contrato de obras con base

² Esos derechos son, según proceda en cada caso, la ampliación de la duración inicial del contrato hasta un máximo de un 15% o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Volveremos a ello más adelante.

en las normas generales aplicables al contrato de concesión (por ejemplo, el vigente 270.2 de la LCSP). Esto se justifica por las razones siguientes:

– Porque el artículo 34 del RDL 8/2020 excluye que la situación de hecho por la covid-19 sea tratada, a los efectos de la contratación pública, como un caso de fuerza mayor; de ahí que no lo califique como tal y que expresamente declare inaplicables los artículos de la legislación de contratos referidos a la fuerza mayor.

– Porque la aplicación preferente del artículo 34 del RDL 8/2020 a todas las consecuencias contractuales de la covid-19 no permite que, mediante la aplicación de las normas generales sobre reequilibrio de concesiones, se acaben renegociando los contratos de concesión y, por tanto, produciéndose efectos distintos de los de suspensión e indemnización previstos por el artículo 34 del RDL 8/2020.

- b) **Interpretación finalista.** Sostiene que el artículo 34.4 no debe ser entendido de un modo literal, sino de un modo tal que permita cumplir la finalidad propuesta por la norma, a saber, la de ayudar a los contratistas afectados por las medidas adoptadas por el Gobierno con ocasión de la covid-19.

Esta es la interpretación plasmada en la nota sobre el contenido del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, de medidas urgentes económicas y sociales sobre la covid-19, en relación con los contratos de concesión de obras y servicios, emitida por la Cámara de Concesionarios de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios Públicos (CCIES) de fecha 18 de marzo de 2020.

En ese documento, las conclusiones que se arrojan distan mucho de las expuestas en el informe mencionado en la letra anterior. No solo se acepta la concurrencia de fuerza mayor en las medidas adoptadas como consecuencia de la covid-19, sino que se interpreta de un modo amplio la imposibilidad de ejecución del contrato contenida en el artículo 34.4, en el sentido de afirmar que

existe derecho al reequilibrio cuando la pandemia covid-19 o las medidas del Gobierno para su control generen una minoración relevante de ingresos o un incremento relevante de los costes del concesionario³.

En la doctrina científica también encontramos algunos autores que parecen defender esta posición interpretativa⁴.

Esta diversidad de interpretaciones planteadas respecto del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 exige analizar detenidamente la norma, con el fin de arrojar algo de luz al modo como debe ser aplicada a este periodo excepcional del estado de alarma.

³ Apartado III, punto 30 de la citada nota de CCIES de 18 de marzo de 2020.

⁴ Ximena Lazo (2020), Villar Ezcurra (2020) y Gimeno Feliú (2020), entre otros.

3. Objeto del presente trabajo

El objeto de este trabajo se centra en determinar si los remedios recogidos en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 excluyen la aplicación de aquellos otros recogidos en la legislación ordinaria de contratos, al menos durante la vigencia temporal de aquel precepto⁵, o si, por el contrario, la existencia de esa norma especial no impediría la aplicación de otras posibles medidas fuera del supuesto de hecho contenido en ella.

Con ese fin, es necesario concretar, por un lado, el ámbito de aplicación del artículo 34.4 y, por otro, el de las normas que contienen los remedios ordinarios de la legislación general de contratos (fundamentalmente, la LCSP), aplicables a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios. Se trata de estudiar la norma aplicable a estos contratos cuando se pretende restablecer el equilibrio económico de los mismos, en aquellos casos en que se han visto afectados por las medidas adoptadas para combatir la crisis sanitaria de la covid-19. A continuación, estudiaré la relación entre ambas normas (la especial y la general) y, finalmente, la posibilidad de aplicar a la hipótesis de partida otros posibles remedios ofrecidos por el ordenamiento jurídico.

4. Una aclaración preliminar: acercamiento al principio de especialidad normativa

Partiendo de la premisa indiscutible de que el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, constituye una norma especial frente a la normativa ordinaria de contratos públicos (incluida la LCSP), se hace preciso recordar el principio de especialidad normativa con el fin de determinar la aplicación de cada norma y su relación entre ellas.

N. Bobbio relacionaba la norma general (más amplia) con la idea de género, mientras que la norma especial se configuraba como la aplicación de una especie de ese mismo género.

Partiendo de esta idea, Tardío Pato (2003) asegura que el principio de especialidad supone la «preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre

⁵ Convine recordar que la disposición final décima del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, dispone lo siguiente:

Con carácter general, las medidas previstas en el presente real decreto-ley mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma. No obstante lo anterior, aquellas medidas previstas en este real decreto-ley que tienen un plazo determinado de duración se sujetarán al mismo.

Sin perjuicio de lo anterior la vigencia de las medidas previstas en este real decreto-ley, previa evaluación de la situación, se podrá prorrogar por el Gobierno mediante real decreto-ley.

la norma reguladora de tal género». De algún modo, esa jerarquización entre las normas supone que la especial prevalece sobre la general, que se ve desplazada para el supuesto de hecho recogido en la primera, de manera que la norma especial supone una circunstancia más específica o una excepción a la aplicación ordinaria de la norma general.

En el mismo sentido parece pronunciarse la jurisprudencia, al considerar que en virtud del principio de especialidad normativa que ha de regir las relaciones internormativas, la norma específica prevalece sobre cualquier otra y la desplaza (*lex specialis derogat generali*). Así se sostiene en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), en cuyo fundamento jurídico 5.º se concluye que las normas de la Ley orgánica de régimen electoral general se aplican con carácter prevalente, desplazando la aplicación de la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa en lo relativo al recurso contencioso-electoral que aquella recoge.

La misma idea encontramos en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Especial). En ella se citan dos sentencias anteriores del Alto Tribunal (SSTS de 22 de mayo de 2018 y de 29 de junio de 2015) que ya se habían pronunciado sobre un asunto similar: costas en materia de allanamiento y satisfacción extraprocésal. En el fundamento jurídico 3.º de la citada sentencia se indica lo siguiente:

Ambas [las citadas] parten de la base de que la LJCA deroga a la LEC, o lo que es lo mismo, *lex specialis derogat generali*, cuando, como es el caso, la primera contiene una regulación completa de la materia, representada por distintos artículos, al margen de que nos estemos centrando en los que ahora nos interesan. Ello, sin embargo, no quiere decir que no resulte, aunque con carácter supletorio, aplicable la LEC.

En esta última sentencia ese desplazamiento aplicativo de la norma general frente a la especial se completa con la aplicación supletoria de la general en aquellos aspectos no regulados por la especial. De algún modo, la norma especial se destina a un supuesto de hecho concreto que también recogía la norma general, cuya aplicación se ve desplazada por aquella.

Volviendo al objeto del presente trabajo, el apartado IV de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, dispone

que se establecen medidas para evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial derivados de la suspensión de contratos públicos, impidiendo la resolución de contratos públicos por parte de todas las entidades que integran el sector público y evitar que la covid-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades autónomas o las entidades que integran la Administración local y todos sus organismos públicos y entidades de derecho público tengan un impacto estructural negativo sobre esta parte del tejido productivo.

Se apunta ya desde la exposición de motivos que las medidas adoptadas en materia de contratación pública derivadas de la covid-19 tratan de evitar los efectos negativos de tales medidas, permitiendo la suspensión de los contratos públicos vigentes en el momento de la entrada en vigor de la norma e impidiendo la resolución de los contratos públicos con el fin de evitar un mayor impacto negativo en la economía.

En este contexto, el principio *lex specialis derogat generali* solo entra en juego en el propio ámbito en que resulta aplicable la norma especial y no fuera de él. Como consecuencia de ello, la aplicación preferente del artículo 34.4 no puede admitirse a todas las consecuencias contractuales de la covid-19, sino solo a aquellas en las que se produzca la imposibilidad de ejecutar el contrato, y no por cualquier motivo, sino precisamente por esas medidas adoptadas en el seno de la crisis sanitaria. Fuera de ese supuesto concreto que abarca la norma especial quedaría expedita (subsidiariamente) la aplicabilidad teórica de las normas generales sobre reequilibrio de las concesiones y se producirían, en su caso, efectos distintos de la suspensión e indemnización previstos en ese párrafo cuarto del artículo 34.

Partiendo de esta premisa, es necesario profundizar en el modo como regulan cada una de esas normas (especial y general) los remedios dirigidos a restablecer una eventual ruptura del equilibrio económico-financiero de los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, con ocasión de las medidas adoptadas por la covid-19, así como la posible aplicación de esos remedios por parte de los respectivos contratistas.

5. El restablecimiento del equilibrio económico en los contratos de concesión de obras y concesión de servicios

Antes de abordar el estudio concreto de los remedios adoptados expresamente para restablecer el equilibrio económico de los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la crisis sanitaria de la covid-19, expondré brevemente las líneas generales de la denominada teoría del riesgo imprevisible, relacionada precisamente con ese restablecimiento y también con el recogido en la LCSP.

5.1. La teoría del riesgo imprevisible

Esta teoría surgió en el ámbito de la gestión de servicios públicos con el fallo *Gaz de Bordeaux* del Consejo de Estado francés de 30 de marzo de 1916. Se planteó con el fin de que la Administración pudiera acudir en ayuda del contratista cuando se ha producido una ruptura del equilibrio económico de la concesión que pone en riesgo la continuidad del servicio por causas sobrevenidas e imprevisibles.

La jurisprudencia española ha definido la teoría del riesgo imprevisible como principio esencial en la contratación administrativa, así como «expresión del principio de regularidad

y precisión jurídica recíproca de toda base contractual»⁶. Los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo la aplican cuando «concurren circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas»⁷.

La teoría se perfila como una excepción al principio de riesgo y ventura que debe regir todo contrato público. En este sentido, y como ha señalado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a) «el principio de riesgo y ventura, a que ha de someterse el contratista [...] ha de cohererarse con la necesidad de mantener el equilibrio financiero de la concesión otorgada»⁸.

El fundamento principal de la teoría del riesgo imprevisible es el principio de buena fe (también el de equidad) y su aplicación exige la concurrencia de una serie de requisitos, recogidos en numerosos dictámenes del Consejo de Estado, que serán detallados más adelante.

A los efectos que ahora interesan, conviene destacar que la doctrina distingue, por un lado, la teoría del riesgo imprevisible aplicada por los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo y, por otro, la aplicación de concretas normas legales y reglamentarias que atribuyen a ciertos concesionarios el derecho a mantener el equilibrio económico-financiero de sus respectivos contratos. Aun considerando que aquellas normas específicas están basadas en la teoría del riesgo imprevisible, lo cierto es que la doctrina considera que ante la existencia de aquellas normas no resulta aplicable la citada teoría.

El ejemplo paradigmático de estas normas concretas que regulan el mantenimiento del equilibrio del contrato son los artículos 152.3 y 126.2.b) en relación con el 127.2.2.º b)⁹ del

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a (FJ 7.º).

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1999.

⁸ El Consejo de Estado ha determinado que el fundamento del principio de riesgo y ventura es triple: por un lado, responde al principio de seguridad jurídica, en segundo lugar, por el principio de concurrencia y por la necesidad de no desvirtuar las garantías exigibles en la adjudicación de los contratos públicos y, finalmente, tiene en cuenta la protección de los intereses de la Hacienda Pública que aconsejan someter a reglas claras y predecibles la ejecución del contrato (dictámenes del Consejo de Estado núm. 7/2003 y 443/2004, entre otros).

⁹ El artículo 152.3 del RSCL establece que la revisión extraordinaria de tarifas de las empresas mixtas o concesionarias

procederá de oficio o a petición de la Empresa o concesionario, siempre que se produjere un desequilibrio en la economía de la Empresa o de la concesión, por circunstancias independientes a la buena gestión de una u otro.

Por su parte, el artículo 126.2 del RSCL preceptúa que:

En el régimen de la concesión se diferenciará:

[...] b) la retribución económica del concesionario cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial.

Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado mediante el Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL).

En los supuestos contemplados en los citados preceptos del RSCL, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se produce aplicando esas normas sin necesidad de invocar expresamente la teoría del riesgo imprevisible. Ese principio es aplicado precisamente en ausencia de norma específica cuando se ha visto gravemente alterado el señalado equilibrio por circunstancias extraordinarias, imprevisibles y no imputables al contratista.

En el mismo sentido y respecto del supuesto que es objeto de estudio aquí, la existencia de normas específicas que regulan un eventual restablecimiento del equilibrio económico del contrato para la situación concreta creada por la covid-19, desplaza la aplicación de esta teoría que, sin embargo, ha inspirado esas normas.

A continuación, examinaré los supuestos en que se aplica la norma especial del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 y las generales contenidas en la LCSP (fundamentalmente los artículos 270 y 290), para más adelante volver a la teoría del riesgo imprevisible.

5.2. El restablecimiento del equilibrio económico mediante el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020

5.2.1. Ámbito de aplicación

La redacción inicial del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no delimitaba expresamente su ámbito de aplicación. Fue la disposición final primera del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, la que introdujo dos nuevos apartados (el 7 y el 8) en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020.

En concreto, el nuevo apartado 7.º, añadido al artículo 34, concreta los contratos que tienen la consideración de públicos a los efectos de ese precepto, definiéndolos como aquellos que, con arreglo a sus pliegos, están sujetos a cualquiera de las siguientes normas:

- a) La LCSP.
- b) El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Finalmente, el artículo 127.2.2.º del RCLSL dispone que la corporación concedente deberá mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual:

- b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.

- c) La Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
- d) Libro I del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales,
- e) La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

De acuerdo con el tenor literal de este apartado, solo los contratos públicos adjudicados de acuerdo con alguna de las normas citadas entrarían en el ámbito de aplicación del artículo 34.

Finalmente, y en lo relativo a la cuestión planteada, es oportuno citar el informe de la Abogacía General del Estado de 19 de marzo de 2020¹⁰, en el que se concluye que el citado artículo 34 se aplica a los contratos de todo el sector público, incluidas sociedades estatales y fundaciones del sector público.

5.2.2. Supuesto de hecho

El artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, preceptúa lo siguiente:

En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la situación de hecho creada por la covid-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato [...].

[...]

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad.

¹⁰ El citado informe se evacuó por la Abogacía General del Estado con el fin de aclarar si el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 resulta aplicable a las sociedades estatales (y fundaciones del sector público).

El supuesto necesario del que deriva la aplicación de esta norma es la existencia de un contrato público de concesión de obras o concesión de servicios que se encuentre vigente a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2020, y que se vea afectado por la situación de hecho creada por la covid-19 y las medidas adoptadas en este sentido por las distintas Administraciones públicas para combatirlo. Se exige, además, para su aplicación, una última condición, a saber, la imposibilidad de ejecución el contrato como consecuencia de la situación provocada por la covid-19, requisito que debe ser apreciado por el órgano de contratación a instancia del contratista.

Cumplido el supuesto de hecho fijado en la norma, su aplicación dependerá de que concurra esa «imposibilidad» en su ejecución. Por esta razón, es esencial determinar con precisión la interpretación que ha de darse a ese concepto jurídico indeterminado, porque de ello depende la amplitud en la aplicación de este precepto. Ese estudio lo abordaré en el siguiente epígrafe.

5.2.3. Concepto de «imposibilidad de ejecución» de los contratos de concesión de obras y concesión de servicios en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020

En este precepto no se determina qué ha de entenderse por imposibilidad de ejecución del contrato. Tan solo se exige que esa imposibilidad sea consecuencia de la situación provocada por la covid-19.

Con carácter preliminar, hay que precisar que esta imposibilidad no puede considerarse como total y permanente, porque ello supondría la desaparición sobrevenida de la causa del negocio cuya consecuencia más inmediata es la resolución del contrato. Esta interpretación ha de descartarse porque tanto en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/2020 como en el propio artículo 34 se trata de evitar la resolución de los contratos públicos mediante un «régimen específico de suspensión de los mismos»¹¹.

Además, debemos partir de que para apreciar la imposibilidad de cumplimiento que libera al deudor es necesario que quien la sufre haya observado la debida diligencia, «haciendo todo lo posible para vencer la imposibilidad» (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016 [Sala de lo Civil, Sección 1.ª])¹².

Teniendo en cuenta lo anterior, y a los efectos que resultan aquí relevantes, pueden distinguirse dos tipos de imposibilidad:

¹¹ Apartado IV de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/2020.

¹² En el mismo sentido, las SSTs de 14 y 15 de febrero de 1994.

- a) La **inviabilidad absoluta** (aunque temporal) de ejecutar el contrato como consecuencia de las medidas adoptadas por la covid-19¹³. Ese tipo de inviabilidad es la mantenida por quienes han realizado una interpretación literal del artículo 34 y es la que parece mantener el informe de la Abogacía General del Estado de 1 de abril de 2020, citado *supra*.
- b) La **inviabilidad relativa**, que estaría basada en una minoración relevante de ingresos o incremento de gastos para el concesionario, como consecuencia de las medidas adoptadas por la covid-19. Interpretación defendida por quienes parten de una interpretación finalista del artículo 34.

A la vista de todo ello y en el caso del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, ¿qué interpretación del concepto de «imposibilidad» resultaría jurídicamente razonable y cuál podría ser su fundamento?

El artículo 3.1 del Código civil establece que:

Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

Por ello, y en primer lugar, es conveniente que la literalidad de los términos contenidos en el artículo 34.4 se interpreten en relación con el contexto y teniendo en cuenta la situación extraordinaria que ha supuesto la crisis sanitaria de la covid-19. Sin embargo, ello no debe suponer que la interpretación del concepto de «imposibilidad» se realice a la medida del concesionario que se ha visto afectado por esta circunstancia, ni tampoco debe constituir esa interpretación una garantía para el contratista, pues de este modo se alteraría, sin fundamento suficiente, el principio de riesgo y ventura recogido en el artículo 197 de la LCSP.

Con esta finalidad y continuando con los criterios interpretativos fijados por el artículo 3.1 del Código Civil, sería muy fructífero examinar los antecedentes históricos y legislativos del artículo 34.4 para fijar una interpretación idónea del mismo. Como ya se ha indicado *supra* (apartado 5.1), el fundamento en que se inspiran los preceptos concretos encaminados al

¹³ Un ejemplo de esta imposibilidad absoluta lo encontramos en el informe de la Abogacía General del Estado de fecha 30 de marzo de 2020. Los hechos se basan en un contrato de concesión de servicios para la atención de las necesidades de cafetería y restauración de una fundación (centro docente), cuya ejecución devino imposible como consecuencia de las medidas adoptadas para combatir la covid-19. La imposibilidad, en este caso, se deriva del hecho de que se había interrumpido la actividad docente en la sede donde debían prestarse los mencionados servicios, y de ello se derivaron determinadas pérdidas de beneficios para el contratista.

mantenimiento del equilibrio del contrato público es la denominada teoría del riesgo imprevisible. Precisamente por ello, no resultaría descabellado utilizar esa misma teoría para tratar de arrojar luz en la interpretación del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020.

La doctrina del Consejo de Estado ha establecido tres requisitos (aplicados también por la jurisprudencia) que han de concurrir para que pueda surgir el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en el seno de la teoría del riesgo imprevisible:

- a) La aparición de un suceso imprevisible, extraordinario y no imputable al contratista.
- b) La insuficiencia de otros medios previstos por el ordenamiento jurídico para restablecer el equilibrio económico del contrato.
- c) El efecto desmesurado sobre el equilibrio económico del contrato que produzca una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido.

Los requisitos contenidos en las letras a) y b) no aportan nada al propósito que buscamos, teniendo en cuenta que, por un lado, las circunstancias en las que se han adoptado las medidas derivadas de la crisis de la covid-19 ya suponen la excepcionalidad del evento que ha tenido lugar y, por otro lado, no es necesario atender a la insuficiencia de otros medios disponibles puesto que, como ya se ha expuesto más arriba, la norma especial se aplica con carácter preferente a otras normas y desplaza la propia teoría del riesgo imprevisible.

Más útil resulta, sin embargo, el requisito enunciado bajo la letra c), al exigir este un «efecto desmesurado sobre el equilibrio económico del contrato que produzca una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido». Esta teoría exige que el efecto económico del evento que altera el equilibrio del contrato sea «patológico y desmesurado», esto es, ha de suponer «una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido»¹⁴.

Si el efecto económico del evento en que se basa la alteración del equilibrio del contrato no alcanza tal gravedad, ha de considerarse que el suceso debe ser asumido por el concesionario en virtud del principio de riesgo y ventura.

Expuesto lo anterior¹⁵, y con fundamento en la teoría del riesgo imprevisible, puede afirmarse que el concepto de «imposibilidad de ejecución del contrato», contenido en el ar-

¹⁴ Dictámenes del Consejo de Estado núm. 3349/2002 y 142/2003, entre otros.

¹⁵ El último de los criterios interpretativos recogidos en el artículo 3.1 del Código civil es «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». Sin embargo, a pesar de que la finalidad del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 es paliar las consecuencias de la covid-19 y su impacto en materia de contratación pública, lo cierto es que este criterio no puede prevalecer sobre los ya expuestos ni debe suponer una garantía, insistimos, de los intereses del concesionario.

título 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, ha de interpretarse en el sentido de que el impacto de las medidas adoptadas por la covid-19 haya ocasionado al contratista un efecto desmesurado sobre el equilibrio económico-financiero del contrato que produzca una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido, en el sentido en que tal requisito ha sido aplicado en el seno de esta teoría.

Reiterada jurisprudencia ha entendido que este requisito de la teoría del riesgo imprevisible (que se pretende utilizar aquí para definir el concepto de «imposibilidad en la ejecución del contrato») no concurre cuando el desequilibrio económico del contrato es irrelevante y escaso de significación en el contexto total de la contratación¹⁶. Es necesario que ese desequilibrio provocado en el contrato sea desproporcionado y suponga el quebranto total del contenido económico de aquel¹⁷.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha aceptado reiteradamente que se cumplen las condiciones necesarias para la aplicación de este requisito de la teoría del riesgo imprevisible, cuando se produce un incremento «imprevisible», *v. gr.*, del precio del petróleo siempre que tenga una incidencia fuerte en la economía del contrato¹⁸.

¹⁶ Por todas, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), en cuyo fundamento jurídico 5.º puede leerse lo siguiente:

La Sala de instancia tampoco lesionó la jurisprudencia invocada en lo que se refiere al límite cuantitativo del riesgo imprevisible. Considera que las cifras de incremento, 2,57 % en presupuesto inicial, o 3,14 % en el adicional con revisión de precios, se encuentran dentro de los márgenes razonables con relación al beneficio industrial [...]. Es cierto que en tal supuesto el beneficio del contratista es menor del esperado, mas ello encaja en la doctrina del riesgo y ventura sin alterar frontalmente el equilibrio económico-financiero que haría entrar en juego la doctrina del riesgo imprevisible.

¹⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1990 acogió la pretensión indemnizatoria planteada en el recurso por la elevación de los precios de ligantes asfálticos respecto de un contrato ejecutado entre 1977 y 1982. El incremento del precio de esos materiales fue de un 185 %.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1997 se reconoció el derecho a la indemnización pretendida por la contratista como consecuencia del incremento de las elevaciones de precios impuestas por la Administración para los productos derivados del petróleo. La sentencia consideró que una variación de precios del 100 % constituye causa imprevista que altera el equilibrio del contrato y permite su restablecimiento en aplicación de la teoría del riesgo imprevisible.

También en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1999 se estimó la pretensión indemnizatoria de los recurrentes por un incremento del precio de los ligantes asfálticos respecto de unas obras adjudicadas en 1976 y terminadas en 1989. El incremento fue del 88,5 % del precio, que no aparecía recogido en la fórmula polinómica de la cláusula de revisión de precios del contrato.

A la vista de la jurisprudencia citada, se aprecia una evolución decreciente en la exigencia de la variación de los precios, pero siempre exigiendo ese quebranto en el contenido económico del contrato.

¹⁸ De acuerdo con lo dispuesto en el dictamen del Consejo de Estado número 46.172, de 10 de mayo de 1984, un incremento del 262,5 % del precio del petróleo que afectaba a los productos asfálticos necesarios para realizar la prestación contenida en el contrato podía justificar la necesidad de restablecer el equilibrio del contrato, cuando esa variación del precio se había producido entre los años 1979 y 1981.

En el supuesto de la crisis sanitaria producida por la covid-19, será necesario conocer las cifras concretas, en cada caso, de la pérdida de beneficios o incremento de gastos ocasionados a los contratistas, teniendo en cuenta la evolución de la economía, así como el periodo en el que aquella alteración se produzca. En cualquier caso, para que se considere «imposible» la ejecución del contrato de concesión de obra o concesión de servicio (en el sentido del artículo 34.4), se reitera la necesidad de que esa alteración económica sea «desmesurada», afecte al presupuesto total del contrato (no solo a una partida)¹⁹ y suponga la quiebra total y absoluta del contenido económico del contrato de concesión afectado.

Es necesario, por tanto, que se sobrepasen los límites razonables de la aleatoriedad que comporta toda licitación lo que, en el caso objeto de estudio, implica que deberán atenderse a las circunstancias de cada contrato de concesión para determinar si se ha alterado (globalmente) de un modo irrazonable ese equilibrio contractual o si, por el contrario, ese impacto de la covid-19 debe ser asumido por el concesionario en virtud de la doctrina del riesgo y ventura²⁰.

5.2.4. Remedios aplicables

En aquellos casos en que resulte de aplicación el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, esta norma da derecho al concesionario

al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 % o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de

¹⁹ La necesidad de apreciar la ruptura del equilibrio económico del contrato respecto del presupuesto total del mismo se ha planteado, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de julio de 2008. En su fundamento jurídico 6.º se recuerda que la ruptura del equilibrio económico de la concesión solo tiene lugar cuando el incremento de costes de la explotación altera notablemente el plan económico financiero que presentó la concesionaria al concurrir a la licitación, sin que ese incremento se vea compensado por otras partidas. Por tanto, no existe ruptura de ese equilibrio si un eventual incremento de los gastos se ve compensado, en el seno del contrato, con un incremento de beneficios obtenido por el contratista respecto de las previsiones iniciales.

²⁰ En el fondo, la tesis defendida aquí es la de equiparar la imposibilidad en la ejecución del contrato con una dificultad grave en el cumplimiento del mismo, tal y como se plantea, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1998, si bien en ella no se admite el riesgo razonablemente imprevisible en la medida en que se había excluido expresamente en el contrato la cláusula de revisión de precios.

servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por la covid-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.

A la vista de la norma, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obras y concesión de servicios puede realizarse mediante dos medidas (alternativas), según proceda en cada caso:

- a) Ampliación de la duración inicial del contrato hasta un máximo de un 15 %, o
- b) Mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Además, añade el artículo 34.4, el restablecimiento de ese equilibrio debe compensar al contratista, en todo caso, de los efectivos daños y perjuicios ocasionados por las medidas adoptadas como consecuencia de la covid-19. Esa compensación han de tener en cuenta dos conceptos:

1. La pérdida de los ingresos obtenidos de la explotación de la obra o prestación del servicio, y
2. El incremento de los costes soportados, esto es, el exceso de costes respecto de los soportados en la ejecución ordinaria del contrato.

En ambos casos debe cumplirse el resto de requisitos exigidos en la norma.

En el informe de la Abogacía General del Estado de fecha 30 de marzo de 2020 se ha planteado una duda en relación con el modo de compensar el incremento de los costes soportados por el contratista, entre los que se encuentran, según el propio artículo 34.4,

los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por la covid-19.

En el proyecto del citado informe se interpretaba que esos «gastos adicionales salariales» eran los abonados durante el periodo en que se amplíe la duración inicial del contrato, en aplicación de una de las medidas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Sin embargo, el informe definitivo de la Abogacía General del Estado de 30 de marzo de 2020 concluye acertadamente que esa interpretación es impropia, toda vez que no permite aplicar la compensación de esos «gastos adicionales salariales» a la otra medida de restablecimiento del equilibrio económico del contrato (la modificación de las cláusulas de contenido económico). En efecto, si entendemos que los gastos adicionales salariales son

exclusivamente aquellos derivados de la ampliación de la duración inicial del contrato, en aquellos casos en que la medida aplicable sea la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato, el contratista no podrá solicitar la compensación de esos gastos adicionales salariales, algo que genera un «tratamiento desigualitario» entre quienes se acojan a las distintas medidas.

Por este motivo, hacemos nuestra la interpretación contenida en el informe señalado, cuando afirma que los costes adicionales salariales compensables al contratista son aquellos que superan los previstos inicialmente para la ejecución ordinaria del contrato (lo cual engloba ya ambas medidas), siempre que se hubiera abonado efectivamente por el contratista durante la situación de hecho creada por la covid-19.

5.3. El restablecimiento del equilibrio económico mediante de los artículos 270 y 290 de la LCSP

5.3.1. Supuesto de hecho

En la legislación general en materia de contratación pública, la regulación del mantenimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obras la encontramos en el artículo 270 de la LCSP.

El primer apartado del citado precepto establece que:

El contrato de concesión de obras deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

Su segundo apartado permite restablecer el equilibrio del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en dos supuestos:

- a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 262.
- b) Cuando actuaciones de la Administración pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

El cuarto párrafo del artículo 270.2 de la LCSP dispone, finalmente, que:

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuer-

za mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239.

En el caso de los contratos de concesión de servicios, la regulación, contenida en el artículo 290 de la LCSP, es similar a la ya expuesta para los contratos de concesión de obras²¹.

A la vista de lo anterior podemos preguntarnos: ¿pueden ser aplicadas estas medidas, en algún caso, para restablecer el equilibrio económico de contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la situación de hecho de la covid-19 y las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas para combatirlo?

Obviando por el momento (a efectos didácticos) la preferencia aplicativa de la norma especial del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 frente a la general de los artículos 270 y 290 de la LCSP, lo cierto es que teniendo en cuenta el supuesto de hecho de la covid-19 no se cumpliría ninguna de las dos causas de establecimiento del reequilibrio de los contratos examinados, ni las recogidas en el artículo 270.2 de la LCSP (para los contratos de concesión de obras), ni las contenidas en el artículo 290.4 de la LCSP (respecto de los contratos de concesión de servicios).

En primer lugar, porque las modificaciones contractuales de la letra a) de los preceptos señalados solo podría fundarse en exigencias del interés público o en circunstancias previstas en la LCSP, algo que en este caso no sucede en la medida en que la incidencia de las

²¹ El artículo 290 de la LCSP recoge la posibilidad de realizar una modificación del contrato o solicitar el mantenimiento de su equilibrio económico. Este precepto, en su primer párrafo, dispone lo siguiente:

La Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en la Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley [regulación de la modificación de los contratos recogida en los artículos 203 a 207 de la LCSP].

Por su parte, el apartado 4.º del artículo 290 de la LCSP reza así:

Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas.
- b) Cuando actuaciones de la Administración pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239 de la presente Ley.

medidas derivadas de la covid-19 solo afectarían a la pérdida de beneficios o incremento de gastos del concesionario que se verían alterados por la crisis sanitaria.

En segundo lugar, tampoco resultaría aplicable la causa de restablecimiento del equilibrio del contrato señalada en los artículos 270.2 b) y 290.4 b) de la LCSP porque las medidas adoptadas como consecuencia de la covid-19 no han sido adoptadas por la «Administración pública concedente» como exige la norma, sino por el Gobierno de España a través del ya mencionado decreto del estado de alarma²². Ambas normas recogen el denominado *factum principis* al que me referiré con más detalle *infra* en el epígrafe 6.2.

Por tanto, al no cumplirse el supuesto de hecho de esas normas generales para el caso de la covid-19, ya no es necesario analizar la relación entre la norma especial del artículo 34.4 y las generales analizadas. Estas sencillamente no se aplican a la situación de hecho creada por la covid-19.

Solo quedaría por determinar si sería posible restablecer una posible ruptura del equilibrio económico de un contrato de concesión de obra o de concesión de servicios, afectado por la crisis de la covid-19, de acuerdo con el párrafo sobre fuerza mayor incluido tanto en el artículo 270 como en el 290, ambos de la LCSP. Ese párrafo es el siguiente:

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239.

Esta cuestión la abordaré en el epígrafe siguiente.

5.4. Norma aplicable a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la situación de hecho de la covid-19

A la vista de ese párrafo de los artículos 270 y 290 de la LCSP con el que cerrábamos el epígrafe anterior, relativo al restablecimiento del equilibrio económico de los contratos objeto de estudio en casos de fuerza mayor, y teniendo en cuenta que resulta indudable la existencia de fuerza mayor en la crisis sanitaria de la covid-19, la duda fundamental que debemos abordar, llegados a este punto, es la siguiente: ante un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios afectado por la situación de hecho creada por la covid-19 y por

²² Así se ha sostenido, entre otras, en las SSTS de 29 de mayo de 2007 y de 16 de mayo de 2011.

las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas para combatirlo, ¿solo resultaría aplicable el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 como norma especial o cabría algún supuesto en el que podría aplicarse lo dispuesto, para el caso de fuerza mayor, en el señalado párrafo del artículo 270 y 290 de la LCSP? Comenzaré por un breve esbozo del concepto de fuerza mayor.

Es consabida la falta de definición del concepto de «fuerza mayor» en nuestro ordenamiento jurídico. Ante tal ausencia, suele acudir al artículo 1.105 del Código civil para fijar sus presupuestos. Este precepto reza así:

Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.

De acuerdo con la norma señalada, una ley podría hacer responder de los daños y perjuicios causados por tales acontecimientos a quienes los sufren, aunque no evitar la propia calificación de fuerza mayor, cuya concurrencia, como concepto jurídico indeterminado, depende de los hechos concretos y no de una regulación específica que es la contenida en una norma jurídica.

Teniendo en cuenta todo ello, reiterada jurisprudencia ha señalado que para que un suceso pueda considerarse fuerza mayor, en el sentido del artículo 1.105 del CC y, por tanto, suponer la exención de responsabilidad derivada de aquella calificación es necesario que concurran los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un evento imprevisible, o que previsto sea inevitable, insuperable o irresistible.
- b) Que no se deba a la voluntad del presunto deudor.
- c) Que haga imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída o impida el nacimiento de la que pueda sobrevenir.
- d) Que entre el resultado señalado y el evento que lo produjo exista un nexo de causalidad eficiente²³.

Examinado brevemente el concepto de fuerza mayor, resulta indudable su concurrencia en la situación de hecho creada por la covid-19 y en las medidas adoptadas por las distin-

²³ Es especialmente ilustrativa a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1965, la cual, a pesar de su remota fecha, recoge con enorme rigor los requisitos que han de concurrir en los supuestos de fuerza mayor que pueden dar lugar a la irresponsabilidad del deudor.

tas Administraciones públicas para combatirlo²⁴. El propio Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis señalada, apuntaba en su exposición de motivos que

las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos [...]. Para hacer frente a esta situación, grave y excepcional, es indispensable proceder a la declaración del estado de alarma.

Respecto de la regulación de la fuerza mayor en el Real Decreto-ley 8/2020, su artículo 34.3 establece lo siguiente:

No resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere el presente artículo lo dispuesto en el apartado 2 a) del artículo 208²⁵, ni en el artículo 239 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220, ni en el artículo 231 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público²⁶.

En relación con la exclusión de estos preceptos, anunciada en el artículo 34.3 del Real Decreto-ley 8/2020, es necesario realizar dos consideraciones:

1. No solo se aplica en los supuestos del artículo 34.3 del Real Decreto-ley 8/2020, sino a los supuestos recogidos en cualquiera de los diferentes apartados del artículo 34 (incluido el 4.º).
2. La exclusión de estos preceptos se deriva del propio régimen especial al que son sometidos los contratos públicos recogidos en el artículo 34, cuya aplicación desplaza lógicamente las normas generales en materia de contratación pública.

²⁴ De hecho, en la propuesta del Real Decreto-ley 8/2020 que se sometió a Consejo de Ministros se incluía en el artículo 34.4 la expresión «tendrán consideración de fuerza mayor» para referirse a las medidas adoptadas con ocasión de la covid-19. Sin embargo, y a pesar de que, finalmente, esa expresión fue suprimida, no puede dudarse de la concurrencia de «fuerza mayor» en la crisis sanitaria derivada de la covid-19, así como en la adopción de las medidas derivadas de aquella.

²⁵ El artículo 208 de la LCSP, referido a la suspensión de los contratos, establece en su apartado 2.º que, acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos de acuerdo con las reglas que menciona el mismo precepto. El apartado a) de ese artículo 208.2 de la LCSP establece que, salvo que el pliego que rige el contrato establezca otra cosa, dicho abono solo comprenderá los conceptos que se expresan, siempre que se acredite fehacientemente su realidad, efectividad e importe.

²⁶ Los artículos 220 y 231 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, tienen un contenido similar a los citados de la LCSP.

Entre los preceptos excluidos en el régimen especial del Real Decreto-ley 8/2020 se encuentra el artículo 239 de la LCSP dedicado a la fuerza mayor, cuyo primer apartado reza así:

En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.

El apartado segundo enumera algunos supuestos que, a los efectos indicados, tienen la consideración de casos de fuerza mayor²⁷.

A la vista de lo anterior y respecto de los contratos de concesión de obra y concesión de servicios, no es que el artículo 34.3 excluya la fuerza mayor a los supuestos que recoge, sino que evita la posibilidad de que los remedios derivados de la fuerza mayor contenidos en el artículo 239 de la LCSP se sumen a los ya contemplados en la norma especial que es la aplicable.

Puede concluirse, por tanto, que de acuerdo con la interpretación jurisprudencial que se ha dado al concepto de fuerza mayor y a la vista de los presupuestos que han de concurrir para verificar su existencia, este implica el incumplimiento de la prestación por imposibilidad de realizar la misma, siendo así que ese es precisamente el supuesto de hecho que exige aplicar el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

No resulta de aplicación, por tanto, lo dispuesto para el caso de fuerza mayor en el párrafo señalado de los artículos 270 y 290 de la LCSP, en la medida en que el supuesto de hecho de esa norma se solapa con el propio del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, cuya aplicación es preferente en tanto que se trata de una norma especial que deroga a la general en su ámbito de aplicación.

Todo ello hace innecesario el análisis de los remedios contenidos en los artículos 270 y 290 de la LCSP, encaminados a restablecer el equilibrio económico de los mencionados contratos, al resultar ya irrelevantes (por inaplicables) en lo que se refiere al objeto del presente trabajo²⁸.

²⁷ El artículo 239.2 de la LCSP dispone exactamente:

Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

²⁸ A título informativo, se indica a continuación el contenido del artículo 270.3 de la LCSP:

El restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las

5.5. Conclusiones sobre el restablecimiento del equilibrio económico en los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la covid-19

Expuesto lo anterior, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- a) Los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, afectados por la covid-19, no entran en el ámbito de aplicación de los supuestos recogidos en los artículos 270 y 290 de la LCSP para el restablecimiento de su equilibrio económico.
- b) El párrafo relativo a la fuerza mayor incluido en los artículos 270 y 290 de la LCSP no puede ser aplicado a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la covid-19, en la medida en que el supuesto de hecho de esa norma se solapa con el propio del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, razón por la cual se aplica este último precepto, por tratarse de una norma especial que desplaza a la general²⁹.
- c) Como consecuencia de lo anterior, si a un contrato de concesión de obras o concesión de servicios afectado por la covid-19 no le resultara de aplicación, por cualquier motivo, lo dispuesto en el artículo 34.4, tampoco procedería acudir a los remedios contenidos en la LCSP, asumiendo en ese caso el contratista la pérdida de beneficios o el incremento de gastos de la explotación, derivados de la crisis sanitaria, en virtud del principio de riesgo y ventura que debe regir la ejecución de todo contrato administrativo.

tarifas establecidas por la utilización de las obras, la modificación en la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado 2 anterior, y siempre que la retribución del concesionario proviniere en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial.

Además, el apartado 4.º del mismo artículo 270 de la LCSP otorga al contratista un derecho de desistimiento en aquellos casos en los que resulte «extraordinariamente oneroso para él», cuando concurra alguna de las circunstancias detalladas en ese precepto.

Similares medidas encontramos para el contrato de concesión de servicios en los apartados 5 y 6 del artículo 290 de la LCSP.

²⁹ En contra de esta tesis, cabe citar a Gimeno Feliú (2020), quien tras definir los remedios contenidos en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 como «reequilibrio singular» y afirmar que solo podrían solicitarse cuando la ejecución del contrato concesional resultara imposible, añade que, en el resto de supuestos, esto es, «cuando la prestación continúe», podrían aplicarse, a su juicio, las reglas generales de reequilibrio, «dado que concurren los presupuestos habilitantes de fuerza mayor y de *factum principis*».

A mi juicio, si la prestación «continuase» tampoco serían aplicables, por los motivos expuestos, los artículos 270 y 290 de la LCSP.

6. ¿Resultan aplicables otros remedios a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la covid-19?

Como ya he señalado a lo largo de este trabajo, la ejecución de un contrato (también los de concesión de obras y concesión de servicios) ha de realizarse a riesgo y ventura del contratista, tal y como establece el artículo 197 de la LCSP.

Sin embargo, durante la ejecución de un contrato pueden producirse determinados sucesos o circunstancias que pueden alterar las condiciones existentes en el momento de su perfeccionamiento, y de ello puede derivarse la necesidad de restablecer el equilibrio económico del contrato.

Ese desequilibrio puede producirse por distintas causas, entre las que pueden citarse:

1. La modificación del contrato o *ius variandi*, en virtud de lo establecido en el artículo 203 de la LCSP.
2. El denominado *factum principis*, y
3. El riesgo imprevisible.

Dado que el examen y estudio de la teoría del riesgo imprevisible y sus específicas aplicaciones ya ha sido abordado *supra*, analizaré en los apartados siguientes las otras dos instituciones apuntadas, respecto de su posible aplicación a la situación de hecho provocada por la covid-19.

6.1. *Ius variandi*

El denominado *ius variandi*, o potestad de modificación del contrato de que dispone la Administración, se enmarca dentro de la propia relación contractual, a diferencia del riesgo imprevisible o del *factum principis* que tienen su origen en acontecimientos extraordinarios, imprevistos, externos al contrato administrativo al que afectan, no imputables a las partes contratantes y producidos con posterioridad a su adjudicación.

Ello ya supondría excluir este supuesto del caso aquí analizado, aunque concurren otros motivos para confirmar tal exclusión.

En efecto, una eventual modificación del contrato tal y como se regula en el artículo 203 de la LCSP³⁰ tiene su fundamento en una potestad concreta de la Administración pú-

³⁰ A título informativo, el artículo 203 de la LCSP, intitulado «Potestad de modificación del contrato», preceptúa lo siguiente en su primer apartado:

blica y, por ende, solo puede ser ejercitada por razones de interés público en los casos en que así proceda.

En el caso del supuesto analizado, las eventuales pérdidas que pueden producirse a los contratistas surgen de la declaración del estado de alarma y de las medidas adoptadas como consecuencia de la crisis sanitaria que ha desencadenado la covid-19, y no de modificaciones previstas o no en el correspondiente pliego que hayan de incorporarse al contrato por motivos de interés general.

6.2. *Factum principis*

Como ya adelanté más arriba, en el epígrafe 5.3.1, al estudiar el restablecimiento del equilibrio económico mediante la LCSP, el principio *factum principis* se recoge expresamente en los artículos 270.2 b) y 290.4 b) de la LCSP³¹, para los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, respectivamente.

Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207 [especialidades procedimentales].

El segundo apartado del citado artículo dispone, por su parte, lo siguiente:

Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204.

b) Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205.

Las modificaciones contempladas en el artículo 205 de la LCSP se refieren a aquellas no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, como prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales.

³¹ El artículo 270.2 b) de la LCSP establece lo siguiente para los contratos de concesión de obras:

Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

[...]

b) Cuando actuaciones de la Administración pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Por su parte, el artículo 290.4 b) de la LCSP recoge idéntica norma para el contrato de concesión de servicios.

El *factum principis* surge en el seno de un contrato o concesión cuando la Administración, mediante una decisión voluntaria nacida del poder general de *imperium*, lesiona las condiciones económicas del contrato alterando, de este modo, el equilibrio económico del mismo.

En este caso, no cabe considerar como *factum principis* la eventual ruptura del equilibrio económico-financiero de los contratos de concesión de obra y concesión de servicios afectados por la situación de hecho de la covid-19 y las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas para combatirlo.

Y ello porque la alteración de la materia económica de los citados contratos no se deriva del poder general de *imperium* de la Administración, sino del reglamento por el que se decretó el estado de alarma, esto es, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19, y la sucesiva normativa que ha ido modificando aquel y adoptando las medidas necesarias a la situación creada por la crisis sanitaria. Especialmente, se excluye el *factum principis* cuando esos reglamentos se han dictado como consecuencia de una pandemia mundial derivada de una situación absolutamente excepcional³².

Además, los artículos 270.2 b) y 290.4 b) de la LCSP exigen que la ruptura del equilibrio económico de los respectivos contratos de concesión se produzca por actuaciones de la Administración pública concedente, algo que, en este caso, no se cumple exactamente al haberse adoptado las medidas, al menos *ab initio*, por el Gobierno.

Tras esta conclusión resulta ocioso, atendiendo a los fines de este trabajo, examinar los requisitos necesarios para la aplicación del principio de *factum principis*.

7. Conclusiones finales

El 14 de marzo de 2020, el Gobierno de España declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional con el fin de gestionar la crisis sanitaria ocasionada por la covid-19. Ello supuso una paralización casi total de la actividad económica en España y provocó graves consecuencias sobre la actividad de los sectores productivos, que trataron de mitigarse mediante la adopción de un conjunto de disposiciones articuladas en sucesivos reales decretos-leyes dictados por el Gobierno.

En concreto, en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19,

³² En los dictámenes del Consejo de Estado núms. 31/92 y 32/92 se descartó la existencia de un supuesto de *factum principis* al derivarse el daño de una norma reglamentaria (no de un acto derivado del poder general de *imperium* de la Administración), que además se había aprobado como consecuencia de las exigencias de la economía mundial.

recoge una serie de medidas, en materia de contratación pública, encaminadas a paliar las consecuencias de la covid-19.

En concreto, el apartado 4.º de ese Real Decreto-Ley 8/2020 establece diversos remedios aplicables a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la situación de hecho creada por la covid-19 y por las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas para combatirlo.

En lo referente a la naturaleza e interpretación del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y a la vista de lo expuesto a lo largo del presente trabajo, procede extraer las siguientes conclusiones:

1. Durante la vigencia de la norma se han sucedido diversas interpretaciones de la misma, entre las que destaca una interpretación literal o restrictiva que solo acepta el restablecimiento del equilibrio económico de los referidos contratos de concesión cuando se cumple estrictamente el supuesto de hecho de la norma, y otra interpretación finalista que acepta una aplicación más amplia del mismo.
2. El artículo 34.4 se configura como una norma especial frente a la legislación general en materia de contratación pública (especialmente, la LCSP) y, por tanto, ha de aceptarse la preferencia aplicativa de aquella norma frente a los artículos 270 y 290 de la LCSP y el resto de normas generales aplicables a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios.

En cuanto al restablecimiento del equilibrio económico de los referidos contratos de concesión, pueden plantearse las siguientes conclusiones:

1. El ámbito de aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 abarca todos los contratos que, con arreglo a sus pliegos, estén sujetos a las normas recogidas en el apartado 7.º del mismo precepto y, en todo caso, han de incluirse todas las entidades del sector público, también las sociedades estatales y fundaciones del sector público.
2. El supuesto de hecho del artículo 34.4 incluye los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios, vigentes a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2020, afectados por la situación de hecho creada por la covid-19 y las medidas adoptadas por las diferentes Administraciones públicas para combatirlo.
La norma exige para su aplicación, además, que el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato, como consecuencia de la situación descrita en el párrafo anterior y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad.
3. Respecto del concepto de imposibilidad contenido en el artículo 34.4, se ha interpretado el mismo, por una parte, como una inviabilidad absoluta de ejecutar el

contrato debido a las medidas adoptadas por la covid-19 y, por otra parte, como una inviabilidad relativa que permitiría la aplicación del precepto a partir de una mera minoración relevante de ingresos o incremento de gastos para el concesionario, igualmente como consecuencia de las medidas adoptadas por la covid-19.

Sin aceptarse ninguna de las dos interpretaciones y partiendo de los requisitos exigidos en la teoría del riesgo imprevisible, lo más razonable es entender el concepto de «imposibilidad de ejecución del contrato» contenido en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 como el impacto ocasionado al contratista, a través de las medidas adoptadas por la covid-19, cuando genere un efecto desmesurado sobre el equilibrio económico-financiero del contrato que produzca una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido, en el sentido expuesto en el presente trabajo.

En el epígrafe 5.2.3. de este trabajo se han recogido algunos supuestos en los que tanto la jurisprudencia como el Consejo de Estado han aplicado este criterio para apreciar una ruptura del equilibrio económico del contrato.

En el supuesto de la crisis sanitaria producida por la covid-19, será necesario conocer, en cada caso, las cifras concretas de la pérdida de beneficios o incremento de gastos ocasionados a los contratistas, para apreciar esa imposibilidad de la ejecución contenida en el artículo 34.4, entendida así como dificultad grave en el cumplimiento del contrato que produce un quebranto económico total (o global) en el mismo.

4. Ante un contrato de concesión de obras o concesión de servicios afectado por la situación de hecho creada por la covid-19 y por las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas para combatirlo, no cabría aplicar los remedios contenidos en los artículos 270 y 290 de la LCSP para el mantenimiento del equilibrio económico de los indicados contratos de concesión.

Tampoco resultaría de aplicación lo dispuesto para el caso de fuerza mayor en uno de los párrafos de los artículos 270 y 290 de la LCSP, en la medida en que el supuesto de hecho de esa norma se solapa con el propio del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, que resultaría aplicable con preferencia a aquel, en tanto que norma especial vs. general.

Por consiguiente, los concesionarios de obras o de servicios afectados por la covid-19 que no puedan acogerse a los remedios incluidos en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 asumirán la pérdida de beneficios o el incremento de gastos de la explotación, derivados de la crisis sanitaria, en virtud del principio de riesgo y ventura que debe regir la ejecución de todo contrato administrativo.

5. Finalmente, no resultan aplicables al supuesto objeto de estudio ni el denominado *ius variandi* ni tampoco el principio de *factum principis*.



Referencias bibliográficas

Bobbio, N. (1960). *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*. G. Giappichelli Editore.

Gimeno Feliú, J. M. (2020). La crisis sanitaria del COVID-19 y su incidencia en la contratación pública. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87.

Tardío Pato, J. A. (2003). El principio de especialidad normativa (*Lex specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales. *Revista de Administración Pública*, 162.

Villar Ezcurra, J. L. (2020). Medidas extraordinarias para las concesiones de servicios y obras en el Real Decreto-ley 8/2020 como consecuencia de la COVID-19. *Hay Derecho. Expansión*.

Ximena Lazo, V. (2020). Contratos de concesión y COVID-19. ¿Una solución ad hoc para el reequilibrio económico? *Observatorio de Contratación Pública*.



De alarmas, geolocalizaciones y derechos: A propósito de una regulación más que peligrosa para los derechos fundamentales

Matilde Vicente Díaz

Magistrada

<https://orcid.org/0000-0001-9033-0860>

Soraya Callejo Carrión

Magistrada

Doctora en Derecho

<https://orcid.org/0000-0002-9581-559X>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Extracto

¿Está sirviendo el estado de alarma decretado por la crisis sanitaria del coronavirus para recortar derechos fundamentales de los ciudadanos en España? Aunque la respuesta fuera positiva, ¿está justificado el recorte de libertades al amparo del bien supremo que es la vida y la salud? ¿Debemos dejar en manos de «papá Estado» la protección de estos bienes tan preciados o, por el contrario, huir de planteamientos paternalistas y preservar por encima de todo el sistema de libertades con que nos dotó la Constitución de 1978? Puede que el uso de las nuevas tecnologías, antes de la crisis sanitaria, ya viniera cercenando ciertos derechos de un ciudadano atolondrado por el abanico de oportunidades que brindan estas, sin ser consciente del precio que se paga por estar conectado a todas horas, y sin embargo, hasta ahora no se haya suscitado el debate porque, por desgracia, también en esto se ven oportunidades políticas. O puede que a quienes propugnan una amenaza seria a las libertades les asista la razón.

Sea como fuere, el presente trabajo trata de asomarse a la nueva realidad jurídica que subyace tras ciertas normativas aprobadas en el seno del estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con respecto a las cuales se ha cuestionado su constitucionalidad partiendo de la esencia conceptual de lo que es un estado de alarma.

Palabras clave: garantías; derechos; libertad; poderes públicos; responsabilidad.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Vicente Díaz, M. y Callejo Carrión, S. (2021). De alarmas, geolocalizaciones y derechos: A propósito de una regulación más que peligrosa para los derechos fundamentales. *Revista CEFLegal*, 241, 109-142.



On emergencies, geolocation and rights: An inquiry concerning an overtly dangerous regulation for fundamental rights

Matilde Vicente Díaz
Soraya Callejo Carrión

Abstract

Is the emergency declared because of the covid health crisis being used to curtail the citizens' fundamental rights? Even if there's an affirmative answer, would that curtailment be justified on behalf of the supreme good, i.e. life & health? Should we leave in the nanny state's hands the protection of those beloved goods or, on the contrary, run away from paternalistic approaches and preserve the liberties system provided in 1978 Constitution above all? The use of new technologies before the health crisis may have undermined certain rights of a citizen bedazzled by the wide range of opportunities displayed but unconscious of the price paid for unlimited connection, nevertheless, the discussion has not been brought on until now because, unfortunately, there is also a political bait in it. Or maybe the ones proclaiming a serious threat to liberties are right.

Whatever the answers may be, this paper aims at leaning out the new legal reality window lying beneath certain regulations passed while the state of alarm ordered in Royal Decree 463/2020, of 14 March, was in force, and whose constitutionality has been questioned regarding the essence of the state of alarm concept.

Keywords: guaranties; rights; liberty; public authorities; liability.

Citation: Vicente Díaz , M. y Callejo Carrión, S. (2021). De alarmas, geolocalizaciones y derechos: A propósito de una regulación más que peligrosa para los derechos fundamentales. *Revista CEFLegal*, 241, 109-142.





Sumario

1. Introducción
2. La normativa «sospechosa», o de cómo una orden puede dar al traste con algún que otro derecho fundamental
 - 2.1. Los diversos métodos de ayuda al control de la pandemia: bases para la preocupación
 - 2.2. La Orden SND/297/2020
 - 2.3. El estudio de movilidad
 - 2.4. Posición de la Agencia Española de Protección de Datos
 - 2.5. La Comisión Europea
3. Algunas consideraciones básicas sobre el estado de alarma
 - 3.1. Un estado excepcional para una pandemia excepcional
 - 3.2. De las garantías del estado de alarma
 - 3.2.1. Intervención del Congreso de los Diputados para autorizar prórrogas
 - 3.2.2. Disolución del Congreso
 - 3.2.3. Responsabilidad del Gobierno
 - 3.2.4. Imposibilidad de reforma constitucional durante la vigencia del estado de alarma
4. Alarma versus excepción y sitio
5. De derechos fundamentales o acaso no tan fundamentales: el marco perfecto, la pandemia que todo lo distrae
 - 5.1. El derecho a la vida
 - 5.2. El derecho a la salud
 - 5.3. El derecho a la libertad de circulación
 - 5.4. El derecho a la protección de datos
 - 5.5. El derecho a la intimidad
 - 5.6. La necesaria ponderación de derechos
6. ¿Sería aceptable una pérdida de derechos por el uso de las tecnologías en la lucha contra la covid-19?
 - 6.1. La geolocalización
 - 6.2. Las aplicaciones de autotest e información de contagios
 - 6.3. Las aplicaciones de seguimiento de contactos por Bluetooth
 - 6.4. Los pasaportes de inmunidad
 - 6.5. La lectura de la temperatura



7. ¿Hacia dónde vamos?

7.1. China

7.2. Corea del Sur

8. Conclusión

Referencias bibliográficas

1. Introducción

Últimamente, debido a la pandemia de la covid-19 y sus letales efectos en todos los ámbitos, nos han asaltado de manera recurrente dos títulos literarios vitales en la historia contemporánea: *La peste* de Albert Camus y *1984* de George Orwell. Su relectura en días de confinamiento se antoja prácticamente obligada en un intento por entender hacia dónde vamos o, al menos, despejar desesperanzas y miedos, si es que se puede, dadas las circunstancias. Acaso las crisis sean cíclicas y los inventos no tanto. En cualquier caso, el empeño como poco es gratificante, literariamente hablando.

De la pandemia sabemos que saldremos colectivamente (más allá de los miles de personas que se han quedado en el camino al no poder superar la enfermedad), mejor o peor, tarde o temprano. Eso sí, distintos, muy distintos. De la regulación legal promulgada a consecuencia de la misma... esperemos que también, pero miedo da que tal regulación haya venido para quedarse. ¿Estamos ante una especie de gran hermano al modo que describía Orwell en su magnífica obra cumbre?

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE del 28) declaró el estado de alarma en nuestro país a consecuencia de la crisis sanitaria presentada por la covid-19 en todo el mundo, y es que nos encontramos ante la mayor pandemia de los últimos siglos a nivel mundial; todo el planeta está revolucionado, sin excepción. En este contexto, no es la primera vez que al amparo del artículo 116 del CE se decreta este anómalo estado en nuestro país, pero sí con consecuencias y alcance tan potentes¹. Jamás en la historia de la democracia española se había vivido algo semejante y quizás su alcance y consecuencias no podamos calibrarlo hasta mucho después de superada la situación en todo el país.

Al margen de la consternación y la zozobra colectiva desencadenada por la abrumadora realidad que se cierne sobre el mundo entero, en España se han sucedido una serie de regulaciones de urgencia promulgadas por el Gobierno, que más allá de su acierto o desacierto para frenar la cruel embestida de la enfermedad, ponen en entredicho algunos de

¹ La primera vez en nuestra historia reciente que se decretó el estado de alarma fue mediante el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, que se había visto sustancialmente alterado con motivo de la huelga de los controladores aéreos, al suponer una drástica interrupción del tráfico aéreo en momentos de puente nacional, anulando el derecho de los ciudadanos a circular libremente por todo el territorio nacional y fuera del mismo.

nuestros derechos como ciudadanos, incluso los fundamentales. Ciertamente es que el estado de alarma en su propia esencia es tan temporal como temporales deberían ser las normas dictadas bajo su manto, sin embargo, este tipo de estado excepcional, el menos grave de los tres que contempla el artículo 116 del CE y regula la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, no debería suponer una excusa perfecta para limitar derechos, más allá de los que sean inevitables para paliar la pandemia. Obviamente un obligado confinamiento implica una limitación a la libertad de los ciudadanos, pero ¿hasta dónde cabe llegar?, ¿dónde está el límite?

Una de las normas que genera inquietud entre los juristas es la Orden SND/297/2020, de 27 de marzo, por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. Entre tales actuaciones figura la creación de una aplicación informática que analice la movilidad de las personas. Dicha aplicación permitirá, al menos, realizar al usuario la autoevaluación con base en los síntomas médicos que comunique, acerca de la probabilidad de que esté infectado por el coronavirus, ofrecer información al usuario sobre el virus y proporcionar a este consejos prácticos y recomendaciones de acciones que seguir según la evaluación. Hasta ahí, nada demasiado llamativo. Todo sea por la salud pública. Ahora bien, la aplicación permitirá la geolocalización del usuario a los solos efectos de verificar que se encuentra en la comunidad autónoma en que declara estar y puede incluir dentro de sus contenidos enlaces con portales gestionados por terceros, con el objeto de facilitar el acceso a información y servicios disponibles a través de internet. Es aquí donde se pueden encender todas las alarmas (nunca mejor dicho) en relación con derechos fundamentales como la libertad deambulatoria o la intimidad y protección de datos, pues un uso inadecuado o para otros fines a la postre podría desembocar en una vigilancia constante del ciudadano por parte de ese Gran Hermano que todo lo ve y al que podemos llamar Estado.

El presente trabajo no pretende hacer una crítica de la actuación de los dirigentes políticos, sino analizar desde una perspectiva jurídica adónde nos lleva tal regulación y qué puede suponer, si el estado de alarma justifica la promulgación de ciertas normas, si en un estado de alarma (que no de excepción o sitio) se pueden ver afectados determinados derechos y si esa regulación llega con vocación de temporalidad, como es de esperar en cualquiera de los estados de excepción contemplados en el artículo 116 de la CE, o, por el contrario, se ha colado en nuestra legislación para quedarse con el pretexto de la pandemia y con una ciudadanía anestesiada por las circunstancias y entretenida al gusto de los dirigentes.

El futuro es incierto, no obstante una cosa parece clara: todo lo que se hace o dice últimamente tiene como fundamento la Constitución de 1978, de la que unos se acuerdan para fulminarla directamente, otros para defenderla y algunos para atacarla mientras parece que la defienden. Estamos ante un punto de inflexión, de cómo lo superemos dependerá el mismo Estado democrático, social y de derecho previsto en el artículo 1.1 de la Carta Magna como uno de los valores esenciales de nuestro sistema. Ahí es nada.

2. La normativa «sospechosa», o de cómo una orden puede dar al traste con algún que otro derecho fundamental

2.1. Los diversos métodos de ayuda al control de la pandemia: bases para la preocupación

En España hay varias aplicaciones sobre el coronavirus creadas por particulares y por diversas autonomías. Un ejemplo de ellas es StopCovid19², de la Generalitat de Cataluña o Coronamadrid³. Todas ellas son de uso voluntario y rastrean a quien dé su permiso para hacerlo.

La Secretaría de Estado de digitalización e inteligencia artificial, además, participa en un proyecto europeo que nació en Alemania, llamado PEPP-PT (Rastreo paneuropeo de una proximidad para preservar la privacidad), y su objetivo en principio no es permitir la geolocalización del usuario, sino rastrear los contactos de los teléfonos para saber quién ha estado cerca de alguien que ha dado positivo por coronavirus. Funciona a través del Bluetooth, que recoge códigos de teléfonos cercanos cada 15 minutos. A su vez, emite a otros teléfonos cercanos. Si alguien da positivo, se comprueban los códigos recibidos para saber con quién ha estado en contacto y poder así comunicarle que podría haberse infectado. Los datos serán anónimos. Su finalidad es lograr la interoperabilidad entre países para garantizar el intercambio de datos anónimos en la lucha contra la covid-19.

Como este sistema solo puede tener éxito si los ciudadanos se descargan de forma voluntaria la aplicación, Apple y Google han anunciado que incorporarán las aplicaciones a los móviles cuando se actualicen sus sistemas operativos⁴, con lo que se conseguirá la descarga de forma prácticamente generalizada. Las dudas surgen porque se desconoce si este rastreo, que se usará para combatir la pandemia, se utilizará también para otros fines.

2.2. La Orden SND/297/2020

La Orden SND/297/2020, de 27 de marzo⁵ encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (perteneciente al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital) el desarrollo de soluciones tecnológicas para la recopilación de datos con objeto de mejorar la lucha contra la pandemia. Habla de tres cosas distintas:

² <<https://canalsalut.gencat.cat/ca/salut-a-z/c/coronavirus-2019-ncov/stop-covid19-cat/>>

³ <<https://www.coronamadrid.com/>>

⁴ <<https://www.apple.com/covid19/contacttracing/Privacy-Preserving-Contact-Tracing/>>

⁵ <<https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/28/pdfs/BOE-A-2020-4162.pdf>>. Orden SND/297/2020, de 27 de marzo.

- a) Una aplicación para móviles que sirve para hacerse una autoevaluación con base en los síntomas médicos que el ciudadano comunique, acerca de la probabilidad de estar infectado por el coronavirus; además se le puede ofrecer información sobre el virus y proporcionarle consejos y recomendaciones que seguir según la evaluación. No constituye un servicio de diagnóstico médico y, en principio, solo permitirá la geolocalización del usuario para verificar que se encuentra en la comunidad autónoma en la que declara estar. El responsable del tratamiento de datos será el Ministerio de Sanidad, y de la aplicación, la Secretaría General de Administración Digital, que podrá recurrir a terceros para su ejecución. La aplicación que se ha desarrollado se llama Asistencia COVID-19.
- b) Un chatbot, para ser utilizado vía WhatsApp y otras aplicaciones de mensajería instantánea, que tiene que servir para proporcionar «información oficial ante las preguntas de la ciudadanía» y descongestionar las líneas telefónicas de atención.
- c) Un estudio de movilidad de desplazamientos de la población durante la emergencia sanitaria, denominado DataCOVID-19. Su finalidad es el análisis de la movilidad de las personas en los días previos y durante el confinamiento. El responsable del tratamiento de datos es el Instituto Nacional de Estadística (INE). El análisis debe hacerse a través del cruce de datos de los operadores móviles, de manera agregada y anonimizada, y la norma indica que se debe velar por el cumplimiento de lo establecido en la normativa de protección de datos y los criterios interpretativos establecidos por la Agencia Española de Protección de Datos. El responsable del tratamiento será el INE.

La norma permite a la agencia, además, la evaluación de cualquier propuesta tecnológica.

2.3. El estudio de movilidad

Según el Gobierno, para hacer el estudio de movilidad de desplazamientos de la población durante la emergencia sanitaria se ha creado el DataCOVID-19, que no rastrea movimientos individuales, sino que emplea datos de posicionamiento de los dispositivos móviles, anónimos y agregados, proporcionados directamente por los operadores, y eliminando cualquier información personal, sin identificar ni realizar seguimientos de números de teléfono o titulares de forma individual. La finalidad, según el Gobierno, es conocer si tras la entrada en vigor de las medidas de distanciamiento social aumentan o disminuyen los movimientos de la población entre territorios, si hay áreas con una mayor aglomeración o si hay zonas con una alta concentración de población en relación con su capacidad sanitaria. Pero la norma se dicta con efectos retroactivos, por lo que el rastreo se puede efectuar en días previos a la declaración del estado de alarma.

En la página web de Eleven Paths (Unidad de Ciberseguridad de Telefónica)⁶, se asegura que, desde hace muchos años, las empresas llevan utilizando el *big data* y la inteligencia de negocio para la toma de decisiones basadas en datos, por lo que considera digno de aplauso que también el Estado decida utilizar estas potentes herramientas para tomar decisiones eficaces basadas en los datos, sin riesgo alguno para nuestras libertades. Asegura que los operadores no facilitan datos individuales sobre números de teléfono, ni sobre los titulares de las líneas, por lo que en ningún caso el INE podrá rastrear la posición de ningún terminal, y explica cómo puede entonces el INE saber todo sobre el movimiento de la población en su conjunto. Dice lo siguiente: los teléfonos móviles se comunican con antenas que están situadas en celdas. Cada antena da servicio a todos los terminales que en cada momento caen dentro de su área de cobertura. En zonas densamente pobladas, las operadoras ubican muchas celdas y muy juntas para dar servicio a la gran cantidad de abonados que entran dentro de cada una, a distancias tan pequeñas como 400 metros, mientras que en áreas despobladas las antenas pueden distar hasta 8 km. A medida que un usuario de telefonía móvil se desplaza, va cambiando de una celda a otra. Para que la telefonía móvil funcione, tu operadora necesita saber en todo momento en qué celda te encuentras para hacerte llegar llamadas entrantes o permitirte llamar. Debido a que las celdas de la red celular cubren áreas que suelen oscilar entre los 800 y los 8.000 m², no es posible ubicar a un usuario con total precisión, como con un GPS. La posición conocida por la operadora es siempre aproximada, con un error típico de entre 400 y 8.000 m. Partiendo de este error, se puede saber en qué barrio se encuentra un terminal, pero no se puede determinar si está dentro de casa, en el parque o en el supermercado. Por tanto, las operadoras ceden al INE datos de posición anonimizados y aproximados, sin datos personales de ningún tipo. Los datos de posición aproximada de las tres grandes operadoras permiten disponer de una muestra de más de 40 millones de teléfonos móviles en toda España, dividiendo todo el territorio nacional en unas 3.200 áreas de movilidad. Los datos de ubicación no son extraídos de los terminales móviles, sino que se extraen de la red móvil y se asignan a nivel de distrito censal, que es la mínima unidad geográfica utilizada. Las operadoras evitan asimismo una reidentificación posterior de los terminales a través de varias medidas de protección extra de la privacidad: establecer áreas muy amplias en zonas poco pobladas, excluir áreas con menos de 5.000 abonados, etc. El estudio seguirá en marcha mientras dure la emergencia sanitaria y hasta que se restablezca la normalidad. Tras estas operaciones, el INE solo recibe información agregada que le permite sacar conclusiones del tipo, por ejemplo, que el 3,5 % de los habitantes de un determinado barrio salen a trabajar diariamente frente a un 17,9 % de otro barrio. Pero a partir de los datos entregados por las operadoras, ni el INE ni el Estado tienen forma de precisar si tú te quedas o no en casa. Los datos se encuentran disponibles en la página web del INE, en el que se indica que provienen del análisis de la posición de más del 80 % de los teléfonos móviles de toda España.

Si las cosas fueran así, este estudio es respetuoso con las leyes de protección de datos, pues no se utiliza ni proporciona ningún dato personal, ni cualquier otro que pudiera servir

⁶ <www.elevenpaths.com>

para identificar a usuarios. Pero el ministro del Interior ha explicado en rueda de prensa que no se descarta utilizar con fines policiales, es decir, de vigilancia, supervisión e incluso sanción, los datos de geolocalización, aunque sea necesario para ello la publicación de una ley para que le dé amparo legal. ¿A qué se refería el ministro? ¿A la geolocalización derivada de la aplicación Asistencia Covid19 o al estudio de movilidad? ¿Sus palabras indican que la geolocalización puede que no se haga de manera agregada y anonimizada, sino que se podrá identificar a la persona?

2.4. Posición de la Agencia Española de Protección de Datos

La Agencia Española de Protección de Datos tuvo que lanzar un comunicado en fecha 26 de marzo de 2020 para precisar que los datos recabados solo pueden ser tratados para el control de la epidemia, que solo pueden ser facilitados por mayores de 16 años o menores con autorización de sus padres y que cabe la geolocalización de los ciudadanos que hayan dado positivo en la prueba de la covid-19 a través del teléfono móvil que hayan facilitado previamente, para hacer el seguimiento de su cuarentena.

Es muy probable que la mayor parte de los ciudadanos que se descarguen la aplicación y den todos sus datos desconozcan todos estos extremos y crean que solo se trata de una aplicación inocua para hacer la «autoevaluación» de su salud, pues se oferta como un servicio de ayuda para aconsejar al ciudadano en relación con el coronavirus. Nada se dice sobre el seguimiento que se le podrá hacer con base en las amplias competencias que en la situación excepcional de epidemia tienen las autoridades sanitarias, que alcanza incluso a limitar la libertad de circulación de las personas.

Sin embargo, la agencia ha debido recordar que la situación de emergencia no suspende el derecho fundamental a la protección de datos personales y recuerda que los criterios que deben aplicarse para que el tratamiento de los datos sea lícito son los siguientes:

- Deben ser necesarios para el interés público y deben garantizar los intereses vitales de los propios afectados o de terceros.
- Los datos solo pueden tratarse para el control de la epidemia.
- Debe limitarse a los datos necesarios.
- Solo podrán tratar los datos las autoridades públicas competentes.
- Las entidades privadas que colaboren no podrán utilizar los datos para fines distintos.

Con relación a la geolocalización, el único dato que debería facilitarse a los operadores de telecomunicaciones, según la agencia, es el número de teléfono que se tiene que geo-

localizar, salvo que el Ministerio de Sanidad entendiera imprescindible facilitar algún otro dato a los efectos del seguimiento de la enfermedad. Es evidente que esto permite la fácil obtención de la lista de infectados. Por ello la agencia ha advertido que, dada la proliferación de páginas web y aplicaciones móviles que ofrecen ayuda y servicios para autoevaluar y aconsejar en relación con el coronavirus, el ciudadano debía ser consciente de los riesgos que implica facilitar datos sensibles como son los de salud, incluso en aquellos casos en los que aparentemente esos datos no se asocian a la identidad del usuario.

2.5. La Comisión Europea

Cada país ha impuesto sus propias normas, pero estas normas pueden chocar o ser insuficientes en el seno de la Unión Europea. La ausencia de fronteras en el espacio común exige la colaboración entre los Estados. La Comisión Europea, quizá un poco tarde, emitió la Recomendación 2020/518, de 8 de abril (publicada el 14 de abril de 2020)⁷, relativa a la puesta en marcha de un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para la utilización de la tecnología y los datos a fin de combatir y superar la crisis de la covid-19, en particular por lo que respecta a las aplicaciones móviles y a la utilización de datos de movilidad anonimizados. La Comisión pone de relieve que la Unión y los Estados miembros se ven obligados a afrontar «un desafío sin precedentes para sus sistemas de asistencia sanitaria, forma de vida, estabilidad económica y valores», y considera que ningún Estado miembro puede tener éxito por sí solo en la lucha contra esta crisis. Considera asimismo que las tecnologías y los datos digitales tienen un valioso papel que desempeñar, ya que en Europa muchas personas se conectan a internet a través de dispositivos móviles, por lo que ofrecen una herramienta muy importante para informar al público y ayudar a las autoridades públicas en la contención de la propagación del virus y para permitir que las organizaciones sanitarias intercambien datos sobre la salud. Entiende que un enfoque fragmentado y descoordinado pone en peligro la eficacia de las medidas y daña tanto al mercado único como a los derechos y libertades fundamentales. Considera que el enfoque adecuado es proporcionar a las autoridades sanitarias y los responsables políticos datos suficientes y precisos para comprender la evolución y la propagación del virus, así como sus efectos, y añade que estas tecnologías también pueden empoderar a los ciudadanos para que adopten medidas eficaces y más selectivas de distanciamiento social, protegiendo a su vez los derechos y libertades fundamentales, en particular, el derecho de intimidad y a la protección de los datos personales. Afirma que las aplicaciones de alerta y seguimiento pueden desempeñar un papel importante en el rastreo de los contactos, y así limitar la propagación de la enfermedad e interrumpir las cadenas de transmisión, por lo que combinadas con estrategias adecuadas de realización de pruebas y con el seguimiento de los contactos, las

⁷ <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2020.114.01.0007.01.SPA&toc=OJ:L:2020:114:TO>

aplicaciones de móviles pueden ser esencialmente importantes a la hora de proporcionar información sobre el nivel de circulación del virus, evaluar la eficacia de las medidas de distanciamiento físico y confinamiento y orientar las estrategias de desescalada. Recuerda que el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, establece las condiciones por las que se rige el tratamiento de los datos personales, incluidos los de carácter sanitario. Tales datos pueden tratarse, entre otras circunstancias, cuando el interesado dé su consentimiento explícito o cuando el tratamiento resulte en interés público, según lo especificado en el derecho de los Estados miembros o en el derecho de la Unión, en particular con fines de supervisión y de alerta o de prevención y control de enfermedades transmisibles y otras amenazas graves para la salud, pero considera que debe establecerse de forma clara y específica el propósito de los medios de tratamiento de los datos, qué datos deben tratarse y por quién.

Recuerda que el artículo 15, apartado 1 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece las normas aplicables a los datos de tráfico y de localización, así como al almacenamiento de información y a la obtención de acceso a la información almacenada en el equipo terminal, permite a los Estados miembros adoptar medidas legales para limitar el alcance de determinados derechos y obligaciones establecidos en la directiva cuando tal limitación constituya una medida necesaria, proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para alcanzar determinados objetivos. Afirma que el dictamen de los expertos apunta a que las aplicaciones destinadas a informar y advertir a los usuarios parecen ser «las más prometedoras a la hora de prevenir la propagación del virus, habida cuenta también de su impacto más limitado en la intimidad», y considera que algunas de estas aplicaciones móviles podrían considerarse productos sanitarios si están destinadas por el fabricante a ser utilizadas, entre otros fines, para el diagnóstico, la prevención, el seguimiento, la predicción, el pronóstico, el tratamiento o el alivio de una enfermedad.

Considera que las aplicaciones de alerta y seguimiento son útiles para que los Estados miembros efectúen el rastreo de los contactos y pueden desempeñar un papel importante en la contención en las situaciones posibles de desescalada. Además, pueden ser un valioso instrumento para que los ciudadanos mantengan un distanciamiento social eficaz y más selectivo. El seguimiento de los contactos implica que las autoridades de salud pública puedan detectar con rapidez a todos los contactos de un paciente confirmado de contagio, pedirles que practiquen el autoaislamiento y, en caso de desarrollar síntomas, realizarles pruebas y aislarlos de forma rápida. Además, los datos anonimizados y agregados derivados de dichas aplicaciones podrían utilizarse, junto con información sobre la incidencia de la enfermedad, para determinar la eficacia de las medidas de distanciamiento físico y comunitario. Con relación a las aplicaciones de autodiagnóstico y análisis de síntomas, considera que podrían proporcionar información pertinente sobre el número de casos que presentan síntomas compatibles con la covid-19, por edades y semanas, en zonas bien delimitadas donde la aplicación tenga una cobertura elevada. Considera que al tener que detectar los encuentros de proximidad entre usuarios de distintas aplicaciones de seguimiento de con-

tactos cuando atraviesen fronteras, es conveniente prever la interoperabilidad entre aplicaciones y, para hacer frente a las cadenas de transmisión transfronteriza, se requiere que las autoridades nacionales responsables de supervisar las cadenas de transmisión de contagios puedan intercambiar información interoperables sobre los usuarios que hayan dado positivo en otros Estados miembros.

Pone en evidencia que, dadas las funciones de las aplicaciones, su uso es susceptible de afectar al ejercicio de determinados derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales. Asimismo, resalta que el problema es conseguir la adhesión de los ciudadanos a estos medios de control. Recomienda que el conjunto de instrumentos que se adopten debe:

1. Limitar estrictamente el tratamiento de datos personales a la lucha contra la crisis de la covid-19 y velar por que los datos personales no se utilicen para otros fines, como la coerción o con fines comerciales.
2. Garantizar la revisión periódica de la necesidad continuada del tratamiento de datos personales para la lucha contra la crisis de la COVID-19 y establecer cláusulas de extinción adecuadas, con el fin de velar por que el tratamiento no se extienda más allá de lo estrictamente necesario para dichos fines.
3. Adoptar medidas para garantizar que, una vez que el tratamiento ya no sea estrictamente necesario, se ponga realmente fin a éste y los datos personales correspondientes sean destruidos de forma irreversible, a menos que, en opinión de los consejos de ética y las autoridades de protección de datos, su valor científico al servicio del interés público sea mayor que la repercusión sobre los derechos en cuestión, sujeto a las salvaguardias adecuadas.

Por último, ofrece una serie de recomendaciones para tener en cuenta en el desarrollo de las distintas herramientas informáticas.

Los Estados miembros dispondrán hasta el 31 de mayo de 2020 para informar a la Comisión acerca de las medidas adoptadas con arreglo a esta recomendación.

Con posterioridad, se publica la Comunicación 2020/C 124 I/01, de 17 de abril⁸, mediante la cual la Comisión Europea hace públicas las Orientaciones sobre las aplicaciones móviles de apoyo a la lucha contra la pandemia de covid-19 en lo referente a la protección de datos y determina los requisitos que deben reunir las aplicaciones para asegurar el cumplimiento de la legislación comunitaria en materia de protección de la intimidad y de los datos personales (Reglamento general de protección de datos y Directiva sobre la privacidad y las co-

⁸ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC0417%2808%29>>

municaciones electrónicas). Solo se refiere a las aplicaciones que tengan por objeto hacer cuestionarios de autoevaluación, recibir información sobre la enfermedad, foro de comunicación entre médicos y pacientes y rastreo de contactos y de alerta. Parte de la recomendación analizada antes y señala que para evitar la intrusión de las aplicaciones, deberían asumir las autoridades sanitarias la responsabilidad del tratamiento de datos; se debería garantizar que la persona mantenga el control de sus datos personales, por lo que entiende que la instalación de la aplicación en el dispositivo debe ser voluntaria y sin consecuencia negativa para quien decida no hacerlo; no deberían agruparse las distintas funcionalidades de la aplicación, con el fin de que las personas puedan dar su consentimiento específico para cada una de ellas; los datos de proximidad solo deberían compartirse con las autoridades sanitarias en el caso de que la persona lo autorice, y las aplicaciones deben poder desactivarse cuando se declare que la pandemia está controlada, sin necesidad de que el usuario desinstale la aplicación.

3. Algunas consideraciones básicas sobre el estado de alarma

Con carácter previo a la resolución del dilema que nos abruma, a saber, si hay gravemente comprometidos derechos fundamentales con esta regulación, vamos a efectuar una serie de consideraciones básicas en torno a la esencia y naturaleza del estado de alarma, en el entendimiento de que partiendo de su naturaleza será más fácil llegar a ciertas conclusiones, fijando, en definitiva, el marco jurídico-constitucional del que se debe partir.

3.1. Un estado excepcional para una pandemia excepcional

El estado de alarma es uno de los tres estados de excepción que se contemplan en el artículo 116 de la CE, el menos grave de los tres, pero parte, como los otros dos, de un principio esencial: solo puede decretarse ante situaciones de necesidad y siempre con las cautelas pertinentes, so riesgo de favorecer que al amparo de la excepcionalidad de la situación se produzcan instrumentalizaciones indeseables por parte del poder político, lo que históricamente, por otro lado, no sería ninguna novedad⁹. En definitiva, hay que evitar que al socaire de la necesidad se produzcan subrepticamente abusos que deriven en una limitación de las libertades y derechos.

⁹ Brage (2011, pp. 196-200) así nos lo recuerda cuando afirma que debemos partir de que solo es posible adoptarlos cuando el Estado no puede afrontar una situación determinada con los poderes constitucionales ordinarios. Y sin que pueda perderse de vista que precisamente la cláusula constitucional de la Constitución alemana de Weimar (1919), que regulaba, con relación al estado de necesidad, las facultades extraordinarias del presidente del Reich y la suspensión de libertades (art. 48), acabó siendo invocada y utilizada por Hitler para lograr el poder total en 1933.

Verdaderamente, el estado de alarma en sí mismo es negativo; es el tipo de estado *anormal*, entendida la anomalía como excepcionalidad que se decreta ante situaciones de emergencia. Pero como ya apuntábamos anteriormente, en principio y conceptualmente hablando, no implica (o no debería implicar) una suspensión de según qué derechos fundamentales, como sí suponen los estados de excepción y sitio. En este punto, el artículo 55 de la CE contempla expresamente la posibilidad de suspender determinados derechos únicamente en los estados de excepción y sitio (libertad, inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones, libre elección de residencia y circulación por el territorio nacional, libertad de expresión y derecho a la información, prohibición de secuestro de publicaciones sin resolución judicial, reunión, huelga y derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo). Por lo tanto, si de entrada nos atuviéramos a esta declaración constitucional, podríamos llegar a concluir que el confinamiento impuesto por el reciente estado de alarma, más allá de que sanitariamente hablando sea una medida oportuna, supone una extralimitación en sí mismo desde el punto de vista jurídico. Ello no obstante, hay que acudir a la propia ley orgánica reguladora de los tres estados de excepción para corroborar que, precisamente, una de las medidas que permite el estado de alarma (art. 11) es la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos¹⁰.

A pesar de esto, entendemos que no puede cuestionarse la declaración del estado de alarma con motivo de la crisis sanitaria derivada de la covid-19, pues las emergencias o calamidades de este tipo entran de lleno en su órbita. Así se desprende de la Ley Orgánica 4/1981 cuando prevé los supuestos tasados en que cabe declarar el estado de alarma por el Gobierno en todo o parte del territorio nacional, entre los que se encuentran las crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves¹¹. Dicho de otro

¹⁰ Las otras medidas que contempla el artículo 11 son: practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias. Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los ministerios interesados. Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.

¹¹ Según el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, el Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2 de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad: a) catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud. b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves. c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo. d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad. Por lo tanto, la dicción literal del precepto es clara, no basta con que se dé alguna de estas circunstancias calamitosas, sino que deben ser de tal envergadura que compelan a la adopción de medidas extraordinarias para paliarlas. En definitiva, a excepcional situación, excepcionales las medidas. En este contexto, es evidente que la pandemia mundial del coronavirus justificaba el estado de alarma, incluso que fuera de amplio espectro, si bien habrá que analizar si algunas de las normas promulgadas no han sido la coartada perfecta para limitar derechos innecesariamente. Eso es lo que se pretende clarificar en el presente trabajo.

modo, siguiendo a Cruz (1984, p. 52), el estado de alarma está «concebido sustancialmente frente a catástrofes naturales y accidentes de gran magnitud».

De la dicción literal del artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981 se colige la propia excepcionalidad en lo que atañe al estado de alarma, pues no basta con que se dé alguna de las circunstancias calamitosas que describe, sino que deben ser de tal envergadura que compelan a la adopción de medidas extraordinarias para paliarlas. Dicha ley orgánica representa, según Fernández Segado (1981), una importancia paradójica, pues trata de configurar la normalidad de lo anormal.

En definitiva, a excepcional situación, excepcionales las medidas. En este contexto, es evidente que la pandemia mundial del coronavirus justificaba el estado de alarma, incluso que fuera de amplio espectro, si bien habrá que analizar si algunas de las normas promulgadas no han sido la coartada perfecta para limitar derechos innecesariamente. Eso es lo que se pretende clarificar en el presente trabajo, sin apasionamientos ideológicos y sin ánimo exhaustivo, porque un análisis pormenorizado de la prolija normativa aprobada bajo la vigencia del Real Decreto 463/2020 escaparía de los límites de un trabajo como este, de extensión limitada por exigencia de las bases; de ahí la necesidad de concentrarnos en solo un aspecto muy determinado como es el ya anunciado¹².

Sin perder de vista lo anterior, para finalizar, siguiendo a Sandoval, tal y como lo hemos definido, el estado de alarma forma parte, junto con el estado de excepción y sitio, de lo que se ha dado en llamar derecho de excepción, cuyas características más notables son esencialmente tres: se decretan para proteger el Estado social y democrático de derecho (lo que no deja de ser una paradoja, pues supone recurrir a la excepcionalidad para proteger la constitucionalidad «ordinaria»), implica un importante control por parte del Congreso de los Diputados y representa una pluralidad de estados excepcionales, pues no hay solo uno.

Ahora bien, aun cuando los tres tipos de estado a que venimos haciendo referencia forman parte de lo que se ha dado en llamar derecho de excepción, siguiendo a Bru Peral (1999, pp. 148-149), es importante subrayar que la naturaleza del estado de alarma es totalmente diferente a la de los estados de excepción y sitio, pues estos dos últimos presentan una naturaleza eminentemente política, mientras que el estado de alarma se perfila con naturaleza social, al obedecer a hechos naturales y a circunstancias sociales. Para este autor los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 4/1981 excluyen todo tipo de circunstancias de índole política, quedando reservado el estado analizado a supuestos excepcionales de

¹² Como dijo Fernández Segado (1981), estamos más bien ante una situación basada en la necesidad de proteger a la sociedad frente a una suma de riesgos, procedentes bien de hechos naturales, bien de circunstancias sociales, ante los que se encuentra en grave riesgo la seguridad o la vida de las personas, y se encuentra en dificultad el mantenimiento de las condiciones necesarias para que la comunidad pueda desenvolver su vida colectiva normal.

orden natural o social, con lo que su valoración a efectos de su declaración será fácilmente fiscalizable en relación con su oportunidad.

Incluso, esta naturaleza marcadamente social del estado de alarma ha llevado a algunos autores, como Mateu-Ros (1988, p. 173), a sostener que este se perfila más bien como una urgencia administrativa.

En el caso particular del estado decretado al amparo de la crisis del coronavirus, gran parte de su legitimidad, en el marco del Estado democrático, social y de derecho que se ha de proteger, y que es valor superior de nuestro ordenamiento según el artículo 1.1 de la CE, entronca con el derecho a la salud, y ante la evidencia de que el mismo estaba en peligro, ha contado con la aquiescencia resignada de los ciudadanos, quizás no conscientes del todo de las implicaciones que muchas medidas adoptadas por el Gobierno puedan tener en el futuro, cuestión sobre la que se volverá más adelante.

3.2. De las garantías del estado de alarma

Como es lógico, partimos de dos premisas básicas: no todo vale en el estado de alarma y todo lo que se haga durante el mismo deber tener una vigencia temporal. Es así por cuanto el incremento de competencias al poder ejecutivo durante el estado de alarma exige en compensación establecer límites que actúan como garantías para los ciudadanos.

En el caso concreto del reciente estado de alarma, el Real Decreto 463/2020, en su artículo 4, concentra todas las competencias en el Gobierno y establece, asimismo, que para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en este real decreto, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno, serán autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad: la ministra de Defensa, el ministro del Interior, el ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y el ministro de Sanidad. Además, en las áreas de responsabilidad que no recaigan en la competencia de alguno de los ministros indicados, será autoridad competente delegada el ministro de Sanidad. Por consiguiente, es indudable la gran absorción de competencias por parte del ejecutivo central, si bien tal absorción únicamente puede operar con carácter temporal, durante la vigencia del estado excepcional; se trata de evitar, en definitiva, de que se materialicen los peligros de los que hablaba Loewensein (1986) cuando alertaba de la concentración consciente del poder en manos del detentador gubernamental¹³.

¹³ Loewensein afirmó: «El gobierno de crisis significa la sustitución temporal de la técnica que distribuye el poder entre varios detentadores dotados de mutuos controles por la concentración consciente del poder en manos del detentador gubernamental, así como la suspensión de los normales controles interorgánicos de la asamblea frente al ejecutivo durante la duración del periodo de excepción [...]». Asimismo, continuaba: «Cualquiera que sea la causa, las situaciones de crisis colocan al Estado democrático constitucional frente al más difícil de los problemas: ¿será posible enfrentarse contra sus peligros por medios constitu-

Por otro lado, cuáles sean las medidas a adoptar dependerá de la situación de emergencia concreta que hubiere determinado la declaración, pero siempre partiendo de un principio importante: su necesaria publicidad como medio de evitar oscurantismo por parte del poder ejecutivo. De hecho, tal y como exige el artículo segundo de la Ley Orgánica 4/1981, las medidas que se adopten se publicarán, no solo en el Boletín Oficial del Estado, sino que también se difundirán por los medios de comunicación públicos y por los privados que se determinen. Con una importante consecuencia: la entrada en vigor de las medidas se produce en el momento de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Cualquier otro tipo de actuaciones que se acuerden deberán ser difundidas por la autoridad competente.

Por otro lado, una vez que finalice el estado de alarma cesarán las competencias sancionadoras de las autoridades competentes, aquellas específicas que se hubiesen ejercido a consecuencia del mismo y para preservar las medidas adoptadas en su seno. Extrapolando lo anterior al ejemplo concreto del confinamiento impuesto por el estado de alarma reciente, podríamos decir que durante su vigencia un ciudadano puede ser sancionado por saltarse la prohibición de salir de casa en los términos impuestos, pero nadie podrá ser sancionado por la misma razón cuando ya no esté vigente dicho estado excepcional. Naturalmente, aquellas sanciones ya impuestas y que hubiesen devenido firmes, tendrán que cumplirse. A esta garantía alude el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 4/1981 cuando advierte textualmente:

Finalizada la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio decaerán en su eficacia cuantas competencias en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas correspondan a las Autoridades competentes, así como las concretas medidas adoptadas en base a estas, salvo las que consistiesen en sanciones firmes.

En este punto el artículo 20 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma en todo el territorio nacional establece que el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. Por su parte, el artículo 10 de esta última se remite a lo dispuesto en las leyes y establece, asimismo, la posibilidad de suspensión del cargo cuando la infracción es cometida por funcionarios o autoridades. Por lo tanto, debido a que la declaración del estado de alarma no suspende en ningún caso la aplicación del ordenamiento jurídico vigente, con el texto constitucional a la cabeza en cuanto primera ley en sentido formal, las normas que lo integran siguen siendo de perfecta aplicación.

Es así por cuanto la vigencia del principio de legalidad, recogido en el artículo 25 de la CE, no queda excepcionada; cierto que la declaración del estado de alarma tipifica, siquiera sea

cionales, creados para la situación política normal? Y si la respuesta es negativa, ¿cómo se podrá establecer un gobierno de crisis y cómo se le dejará funcionar de manera que posea suficiente libertad para superar la situación en cuestión, pero no demasiada con el fin de no caer en un autoritarismo sin límite?».

coyunturalmente, nuevas conductas susceptibles de sanción, a la sazón saltarse el confinamiento para otros fines que no sean estrictamente los permitidos por las diversas órdenes dictadas, pero al margen de lo anterior, no pueden crearse *ex novo* infracciones ni conductas delictivas, pues en este campo sigue siendo de perfecta aplicación el Código Penal.

Asimismo, existen otras garantías básicas en cuanto al estado de alarma y pueden sintetizarse en las siguientes:

3.2.1. Intervención del Congreso de los Diputados para autorizar prórrogas

La primera garantía a que apunta el propio artículo 116.2 de la CE es la que tiene que ver con la intervención del Congreso de los Diputados en el estado de alarma, por cuanto si bien el estado excepcional lo decreta el Gobierno en Consejo de Ministros por un plazo máximo de 15 días, corresponde a la Cámara Baja autorizar su prórroga o sucesivas prórrogas. La intervención del Senado en este punto es inexistente. La garantía tiene toda la lógica constitucional, pues la autorización del Congreso para prorrogar el estado de alarma más allá de los primeros 15 días opera como forma de control por parte del legislativo hacia el Gobierno, lo que confirma el principio de división de poderes diseñado por el texto constitucional, en el que cada uno de ellos tiene un papel muy definido, pero sin ser compartimentos estancos, de manera que están condenados a relacionarse, que no entenderse (visto lo visto); y en el caso concreto del ejecutivo y el legislativo, no nos olvidemos de que esa relación pasa por los distintos medios de control previstos en el título V de la CE¹⁴.

Ahora bien, cabe preguntarse cuál es el efecto de una eventual negativa por parte del Congreso a autorizar la prórroga del estado de alarma; *a priori*, la respuesta parece sencilla: fin del estado excepcional y recuperación de la normalidad previa al mismo. Las consecuencias políticas son otra historia.

3.2.2. Disolución del Congreso

El artículo 116.5 de la CE establece una limitación o garantía importante, consistente en prohibir la disolución del Congreso mientras estén declarados alguno de los estados de excepción, quedando automáticamente convocadas las cámaras, si no lo estuvieren en periodos de sesiones. El mismo precepto matiza que su funcionamiento y el de los demás poderes del Estado no podrá interrumpirse durante la vigencia de estos estados.

Debe quedar claro, y así quiso establecerlo la Ley Orgánica 4/1981, que la declaración del estado de alarma no supone una alteración en el funcionamiento de los poderes cons-

¹⁴ Comisiones, interpelaciones, preguntas, cuestión de confianza, moción de censura.

titucionales del Estado por cuanto no conlleva una alteración del régimen constitucional; dicho de otra manera, las instituciones siguen funcionando conforme a la ley y la Constitución, y en sí misma esta es una gran garantía para los ciudadanos. Tal garantía se encuentra recogida en el artículo 1.4 de la Ley Orgánica 4/1981. Sin embargo, algunos autores han puesto de manifiesto lo que a su juicio es una clara contradicción intrínseca en la previsión del artículo 116.5 de la CE entre, por un lado, la preservación del normal funcionamiento de los poderes constitucionales y, por otro, la prohibición de disolución del Congreso durante la vigencia del estado de alarma. El profesor Fernández Segado se refiere a la polémica suscitada entre este precepto y el artículo 116.5 de la Constitución, puesto que este último establece una excepción a la facultad presidencial de disolución del Congreso, de forma que contra lo dispuesto en el artículo 1.4 de la ley orgánica, se prevé una supuesta interrupción en el normal funcionamiento de un poder constitucional.

Sin embargo, en opinión de Lafuente Balle (1989, pp. 48-49) no existe tal contradicción entre ambos preceptos, pues, a su juicio, la exigencia de normal funcionamiento de los poderes constitucionales que establece el artículo 1.4 de la Ley Orgánica 4/1981 se traduce en que estos sigan funcionando conforme a las normas y a la Constitución. Asimismo, este autor afirma que el poder presidencial de disolver las cámaras funcionará «normalmente» solo si cumple toda la normativa constitucional al respecto, y, por tanto, no solo el artículo 115, sino también el artículo 116.5. Y discrepando del profesor Cruz Villalón, entiende que el artículo 115 de la Constitución es aplicable al Senado que, en consecuencia, puede ser objeto de disolución durante la vigencia de algún estado excepcional; y ello en razón a que el «normal funcionamiento» de este «poder» implica su funcionamiento conforme a la norma, y esta norma –el artículo 116.5 de la CE– limita expresamente la excepción del artículo 115 al Congreso sin que quepa una aplicación analógica de este precepto al Senado.

En cualquier caso, parece lógica la prohibición impuesta en el artículo 116.5 del CE respecto de la disolución del Congreso; si es este órgano el encargado de autorizar eventuales prórrogas del estado de alarma, controlando de esta forma al poder ejecutivo, la limitación de disolución voluntaria por parte del presidente se impone, so riesgo de convertir este recurso constitucional en un instrumento autocrático al servicio del poder ejecutivo, sin control alguno por parte del poder legislativo.

3.2.3. Responsabilidad del Gobierno

Por su parte, el artículo 116.6 de la CE establece que la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y las leyes. En este contexto, dado el silencio de la norma fundamental, primeramente, convendría delimitar a qué tipo de responsabilidad quiere aludir el precepto: a la puramente política o la penal o civil.

En un intento por responder al interrogante, cabría traer a colación lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica 4/1981, cuando se pronuncia en estos términos:

Uno. Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

Dos. Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes.

Considerando lo anterior, y desde nuestro punto de vista, la responsabilidad a que alude el artículo 116.6 de la CE sería la penal y la civil, por cuanto la responsabilidad política cabe subsumirla en el artículo 113 a través del mecanismo de la moción de censura y la propia negativa a conceder eventuales autorizaciones para prorrogar el estado de alarma por parte del Congreso de los Diputados.

En este sentido, Lafuente Balle (1989, pp. 51-52) entiende que la solución contraria sería ilógica, porque en cualquiera de los tres estados de alarma, excepción y sitio, las Cortes Generales disponen de una alternativa más razonable, cual es la de denegar su aprobación a la declaración o prórroga de un estado excepcional para, a continuación, interponer la censura al Gobierno. El obstáculo que supone el que no se requiera aprobación parlamentaria para la declaración de un estado de alarma sería menor, puesto que, en tal caso, para manifestar su desconfianza al Gobierno, las Cortes (por el Congreso) se verían obligadas a dejar transcurrir un plazo tan solo de 15 días, pasado el cual habrían de denegar la prórroga que eventualmente solicitase el Gobierno antes de proceder a su censura.

Así las cosas, desde nuestro punto de vista y salvo mejor entender, considerando que el artículo 3 de la Ley Orgánica 4/1981 no hace sino desarrollar lo estipulado en el artículo 116.6 de la CE, procede concluir que, en efecto, se está pensando en la responsabilidad «judicial», tanto en su vertiente penal como civil, incluso contencioso-administrativa, lo que obliga, por un lado, a hablar de jurisdiccionalidad¹⁵, y por otro, de indemnidad frente a los daños y perjuicios sufridos por el ciudadano a consecuencia de actos y disposiciones adoptados durante la vigencia del estado de alarma. Lo anterior no deja de ser corolario de lo dispuesto, a su vez, en los artículos 102 y 106 de la CE. No obstante lo anterior, el profesor Serrano Alberca indica que el juez habrá de valorar que la ampliación de las facultades de la Administración en los estados excepcionales reduce el ámbito de lo ilegal y, por consiguiente, la responsabilidad de la Administración.

¹⁵ Bru Peral (1999, p. 147), para quien la responsabilidad de la que habla el artículo 116.6 es tanto la política como la penal y la civil, manifiesta que la jurisdicción aparece como guardián de las libertades frente al Estado, y esta intervención del poder judicial en tiempo de crisis es contraria a la creación de tribunales *ad hoc*, o excepcionales, prohibidos por el artículo 117 de la Constitución.

3.2.4. Imposibilidad de reforma constitucional durante la vigencia del estado de alarma

Mientras dure el estado de alarma, no puede iniciarse ninguno de los procedimientos de reforma constitucional diseñados en el título X de la norma fundamental. Lo prohíbe expresamente el artículo 169 de la CE.

4. Alarma versus excepción y sitio

A lo largo del presente trabajo, hemos venido identificando el estado de alarma con los estados de excepción¹⁶ y sitio¹⁷. Sin embargo, tal identificación únicamente puede circunscribirse a la categorización de todos ellos como estados de excepción, por lo que representan de anormalidad de la vida constitucional, con un matiz social en el caso del de alarma, y con un sesgo claramente político en los otros dos. Y esto conviene subrayarlo en lo atinente a la suspensión/limitación de derechos fundamentales. La propia Constitución en su artículo 55 contempla la posibilidad de suspender determinados derechos fundamentales en los estados de excepción y sitio, no así en el estado de alarma, dentro del cual como mucho se puede limitar el derecho a la libre circulación de personas y vehículos.

Si bien, Aba Catoira (2011, p 323) considera que en términos generales las previsiones constitucionales sobre los estados excepcionales son aceptables, en cuanto que establecen un camino para proteger la libertad y la Constitución frente a posibles alteraciones de diversa naturaleza, no faltan los autores que critican la inclusión de los tres estados en el mismo precepto constitucional por considerar que son situaciones cualitativamente distintas entre sí. De esta opinión es Santaolalla, para quien si realmente se pensó que el estado de alarma tuviese como supuestos de hecho los recogidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981 (catástrofes y calamidades públicas, crisis sanitarias, desabastecimientos de productos), nunca debió ser previsto en el mismo precepto constitucional que los estados de excepción y sitio, y nunca debió establecerse que una misma ley regularía estos tres estados. En efecto, los estados de excepción y sitio son *situaciones de anomalía estatal*, situaciones que afectan a la vida y seguridad del Estado, mientras que el estado de alarma,

¹⁶ Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 116 de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción (art. 13 LO 4/1981).

¹⁷ Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 116 de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio.

en la forma regulada, no es más que una *situación de anomalía social*, que implica la existencia de unas alteraciones importantes en la colectividad, pero que no tienen trascendencia como para poner en peligro la vida del Estado. De ahí lo desafortunado de introducir en el mismo «saco» a los estados de excepción y sitio y al estado de alarma, dando a este último un alcance y una trascendencia que en modo alguno tiene (Santaolla López, p. 27).

Sin ánimo de profundizar en la naturaleza de los estados de excepción y sitio, lo único que pretendemos enfatizar en este momento es que les asiste una carácter indudablemente político y su gravedad lleva incluso a suspender determinados derechos fundamentales, como el derecho a la libertad y seguridad del artículo 17 de la CE, la inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones de los artículos 18.2 y 3, la libertad de residencia y circulación del 19, la libertad de expresión y residencia del 20.1 a) y d), el secuestro de las publicaciones, el derecho de reunión del artículo 21, el derecho a la huelga del artículo 28.2 y el derecho de adopción de medidas de conflicto colectivo del 37.2 de la CE.

A partir de esta previsión constitucional, y llegados este punto, la pregunta no debe demorarse más: ¿asistimos en el estado de alarma decretado por la crisis del coronavirus a una verdadera e indebida suspensión de derechos fundamentales? ¿Se están dictando normas que escapan del ámbito específico del estado de alarma? ¿Es la geolocalización de la Orden 297/2020 una de ellas?

5. De derechos fundamentales o acaso no tan fundamentales: el marco perfecto, la pandemia que todo lo distrae

5.1. El derecho a la vida

Está reconocido en el artículo 15 de la Constitución. Junto con el derecho a la integridad física y moral, es el derecho más básico. Para el Tribunal Constitucional este derecho fundamental impone a los poderes públicos el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger ese bien frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho (STC 120/1990, de 28 de junio). No cabe duda de que en estos momentos de una pandemia que ha causado ya tantas muertes, las autoridades tienen la obligación de emplear todos los medios necesarios para proteger la vida de los ciudadanos. ¿Cabe bajo el paraguas de esta obligación que cedan todos los demás derechos?

5.2. El derecho a la salud

El derecho a la salud está también comprometido en estos momentos. Reconocido en el artículo 43.1 de la CE, no es un derecho fundamental sino un principio rector. El derecho a la salud está reconocido en el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el

artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. No obstante, el Tribunal Constitucional ha señalado (STC 160/2007, de 2 de julio), que «el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan solo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma» (STC 5/2002, de 14 de febrero). La tutela del derecho a la protección de la salud se encomienda a los poderes públicos a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, atribuyéndose al legislador el establecimiento de los derechos y deberes de todos al respecto (art. 43.2 CE). El artículo 43 de la CE se ubica entre los principios rectores de la política social y económica, los cuales, formalmente, disfrutan de las garantías previstas en el artículo 53.3 de la CE, por lo que su reconocimiento, respeto y protección «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», estatales y autonómicos. En todo caso, como advierte la STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 8.º,

la naturaleza del derecho a la salud como principio rector no implica que el artículo 43 de la CE constituya una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que lo informen, especialmente con relación al legislador, que debe configurarlo en virtud del mandato del artículo 43.2 de la CE para que establezca las prestaciones necesarias para tutelar la salud pública (STC 118/2019, de 16 de octubre).

Por lo tanto, las autoridades tienen el deber de poner todos los medios precisos para proteger la salud de los ciudadanos. ¿Cuál es el límite de ello? ¿Puede forzarse hasta el punto de prohibir la deambulación de las personas confinándolas en sus domicilios? ¿Hasta el punto de no poder acompañar a un padre o un hijo enfermo en los últimos momentos de su vida? ¿Es admisible que la consecuencia de ello sea la pérdida de los pequeños negocios y la pobreza para algunas familias?

5.3. El derecho a la libertad de circulación

La libertad de circulación está recogida en el artículo 19 de la CE. Una de las medidas adoptadas en el Real Decreto 463/2020 por el que se declara el estado de alarma y que más impacto han tenido en la población ha sido la limitación a la libertad de circulación. El artículo 7 indica que:

1. Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada:

- a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.

- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza.

Malavé Enríquez (2020) ha entendido que esta disposición es inconstitucional por cuanto la limitación de este derecho solo se puede hacer en virtud de ley orgánica y porque las limitaciones «sobrepasan de forma notoria su contenido esencial, constituyendo una suspensión absoluta de la libertad de circulación, nunca permitida en el estado de alarma». No obstante lo anterior, quizás convendría recordar que la propia ley orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio contempla expresamente para el primero la posibilidad de limitar, que no suspender, el derecho a la libre circulación, por lo tanto, si bien el real decreto no satisface la exigencia de rango, es evidente que este no hace sino incluir lo ya previsto en la ley orgánica, por lo que podría entenderse que existe cobertura normativa para ello; por otro lado, las circunstancias de urgencia y necesidad hubieran hecho inviable la compleja tramitación de leyes de este tipo para la ocasión. Ello sin perjuicio de la dificultad de obtener la mayoría cualificada que el artículo 81.2 de la CE exige, y que dado el nivel de «consenso» existente entre sus señorías, resulta prácticamente una entelequia para cualquier cuestión de que se trate.

5.4. El derecho a la protección de datos

Este derecho está comprometido por la utilización de medios tecnológicos para la lucha contra la covid-19. Está reconocido en el artículo 18.4 de la CE, que establece 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». Por lo tanto, se trata de un derecho fundamental y tiene su regulación específica en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Su artículo primero indica que la ley tiene por objeto adaptar el ordenamiento jurídico español al reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, y completar sus disposiciones, por lo que el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, amparado por el artículo 18.4 de la Constitución, se ejercerá con arreglo a lo establecido en el reglamento indicado y en esta ley orgánica.

Según ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 76/2019, de 22 de mayo),

el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos, se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos. En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele... Como los demás derechos, el derecho fundamental a la protección de datos personales no tiene carácter absoluto. Puede ser restringido por medio de la ley, siempre que ello responda a un fin de interés general, y los requisitos y el alcance de la restricción estén suficientemente precisados en la ley y respeten el principio de proporcionalidad.

Por tanto, el derecho fundamental afectado es el de protección de datos personales, desde una doble perspectiva, como derecho fundamental autónomo dirigido a controlar el flujo de informaciones que concierne a cada persona, y como derecho fundamental instrumental ordenado a la protección del también derecho fundamental a la intimidad.

Conforme el apartado 1 del artículo 9 del RGPD, está prohibido el tratamiento de datos relativos a la salud. No obstante, está permitido el tratamiento de esos datos en situaciones de emergencia sanitaria.

5.5. El derecho a la intimidad

El artículo 18.1 de la CE indica que «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». El artículo 18.4 de la CE dice «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudada-

nos y el pleno ejercicio de sus derechos». El Tribunal Constitucional ha interpretado que se trata de dos derechos independientes aunque estrechamente relacionados entre sí (SSTC 254/1993, de 20 de julio y 290/2000, de 30 de noviembre). No obstante, el artículo 18.4 de la CE no solo «consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona» (SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5.º; 96/2012, FJ 6.º, y 151/2014, de 25 de septiembre, FJ 7.º), sino también, como se desprende de su último inciso («para garantizar [...] el pleno ejercicio de sus derechos»), un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, esto es, «un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos» (STC 292/2000, de 30 de septiembre, FJ 5.º). La posibilidad de que una persona sea geolocalizada puede incidir en su derecho a la intimidad. En ocasiones también el rastreo de contactos puede suponer una limitación de ese derecho.

5.6 La necesaria ponderación de derechos

Ningún derecho es absoluto. Cuando está en peligro la vida y la salud de las personas, el derecho de intimidad y el derecho a la protección de datos deben ceder. Sin embargo, la limitación de los derechos fundamentales exige una norma con rango de ley (art. 53.1 CE).

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, establece que:

El tratamiento de datos personales también debe considerarse lícito cuando sea necesario para proteger un interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física. En principio, los datos personales únicamente deben tratarse sobre la base del interés vital de otra persona física cuando el tratamiento no pueda basarse manifiestamente en una base jurídica diferente. Ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano.

El tratamiento de los datos se basa en el consentimiento del interesado, pero se permite el tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos. En este sentido, el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales indica lo siguiente:

1. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una

norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal. Dicha norma podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, tales como la adopción de medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679.

2. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley.

Martínez Martínez (2020) considera que una interpretación sistemática de la normativa sobre protección de datos personales habilitaría para todos aquellos tratamientos que resulten necesarios para conseguir los objetivos de salud pública, relacionando lo siguiente:

- El artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, por el que se atribuye competencias a los servicios sanitarios ante la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud.
- La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (modificada mediante Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 11 de marzo de 2020) que habilita para el control de los enfermos.
- La Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, que además de garantizar el derecho fundamental a la protección de datos en su artículo 9, establece el deber de todas las personas de comunicar datos o circunstancias que pudieran constituir un riesgo o peligro grave para la salud.
- El párrafo segundo apartado c) de la disposición adicional decimoséptima sobre tratamientos de datos de salud de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, habilita al uso de datos con fines de investigación en salud pública sin consentimiento en circunstancias como una epidemia.

Considera el mencionado autor que:

Resulta sencillamente inadmisibles que 28 autoridades y centenares de funcionarios, sin contar con el talento jurídico en cada territorio, hayan sido incapaces de desarrollar un esfuerzo concertado que proporcionase el adecuado fundamento para la actuación de los servicios de salud y la investigación sanitaria. Para un enfoque que atienda al valor constitucional de la dignidad humana frente al derecho

a la salud y a la vida, nada puede prevalecer, porque, sin ellas, el propio derecho fundamental a la protección de datos carece de sentido.

6. ¿Sería aceptable una pérdida de derechos por el uso de las tecnologías en la lucha contra la covid-19?

El análisis de la utilización de medios tecnológicos solo puede efectuarse en relación con su finalidad y, en este caso, es la lucha contra la pandemia, que no solo se está llevando a cabo, sino que está poniendo en serio peligro la economía mundial. Con carácter general puede indicarse que las medidas previstas, a pesar de que puedan tener incidencia en la esfera íntima de las personas, están justificadas por un fin legítimo, como es la lucha contra la epidemia y por intereses superiores, como el derecho a la vida, la integridad física de las personas y el mantenimiento de la salud pública.

6.1 La geolocalización

La geolocalización anonimizada utilizada para ver los movimientos de población no supone, en principio, riesgo para los derechos de las personas y, sin embargo, puede resultar muy útil conocer los patrones de movilidad para efectuar el control de la epidemia. El riesgo, en realidad, está en su mal uso, en una fuga de seguridad y en la posibilidad de que la policía pidiera la identificación, aún amparada en la autoridad sanitaria. Supondría un ataque a la privacidad y a los derechos de intimidad personal y familiar.

6.2. Las aplicaciones de autotest e información de contagios

En estas aplicaciones el ciudadano está dando datos de salud y de localización con las que se puede disponer, una vez tratados los datos, del nivel de infección de zonas concretas, lo que puede ser muy útil para las autoridades sanitarias. Sin embargo, el problema puede venir de un uso malicioso con la finalidad de perjudicar a una población concreta, introduciendo datos falsos de forma masiva.

6.3. Las aplicaciones de seguimiento de contactos por Bluetooth

Parece una excelente idea que cuando una persona sabe que está infectada, pueda comunicar a todas las personas con las que ha estado en contacto la posibilidad de que se hayan contagiado también, para que puedan recibir una temprana asistencia sanitaria y pueden extremar sus cuidados para evitar a su vez contagiar a otros. Sin embargo, en este caso

también pueden surgir problemas, porque esta tecnología permite conocer las relaciones entre personas reidentificándolas y, además, permite tomar conocimiento de datos de salud.

6.4. Los pasaportes de inmunidad

En algunos países, como China, se está utilizando una aplicación que supone un salvoconducto, porque acredita un buen estado de salud. Se utiliza un código QR. El problema es la posibilidad localización y la incorporación de metadatos.

6.5. La lectura de la temperatura

Existen dos sistemas: el mero control por una persona hacia otra de la temperatura corporal mediante un termómetro y la utilización de cámaras de videovigilancia con reconocimiento facial que, además, toman la temperatura a las personas que transitan por un lugar o a las que van a entrar en algún lugar. El mayor problema se da por la implantación de estos sistemas, no solo por parte de la autoridad sanitaria, sino también por parte de cualquier persona, bien para controlar el acceso de los empleados a una empresa, o para controlar a los clientes que entren en un negocio, recogiendo datos sensibles de las personas. En el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial elaborado por la Comisión Europea, se hace una referencia al reconocimiento facial y se indica que entraña riesgos para los derechos fundamentales, por lo que solo puede ser utilizada cuando su uso sea debidamente justificado, proporcionado y sujeto a las salvaguardias adecuadas. Los derechos en riesgo son la libertad de expresión, la libertad de reunión y asociación y el derecho de intimidad y el miedo que genera es que se trate de vigilar activamente a las personas.

Con relación a la toma de temperatura por parte de comercios, centros de trabajo y otros establecimientos, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) emitió un comunicado el día 30 de abril de 2020 en el que expresaba su preocupación por este tipo de actuaciones, afirmando que se están realizando sin el criterio previo de las autoridades sanitarias. Indica que este tipo de operación supone un tratamiento de datos personales que, como tal, debe ajustarse a las previsiones de la legislación correspondiente. Considera que este tratamiento de toma de temperatura

supone una injerencia particularmente intensa en los derechos de los afectados. Por una parte, porque afecta a datos relativos a la salud de las personas, no solo porque el valor de la temperatura corporal es un dato de salud en sí mismo, sino también porque, a partir de él, se asume que una persona padece o no una concreta enfermedad. Por otro lado, los controles de temperatura se van a llevar a cabo con frecuencia en espacios públicos, de forma que una eventual denegación de acceso a un centro educativo, laboral o comercial estaría desvelando a terceros,

que no tienen ninguna justificación para conocerlo, que la persona afectada tiene una temperatura por encima de lo que se considere no relevante.

Los datos de fallecidos, contagiados y afectados por la covid-19 son estremecedores. La afectación a las personas en todos los aspectos ha sido generalizada. Todavía falta por determinar cuál va a ser la afectación económica, pero sin duda será de grandes dimensiones. Ante esta situación, existen voces que alertan de la improcedencia de poner freno a la utilización de los medios tecnológicos que, aun cuando puedan suponer una limitación de los derechos de las personas, pueden contribuir de un modo muy efectivo en el control de la epidemia, y consideran que es una discusión bizantina que obstaculizará y retrasará la vuelta a la normalidad. La protección de los datos personales no debe prevalecer en estos momentos en que por razones de protección de la salud debe actuarse de forma contundente y urgente. La AEPD ha declarado que la normativa de protección de datos no debería utilizarse para obstaculizar o limitar la efectividad de las medidas que adopten las autoridades en la lucha contra la pandemia. La normativa de protección de datos permite adoptar las medidas que sean necesarias para salvaguardar los intereses vitales de las personas físicas, el interés público esencial en el ámbito de la salud, la realización de diagnósticos médicos o el cumplimiento de obligaciones legales en el ámbito laboral, incluido el tratamiento de datos de salud sin necesidad de contar con el consentimiento explícito del afectado. En todo caso, el tratamiento de estos datos debe observar los principios establecidos en el Reglamento general de protección de datos, en particular los de minimización, limitación de la finalidad y minimización de la conservación.

Si bien es verdad que el derecho a la protección de datos, que deriva del artículo 18.4 de la CE, no puede ser suspendido ni siquiera en los estados de excepción y sitio y, por lo tanto, tampoco en el estado de alarma, debe tenerse en cuenta que dar una prevalencia absoluta al derecho a la protección de datos supone hacer un enfoque individualista del tema, sin tener en cuenta que la salud es un derecho comunitario y que la Constitución española también protege el derecho a la vida, a la integridad física y moral (art. 15), el derecho a la seguridad (art. 17) y el derecho a la protección de la salud (art. 43). No cabe hacer un análisis del tema con base en unas reglas previstas para una situación de normalidad, dado que estamos ante una situación muy excepcional. Bastaría exigir que la finalidad fuera solo contener la propagación del coronavirus y no conservar los datos más tiempo del necesario para conseguirlo.

El análisis de datos se está efectuando a nivel mundial desde hace mucho tiempo con distintas finalidades y puede ser muy útil. El brote del coronavirus fue descubierto antes de que China y la OMS lo comunicaran. Una *startup* canadiense, llamada BlueDot, dedicada a la vigilancia de enfermedades, avisó el 31 de diciembre de 2019 del peligro existente en Wuhan. La aplicación HealthMap también captó el brote. Si la primera línea de defensa ante una pandemia es una alerta temprana, es posible que la solución solo pueda venir a través de la inteligencia artificial, lo que exigiría el acceso a un mayor número de datos, pues los datos que utilizaron fueron solamente los relativos al análisis de la frecuencia de frases como

«me encuentro mal», «estoy enfermo». La segunda línea de defensa consiste en el control de la enfermedad, y para ello es preciso conocer la rapidez con la que se puede propagar el virus y los lugares en los que se está propagando, para poder realizar intervenciones destinadas a reducir la movilidad, bien sea de individuos concretos, bien sea de núcleos de población. Para ello en China se utiliza el sistema de reconocimiento facial con detección de temperatura. En Corea del Sur se usa una aplicación que avisa al usuario a 100 metros de distancia si hay alguien infectado cerca. En Estados Unidos la aplicación Private Kit: Safe Paths, creada por el MIT, rastrea dónde se ha estado y los contactos habidos, compartiendo estos datos con otros usuarios, pero preservando la privacidad. Esto permite a los usuarios saber si han podido entrar en contacto con algún infectado, siempre que esta persona haya dado esta información. Lo que no se sabría es la identificación de las personas.

7. ¿Hacia dónde vamos?

Quizá haya que echar una mirada a otros países para ver qué métodos han empleado (al parecer de forma muy eficaz) en la lucha contra el coronavirus.

7.1. China

China contó con los medios de la mayor plataforma de comercio electrónico del mundo: Alibaba, que dispone de Alipay, un servicio de custodia de pagos en línea que representa la mitad de todas las transacciones de pago en línea en China, que se utiliza para todo tipo de pagos: compras, alquiler, impuestos, etc., lo que significa que ya disponía de mucha información personal en su gran base de datos. Alibaba utilizó esta aplicación y la adaptó para generar un código QR para cada usuario. Sin él no solo no se puede viajar por el país, sino que no se puede acceder a ningún lugar público ni privado abierto al público (supermercados, farmacias, etc.), por lo que bajarse la aplicación al móvil puede considerarse obligatorio y, una vez hecho, se usan los datos de geolocalización para saber si ha estado junto a una persona contagiada. El ciudadano, además de dar sus datos de identificación, debe contestar a un cuestionario de salud e indicar a qué lugares ha viajado. Una vez evaluada información, recibe en el móvil un código QR que puede ser de tres colores distintos: rojo, lo que significa que debe permanecer en cuarentena durante 14 días y dar datos regulares de su estado de salud. Amarillo, que significa que debe permanecer en cuarentena 7 días y, también dar datos regulares de su estado de salud. Verde, que es el que permite al ciudadano moverse libremente. Los códigos cambiarán de color en función de la situación de la persona. Uno de los datos fundamentales para determinar el color asignado es los lugares en los que haya estado y la temperatura corporal, que debe facilitar el ciudadano. Si ha estado en contacto con alguna persona con códigos amarillo o rojo, su QR pasará a amarillo y deberá quedarse confinado 7 días. De esta manera se controla que las personas que se desplazan no están contagiadas. Este código se puede obtener también a través de WeChat (equivale al WhatsApp).

7.2. Corea del Sur

Es un caso de éxito en la lucha contra el coronavirus. Después de convertirse en el mayor foco de infección fuera de China, consiguió frenar la curva de manera muy eficaz en dos semanas. Corea del Sur utilizó la aplicación «Self-quarantine safety protection». La aplicación tenía como primera finalidad realizar un diagnóstico masivo para evitar el colapso de los hospitales y la expansión de la covid-19. Se solicita al usuario sus datos personales y su estado de salud. Los médicos evalúan la situación y dan un diagnóstico, que puede incluir la solicitud de que acuda la persona a realizar el test, que se efectúa sin salir del vehículo. 24 horas más tarde, el ciudadano recibe los resultados en la aplicación y comenzará el confinamiento si ha dado positivo. La aplicación permite también la geolocalización, por lo que se controla al ciudadano para que no abandone su cuarentena y, si lo hace, recibe una alerta en el móvil, así como la policía, que impondrá una sanción al infractor. Durante la cuarentena se mantiene la información sobre la enfermedad. La aplicación permite conocer también los contactos con personas contagiadas, lo que supondrá iniciar un periodo de cuarentena obligatoria. La aplicación también alerta de los nuevos casos de contagio existentes en la zona.

8. Conclusión

Al concluir este trabajo, se está produciendo ya la lenta «desescalada», pero el virus sigue estando fuera, por lo que el peligro de rebrote está presente y no existe todavía ninguna aplicación de las que hemos hablado anteriormente. El Gobierno ha anunciado que establece una cuarentena de 14 días para todas las personas que entren en el país. No hay que decir que esto ha indignado al sector turístico, porque alegan que un turista no puede venir en estas condiciones. No obstante, ninguna medida de control se ha instaurado. Simplemente se le advierte a la persona de la obligación que tiene de no salir de su hotel. ¿Se va a cumplir? Para los españoles que llevamos dos meses confinados en nuestros domicilios y sin poder acudir a visitar a nuestros familiares, con los comercios cerrados, con restricciones de salario o con la pérdida total de ingresos, puede ser una broma de mal gusto ver como se pasean por nuestras calles y llenan nuestras playas gentes venidas de otros lugares que comportan un serio peligro de contagio, que puede volver a llevar al colapso nuestro sistema sanitario y económico. Se sabe ya que un rebrote que nos hiciera volver al punto de partida sería nefasto. Se sabe también que para evitarlo es fundamental la detección temprana de los nuevos casos de infectados para aislarlos, así como de las personas con las que han estado en contacto. Disponemos de los medios tecnológicos, pero no los hemos aplicado. Como hemos visto se han promulgado todo tipo de normas y recomendaciones, pero nada se ha hecho todavía, y ya vamos tarde. ¿Vamos a seguir hablando de las características que deben reunir las aplicaciones? Quizá la discusión no esté en el peligro de vulneración de derechos como la intimidad o la protección de datos, sino en si las autoridades (mundiales) están cumpliendo la obligación de adoptar los medios necesarios para la protección del derecho a la vida y a la salud de las personas. En definitiva, si los poderes públicos se erigen en garantes de la



vida y la salud, y ello lo pretenden a costa de un recorte de derechos, quizás lo mínimo que podríamos exigirles es que en verdad pongan en marcha todos los medios pertinentes para ofrecer una protección de la vida y la salud sin fisuras y sin escatimar medios. El ciudadano ha venido aceptando con resignación un recorte de sus derechos, es decir, el ciudadano ha cumplido su parte, veamos los demás y a que nos lleva la *nueva normalidad*...

Referencias bibliográficas

- Aba Catoira, A. (2011). El estado de alarma en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, 28.
- Brage, J. (2011). Estado de alarma y Constitución. *Parte Geral, Doctrina Extrangeira*, 37.
- Bru Peral, E. (1999). Derechos y libertades. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*.
- Cruz, P. (1984). *Estados de alarma y suspensión de garantías*.
- Fernández Segado, F. (1981). La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio. *Revista de Derecho Político*, 11.
- Lafuente Balle, J. M.^a (1989). Los estados de alarma, excepción y sitio. *Revista de Derecho Político*, 30.
- Loewensein, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. Ariel.
- Malavé Enríquez, G. (2020). Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-191. *Diario La Ley*. Wolters Kluwer, 9620.
- Martínez Martínez, R. (2020). Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública. *Diario La Ley*. Wolters Kluwer, 9604.
- Mateu-Ros (1988). Estados de Alarma, Excepción y Sitio. En *Gobierno y Administración en la Constitución*.
- Santaolla López, F. (1981). Crónica Parlamentaria. *REDC*, 1(18).



Abogado sancionado por impago de cuotas

Comentario a la STSJ de Galicia 211/2020, de 18 de junio

Paloma Villarreal Suárez de Cepeda

Profesora de Deontología y Normativa Profesional.

Máster en Práctica de la Abogacía. Grupo Educativo CEF.- UDIMA

palomapilar.villarreal@udima.es | <https://orcid.org/0000-0002-2052-7200>

Extracto

El abogado puede, por su propia voluntad, darse de baja del colegio de abogados, y el colegio puede, a su vez, darle de baja en caso de incumplimiento en el pago de sus cuotas. Esta baja por impago de cuotas no tiene naturaleza sancionadora sino ordenadora. Cualquier intento de hacer valer una naturaleza sancionadora en estas bajas por impago está abocada al fracaso, dada la recurrente doctrina jurisprudencial que apoya la tesis ordenadora. Y aun así, llegan casos a los tribunales pretendiendo lo contrario.

Palabras clave: colegio de abogados; impago de cuotas; baja; sanción disciplinaria.

Fecha de entrada: 13-09-2020 / Fecha de aceptación: 19-10-2020

Cómo citar: Villarreal Suárez de Cepeda, P. (2021). Abogado sancionado por impago de cuotas (Comentario a la STSJ de Galicia 211/2020, de 18 de junio). *Revista CEFLegal*, 241, 143-152.



Lawyer sanctioned for non-payment of fees

Comment to STSJ of Galicia 211/2020 of June 18

Paloma Villarreal Suárez de Cepeda

Abstract

The lawyer may voluntarily withdraw from the association and the association may, in turn, terminate him for failure to comply with the obligation to pay fees. And this withdrawal does not have a sanctioning nature, but rather an ordering one. Any attempt to enforce a sanctioning nature in these withdrawals is doomed to failure given the recurring jurisprudential doctrine that supports the ordering thesis. And, even so, cases come to the courts pretending otherwise.

Keywords: bar association; non-payment of fees; withdrawal; disciplinary sanction.

Cómo citar: Villarreal Suárez de Cepeda, P. (2021). Abogado sancionado por impago de cuotas (Comentario a la STSJ de Galicia 211/2020, de 18 de junio). *Revista CEFLegal*, 241, 143-152.



Sumario

1. Introducción
2. Primera cuestión. La baja no es una sanción disciplinaria
3. Segunda cuestión. Falta de proporcionalidad entre el impago y la baja
4. Tercera cuestión. La cantidad adeudada no requiere desglose
5. Cuarta cuestión. La carga de la prueba corresponde al que niega, en este caso
6. Quinta cuestión. La ausencia de procedimiento administrativo no genera indefensión



1. Introducción

En tiempos de pandemia y de crisis económica no serán pocos los abogados que decidan dejar de pagar las cuotas de sus colegios. Todos ellos saben que esta decisión es arriesgada en tanto que supone que, más tarde o más temprano, serán dados de baja del colegio, lo cual determina la imposibilidad de ejercer la profesión y la pérdida definitiva de la capacidad de generar ingresos por esta vía. Esta baja es vivida por el abogado como una sanción, y así lo traslada tanto a los órganos corporativos encargados de su revisión administrativa como a los tribunales. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de junio de 2020 es la última, hasta el momento de escribir estas líneas, que resuelve un conflicto relacionado con el impago de cuotas colegiales. Veremos otras en los próximos años muy probablemente derivadas de la situación de grave crisis económica que empezamos a vivir. Es, pues, importante para el abogado que se plantea o se ve abocado a un impago conocer la doctrina que sobre esta cuestión despliegan los tribunales.

Antes de entrar a analizar la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se hace imprescindible dejar claros los antecedentes de hecho, es decir, responder a la sencilla y a la vez difícil pregunta de ¿qué ha pasado?, ¿cuál es el origen del conflicto que llega a los tribunales? En este caso, el origen del conflicto aparece claro: un abogado es dado de baja de su colegio por no pagar las debidas cuotas. Veamos, ahora, el detalle. El órgano que da de baja al colegiado es la junta de gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Orense, y el importe debido asciende a 7.229,21 euros¹. La junta adopta el acuerdo tras una sucesión de requerimientos de pago sin abrir ningún tipo de procedimiento administrativo. La norma en la que se apoya esta decisión se contiene en el Estatuto General de la Abogacía española, artículo 19.1 c), 2 y 3:

¹ A la fecha de este artículo la cuota mensual que debe abonar el abogado ejerciente en el Colegio de Abogados de Orense es de 40 euros. Tomemos artificialmente este importe como cuota mensual debida y hagamos el cálculo básico: el abogado no habría pagado las cuotas correspondientes a un periodo superior a 15 años. En <<http://www.icaourense.org>>.

1. La condición de colegiado se perderá: [...] c) Por falta de pago de las cuotas ordinarias o extraordinarias y de las demás cargas colegiales a que vinieren obligados. [...].
2. La pérdida de la condición de colegiado será acordada por la Junta de Gobierno del Colegio en resolución motivada y, una vez firme, será comunicada al Consejo General y al Consejo de Colegios de la Comunidad Autónoma correspondiente, en su caso.
3. En el caso del párrafo c) del apartado 1 anterior, los colegiados podrán rehabilitar sus derechos pagando lo adeudado, sus intereses al tipo legal y la cantidad que correspondiere como nueva incorporación.

La Comunidad Autónoma de Galicia cuenta con un Consejo de la Abogacía gallega, que se constituye como órgano revisor en sede administrativa de la decisión tomada por la junta de gobierno del colegio de Orense. Su intervención es, pues, preceptiva y previa al acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa competente para revisión de la legalidad de estos actos administrativos.

El proceso administrativo transcurre con agilidad. Tras el acuerdo de baja de finales del año 2017, el abogado recurre en alzada ante el Consejo de la Abogacía gallega, que no acoge su queja, desestimando el recurso y confirmando, por tanto, la validez del acuerdo colegial. Esto ocurre en julio de 2018, siete meses después de adoptarse dicho acuerdo. Se inicia el procedimiento judicial con el debido recurso contencioso-administrativo al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Orense, que dicta sentencia un año más tarde. Contra esta sentencia se interpone el recurso de apelación que resuelve la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, cuyo contenido pasamos a comentar, de junio de 2020. Han transcurrido algo más de tres años desde que se decidió la baja colegial. Todas las decisiones adoptadas, tanto por los órganos colegiales como por los judiciales, han sido favorables a la legalidad de este acto administrativo. Ninguno, pues, ha sido favorable al abogado. Tampoco lo será esta que pasamos a comentar.

El abogado plantea tres cuestiones ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, desde su punto de vista controvertidas y no resueltas por la sentencia de instancia.

En primer lugar, considera que se ha omitido un juicio sobre la naturaleza jurídica de la baja. Defiende el abogado apelante que debe ser considerada como una sanción administrativa y, por lo tanto, para acordarla, se hace necesario respetar las normas propias del derecho administrativo sancionador.

En segundo lugar, el abogado se queja de que la sentencia de instancia no ha tenido en cuenta la ausencia de las mínimas normas procedimentales, ya no sancionadoras sino generales, tal y como se contiene en la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común, al haberse resuelto la baja sin la previa tramitación de un expediente administrativo en el que se le hubiere dado audiencia.

Y, por último, alega indefensión al presentarse la deuda como un importe global, sin desglosar, de manera que no se puede saber qué cantidad es la debida al colegio, cuál al Consejo de la Abogacía gallega y cuál al Consejo General de la Abogacía española, siendo estas tres entidades las destinatarias de las cuotas que pagan todos los colegiados. Dice, además, no haber admitido nunca ni la deuda ni la cuantía, y finaliza alegando que el acuerdo debió declararse nulo, dado que la baja le impide trabajar, en tanto la colegiación es requisito indispensable para el legal ejercicio de la profesión.

Aunque el recurso de apelación tenga como finalidad la revisión de la legalidad de la sentencia recurrida sin que se convierta esta revisión en una segunda instancia, el tribunal analiza en su sentencia pormenorizadamente los argumentos del apelante, de manera que podemos considerar cinco cuestiones importantes que merecen ser aisladas: la naturaleza jurídica de una baja, la falta de proporcionalidad entre el impago y la baja, la ausencia del desglose de la cantidad adeudada, la carga de la prueba de la deuda y la indefensión por ausencia de procedimiento.

2. Primera cuestión. La baja no es una sanción disciplinaria

En relación con el primer motivo, el tribunal rechaza de plano la alegada omisión e incorpora al cuerpo de su decisión una parte importante de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, que se apoya, a su vez, en sentencias anteriores dictadas tanto por el Tribunal Supremo como por los tribunales superiores de justicia.

La baja no puede ser considerada una sanción disciplinaria por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque es posible la rehabilitación inmediata y la nueva incorporación al colegio, solventando la deuda más los intereses que correspondan, y, en segundo lugar, porque para adoptar esta decisión no se requiere de procedimiento administrativo alguno, sino la constatación del hecho objetivo de la falta de pago, al ser este un presupuesto indispensable para el ejercicio legal de la profesión, en aplicación del artículo 19.1 c) del estatuto ya mencionado.

Es evidente que tanto la baja como la expulsión suponen una salida forzosa del colegiado del correspondiente colegio, pero a este resultado se llega por vías diferentes. La baja que se produce en aplicación del artículo 19.1 c) del Estatuto General de la Abogacía española no es una expulsión prevista como sanción en el artículo 87 de la misma norma. La baja se produce cuando el abogado incumple uno de los presupuestos establecidos en el Estatuto para el ejercicio de la abogacía: el pago de las cuotas. Una expulsión, sin embargo, se produce cuando, cumpliendo con todos los presupuestos establecidos en las normas, el abogado incurre en infracción disciplinaria previo expediente administrativo sancionador. En este último caso, la baja es consecuencia de la expulsión. La expulsión es la manifestación de la voluntad de sancionar, mientras la baja es un acto de trámite administrativo. La primera requiere de expediente administrativo sancionador y la segunda de un acuerdo

motivado de la junta de gobierno. La baja se puede revertir mediante el pago de la deuda y la nueva incorporación del abogado al colegio, mientras que la expulsión impide este nuevo acceso, al menos hasta que haya transcurrido el tiempo necesario para su cancelación.

3. Segunda cuestión. Falta de proporcionalidad entre el impago y la baja

Excluida la posibilidad de que la baja por impago de cuotas tenga naturaleza sancionadora, decae también la pretensión de que se declare una falta de proporcionalidad entre el impago y su consecuencia, la baja del colegio. La relación de proporcionalidad resulta impertinente en la medida en la que, al acordar la baja, la junta de gobierno no persigue el pago de las cuotas, sino únicamente el cumplimiento de la norma estatutaria que condiciona la colegiación, y, por tanto, el ejercicio, al sostenimiento de las cargas colegiales.

4. Tercera cuestión. La cantidad adeudada no requiere desglose

El tribunal confirma la decisión de la sentencia de instancia en el sentido de considerar irrelevante la ausencia del desglose de la cantidad adeudada. Advierte el tribunal que el apelante no aporta, a su vez, desglose alguno ni discute la cantidad impagada, mientras la junta de gobierno del Colegio de Abogados de Orense afirma haber requerido el pago en diversas ocasiones, requerimientos de pago que han sido desatendidos. Por lo tanto, el conocimiento de la deuda queda probado de la misma manera que queda probado su impago, sin que se haya desvirtuado este hecho. Más allá de esta decisión, la discusión sobre la cantidad a pagar o qué parte corresponde a las cuotas del colegio, del Consejo de la Abogacía gallega o del Consejo General de la Abogacía española, no es la cuestión por tratar, dado que el apelante está sosteniendo su recurso sobre la base de discutir la naturaleza jurídica de la baja y no otra cosa. Resulta una manifestación inoportuna que se parece más a una «crítica a los conceptos e importes que debe afrontar como cargas colegiales». La opinión del colegiado sobre esta cuestión no le releva, según el tribunal, «de la carga de afrontar tales cuotas ni de la consecuencia asociada a su impago».

5. Cuarta cuestión. La carga de la prueba corresponde al que niega, en este caso

El abogado apelante no tiene en cuenta la necesidad de apoyar su queja en relación con la deuda o la cantidad adeudada con hechos que prueben, o bien el pago, o bien el error en el cálculo, aunque este asunto no sería propio de este recurso de apelación, sino de re-

clamación económica del pago de la deuda, como ha quedado expresado en la cuestión anterior. Pero nada de eso se hace. Si el abogado se limita a calificar de arbitraria la determinación del importe de la deuda y denunciar la falta de desglose, sin aportar una cantidad que estime correcta, o más adecuado, el pago de las cuotas, no cumple con su obligación de demostrar lo que sostiene. Se adopta una posición contraria al principio de facilidad probatoria. Corresponde al abogado apelante, en este caso, probar la inexistencia de la deuda o el error en el cálculo. La ausencia de desglose no basta, pues, para anular el acuerdo de la junta, como sostiene la sentencia de instancia.

6. Quinta cuestión. La ausencia de procedimiento administrativo no genera indefensión

La ausencia de un procedimiento administrativo previo a la declaración de baja no puede considerarse, según el tribunal, causa de indefensión. Para sostener esta tesis se sirve de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dictada en el año 2008 (STSJ ICAN 3384/2008 - ECLI: ES:TSJICAN:2008:3384). El tribunal canario, en un asunto similar, recuerda al apelante que la ausencia de un procedimiento administrativo no significa, en absoluto, que la Administración haya «sorprendido» al abogado, teniendo en cuenta que no solo se han incumplido los pagos, sino también que se ha hecho caso omiso a sus requerimientos. En el caso gallego incluso se propuso al abogado el pago aplazado para poder solventar la deuda. Se recuerda al abogado el artículo 10 del código deontológico, que dispone la obligación de atender con la máxima diligencia las comunicaciones y citaciones de la junta de gobierno.

La sentencia comentada se cierra con la imposición de las costas por importe de hasta 1.000 euros al abogado apelante. Por supuesto, cabe recurso de casación, si bien resultaría sorprendente que se preparase, y más que se admitiese, teniendo en cuenta el número y la calidad de las resoluciones dictadas sobre esta cuestión, tanto por el Tribunal Supremo como por los superiores de justicia, sin que haya cambio normativo que pudiera abrir la puerta a nuevas resoluciones. Este cambio normativo, que parece imposible hoy en día, tuvo alguna posibilidad de darse durante el Gobierno de Mariano Rajoy, concretamente en el año 2013, cuando el ministro de Economía, Luis de Guindos, propuso la eliminación de la colegiación para aquellos profesionales que no se dedicaran a la defensa procesal. Eliminada la colegiación obligatoria para aquellos abogados que actualmente se dedican a la asesoría jurídica y, en una parte importante, a la asesoría jurídica de empresas, y reducida esta a la defensa procesal, se hubiera eximido del pago de cuotas a una parte no desdeñable de los que hoy en día constituyen el conjunto de colegiados. El anteproyecto de ley en el que se recogía la propuesta no tuvo recorrido parlamentario, de manera que, en la actualidad, parece que ha quedado descartada cualquier modificación en este sentido, en la medida en la que, en primer lugar, no aparece como objetivo político en la agenda del Gobierno Sánchez; en segundo lugar, la Unión Europea no presiona en esta cuestión, y, por último, ni los propios abogados disponen de medios para revertir esta situación.

Debemos recordar que las cuotas colegiales se hacen necesarias en el momento en que se constituyen los colegios de abogados como hermandades o congregaciones de carácter religioso y de adscripción voluntaria. Esa voluntariedad incluía, a su vez, la voluntad de sostener las cargas del colegio, que iban destinadas no solo a su administración, sino también y sobre todo al sostenimiento de viudas, huérfanos de abogados o a abogados enfermos o incapaces y sus familias, entre otros destinos de naturaleza similar. A estos colegios de abogados que van surgiendo o se van constituyendo por imperativo legal en las localidades en las que se ubican órganos judiciales, en un proceso que dura más de un siglo, se les trasladan funciones públicas tradicionalmente asumidas por estos mismos órganos judiciales a los que acompañan y, de alguna manera, sirven. El Estado decimonónico advierte la utilidad organizativa del colegio, muy especialmente en dos ámbitos: el turno de oficio y su capacidad disciplinaria, lo cual, unido a otros factores de tipo político y de más complejidad, deriva en esta obligación del abogado de ingresar en los colegios. Así se estipuló en el Real Decreto de 5 de mayo de 1838 que aprueba los estatutos para el régimen de los colegios de abogados del reino, y que se trasladó a la Ley provisional del Poder Judicial de 1870. Siempre y cuando haya colegio en el lugar en el que el abogado tenga su domicilio, debe este incorporarse a su matrícula. Si no lo hubiere pero se quisiese constituirlo, se requería, al menos, la concurrencia de 20 abogados.

Todavía el Estatuto General de la Abogacía de 1946 hace referencia expresa a los abogados no colegiados que ejercían en aquellas localidades donde no alcanzaba la circunscripción de ningún colegio y hubiera juzgado. En este caso el abogado se inscribía en la matrícula del juzgado. Este abogado no colegiado, por lo tanto, no debía pagar cuota alguna para ejercer su profesión aunque sí debía pagar, por supuesto, las contribuciones al Estado al igual que cualquier otro profesional liberal.

No es sino en el año 1985 cuando la Ley orgánica del poder judicial establece sin fisuras la obligatoria incorporación a un colegio de abogados para el ejercicio de la profesión que, como decimos, solo se ve alterada en estos años pasados por la propuesta del ministro de Economía Luis de Guindos. Cuando entró en vigor la Ley orgánica del poder judicial ya se había dado un tratamiento homogéneo a los colegios profesionales a través de la Ley de colegios profesionales de 1974, que nada dice sobre la obligatoriedad y cuantía de las cuotas, asunto que deja en manos de los colegios y a expensas de su regulación a través de los estatutos generales, regulación que, en cualquier caso, deberá ser refrendada y autorizada por el Gobierno, que la aprobará y dotará de eficacia, o no, mediante el correspondiente real decreto.

En España las cuotas varían entre colegios, lo cual genera una curiosa situación de competencia interna desde el año 1996, cuando se produce la profunda transformación de los colegios de abogados a través del Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales. De la mano, esta vez, del Gobierno Aznar y a través del también ministro de Economía Rodrigo Rato, se eliminan los honorarios mínimos y se instaura la circunscripción única. En este momento el abogado deja

de formar parte de una comunidad, su colegio, que le protege en cuanto a la obtención de unos ingresos mínimos que, estos sí, permiten pagar la cuota colegial obligatoria, para pasar a ser un profesional en libre competencia con el resto de sus colegas, sin que se le pueda garantizar un mínimo de ingresos para su sostenimiento. A partir de este año 1996, se abre un proceso con episodios principales como la aprobación por el Gobierno Zapatero de las leyes llamadas Ómnibus y Paraguas, que ahondan en la liberalización del sector, hasta el punto de producirse la anómala situación de crearse una cierta competencia entre colegios para la captación de colegiados que sostengan sus actividades. Desde un punto de vista meramente jurídico, bien pudiera un colegio establecer una cuota colegial de 0 euros. No hay ninguna norma que obligue a establecer un mínimo, al igual que tampoco hay norma que obligue a establecer un máximo en las cuotas. Otra cuestión será las consecuencias económicas que se pudieran ocasionar para el resto de colegios, dada la circunscripción única, es decir, el libre ejercicio de la profesión en todo el territorio nacional, independientemente del colegio en el que el abogado se encuentre dado de alta. Esta situación se salva con la insistencia de los órganos corporativos en que la colegiación debe llevarse a cabo en el lugar donde el abogado tenga su domicilio profesional único o principal.

Por lo tanto, y para finalizar este comentario jurisprudencial, tan solo añadir una nota. Si algún abogado considerara oportuno atacar la cuota colegial esgrimiendo el argumento de su carácter impositivo o de tipo confiscatorio, debe saber que esta vía ya se intentó en los años setenta del siglo pasado con muy poco éxito. La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1979 (STS 920/1979 - ECLI: ES:TS:1979:92) ya declaró en un caso relativo al Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña y Baleares que las cuotas colegiales «constituyen obligaciones personales de los colegiados con la Corporación de que forman parte, por lo que no son exacciones parafiscales ni están sometidas en los aspectos de competencia, gestión y jurisdiccional ordenamiento jurídico tributario sino al propiamente estatutario», tesis confirmada en posteriores sentencias de los años ochenta.

Nada se puede hacer ante el muro de las cuotas a no ser que aparezca otro Luis de Guindos que distinga la asesoría jurídica de la defensa procesal, se vuelva al tradicional sistema de honorarios mínimos, revirtiendo el proceso de liberalización de la profesión impulsado por la incorporación de España en la Unión Europea, o desaparezca la colegiación obligatoria en su integridad.

Que el lector elija la opción que le parezca menos descabellada.



La apropiación indebida de una procuradora sobre cantidades entregadas en procedimientos judiciales. Comentario a la STS 256/2020 de la Sala 2.^a

Daniel González Uriel

Juez titular. Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción núm. 2 de La Seu d'Urgell
Profesor-tutor en los grados en Derecho y Criminología. UNED (La Seu d'Urgell)
daniel.gonzalez@poderjudicial.es | <https://orcid.org/0000-0001-8966-0571>

Extracto

En este trabajo comentamos la sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo núm. 256/2020, en la que se condenó por apropiación indebida a una procuradora que retuvo las cantidades derivadas de dos procedimientos judiciales, que había recibido a nombre de la misma sociedad mercantil. La recurrente alegó que la empresa a la que representaba le adeudaba una serie de honorarios profesionales, por lo que ella decidió no restituir los importes percibidos hasta que se procediese a la liquidación correspondiente. Aquí atendemos a los argumentos expuestos por el Alto Tribunal a propósito del momento de consumación del delito, de la existencia del *animus rem sibi habendi*, y sobre el derecho de retención.

Palabras clave: apropiación indebida; procurador; honorarios profesionales; *animus rem sibi habendi*; derecho de retención.

Fecha de entrada: 25-09-2020 / Fecha de aceptación: 30-10-2020

Cómo citar: González Uriel, D. (2021). La apropiación indebida de una procuradora sobre cantidades entregadas en procedimientos judiciales. Comentario a la STS 256/2020 de la Sala 2.^a. *Revista CEFLegal*, 241, 153-166.





The misappropriation by an attorney of amounts delivered in legal proceedings. Comment to STS 256/2020 of the 2nd Chamber

Daniel González Uriel

Abstract

In this paper we comment the judgment of the 2nd Chamber of the Supreme Court no. 256/2020. This resolution convicted an attorney for a crime of misappropriation because she withheld the amounts derived from two legal proceedings, which she had received in the name of the same trading company. The appellant alleged that the company she represented owed her a serie of professional fees, for which she decided not to return the amounts received until the corresponding liquidation had been carried out. Here we attend to the arguments presented by the court regarding to the moment of consummation of the crime, the existence of the *animus rem sibi habendi* and the right of retention.

Keywords: : misappropriation; attorney; professional fees; *animus rem sibi habendi*; right of retention.

Citation: González Uriel, D. (2021). La apropiación indebida de una procuradora sobre cantidades entregadas en procedimientos judiciales. Comentario a la STS 256/2020 de la Sala 2.ª. *Revista CEFLegal*, 241, 153-166.



Sumario

- 1. Hechos
- 2. Doctrina aplicable al caso
 - 2.1. Elementos esenciales del delito
 - 2.2. Momento de consumación
 - 2.3. Análisis del *animus rem sibi habendi*
 - 2.4. Derecho de retención
 - 2.5. Valoración personal
- Referencias bibliográficas

1. Hechos

La sentencia, dictada por el Tribunal Supremo (STS) el 29 de mayo de 2020, y en la que actuó como ponente el magistrado Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde, es fruto del recurso de casación núm. 3668/2018, presentado contra la Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía, Ceuta y Melilla, núm. 27/2018, dictada el 1 de octubre de 2018, en la que se resolvió el recurso de apelación interpuesto frente a la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial (SAP) de Granada, de fecha 15 de noviembre de 2017 –corregida por auto de 29 de noviembre de 2017–, núm. 557/2017. La STSJ confirmó la resolución apelada y condenó a la recurrente, Herminia, como autora penalmente responsable de un delito de apropiación indebida, del artículo 253 del Código Penal (CP), y le absolvió de otro de los delitos de apropiación indebida y del delito de deslealtad profesional que también se le imputaban.

En el relato de hechos probados de la sentencia de la SAP se narra que Herminia era procuradora de los tribunales de la mercantil General de Galerías Comerciales, SA, en cuya representación actuaba en distintos procedimientos judiciales en Granada, con un poder otorgado en 2006 por el presidente del consejo de administración y consejero delegado de la sociedad. A raíz de una ejecución de títulos judiciales seguida ante el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 9 de Granada, el 30 de diciembre de 2011, mediante decreto del letrado de la Administración de justicia, se acordó la devolución a la entidad de 52.192,02 euros, «en concepto de sobrante» de la cantidad consignada, una vez liquidados los intereses. Herminia percibió esta cantidad mediante transferencia en su cuenta y lo puso en conocimiento de Ofelia, hija del consejero delegado e integrada en el departamento jurídico de la mercantil, para que le indicase si dicho monto había de aplicarse a las costas del procedimiento. Ofelia le refirió, mediante correo electrónico de fecha 30 de octubre de 2012, que ya habían abonado las costas correspondientes a Reina María (en referencia a la mercantil Reina María 2000, SL) y a Tuyser (Tuyser, SA), demandantes en el procedimiento citado, por lo que Herminia entendió que podía aplicar la cantidad en cuestión al pago de los honorarios derivados de su actuación profesional en los distintos procedimientos en los que había representado a la sociedad, cuyo desembolso había reclamado a Ofelia en varias comunicaciones, sin que le hubiesen contestado.

Con posterioridad, en fecha 16 de septiembre de 2015, como consecuencia del procedimiento de ejecución provisional de Sentencia núm. 986/2015 del mismo Juzgado de 1.^a Instancia núm. 9, mediante diligencia de ordenación, se acordó la transferencia de 336.245,27 euros a la cuenta de Herminia en concepto de «devolución de la cantidad retenida», con destino a la mercantil poderdante. Los días 18 y 25 de septiembre de 2015, los responsables de los departamentos jurídico y administrativo de la entidad requirieron a Herminia para que transfiriese a la sociedad el numerario recibido. Ella se negó, alegando que antes había de verificarse la liquidación de los honorarios que la mercantil le debía a ella por sus servicios, lo que cifraba en 1.014.000,28 euros, por lo que retuvo en su cuenta el ingreso realizado por el juzgado en la cuenta bancaria de la que ella era titular. El 21 de julio de 2016,

un responsable de la mercantil requirió a Herminia para que restituyese no solo el ingreso de 336.245,27 euros, sino también el de 52.192,02 euros. La recurrente rechazó la petición.

Esta sentencia, como dijimos, fue recurrida en apelación ante el TSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla, que mantuvo la condena, si bien modificó levemente el relato de hechos probados, por cuanto agregó que, tras la reclamación efectuada a Herminia en los días 15 y 18 de septiembre de 2015, la mercantil «consintió tácitamente en suspender la reclamación de aquella cantidad entre tanto se estudiaban las facturas pro forma de honorarios y suplidos que reiteradamente le envió la acusada, reteniendo esta aquella cantidad en una cuenta bancaria de la que era titular». A su vez, añadió la STSJ que, tras apreciarse una «radical discrepancia» a propósito de las cantidades adeudadas a la procuradora, el 21 de julio de 2016, la sociedad desatendió un requerimiento de honorarios formulado por el letrado de Herminia, y le dirigió una nueva reclamación a ella, por los citados importes, a la vez que efectuó a su favor un «ingreso por la cantidad de 25.303,67 euros en que valoraban los derechos por arancel de la procurador(a), negándose la acusada a restituir dichas cantidades entre tanto no se procediera a una liquidación ordenada». La Sala Civil y Penal del TSJ confirmó la resolución recurrida, por lo que mantuvo la absolución por un delito de apropiación indebida y por un delito de deslealtad profesional, y la condena por un delito de apropiación indebida.

2. Doctrina aplicable al caso

La defensa de Herminia interpuso recurso de casación frente a la STSJ que se basaba, en esencia, en dos motivos: en primer lugar, alegaba que su patrocinada carecía de un ánimo apropiatorio. En segundo término, justificaba que no era de aplicación el tipo de apropiación indebida porque, además de no concurrir el ánimo de apropiación, no se había causado un perjuicio patrimonial a la mercantil.

2.1. Elementos esenciales del delito

El delito de apropiación indebida se regula en los artículos 253¹ y 254² CP, dentro de la Sección 2.ª bis —«De la administración desleal»— del capítulo VI —«De las defraudaciones»—,

¹ Artículo 253 del CP: «1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses».

² Artículo 254 del CP: «1. Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años.

del libro II del CP. En este trabajo nos centraremos en el artículo 253 del CP, por lo que no haremos mención al artículo 254 del CP, que contiene (Núñez Castaño, 2019, p. 91) el tipo de «apropiación indebida sin quebrantamiento del deber de custodia», y que se configura como una apropiación de cosa ajena de carácter residual y subsidiaria. De modo sintético, en el fundamento de derecho (FD) 2.º de la resolución que comentamos se subraya que el delito requiere tres elementos objetivos:

- a) Que se reciba el dinero, efecto o valor por un título jurídico –depósito, comisión, custodia o cualquier otro que establezca la finalidad con la que se realiza la entrega– y que produzca «la obligación de darle un determinado destino o de devolver otro tanto de la misma especie y calidad».
- b) Que el sujeto lleve a cabo sobre el objeto apropiado –dinero, efectos, valores...– un acto «que resulte ilegítimo, en cuanto que exceda de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado». Puntualiza el Alto Tribunal que en casos como el presente, en el que la recepción de los fondos pecuniarios obedece a una «gestión profesional de un determinado patrimonio», serían subsumibles en el tipo analizado los comportamientos que conlleven actos de disposición de dinero más allá de lo autorizado en el título de recepción, con «vocación definitiva», lo que diferencia de la mera gestión infiel en que se encaminan directamente «a achicar los fondos del perjudicado y dirigirlos al patrimonio que el sujeto activo ha decidido engrosar».
- c) Que conectado causalmente con el acto anterior se produzca un perjuicio para el sujeto pasivo, lo que «normalmente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación». Por lo que hace al tipo subjetivo, la Sala 2.ª apostilla que viene representado por «la voluntad consciente de realizar los elementos objetivos del tipo, o sea, por conocer y pretender que el dinero recibido por un título que obliga a su restitución o devolución se incorpore a un patrimonio ajeno al sujeto pasivo y en su perjuicio», y remarca la presencia de un especial elemento subjetivo del injusto –que desarrollaremos en un momento posterior–, que cifra en el *animus rem sibi habendi* o intención de haber la cosa como propia.

Antes de abordar el núcleo de nuestro supuesto, forzoso es que esboce, siquiera de modo telegráfico o somero, las principales características del tipo de apropiación indebida que ha apuntado la doctrina, toda vez que facilitarán nuestro estudio. Por lo que hace al bien jurídico tutelado, Bajo Fernández (2001, p. 130) lo resume en el derecho de propiedad, o bien, el derecho de crédito en el caso del dinero, y condensa el delito como «la incorporación de la cosa al propio patrimonio de modo que implique incumplimiento definitivo de la

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses».

obligación de entregar o devolver». Martínez-Buján Pérez (2019, pp. 582-583)³ destaca que con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 se modificó el tenor literal de este delito mediante la supresión de la administración como título jurídico, puesto que se creó el delito de administración desleal, tipificado en el artículo 252 del CP. A juicio de este reputado especialista, con esta exclusión del ámbito típico de la apropiación indebida, el legislador pretendía la reconducción al artículo 252 del CP de «todas las conductas desleales (incluyendo, pues, las apropiaciones definitivas) cometidas por un administrador que actúa en el ejercicio de las funciones propias de su cargo», por lo que se incardinarían en la esfera del artículo 253 del CP las apropiaciones «fácticas», en las que el administrador actúa «al margen de sus funciones». Con todo, se muestra crítico con que ambos delitos establezcan la misma pena, y objeta que el delito de administración desleal «se caracteriza por su falta de taxatividad».

Sobresale la síntesis que efectúa Muñoz Conde (2019, pp. 408-409)⁴ cuando plasma que la esencia del delito consiste en llevar a cabo «actos de apropiación de las cosas, es decir, en disponer de ellas "como si fueran propias", transmutando la posesión lícita originaria en una propiedad ilícita o antijurídica», lo que se puede llevar a cabo tanto a través de actos positivos como negativos. Entre los actos positivos, anota Muñoz que se encuentra los «actos dispositivos», si bien matiza que la reforma del año 2015 suprimió la mención a la «distracción». Puntualiza que no es suficiente con el mero mal uso de la cosa poseída, sino que es preciso que nos hallemos ante «verdaderos actos de apropiación». Resalta que también se puede cometer cuando se niega haber recibido las cosas y, aunque no se consigne de modo expreso, también es posible apreciar una apropiación indebida «cuando se afirma, falsamente, haber ya devuelto la cosa entregada». Concluye que lo relevante no es la modalidad comisiva, sino que, mediante «hechos *concluyentes*», se revele el ánimo de apropiarse de la cosa. En cuanto al objeto material, Muñoz efectúa una certera puntualización cuando cuestiona la introducción de la referencia expresa al dinero en el año 2015, toda vez que «por lo general la transmisión de la posesión de cosas fungibles transmite también su propiedad», por lo que no cabría incluir aquí el préstamo o mutuo, porque «la cosa ha de tenerse por un título traslativo de la posesión».

Resulta digna de elogio la fórmula abreviada que propone Zugaldía Espinar (2018, p. 207) cuando lo describe como «un delito contra la propiedad sobre cosas muebles, de expropiación con apropiación correlativa, que exige el *animus rem sibi habendi*». Metafóricamente, Nieto Martín (2018, pp. 241-246) asevera que este delito es como una obra de teatro dividida en tres actos, consistentes en: a) colocar en manos del autor un bien mueble o dinero, b) que el autor realice un acto de disposición sobre el bien y que ello conlleve un resultado, que se concreta en c) la expropiación del bien. Sobre la apropiación indebida de dinero, escribe que, aunque sea el supuesto más usual en la práctica, es el que plantea mayores problemas, ya que el tipo «pierde su clara fisonomía de un delito contra la pro-

³ Cursivas en el original.

⁴ Cursivas en el original.

piEDAD, para convertirse en una figura cuyo bien jurídico protegido es el derecho de crédito». Expone que lo esencial es determinar el título por el que se recibe el dinero y que, en los casos dudosos, ha de estarse al plano objetivo y «debe adoptarse una perspectiva *ex ante*: lo relevante es si un operador medio dotado con los conocimientos del autor considera que a la vista de la situación existe una alta probabilidad de devolver (o dar el destino pactado) las sumas de dinero».

2.2. Momento de consumación

En la STS comentada se indica que el TSJ efectuó una precisión a este respecto y que, frente a la sentencia de la AP, perfiló los hechos probados ya que, en lugar de considerar que la actuación apropiatoria se había materializado en el momento posterior a la transferencia del juzgado en el mes de septiembre del año 2015, estimó que el delito se había consumado en fecha 21 de junio de 2016, cuando la mercantil reclamó por segunda vez a la acusada la entrega del dinero. A continuación, la Sala 2.^a resume los motivos que han llevado al TSJ a realizar esta concreción: pese a que hubo un primer requerimiento de la mercantil en el mes de septiembre de 2015, Herminia respondió que ponía a disposición de la entidad la citada cantidad «tan pronto como hubieran liquidado las cuentas pendientes entre ellos», a lo que la mercantil no se opuso, aunque tampoco mostró su conformidad. Además, se tomó en consideración que el 21 de junio de 2016 tuvo lugar la transferencia de 25.303 euros, cantidad en la que la sociedad fijaba la deuda pendiente con Herminia, y porque en ese mismo día volvió a reclamar a la recurrente el dinero transferido por el juzgado, a lo que nuevamente se opuso ella. Así las cosas, frente a la sentencia de instancia, la de apelación entendió que el ánimo apropiatorio no se daba después de la recepción de los 336.245,27 euros por 4 motivos: a) fue Herminia quien puso en conocimiento de la mercantil la entrega del dinero en el mismo día de su ingreso, b) hubo posteriores conversaciones entre las partes que se consideraron compatibles «con que la sociedad terminara aceptando tácitamente posponer el cobro hasta que se analizara la bondad de las facturas pro forma giradas por la recurrente», c) Herminia continuó prestando servicios profesionales a la mercantil durante un año y medio, y d) se acreditó que en la cuenta bancaria en la que se recibieron los fondos, la recurrente nunca dejó de tener un saldo suficiente como para atender el pago del importe percibido.

De la confirmación que hace el Alto Tribunal se infiere que, en efecto, la consumación del delito se dio cuando concurrió el ánimo de apropiación. A este respecto debemos consignar que la doctrina ha manifestado que la consumación de la apropiación indebida se produce (Zugaldía Espinar, 2018, p. 208) «en el momento en el que el poseedor lícito toma la decisión de transformar su posesión lícita en un título dominical ilícito (*se ut dominum gerere*)», lo que se puede llevar a cabo mediante un acto interno, *v. gr.*, adopta la decisión de no devolver la cosa, o bien, a través de una manifestación exterior de carácter concluyente, *v. gr.*, vende la cosa a una tercera persona. Puntualiza Muñoz Conde (2019, pp. 411-412) que el resultado consiste en la efectiva apropiación, con el consiguiente perjuicio al legítimo titular de la cosa. Pese a que ambos conceptos suelen coincidir en el tiempo, si el acto

dispositivo no fuese seguido del «perjuicio patrimonial lesivo», el delito no se consumaría, sino que estaría en grado de tentativa. Apostilla que si el perjuicio no se da y concurre un desistimiento voluntario, habrá de admitirse la impunidad de la conducta. Ello difiere de la situación en que se cause el perjuicio y, con posterioridad, se repare el daño, «que todo lo más puede constituir una circunstancia atenuante» del artículo 21.5.^a del CP. Sin embargo, dicho autor finaliza subrayando que, en la práctica, solo se dan casos de apropiación indebida consumada, ya que solo se presentan las querellas cuando se produce el perjuicio. De una manera gráfica, Queralt Jiménez (2015, p. 539)⁵ razona que la consumación tiene lugar cuando se acredita la apropiación, cuando se niega haber recibido la cosa o el dinero o, en definitiva, en el «punto de no retorno». En todo caso, resulta certero González Cussac (2019, p. 439) cuando advierte que este delito «no se perfecciona con la realización del acto de atribución, sino que exige un mínimo de efectividad de la disposición; esto es, no en el sentido que se haya adquirido o transferido el dominio, pero sí que se hayan perturbado los derechos del dueño», por lo que rechaza algunas resoluciones judiciales en las que se afirma que la consumación se produce desde el momento en que se recibe el dinero con la finalidad de darle un destino determinado –v. gr., STS de 9 de marzo de 2007–.

2.3. Análisis del *animus rem sibi habendi*

En la STS que analizamos se proclama que este *animus* «se integra por la conciencia de ostentarse la posesión de una cosa mueble con la obligación de entregarla o devolverla a su legítimo propietario, cuando el conocimiento confluye con la voluntad de transgredir el deber mediante un acto de apropiación, esto es, negando al propietario la titularidad del bien, que no es otra cosa que el desconocer sus facultades dominicales y ubicarlas en el espacio de autoridad del poseedor». Aplica esta doctrina al caso enjuiciado y destaca que, como la intención es un elemento de manifestación interna o intelectual, salvo cuando se confiesa a un tercero, «su prueba deberá fundarse en indicios que permitan sustentar suficientemente, más allá de toda razonable, el correspondiente juicio de inferencia». El TS parte de que tanto la AP como el TSJ convinieron en que Herminia encomendó a un letrado la reclamación de sus honorarios, cuantificados por ella en 1.014.074,07 euros, que tal petición se consideró desproporcionada por la mercantil representada, que los cifró en 25.303,67 euros, y que el 21 de julio de 2016 la sociedad transfirió este último importe a la recurrente, reclamando el abono de las sumas percibidas por ella en su representación. De la mayor relevancia es el dato de que, además de rechazar la liquidación realizada y de retener los 25.303,67 euros, Herminia «traspasó el importe de los pagos judiciales que retenía a otra cuenta bancaria de su titularidad».

⁵ Se advierte al lector de que en la consulta de dicha obra se ha utilizado la biblioteca virtual de la editorial Tirant lo Blanch y que no existe paginado en la propia monografía, por lo que pueden existir discordancias entre la numeración web y la del libro impreso.

Así las cosas, la STS enumera cuatro indicios: a) que no se debatió en sede judicial el importe de los honorarios debidos que se controvertían, b) que Herminia reclamaba de modo unilateral la cifra de 1.014.074,07 euros, c) que en junio de 2016 rechazó devolver los importes percibidos y que, en ese mismo mes, d) transfirió el dinero desde la cuenta en la que lo tenía depositado a otra de su titularidad. A la vista de estos cuatro indicios, al TSJ se le planteó la siguiente alternativa: «bien la retención y el cambio de la ubicación del dinero respondió a la determinación de la recurrente de hacerlo suyo y satisfacer con su importe parte de la deuda a la que creía tener derecho, o bien decidió retener la cantidad reclamada por el propietario y presionar de este modo a que le pagaran la liquidación que ella proponía, superando así el pago que su cliente le había efectuado como liquidación definitiva de la deuda». Puesto que el tribunal de apelación plasmó esta alternativa en sus hechos probados, la recurrente consideró que ese inciso excluía la presencia del meritado *animus* –en concreto, cuando aludió a que no procedió a la restitución «entre tanto no se procediera a una liquidación ordenada»-. La Sala 2.^a examina la cuestión y zanja que los indicios son suficientes para colmar las exigencias típicas. Además, subraya que el recurso silencia otros datos de la sentencia de apelación, entre los que subraya la fijación unilateral de la cantidad por la recurrente, la inexistencia de tasaciones de costas o de reconocimientos de deuda que concretaran el montante que se adeudaba, así como el ingreso verificado por la mercantil, acompañado de la reclamación de restitución. Por todo ello concluye que «la negación de la devolución y la transferencia del dinero a una nueva cuenta de la acusada respondía a que el dinero quedara definitivamente integrado en su patrimonio, privando al cliente de la posibilidad de disponer del mismo».

Únicamente apostillaremos, a mayor abundamiento, algunas precisiones doctrinales a propósito del *animus rem sibi habendi*, sobre el que González Cussac (2019, pp. 438-439) ha indicado que la conducta del autor se debe encontrar presidida por «la finalidad subjetiva de incrementar el propio patrimonio», es decir, «por el ánimo de lucro que, dado que se proyecta sobre un acto atribución, no puede ser definido sino como *animus rem sibi habendi*», y propone como solución que se diferencie entre los dos momentos constitutivos del ánimo de lucro en el tipo de apropiación indebida, a saber, «el propósito de atribución y el de enriquecimiento». Sobre el primero comenta que «no hay acción de atribución sin voluntad de atribución», por lo que, dado que se concibe como un «momento definitorio de la conducta típica», debe ser reputado como un elemento subjetivo del injusto. De esta manera, el sujeto activo debe actuar con conocimiento de que posee una cosa mueble que se le ha entregado con la obligación de su devolución. Por lo que hace al segundo momento, si se admite que este delito precisa del enriquecimiento como resultado –lo que secundan la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia–, «el propósito de obtenerlo (esto es, la voluntad de producir el resultado típico) se integrará, naturalmente, en el dolo». Agrega certero Conde-Pumpido Tourón (2019, pp. 746-747) que, por su ubicación sistemática, nos hallamos ante un delito de defraudación, «por lo que es coherente que el tipo sea doloso y exija ánimo de lucro», pero matiza que, a diferencia de la estafa, el dolo no puede ser anterior al desplazamiento patrimonial, porque la cosa se encuentra en poder del sujeto por un título legítimo que obliga a su devolución; de ahí que, si tal posesión se obtuvo mediante engaño, sin intención de devolver la cosa, estaremos en presencia de un delito de estafa.

2.4. Derecho de retención

Advierte la STS que estudiamos que resulta improcedente que un procurador o abogado retenga, por su voluntad unilateral, las cantidades que ha recibido en nombre de su cliente, montos a los que no tiene derecho, con la finalidad de liquidar sus honorarios profesionales, y explicita que solo cabe alegar el derecho de retención como causa de justificación ex artículo del 20.7 CP cuando una norma civil lo reconozca de modo expreso, «lo que no es apreciable respecto de abogados y procuradores en la medida en que el derecho de retención solo se refleja en el Código Civil para el arrendamiento de obra o para el mandato de obra (art. 1600 y art. 1730), quedando excluidos cuando estos contratos se proyectan sobre la prestación de servicios». Aplica el Alto Tribunal la doctrina que ha establecido para el caso de los abogados: no cabe estimar que concurra un derecho de retención en el caso de las minutas, confeccionadas de modo unilateral por el letrado, ni que se puedan aplicar los fondos recibidos a nombre de sus clientes, por su propia autoridad, cuando se discute dicha minuta, ya que en tal supuesto no se justifica la existencia de «un crédito real y vencido, que es condición imprescindible para que opere la citada compensación». De esta manera, las cantidades que se perciban en nombre de sus clientes han de ser «entregadas en su integridad a aquellas personas a favor de quienes han sido recibidas, sin perjuicio de la reclamación que corresponda para hacer efectivo el pago de sus honorarios como Letrado», y estima la Sala que resulta de aplicación a los casos a quienes «ostentan la representación procesal con sujeción a un arancel».

Puesto que hemos mencionado el derecho de retención, con la relevancia que conlleva su apreciación –configurar una causa de justificación por ejercicio legítimo de un derecho–, es preciso que anotemos qué se entiende por tal derecho. Según Blasco Gascó (2019, p. 28) su naturaleza jurídica es discutida ya que, mientras que un sector lo concibe como un derecho real por la posibilidad de oponerlo *erga omnes*, otro grupo de autores entiende que se trata de un derecho personal. Añade dicho autor que el titular de este derecho no puede usar ni disfrutar de la cosa, ni realizar su valor, y que carece de preferencia en el cobro de su crédito. A su vez, este derecho desaparece si se entrega la cosa a su propietario. Con todo, puntualiza que en el Código Civil de Cataluña se configura *ex lege* como un derecho real mobiliario. Podemos añadir que no existe una fórmula legal que describa, de modo genérico, el derecho de retención, sino que se trata de un derecho en cuya virtud un sujeto puede mantener la posesión de una cosa que pertenece a un tercero hasta que este satisfaga una obligación que tiene con él. Sí se recogen aplicaciones concretas en el Código Civil (CC) y, a título meramente ejemplificativo, además de los ya citados en la STS objeto de análisis –en el arrendamiento de obra y en el mandato–, podemos mencionar el que se atribuye al poseedor de buena fe, por los gastos necesarios de la cosa que haya sufragado, frente al poseedor legítimo, según el artículo 453 del CC. Idéntico derecho asiste al usufructuario –o a sus herederos– a la extinción del usufructo, según el artículo 522 del CC, por los desembolsos que le deban ser reintegrados, así como al acreedor anticrético, en virtud del artículo 1883 del CC, salvo (2018, p. 399) en el supuesto de que dicho acreedor no detente la posesión de la cosa de manera efectiva. También ostenta este derecho el acreedor pignoraticio, para retener la prenda en su poder hasta que se le pague el crédito,

como se desprende del artículo 1866 del CC. Fuera de este cuerpo legal podemos citar el artículo 139 de la Ley 14/2014, de Navegación Marítima, en que se reconoce a los titulares de los créditos derivados de la construcción, reparación o reconstrucción de un buque, para retenerlo en su poder hasta que se satisfaga su crédito.

A propósito de la consideración penal de este derecho, Muñoz Conde (2019, p. 411) advierte que suele invocarse, junto con el estado de liquidación o rendición de cuentas pendientes, como causa de justificación. A propósito del primero, opina que, dado que el ordenamiento jurídico lo permite en algunas ocasiones, su ejercicio «dentro de los límites marcados legalmente» justificará la apropiación, aunque anota que, en ocasiones, «faltará ya la tipicidad de la conducta». En relación con el derecho de retención, como adelantamos, se encuentra la liquidación de cuentas pendientes «entre los distintos sujetos del título traslativo de la posesión», sobre la que expone Muñoz que su existencia no justifica, *per se*, la apropiación, y que «todo lo más puede tener importancia para la determinación de la cuantía del perjuicio y consiguientemente de la pena», aunque matiza que si tal liquidación evidencia un estado de deudas recíprocas entre las partes, «la apropiación de las cosas por un importe inferior a la cuantía de la deuda puede estar justificada». En este orden de apreciaciones, Queralt Jiménez (2015, p. 539) subraya que el derecho de retención, tanto real como en error de prohibición –vencible o invencible–, puede justificar la apropiación, si bien, puntualiza, debe valorarse caso por caso. Agrega que la compensación de créditos entre las partes también puede eliminar este delito, siempre y cuando tales créditos sean «ciertos y reales». Llama la atención sobre que las compensaciones y las liquidaciones distan mucho de ser cuestiones sencillas, ya que se discute cada partida, tanto en relación con su importe como a propósito de su naturaleza jurídica. Considera que en muchos de estos casos nos hallamos «en presencia de una cuestión civil» antes que penal, ya que «la titularidad de los objetos muebles en juego es todo menos clara», y pone como ejemplo de compensación la ejecución de la fianza por el arrendador ante la ausencia de devolución de parte de los bienes muebles del inmueble arrendado. Arguye que es «uno de los objetos de la fianza y, en todo caso, una vez más, estamos ante una controversia civil».

2.5. Valoración personal

En líneas generales, compartimos de un modo pleno la fundamentación de la resolución y el sentido del fallo. Hemos de resaltar que lo esencial al valorar el delito de apropiación indebida del artículo 253 del CP es la constatación del *animus rem sibi habendi*, como elemento subjetivo del tipo, sin cuya presencia cabe predicar la atipicidad de la conducta. Así las cosas, ha de consignarse una cadena indiciaria lo suficientemente potente como para afirmar que ha surgido, tras la recepción de la cosa ajena y durante su posesión sometida a término –el momento de devolución a su propietario–, la voluntad de apropiación, y que ha ido seguida de actos encaminados al efectivo apoderamiento, que sean constatables, objetivos y concluyentes. De ahí que mostremos nuestra oposición a una comprensión del tipo en la que se predique la consumación con la mera recepción de la cosa. Como hemos anotado, se re-

quiere que esta recepción vaya seguida de actos dispositivos –o bien negativos– de los que se infiera, sin lugar a duda razonable, que el agente pretende apoderarse de la cosa. En tal momento se producirá la consumación. En efecto, como se puede deducir, nos adscribimos al sector doctrinal y jurisprudencial mayoritario que lo concibe como un delito de resultado, representado por el perjuicio irrogado al legítimo titular. En el caso de autos, Herminia llevó a cabo actos que evidenciaban, en el año 2016, su voluntad de apropiación: el indicio esencial viene representado por la transferencia, entre sus cuentas bancarias, de los importes reclamados. Este dato se ve corroborado por los restantes aspectos comentados –no restitución de los importes, reclamación de la mercantil, abono de la cantidad que esta consideraba adeudada a la procuradora o ausencia de reclamación judicial de sus honorarios por Herminia–.

Podemos destacar, también, que la STS comentada confirma la STSJ y respalda su fijación de los hechos probados, llevando a cabo una lectura global de su contenido, ya que no solo valora la descripción del relato fáctico, sino que lo combina con los argumentos materiales condensados en la propia resolución. A este respecto, tras anotar los esfuerzos dialécticos que lleva a cabo la Sala 2.^a, no podemos sino dejar constancia de que la fijación de hechos probados de la STSJ es francamente mejorable. El relato fáctico ha de resultar claro, sin que dé pie a ambigüedades, generalidades o confusión. De su tenor literal se desprende una disyuntiva que no habría de haberse plasmado, ya que se debería consignar con rotundidad la existencia del *animus* meritado; sin embargo, la sentencia alberga en su tenor la comprensión alternativa, patrocinada por la recurrente, en cuya virtud Herminia retenía la cantidad en tanto no se produjese la liquidación ordenada. Esta posibilidad interpretativa casa mal con la aplicación del delito. Así las cosas, ha de reclamarse la máxima pulcritud en los órganos sentenciadores a la hora de fijar los hechos probados en sus sentencias. Aunque pueda parecer un aspecto puramente formal, estilístico o carente de relevancia, lo cierto es que la descripción de los hechos que el juzgado o tribunal ha considerado probados es la piedra angular de una sentencia, la que justifica la subsunción en el tipo y la consiguiente condena, por lo que, en un delito como el de apropiación indebida, con tanta permeabilidad a la calificación jurídica civil y a la posibilidad de apreciar una causa de justificación, hemos de reclamar una mayor pulcritud en su concreción.

En punto al derecho de retención, su reseña nos lleva a una problemática de este delito, inherente a su naturaleza: la vinculación con las categorías dogmáticas propias del derecho civil. De esta manera, no cabe realizar predicciones generales, sino que habrá que discernir caso por caso. El derecho de retención es una figura que se recoge en casos particulares de la ley, por lo que habrá de estarse al tenor de cada norma para apreciar su existencia, su alcance y su contenido. De ahí que rechacemos cualquier ampliación indebida de su tenor y su generalización más allá de los estrictos términos legales en que se recoja. Habrá de tenerse presente la concreta relación jurídica de la que traiga causa la recepción de la cosa y deberá valorarse si en su seno tiene cabida la retención justificada. Asimismo, en el ámbito de las compensaciones de créditos, tampoco cabe efectuar una lectura omnicompreensiva y estimar que, en todo caso, cabe la retención del importe adeudado, si bien, en muchos de estos supuestos nos hallaremos ante casos de atipicidad, por ausencia del *animus rem sibi*

habendi. No obstante, hemos de predicar la atipicidad de la conducta cuando su calificación jurídica sea estrictamente civil, lo que nos situará, forzosamente, extramuros del derecho penal. Como constatamos, en este delito juegan un papel esencial tanto la figura del error como la posibilidad de apreciar la interferencia de relaciones jurídicas civiles que eludan la aplicación del delito, lo que requerirá un análisis detallado de cada supuesto de hecho y la justificación de la concurrencia de todos los requisitos objetivos y subjetivos del tipo.

Referencias bibliográficas

- Bajo Fernández, M. (2001). Administración desleal y apropiación indebida. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 125-143.
- Blasco Gascó, F. P. (2019). El derecho real. En J. R. de Verda y Beamonte y A. Serra Rodríguez (Coords.), *Derecho civil III: derechos reales*. (5.ª ed. pp. 21-42). Tirant lo Blanch.
- Conde-Pumpido Tourón, C. (2019). Capítulo 15. Apropiación indebida. En A. Camacho Vizcaíno (Dir.), *Tratado de Derecho Penal Económico* (pp. 715-752). Tirant lo Blanch.
- González Cussac, J. L. (2019). Lección XXIV. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VIII): Administración desleal. Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas. En J. L. González Cussac (Coord.), *Derecho Penal. Parte especial* (pp. 421-445). Tirant lo Blanch.
- Nieto Martín, A. (2018). Tema 6. Administración desleal y apropiación indebida. En N. J. de la Mata Barranco, J. Dopico Gómez-Aller y J. A. Lascuraín Sánchez y A. Nieto Martín, *Derecho penal económico y de la empresa* (pp. 237-284). Dykinson.
- Núñez Castaño, E. (2019). Tema II. Los delitos patrimoniales de defraudación (I): estafa, apropiación indebida y administración desleal. En A. Galán Muñoz y E. Núñez Castaño, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. (3.ª ed. pp. 55-93). Tirant lo Blanch.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2019). *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*. (6.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Moreno Quesada, L. (2018). Capítulo 24. El derecho real de anticresis. En F. J. Sánchez Calero (Coord.), *Curso de Derecho Civil III. Derechos reales y Registral Inmobiliario*. (7.ª ed. pp. 393-399). Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2019). *Derecho Penal. Parte especial*. (22.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Queralt Jiménez, J. J. (2015). *Derecho Penal español. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- Zugaldía Espinar, J. M. (2018). Lección 15. Delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico (II). En E. B. Marín de Espinosa Ceballos (Dir.) y P. Esquinas Valverde (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial* (pp. 207-218). Tirant lo Blanch.

Delimitación comunitaria del hecho de la circulación: casuística

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Extracto

En este caso, la cuestión jurídica que se trae a colación es la determinación acerca de qué cabe entender por un «hecho de la circulación» o por «circulación de vehículos», a la vista de la casuística que concurre en el uso de los vehículos a motor, teniendo en cuenta el análisis de los criterios comunitarios en esta materia. Consideración de hecho propio de la circulación de vehículos, los daños causados por un camión de transporte de residuos dentro del recinto de una empresa para la que trabajaba; debe atenderse para la consideración o no de siniestro susceptible de ser integrado en el concepto de «hecho de la circulación» al hecho de que el vehículo a motor estuviese siendo utilizado conforme a las funciones habituales, y sin que pueda limitarse a las situaciones de circulación vial, es decir, de la circulación en la vía pública, sino que incluye cualquier utilización de un vehículo que sea conforme con su función habitual. Los vehículos automóviles están destinados, independientemente de sus características, a su uso habitual como medios de transporte; dicho concepto se extiende a toda utilización de un vehículo como medio de transporte, y ello es lo determinante de la delimitación del concepto. Imposibilidad de permitir que cada Estado comunitario pueda configurar su concepto al margen de la normativa comunitaria.

Palabras clave: derecho comunitario; concepto de «hecho de la circulación».

Fecha de entrada: 16-01-2021 / Fecha de aceptación: 28-01-2021

Enunciado

El día 7 de noviembre de 2015 el conductor de un camión destinado al servicio de recogida de residuos sólidos dejó el camión parado frente a la oficina de entrada de una empresa para la que trabajaba, para formalizar la documentación una vez realizada la descarga de los residuos. El camión inició su desplazamiento hacia atrás debido a que el freno de mano no actuó, quizá por un error del conductor, e impactó contra los equipos de señalización, la cámara de videovigilancia y el control de accesos (barrera y soporte de motorización), situados junto a la báscula.

La aseguradora de la empresa dañada ha abonado una cantidad a su asegurada por los daños tasados, ejercitando una acción del artículo 43 de la Ley de contrato de seguro; esta aseguradora va a iniciar una demanda contra la aseguradora del camión causante de los daños, pero necesita conocer si la acción estaría prescrita o no, en función de que este siniestro pueda ser considerado o no como un hecho de la circulación, puesto que la duda jurídica se plantea en enero de 2017.

Si se considera el siniestro como un «hecho de la circulación», sería de aplicación el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que establece el plazo de uno año, al que se refiere el artículo 7.1, en cuyo caso la acción estaría prescrita.

Si, por el contrario, consideramos que no se trata de un «hecho de la circulación», por estimar que los hechos son encuadrables en el supuesto contemplado en el artículo 2.2 apartado b) del Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, que aprobó el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, entonces nos hallaríamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, con plazo de cinco años de prescripción, y la acción no estaría prescrita.

Cuestiones planteadas:

- Concepto de «hecho de la circulación» en derecho comunitario.
- Planteamiento jurídico y argumentos en la jurisprudencia comunitaria.

Solución

Planteado el caso en la forma expuesta, procede comenzar su análisis exponiendo el régimen jurídico aplicable. Esta materia es objeto de regulación por la Unión Europea. Entre las normas comunitarias aplicables debemos citar la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil, que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, la Directiva 72/16 (también conocida como Primera Directiva), la Directiva 84/5, la Directiva 90/232, la Directiva 2000/26 y la Directiva 2005/14.

Todas estas directivas, así como la jurisprudencia emanada del TJUE, han precisado progresivamente las obligaciones de los Estados miembros en materia de seguro obligatorio. La finalidad de tales disposiciones es garantizar la libre circulación, tanto de los vehículos con estacionamiento habitual en el territorio de la UE como de los ocupantes de dichos vehículos, y, por otra parte, garantizar que las víctimas de accidentes causados por estos vehículos reciban un trato equiparable, sea cual fuere el país de la UE en que hubiera ocurrido el accidente.

Así, el artículo 3, párrafos primero y segundo, Directiva 2009/103 dispone que:

Cada Estado miembro adoptará todas las medidas apropiadas, sin perjuicio de la aplicación del artículo 5, para que la responsabilidad civil relativa a la circulación de vehículos que tengan su estacionamiento habitual en su territorio, sea cubierta mediante un seguro.

Los daños que se cubran, así como las modalidades de dicho seguro, se determinarán en el marco de las medidas contempladas en el párrafo primero.

La doctrina del TJUE (SSTJUE de 4 de septiembre de 2014, asunto C-162/13; 28 de noviembre de 2017, asunto C-514/16; 20 de diciembre de 2017, asunto C-334/16, y 20 de junio de 2019, asunto C-100/18, entre las más recientes en torno a la interpretación del concepto de circulación de vehículos en el sentido del art. 3.1 Directiva 72/166 [Primera Directiva], cuyo contenido se corresponde esencialmente con el de los párrafos primero y segundo del art. 3 Directiva 2009/103) determina que dicho concepto no puede dejarse a la apreciación de cada Estado miembro, sino que constituye un concepto autónomo del de-

recho de la Unión, que debe interpretarse, con arreglo a reiterada jurisprudencia del TJUE, teniendo en cuenta, en particular, el contexto de esta disposición y los objetivos de la normativa de la que forma parte.

En este sentido, el TJUE en su Sentencia de 4 de septiembre de 2014, asunto C-162/13, entre otras consideraciones, indica, en lo que resulta relevante:

56. Habida cuenta de todo lo anterior, y en particular del objetivo de protección perseguido por las Directivas Primera a Tercera, no puede considerarse que el legislador de la Unión haya deseado excluir de la protección conferida por esas Directivas a los perjudicados por un accidente causado por un vehículo con ocasión de su utilización, si esta es conforme con la función habitual de dicho vehículo.

57. A este respecto, es importante señalar además que, según la parte A del anexo de la Directiva 73/239, en su versión modificada por la Directiva 84/641, el ramo de actividad del seguro directo relativo a la «responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles» hace referencia a «toda responsabilidad resultante del empleo de vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista)».

58. En el presente asunto, es preciso indicar, por un lado, que, como se desprende de la información publicada por la Comisión, la República de Eslovenia no ha excluido, en virtud del artículo 4, letra b), de la Primera Directiva, ningún tipo de vehículo del ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva. Por otro lado, según las indicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, el accidente que originó el litigio principal fue causado por un vehículo que se movía en marcha atrás para colocarse en un lugar determinado y, por lo tanto, parece haber sido causado por la utilización de un vehículo que es conforme con su función habitual, lo que no obstante incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar.

59. En tales circunstancias, teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva debe interpretarse en el sentido de que en el concepto de «circulación de vehículos» que figura en la citada disposición se incluye la utilización de un vehículo que es conforme con la función habitual de dicho vehículo. Así pues, puede estar comprendida en ese concepto la maniobra de un tractor en una era para situar en el patio de una granja el remolque del que está dotado ese tractor, como en el litigio principal, extremo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.

En este mismo orden de ideas se pronuncia el TJUE en su Sentencia de 15 de noviembre de 2018. En este caso, el Tribunal Supremo de Letonia remitió al TJUE una cuestión prejudicial en la que se pregunta si la acción de abrir la puerta de un vehículo constituye una «utilización de un vehículo que es conforme con la función habitual de dicho vehículo», en el sentido de la Sentencia de 4 de septiembre de 2014, Vnuk (C-162/13, EU:C:2014:2146),

y si está comprendida, por consiguiente, en el concepto de «circulación de vehículos», a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva.

Pues bien, en lo que para nuestro supuesto interesa, el TJUE en esta última resolución declara, por otra parte, confirmando su línea jurisprudencial en el sentido expuesto, que:

El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como sobre el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «circulación de vehículos» a que se refiere dicha disposición comprende una situación en la que el pasajero de un vehículo estacionado en un aparcamiento, al abrir la puerta de ese vehículo, golpea y daña el vehículo que se halla estacionado a su lado.

En sustento de esta tesis, el TJUE argumenta en los apartados 34 y 35 de esta sentencia, que el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «circulación de vehículos» que figura en la citada disposición no se limita a las situaciones de circulación vial, es decir, de circulación en la vía pública, sino que incluye cualquier utilización de un vehículo que sea conforme con su función habitual (sentencias de 4 de septiembre de 2014, Vnuk, C-162/13, EU:C:2014:2146), apartado 59, y de 28 de noviembre de 2017, Rodrigues de Andrade, C-514/16, EU:C:2017:908, precisando que «en la medida en que los vehículos automóviles a que se refiere el artículo 1, punto 1, de la Primera Directiva están destinados, independientemente de sus características, a su uso habitual como medios de transporte, dicho concepto incluye toda utilización de un vehículo como medio de transporte (sentencia de 28 de noviembre de 2017, Rodrigues de Andrade, C-514/16, EU:C:2017:908, apartados 37 y 38)» (Apartado 35).

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto de autos, nos encontramos ante un camión que, sin duda, es un vehículo a motor, que había circulado por las instalaciones de la empresa asegurada después de haber descargados los residuos que transportaba hasta las indicadas instalaciones, lo cual supone una utilización del mismo conforme a su función habitual, hasta detenerse frente a las oficinas de la empresa para formalizar la documentación y, cuando se encontraba detenido, lo que según la doctrina jurisprudencial expuesta tampoco impide la consideración como un hecho circulatorio, al no haberse colocado correctamente el freno de mano, el camión se desplazó marcha atrás, causando los daños cuyo importe se reclama. Esta omisión del freno no constituye una falta de diligencia propia de la función industrial que también desarrollaba el vehículo (la carga y descarga de residuos), no es un problema de que se ejecutaran mal o de forma deficiente esas tareas de carga y descarga. La falta de anclaje del freno de mano lo que revela es una falta de diligencia en la conducción del camión, actividad de conducción en la que es exigible que quien la opera adopte las precauciones necesarias también en los casos en los que detiene el vehículo para impedir que el mismo cause daños.

Por ello, conforme a la jurisprudencia del TJUE expuesta, debemos calificar la producción del siniestro de autos como un «hecho de la circulación», y por lo tanto la acción estaría prescrita.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Directivas 72/16, 84/5, 90/232, 2000/26 y 2005/14 del Parlamento Europeo y del Consejo.
- SSTJUE de 4 de septiembre de 2014 (NCJ058674), 28 de noviembre de 2017 (NCJ062817), 20 de diciembre de 2017 (NCJ063025) y 20 de junio de 2019 (NCJ064104).

Responsabilidad contractual: prueba del lucro cesante

José Ignacio Atienza López

Letrado del Consejo General del Poder Judicial

Extracto

El presente supuesto trata de recordarnos que el hecho de reclamar judicialmente determinadas cantidades dimanantes de un contrato, a partir de un presunto incumplimiento contractual, necesita de la concurrencia de unos requisitos que han sido elaborados jurisprudencialmente, y de entre ellos destaca la prueba de los daños, así como la estipulación del contrato que da soporte a lo reclamado. Estos requisitos se hacen mucho más estrictos cuando las cantidades reclamadas a partir de un contrato se califican como lucro cesante, pues la prueba del mismo exige mucho más rigor en su valoración. El reconocimiento del lucro cesante se encuentra supeditado a la justificación de factores y circunstancias reveladoras de que el ilícito ha motivado la no obtención de ganancias relacionadas causalmente con tal hecho, con las correspondientes consecuencias patrimoniales negativas para el perjudicado.

Palabras clave: responsabilidad contractual; requisitos; prueba del lucro cesante.

Fecha de entrada: 16-01-2021 / Fecha de aceptación: 28-01-2021

Enunciado

Por la empresa AAA dedicada al suministro de servicios de conserjería para las comunidades de propietarios, se ejercita una acción de reclamación de cantidad en concepto de lucro cesante, a partir del incumplimiento contractual que imputa a una comunidad de propietarios y que se ha hecho efectivo por medio de la resolución contractual unilateral verificada por esta.

Los hechos imprescindibles para establecer en su adecuado contexto el objeto del pleito iniciado por la empresa son los siguientes: en fecha 25 de septiembre de 2015, las partes de este pleito firmaron un contrato para la prestación del servicio auxiliar de conserjería en la comunidad demandada, con una vigencia anual que se retrotraía al día 7 del mismo mes y año y que terminaba el día 6 de septiembre de 2016, renovándose automáticamente salvo denuncia expresa de la comunidad demandada, con una antelación mínima de 30 días en relación con su vencimiento.

En fecha 18 de octubre de 2017 se comunica por el cliente a la empresa demandante la rescisión unilateral del contrato con fecha de efectos del día 31 de octubre de 2017, oponiéndose a ello la actora. Por parte de la actora, y como consecuencia del desistimiento unilateral del contrato injustificado, considera que se le han causado unos daños y perjuicios, que reclama como lucro cesante, por un total de 42.405,26 euros, que son las cantidades que debió percibir la actora de haber estado vigente el contrato hasta su fecha de finalización de tal periodo anual, que terminaba el 6 de septiembre de 2018, a razón de 3.435,85 euros al mes, y la parte proporcional de los 6 días de septiembre de 2018. El contrato carecía de cláusula penalizadora alguna.

La comunidad demandada ha sido emplazada para contestar a la demanda y acude a un despacho de abogados para verificar este trámite. Aportemos argumentos jurídicos para contestar a la demanda.

Cuestiones planteadas:

- Responsabilidad contractual: requisitos y régimen jurídico.
- Prueba del lucro cesante.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Todo contrato genera obligaciones que deben ser cumplidas, tal y como señala el artículo 1.091 del CC cuando dice que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos». Así, si el efecto propio de los contratos es su cumplimiento, el incumplimiento de una obligación, premisa de la responsabilidad contractual, debe traer como consecuencia, además de la facultad de exigir lo expresamente pactado, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, tal y como señala el artículo 1.124 del CC. No existen en nuestro derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de los daños y perjuicios, razón por la que debemos delimitar el contexto propio de la obligación resarcitoria del incumplidor, definiéndola y enumerando los requisitos que jurisprudencialmente se han fijado para que surja la responsabilidad contractual.

La indemnización de daños y perjuicios supone el pago de una cantidad de dinero para resarcir a la parte afectada de los perjuicios derivados del incumplimiento, o, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010, la reparación de la lesión inferida a la otra parte, siempre que se acredite la responsabilidad que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias económicas del caso concreto del acuerdo. Las consecuencias derivadas del incumplimiento contractual se prevén en el artículo 1.101 del CC, que dispone: «Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el incumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquella».

Para que la responsabilidad contractual opere, es preciso:

- a) En primer lugar, es imprescindible la prueba y acreditación de la producción de un daño. Es copiosa la jurisprudencia que precisa que la condena a la indemnización de daños y perjuicios exige la prueba de su existencia, cuya acreditación incumbe al demandante. Así lo establece, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2010 cuando señala que es imprescindible probar la existencia de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama. El incumplimiento de un contrato no implica por sí solo la existencia de daños y perjuicios,

que han de ser alegados y probados, y han de derivarse del pretendido incumplimiento. Por tanto, es necesario demostrar la existencia real de los daños y perjuicios para que la obligación de resarcimiento nazca y sea exigible (Audiencia Provincial de Cuenca, de 12 de noviembre de 2009).

- b) En segundo lugar, es preciso que el perjudicado demuestre la realidad del contrato: tanto el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de enero de 2006, como diferentes audiencias, de Guipúzcoa de 26 de febrero de 2007 y de Barcelona de 4 de noviembre de 2003, señalan que para que surja la responsabilidad contractual es necesario que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, siendo necesario acreditar el contrato y lo pactado.
- c) En tercer lugar, debe concurrir la imputabilidad a una persona determinada: es imprescindible, tal y como dispone la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 17 de abril de 2008, que sea posible imputar a la demandada algún grado de negligencia o descuido que, a su vez, debe residenciarse en hechos concretos y determinados que, además, han de estar suficientemente acreditados.
- d) Y, finalmente, debe darse la existencia de una relación de causalidad. Por último, ha de probarse la relación causa-efecto entre el incumplimiento contractual y el daño producido. Especialmente interesante resulta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 4 de junio de 2009. La concurrencia de estos requisitos determinará la viabilidad de la acción indemnizatoria derivada del incumplimiento contractual.

Desarrollada sucintamente la doctrina general elaborada por nuestra jurisprudencia acerca de los daños y perjuicios nacidos del incumplimiento contractual, debemos ceñirnos a la aplicación de la misma únicamente ahora como lucro cesante, que es lo que la empresa nos reclama como comunidad, y de lo que se extrae del artículo 1.106 del CC se entiende que es el perjuicio causado al acreedor por las ganancias dejadas de percibir por causa del incumplimiento del deudor. Si el daño emergente es real y efectivo, el lucro cesante, en cambio, se basa en un hecho posible en el futuro. Tanto el daño emergente como el lucro cesante han de probarse, pero el daño emergente es más fácil de probar que el segundo, dado que el lucro, al basarse en una consecuencia del primero y este no haber tenido oportunidad de ocasionar el lucro, la cuantificación ha de basarse en lo esperado siempre que lo esperado sea seguro y cierto. También ha de probarse que existe una relación directamente proporcional entre el incumplimiento de la obligación y el haber dejado de percibir las ganancias.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 553/2005, de 7 de julio de 2005, establece en cuanto a las figuras del *daño emergente* y *lucro cesante*:

El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que solo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía de haber percibido y no ha sido

así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista (así, sentencia de 30 de junio de 1993) o incluso el criterio restrictivo (así, sentencia de 30 de noviembre de 1993) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el hecho ilícito y el beneficio dejado de percibir –lucro cesante– y la realidad de este, no con mayor rigor o criterio restrictivo, que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, sentencias de 8 de julio de 1996 y 21 de octubre de 1996).

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 5 de junio de 2008, tiene declarado que la exigencia del lucro cesante no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción genérica del artículo 1.106 del CC (la indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor), sino que es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes (sentencias de 17 de noviembre de 1954, 6 de mayo de 1960 y 30 de diciembre de 1977, mencionadas en la de 30 de octubre de 2007 [rec. núm. 5049/2000]). Define qué ha de entenderse por lucro cesante la Sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2003 –reiterada en la de 30 de octubre de 2007–, al considerar que

a diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso; y añade esta sentencia que el fundamento de la indemnización de lucro cesante ha de verse en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido, lo que exige, como dice el artículo 1.106, que se le indemnice también la ganancia dejada de obtener.

Y la Sentencia de 8 de julio de 1996 señala

que las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en que concurre similitud suficiente para ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación o su certeza efectiva, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida del provecho económico.

El lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, orientándose nuestra jurisprudencia en un prudente sentido restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, por lo que esas pretendidas ganancias han de ser

acreditadas y probadas mediante la justificación de la realidad de tal lucro cesante, resaltándose la apreciación restrictiva o ponderada y la necesidad de probar con rigor (STS de 17 de diciembre de 1990, 30 de noviembre de 1993, 29 de septiembre de 1994, 8 de junio de 1996 y la ya citada de 29 de diciembre de 2000).

La jurisprudencia se ha orientado en esta materia con un prudente criterio restrictivo, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que estas sean dudosas o contingentes y solo fundadas en esperanzas. En tal sentido, dice la Sentencia de 24 de abril de 1997 que la integración del *lucrum cessans*, como elemento de indemnización, no permite incluir eventos de futuro no acreditados, rayanos en los conocidos «sueños de ganancia», ni referirse solo a acontecimientos reales o de indiscutible dación, sino que, en una posición intermedia, se requiere que los eventos determinantes de una aportación de medios o recursos truncados por la realización del ilícito obtengan la prueba indiscutible de que generarán ese monto económico, al cual, ya totalmente predeterminado, solo le falta su real materialización. De lo acabado de mencionar resulta que el reconocimiento del lucro cesante se encuentra supeditado a la justificación de factores y circunstancias reveladoras de que el ilícito ha motivado la no obtención de ganancias relacionadas causalmente con tal hecho, con las correspondientes consecuencias patrimoniales negativas para el perjudicado.

Pues bien, y partiendo del rigor con el que se ha de valorar la prueba del lucro cesante y que ha quedado sobradamente detallada en el fundamento previo, solo podemos llegar a la conclusión de que ningún lucro cesante puede ser probado por la empresa actora, que necesariamente ha de asumir las consecuencias de su pasividad probatoria, que incumple de modo flagrante el primero de los requisitos de la responsabilidad contractual, lo que nos exime de la necesidad de razonar sobre los posteriores, pues si el lucro cesante reclamado no es acreditado, la desestimación de la demanda resulta obligada.

Nos hallamos ante un contrato que carece de cláusula penalizadora que pudiera fijar la cuantía que se debía recibir en caso de incumplimiento del contrato, lo que obligaba necesariamente a la demandante a probar la concurrencia del dolo, negligencia o morosidad por parte de la comunidad de propietarios; pero al margen de ello, la actora debe probar de forma fehaciente que la cuantía reclamada corresponde a unos perjuicios reales y que los mismos guarden relación de causalidad directa con la resolución anticipada acordada por la comunidad demandada.

La empresa actora que nos reclama las cantidades parte de una tesis jurídica inaceptable, a la vista de la jurisprudencia uniforme citada, conforme a la cual, si la demandada desiste unilateralmente del contrato de forma anticipada a la fecha de duración pactada, debe abonar todas las cantidades debidas hasta la fecha de término de su periodo de vigencia, pero sin ser capaz de explicar dónde se halla la cobertura que le permite sostener semejante tesis, al no existir ni norma legal alguna ni cláusula penal pactada por las partes que pueda dar soporte a lo pretendido. Solo puede continuar reclamando lo que suplica si este lucro cesante

(que es como lo califica jurídicamente la actora) está justificado. Ya hemos desarrollado jurisprudencialmente que la acreditación del lucro cesante como modalidad de perjuicios precisa de absoluta contundencia probatoria, y nuestro caso es exactamente el opuesto, es decir, no estamos ante un supuesto de insuficiencia probatoria, sino de inexistencia probatoria, pues unilateralmente la actora ha decidido que la resolución anticipada verificada por la demandada conlleva anudado automáticamente un efecto jurídico a su favor, que se torna totalmente imaginario, y cuyo fundamento no solo no prueba, sino que ni siquiera intenta explicar.

Es más, aunque aceptemos que la comunidad de propietarios demandada resolvió indebida y unilateralmente el contrato cuando todavía quedaba un largo periodo de contrato por cumplir, lo que no podemos admitir es la indemnización fijada en la sentencia en concepto de lucro cesante, ya que, al no haberse pactado en el contrato cláusula penal alguna para atender al posible desconocimiento del plazo de duración pactado en el contrato, debe ser la entidad demandante la que justifique debidamente los perjuicios sufridos por la misma. Resulta preciso insistir en que para conceder cualquier tipo de indemnización es necesario presentar una prueba sobre el real perjuicio sufrido y su relación de causalidad con el incumplimiento, es decir, que sean derivados del mismo, sin que se pueda presumirse algún tipo de daño por el simple hecho del incumplimiento, debiéndose rechazar los meras hipótesis o probabilidades (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de septiembre de 2011).

En estas condiciones, dejando al margen incluso la existencia de la cláusula penal, es muy difícil admitir el éxito de la demanda, pues como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2001, es doctrina constante de este tribunal «que la acción para reclamar los daños y perjuicios que trata el artículo 1101 del Código Civil viene integrada por dos elementos igualmente indispensables: el primero, la existencia del incumplimiento de una obligación, en este caso admitido por la Sala de instancia, y el segundo, la demostración de la realidad de aquellos perjuicios», por lo que «no basta con expresar que procede la indemnización de daños y perjuicios, sin previamente acreditar su realidad, que se constate la realidad damnificante», y que se proceda a su cuantificación, siendo más estricta la posición de la jurisprudencia cuando se trata del lucro cesante, pues «solo cabe reconocer los beneficios ciertos, concretos y acreditados, quedando excluidas las ganancias hipotéticas o imaginarias, meramente posibles, dudosas o contingentes». En este sentido se manifiestan, entre otras, las sentencias de 27 de junio, 26 de septiembre y 31 de octubre de 2007, 5 de junio y 21 de octubre de 2008, 5 de mayo y 16 de diciembre de 2009, 30 de abril de 2010 y 18 de junio de 2010. Todo lo razonado debe llevarnos a pensar que la demanda debería ser rechazada.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1.100, 1.101 y 1106.
- SSTs de 27 de septiembre de 2001, 7 de julio de 2005, 5 de junio de 2008 y 15 de junio de 2010.

Contrato de suministros y de arrendamientos municipal y procedimiento sancionador

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.-

Extracto

Gira este supuesto sobre cuestiones de distinta naturaleza jurídica, surgidas en distintos ámbitos del funcionamiento normal de un ayuntamiento. Así, en primer lugar, respecto a un contrato de suministros se plantea el ajuste a derecho del procedimiento utilizado y de la división en lotes del objeto del contrato. En segundo lugar, en relación con un contrato de arrendamiento realizado por un empleado municipal sobre un local del ayuntamiento. A continuación, la legalidad de una notificación en un procedimiento sancionador. Finalmente, el ajuste a derecho de diversos preceptos del nuevo reglamento orgánico municipal aprobado.

Palabras clave: Administración local; contrato administrativo de suministro; contrato privado de arrendamiento; sanciones administrativas; reglamento orgánico municipal.

Fecha de entrada: 20-12-2021 / Fecha de aceptación: 20-01-2021

Enunciado

Primero

El alcalde de un ayuntamiento (de régimen común), cuyos presupuesto cuenta con recursos ordinarios de 1.000.000 de euros, considerando que varios de los coches integrantes de la flota de vehículos oficiales al servicio de dicho ayuntamiento cuentan con más de 20 años de antigüedad y no se encuentran en condiciones para cumplir con eficacia sus funciones, estima oportuno que el ayuntamiento venda aquellos con el fin de adquirir otros tantos vehículos nuevos que sustituyan a aquellos en el desempeño de idénticas funciones. Los mismos fueron enajenados a don XXX por importe total de 20.000 euros. Igualmente, se decide la adquisición de otros cinco nuevos vehículos que sustituyan a aquellos por un valor total (valor estimado) de 222.000 euros (IVA incluido) por la junta de contratación constituida en la corporación.

Se utilizó para la adjudicación el procedimiento abierto simplificado. Esto originó, por parte de una empresa vendedora de vehículos, que podía servir a las necesidades de la corporación, el planteamiento del recurso especial en materia de contratación contra esa cláusula de los pliegos, presentado ante el órgano de contratación, que fue estimado, por lo que la corporación acaba señalando el procedimiento abierto para la adjudicación de este contrato.

Al nuevo procedimiento presenta la documentación una empresa, SL, que no estaba inscrita el Registro de Empresas Clasificadas. Por ello, fue excluida del procedimiento. Se le notificó la exclusión el día 22 de julio y contra la misma interpuso recurso contencioso-administrativo el día 3 de octubre. El mismo no fue admitido por extemporáneo.

Es de hacer constar que el órgano de contratación dividió en cinco lotes el objeto del contrato, y que hizo constar en el anuncio de licitación que fijaba un porcentaje de reserva de un lote para la adjudicación a empresas de inserción, regulada por su legislación específica, en el marco de programas de empleo protegido. Una empresa, SA, fabricante y vendedora de vehículos, presentó recurso señalando el desajuste a derecho de aquellas decisiones.

Segundo

El alcalde-presidente solicita al secretario-interventor informe jurídico sobre cómo valorar y sus consecuencias respecto de un empleado público municipal que, en su opinión, ha perjudicado los intereses del ayuntamiento, al haber firmado con la empresa Brunete, SL, conce-

sionaria del servicio de recogida de basura domiciliaria de la localidad, en cuya adjudicación intervino como componente de la mesa de contratación, un contrato de arrendamiento de local donde se guardaba el camión que se utilizaba para prestar dicho servicio, celebrado con posterioridad a la adjudicación del contrato, al negarse el empleado municipal a rescindir dicho contrato de arrendamiento, cuando, en el presente año, el ayuntamiento, para abaratar el servicio, habilitó un local municipal que sirviera para guardar el mencionado camión.

Tercero

Un conductor ha sido denunciado por estacionamiento indebido en una calle de la localidad. La notificación de la denuncia no se pudo realizar en el acto por ausencia del conductor.

Posteriormente, el interesado presenta alegaciones preguntando el alcalde al secretario-interventor si se puede entender por realizada y notificada la denuncia.

Cuarto

El alcalde-presidente del ayuntamiento solicita la emisión de un informe jurídico al secretario-interventor sobre ciertas dudas suscitadas en relación con la propuesta de aprobación del Reglamento orgánico para el funcionamiento del pleno de la corporación por parte de la junta de gobierno. En concreto, la primera autoridad municipal desea conocer el ajuste a derecho de los artículos 8 y 14 del citado proyecto de reglamento, referidos, que señalan, en concreto:

- Atribuye al pleno la decisión sobre la alteración de los temas a tratar.
- La consideración de cada punto incluido en el orden del día podrá comenzar, si el pleno así lo acuerda, con la lectura, íntegra o en extracto, por el secretario, del dictamen formulado por la comisión informativa correspondiente, o, si se trata de un asunto urgente, no dictaminado por la misma, de la proposición que se somete al pleno. A solicitud de cualquier grupo deberá darse lectura íntegra a aquellas partes del expediente o del informe o dictamen de la comisión que se considere conveniente para mejor comprensión.
- Cualquier concejal pueda hacer uso de la palabra durante el tiempo necesario y tantas veces como estime oportunas.
- Se atribuye al pleno la facultad de cerrar los debates.
- Se exige que la contestación a las preguntas formuladas al equipo de gobierno en la sesión anterior se haga siempre de forma oral.
- La obligación que tiene el equipo de gobierno municipal de contestar todas las preguntas que se hubieran presentado por escrito con anterioridad a la convo-

catoria del pleno, dejando en manos del interpelante la potestad de decidir si la respuesta debe ser oral o escrita. No se fija plazo para la presentación de la pregunta con anterioridad a la convocatoria del pleno.

- Limita la presentación de nuevas preguntas hasta que las anteriores, sean orales o escritas, hayan sido contestadas en el pleno que por turno les corresponda.

Finalmente, la ordenanza es aprobada con el contenido indicado en sesión plenaria extraordinaria celebrada el día 1 de febrero. Contra la misma presentan, el día 3 de abril, recurso los concejales integrantes del grupo municipal opositor que votaron en contra de la misma.

Por su parte, la comunidad autónoma recibió copia del acuerdo con fecha 12 de febrero. El día 3 de marzo requiere al ayuntamiento para que anule los preceptos. Ante la no contestación de aquel acude a la vía contencioso-administrativa, en fecha de 18 de abril, solicitando la anulación de los preceptos de la misma citados con anterioridad.

Cuestiones planteadas:

1. Comente el ajuste a derecho de la venta realizada.
2. Comente las circunstancias jurídicas de la adquisición de los nuevos vehículos.
3. Comente qué contestará al alcalde el secretario-interventor respecto a las circunstancias y consecuencias de la conducta del empleado público municipal.
4. ¿Puede entenderse por notificada la denuncia con la alegación presentada por el interesado?
5. Respecto al Reglamento orgánico sobre el funcionamiento del pleno, informe, de forma razonada, sobre el ajuste a derecho o no de parte de su articulado.
6. ¿Cómo deberán ser resueltos los recursos contenciosos-administrativos interpuestos contra el reglamento orgánico aprobado?

Solución

1. Comente el ajuste a derecho de la venta realizada

a) Naturaleza del bien

Los bienes de los que es titular la Administración (demaniales y patrimoniales) se caracterizan por ponerse al servicio de los intereses generales. Pero mientras que los bienes demaniales responden al uso general o al servicio público, los bienes patrimoniales están

destinados a la obtención de ingresos derivados de su explotación. Si se entiende que los vehículos integran el patrimonio de las Administraciones públicas y que no tienen una finalidad de explotación económica, estaríamos ante unos bienes de dominio público o demaniales. Asimismo, el ayuntamiento, como entidad local, está sujeto al RBEL, aprobado por Real Decreto 1372/1986, donde se recoge en detalle en el artículo 4 varios supuestos de bienes de servicio público, entre los que se encuentran en concreto «los elementos de transporte», que encaja con la condición de estos bienes. Por lo tanto, la calificación jurídica de los vehículos sería de bienes de demaniales afectos al servicio público.

b) Procedimiento de enajenación

La afectación determina la vinculación de los bienes y derechos al uso general o a un servicio público, y su consiguiente integración en el dominio público. Para proceder a la enajenación de los bienes afectos al servicio público es necesario que se produzca el mecanismo de la desafectación (art. 69 LPAP). Esto es, perder su condición de demaniales para convertirse en patrimoniales.

c) Consecuencias del procedimiento seguido

En caso de que no se produzca la desafectación, los vehículos seguirían siendo bienes demaniales y no podrían ser objeto de enajenación, pues es una *conditio sine qua non* tener esa calificación jurídica. Si se llevara a cabo la venta, el artículo 192 de la LPAP, que recoge las infracciones, dice que son infracciones graves «la realización de obras, trabajos u otras actuaciones no autorizadas en bienes de dominio público, cuando produzcan alteraciones irreversibles en ellos», con su correspondiente sanción recogida en el artículo 193.1. de la LPAP.

d) ¿La enajenación de los coches debe llevarse a cabo a través de algún procedimiento especial?

Una vez adquirida la condición de bienes patrimoniales se podría proceder a la enajenación de los mismos. Según el artículo 112.1 de la RBEL «las enajenaciones de bienes patrimoniales se regirán en cuanto su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locales». Hoy está derogado y se regirá por la legislación patrimonial, que prevé la subasta pública, aunque podría aplicarse, con carácter supletorio, la Ley 33/2003, LPAP.

No será necesaria la subasta en los casos de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40 % del que lo tenga mayor.

Supletoriamente, si aplicamos el artículo 143 de la LPAP (no es de carácter básico) que señala:

1. La enajenación tendrá lugar mediante subasta pública por bienes individualizados o por lotes. No obstante, cuando el ministerio u organismo considere de forma razonada que se trata de bienes obsoletos, perecederos o deteriorados por el uso o concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 137.4 de esta ley, la enajenación podrá efectuarse de forma directa.

2. Se considerarán obsoletos o deteriorados por el uso, a efectos del número anterior, aquellos bienes cuyo valor en el momento de su tasación para venta sea inferior al 25 por ciento del de adquisición.

2. Comente las circunstancias jurídicas de la adquisición de los nuevos vehículos

a) Naturaleza del contrato

Se trata de un contrato de suministros definido en el artículo 16.1 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, como aquel que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles. No está sujeto a regulación armonizada, pues según el artículo 21.1 de la LCSP, están sujetos a regulación armonizada los contratos de suministro cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades: «b) 221.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro distintos, por razón del sujeto contratante o por razón de su objeto, de los contemplados en la letra anterior» (esta se refiere a contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, en cuyo caso la cuantía es de 144.000 euros).

Según el artículo 101.1 a), referido al valor estimado de los contratos, en el caso de los contratos de obras, suministros y servicios, el órgano de contratación tomará el importe total, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido, pagadero según sus estimaciones. De manera que, excluido el IVA, no se llegaba a la cuantía de los 221.000 euros mínimos exigidos, pues el valor estimado de ese contrato, descontado el IVA, por importe del 21 %, sería de 173.380 euros.

b) Actuación de la junta de contratación

Según la disposición adicional segunda de la LCSP, regla 5, en las entidades locales será potestativa la constitución de juntas de contratación, que actuarán como órganos de contratación en los contratos de obras que tengan por objeto trabajos de reparación simple, de conservación y de mantenimiento, en los contratos de suministro que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso, y en los contratos de servicios cuando su valor estimado no supere el 10 % de los recursos ordinarios de la entidad, o cuando superen este importe las acciones que estén previstas en el presupuesto del ejercicio a que corresponda y se realicen de acuerdo con lo dispuesto en las bases de eje-

cución de este. En este caso, los recursos ordinarios del presupuesto son de 1.000.000 de euros, y el valor estimado del contrato es de 222.000 euros (IVA incluido). El IVA del 21 % es de 46.620 euros. Luego 222.000 euros menos 46.620 euros son 173.380 euros, y el 10 % de 1.000.000 de euros son 100.000 euros. De manera que excedía del 10 % de los recursos ordinarios.

En conclusión, la junta de contratación no era competente para celebrar el contrato. Era competente, según la citada disposición adicional segunda, regla 1, el pleno de la entidad, al superar el valor estimado el 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto. Por ello, en principio, el acto es nulo de pleno derecho por incompetencia material, según el artículo 47.1 b) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (LPAC).

c) Utilización del procedimiento abierto simplificado

No es ajustado a derecho, pues el artículo 159.1 a) de la LCSP. Los órganos de contratación podrán acordar la utilización de un procedimiento abierto simplificado en los contratos de obras, suministro y servicios cuando se cumplan las dos condiciones siguientes: b) que su valor estimado sea igual o inferior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras, y en el caso de contratos de suministro y de servicios, que su valor estimado sea igual o inferior a 100.000 euros. De manera que es otro vicio de nulidad, al amparo del artículo 47.1 e) de la LPAC, por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

d) Recurso especial en materia de contratación

El artículo 44.1 a) de la LCSP admite este contrato en el caso de contratos de suministro cuando el valor estimado sea superior a 100.000 euros. Por otra parte, el artículo 44.2 a) admite este recurso contra los pliegos.

Respecto al fondo del asunto se le dio la razón porque, como examinamos en la pregunta anterior, el valor estimado del contrato era superior a 100.000 euros.

d) Empresa no clasificada que es excluida

En el procedimiento abierto simplificado es cierto que el artículo 159.4 a) exige que: a) todos los licitadores que se presenten a licitaciones realizadas a través de este procedimiento simplificado deberán estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, o cuando proceda de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 96 en el registro oficial de la correspondiente comunidad autónoma, en la fecha final de presentación de ofertas, siempre que no se vea limitada la concurrencia. Pero al haberse anulado esa cláusula del pliego y convocarse el procedimiento abierto para la adjudicación, el artículo 77.1 c) de la LCSP no exige la clasificación para el contrato de suministro.

Por ello, al amparo del citado artículo 44, pudo interponer potestativamente el recurso especial en materia de contratación o, directamente, el recuso contencioso-administrativo ante el juzgado de lo contencioso-administrativo.

e) Empresa, SL, que no estaba inscrita el Registro de Empresas Clasificadas. Por ello, fue excluida del procedimiento. Se le notificó la exclusión el día 22 de julio y contra la misma interpuso recurso contencioso-administrativo el día 3 de octubre

El recurso no es extemporáneo pues, según el artículo 46 de la LJCA, disponía de un plazo de 2 meses para la interposición del recurso, ahora bien, según el artículo 128 del mismo texto legal, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, el mes de agosto es inhábil. Luego el recurso debió ser admitido.

f) División en lotes y reserva

División en lotes

El artículo 99 señala que no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. En este caso, no se tuvo esa finalidad fraudulenta, pues la cuantía de cada lote ascendía, aproximadamente, a 44.000 euros, y se utilizó el procedimiento abierto, por lo que no se eludía nada de lo anterior. Además, el apartado 6 del artículo señala que cuando se proceda a la división en lotes, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, calculado según lo establecido en el artículo 101, salvo que se dé alguna de las excepciones a que se refieren los artículos 20.2, 21.2 y 22.2.

Por otra parte, en el apartado 3 del citado artículo se indica que siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta. En este caso, al tratarse de cinco vehículos era perfectamente posible esa división en lotes respecto al objeto del contrato

Finalmente, se indica que, no obstante lo anterior (la posibilidad de dividir en lotes), el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras. Es decir, con la nueva legislación, la regla general es que si el objeto del contrato lo permite, el objeto se divida en lotes para facilitar una mayor participación, especialmente de las pymes.

También señalar que cuando el órgano de contratación proceda a la división en lotes del objeto del contrato, este podrá introducir las siguientes limitaciones, justificándolas debidamente en el expediente:

- a) Podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.
- b) También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.

Reserva

La disposición adicional cuarta relativa a contratos reservados señala:

1. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

En el referido Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior.

El Acuerdo de Consejo de Ministros a que se refiere este apartado deberá adoptarse en el plazo máximo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Si transcurrido este plazo el Acuerdo de Consejo de Ministros no se hubiera adoptado, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva, en los términos indicados en el primer párrafo de este apartado.

2. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición.

3. En los procedimientos de contratación en los que se aplique la reserva que establece esta disposición adicional no procederá la exigencia de la garantía definitiva a que se refiere el artículo 107 de esta Ley, salvo en los casos en los que el

órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente en el expediente.

Luego la reserva era ajustada a derecho.

3. Comente qué contestará al alcalde el secretario-interventor, respecto a las circunstancias y consecuencias de la conducta del empleado público municipal

Debemos señalar, en primer lugar, que su intervención, como componente de la mesa de contratación que propuso la adjudicación a la empresa, no supone la comisión de ninguna irregularidad, ni existía, entonces, causa de abstención o recusación por este motivo, puesto que el contrato de arrendamiento se firmó con posterioridad a la adjudicación del contrato.

Lo segundo que habría que plantearse es si la actuación del empleado municipal, al firmar con la empresa un contrato de arrendamiento de local donde se guardaba el camión que se utilizaba para prestar el servicio de recogida de basura domiciliaria del municipio y su posterior negativa a rescindirlo, está incurso en alguna de las causas de incompatibilidad del personal al servicio de las Administraciones públicas o es constitutiva de alguna otra falta administrativa tipificada legalmente que, previa tramitación del correspondiente expediente sancionador, conlleve la oportuna sanción administrativa.

El artículo 19 de la Ley 53/1984 de incompatibilidades señala que quedan exceptuadas del régimen de incompatibilidades de la presente ley las actividades siguientes: a) Las derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la presente ley. El supuesto concreto que analizamos no se encuentra recogido en dicho artículo.

Por su parte, el artículo 14 señala que el ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales fuera de las Administraciones públicas requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad.

Por lo que, en conclusión, respecto al posible supuesto de incompatibilidad no existe en el presente caso (la única posible si se acreditara sería la de la letra a) del artículo 12 consistente en el desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público).

Queda descartada esta vía hay que analiza la posible existencia de responsabilidad disciplinaria del funcionario público.

Respecto a la posible comisión de falta muy grave del artículo 95.2 del EBEP, la conducta analizada no encaja en ninguna de las contempladas en el citado texto legal.

El artículo 92 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local señala que los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en esta Ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las comunidades autónomas, en los términos del artículo 149.1.18.^a de la Constitución.

En defecto de legislación autonómica debemos acudir al Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado.

El artículo 1 g) del mismo considera falta grave (es la única de su enumeración donde podría discutirse su existencia hipotética): g) Intervenir en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas; pero esto ha quedado descartado porque la relación contractual entre la empresa y el funcionario se produjo posteriormente.

El artículo 8 del reglamento que enumera las faltas leves no tipifica ninguna donde pudiera tener encaje dicha conducta.

Respecto a la posible aplicación del título III (normas de buen gobierno) de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, al ser funcionario y no miembro de la junta de gobierno, tampoco le es aplicable.

La Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado tampoco lo incluye en su ámbito de aplicación que se determina en el artículo 1.

El artículo 53 del EBEP referido a los principios éticos señala varios que podrían aplicarse:

- Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio.
- Ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos.
- Se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público.
- Actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilarán la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización.

Pero, con base en el principio de legalidad y tipicidad (art. 25 CE), lo que no se recoja como infracción punible –penal o administrativa– no puede dar lugar a incoación de procedimiento de esa naturaleza.

Otra cosa es el aspecto ético o moral que aconsejarían favorecer al ayuntamiento, rescindiendo su contrato de arrendamiento, para facilitar el abaratamiento del servicio de recogida de basuras.

La cuestión del contrato celebrado y la posibilidad de su modificación, para lograr lo antes dicho, es otra cuestión que exigiría su estudio pormenorizado, para ver si era posible o no, atendiendo a las cláusulas y contenido del contrato celebrado (ignoramos si es concesión de servicios porque hubo traspaso del riesgo operacional) o de servicios (si no lo hubo).

4. ¿Puede entenderse por notificada la denuncia con la alegación presentada por el interesado?

El procedimiento administrativo sancionador en materia de tráfico se contiene en los artículos 83 y siguientes del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, que regula en los artículos 89 a 92 el trámite de notificación de la denuncia al denunciado.

Una vez efectuada la notificación de la denuncia, la actuación del denunciado puede dar lugar a tramitar un procedimiento sancionador abreviado u ordinario. Será abreviado cuando el denunciado realiza el pago de la multa, ya sea en el acto de entrega de la denuncia o dentro del plazo de 20 días naturales contados desde el día siguiente al de su notificación. Si es así, entre otros efectos se producirán: la reducción del 50 % del importe de la sanción y la renuncia a formular alegaciones, y en el caso de que se formulen, se tendrán por no presentadas; asimismo se producirá la terminación del procedimiento, sin necesidad de dictar resolución expresa; el agotamiento de la vía administrativa y se abre el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo el día siguiente a aquel en que tenga lugar el pago.

Sobre la notificación de la denuncia, el artículo 89 dispone que las denuncias se notificarán en el acto al denunciado, pudiéndose efectuar en un momento posterior siempre que se dé alguna de las circunstancias del apartado segundo: «b) Que la denuncia se formule estando el vehículo estacionado, cuando el conductor no esté presente».

Al caso planteado, en aplicación del artículo 90 que regula la práctica de las notificaciones cuando no se entreguen en el acto, debiéndose realizar en la dirección electrónica vial (DEV); en el caso de que el denunciante no la tuviese, la notificación se realizará en el

domicilio que expresamente hubiere indicado para el procedimiento y, en su defecto, en el domicilio que figure en los registros del organismo autónomo, Jefatura Central de Tráfico.

En nuestro caso, se ha producido la situación de la presentación de alegaciones por el interesado sin haber recibido la denuncia, pero teniendo conocimiento de la misma –suponemos que por el hecho de tener a la vista el boletín de la misma en el propio vehículo–.

En el artículo 87.3, respecto de las denuncias notificadas en el acto al denunciado, se establece que deberá indicarse que dicha denuncia inicia el procedimiento sancionador y que dispone de un plazo de 20 días naturales para efectuar el pago, con la reducción y las consecuencias establecidas en el artículo 94, o para realizar alegaciones y proponer las pruebas que estime pertinentes. Pero para los supuestos en que en la denuncia no se notifique el acto al denunciado, el artículo 90 no indica cuál ha de ser su contenido añadido al mínimo establecido en el artículo 87.2:

- a) La identificación del vehículo con el que se haya cometido la presunta infracción, b) la identidad del denunciado, si se conoce, c) una descripción sucinta del hecho, con expresión del lugar o tramo, fecha y hora, y d) el nombre, apellidos y domicilio del denunciante o, si es un agente de la autoridad, un número de identificación profesional.

Pero tampoco se contiene, en la norma que analizamos, una disposición que permita entender que el interesado se dará por notificado y realiza actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la denuncia; cómo puede presentar unas alegaciones ante el boletín de denuncia que el agente haya dejado en el propio vehículo. Sí está prevista esa circunstancia en el artículo 40.3 de la LPAC, pero se refiere a un supuesto muy particular: notificación practicada conteniendo el texto íntegro del acto pero omitiendo alguno de los demás requisitos exigibles: indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponer, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente. Es decir, para aplicar dicho precepto debe contar practicada la notificación con el contenido íntegro del acto, pero omitiendo cualquiera de los otros contenidos exigidos.

Por tanto, si el interesado no ha recibido la notificación, sin perjuicio de que pueda tener conocimiento de la instrucción de un procedimiento sancionador en esta materia por otros medios, la presentación de alegaciones no puede implicar el darse por notificado de la resolución de incoación del mismo, sino que es necesario, por seguridad jurídica, que dicha incubación sea oportunamente notificada, concediendo el preceptivo trámite de audiencia información de la posibilidad de realizar el pago voluntario en el plazo de 20 días con reducción de la sanción de multa.

5. Respecto al Reglamento orgánico sobre el funcionamiento del Pleno informe, de forma razonada, sobre el ajuste a derecho o no de parte de su articulado

a) Órgano competente

No lo es la junta de gobierno en los municipios de régimen ordinario, sino que es competencia del pleno y, además, requiere de mayoría absoluta según el artículo 47 f) de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL), por lo que no es posible la delegación en la junta de gobierno.

b) Naturaleza y contenido de los reglamentos municipales

Antes de responder a las concretas cuestiones planteadas es oportuno recordar lo que sobre la naturaleza jurídica de los reglamentos municipales ha dicho el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 24 de febrero de 1999, el cual, apoyándose en el artículo 20 de la LRBRL, ha atribuido a dichos reglamentos una «vocación normativa y permanentemente reguladora», llegando a la conclusión de que tienen un auténtico carácter normativo y de que los términos «ordenanza »y «reglamento »se suelen utilizar indistintamente hasta el punto de poder asimilar el «régimen de aprobación, modificación y derogación de los reglamentos al de las ordenanzas». Para finalizar señalando que el procedimiento de aprobación y publicación oficial de los distintos reglamentos municipales es el mismo que el previsto para las ordenanzas.

Por su parte, la doctrina ha venido entendiendo por reglamento aquella norma jurídica de carácter general dictada por una Administración, con rango inferior a la ley, y con la finalidad de ejecutar, desarrollar o complementar a otras normas legales, o para regular aquellas actividades que, aun careciendo de norma legal que las contemple, merecen atención jurídica.

En el presente caso, lo que pretende el ayuntamiento es que le digamos si la propuesta de Reglamento orgánico de funcionamiento del pleno, formulada por un determinado grupo político municipal y, más concretamente, el contenido de sus artículos 8 y14, resultan ajustados a derecho.

Pues bien, a este respecto, cabe empezar señalando que si bien cualquier reglamento municipal está sometido al principio de jerarquía normativa, lo que impide que pueda llegar a establecer una regulación contradictoria con la establecida en las leyes, tratándose de la regulación de los debates y preguntas a formular en el pleno, las determinaciones recogidas en el correspondiente reglamento orgánico primarán sobre el contenido de lo dispuesto en el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF), aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre; especialmente, si el régimen propuesto de funcionamiento del pleno mejora y amplía el derecho de los miembros de la corporación a intervenir y participar en los debates que se susciten.

Y todo ello, con base en el reconocimiento efectuado por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 21 de diciembre 1989, de una cierta autonomía organizativa en el ámbito municipal. Autonomía municipal que ha sido positivizada a través del artículo 20.3 de la LRBRL, según el cual «los propios municipios, en los reglamentos orgánicos, podrán establecer y regular otros órganos complementarios, de conformidad con lo previsto en este artículo y en las leyes de las comunidades autónomas a las que se refiere el número anterior».

Es decir, de acuerdo con el citado precepto legal, se reconoce a los municipios una potestad de autoorganización adicional, entre cuyas facultades, además del establecimiento y regulación de la organización complementaria que tengan por conveniente, se encontraría comprendida también la facultad de establecer el régimen interno de funcionamiento de sus órganos. En definitiva, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1998,

el legislador estatal ha optado, en concreto, por establecer un modelo organizativo común y uniforme para todas las entidades municipales y provinciales a partir del cual, y con pleno respeto al mismo, las propias Entidades locales pueden dotarse de una organización complementaria en virtud de lo dispuesto en los correspondientes Reglamentos orgánicos. Quiere esto decir que es una competencia que la Ley atribuye a las Entidades locales, al margen de la específica jerarquía normativa. Pero la autonomía de las entidades Locales que comporta un poder de autoorganización y de ejercicio de las potestades administrativas según opciones políticas propias (Sentencias del TS 24 y 26 de septiembre de 1997) no puede ignorar, como recuerda una Sentencia de esta propia Sala de 12 de noviembre de 1997, la primacía de las leyes estatales sobre los reglamentos aprobados por los Entes locales (Sentencias del TS de 20 de mayo y 15 de junio de 1992 y 30 de abril de 1993, entre otras muchas).

Por consiguiente, un reglamento orgánico que no limite los derechos políticos de los miembros de la corporación o de los distintos grupos políticos municipales que la normativa estatal o autonómica prevean, sino que, por el contrario, amplíe o mejore el ejercicio de tales derechos es, en principio, un reglamento válido a efectos legales y prevalecerá sobre cualquier otra regulación reglamentaria que sobre el mismo objeto pudieran establecer el Estado o las comunidades autónomas.

c) Legalidad de preceptos del reglamento

Atribuye al pleno la decisión sobre la alteración de los temas a tratar

Entra dentro de las potestades de autoorganización aunque el artículo 93.1 se lo atribuye al alcalde. Es un tema de escasa trascendencia, que no perjudica ni causa indefensión a nadie. Es más, es un reforzamiento del pluralismo y de la participación de todos los concejales. No deja de ser una mera cuestión formal.

La consideración de cada punto incluido en el orden del día podrá comenzará, si el pleno así lo acuerda con la lectura, íntegra o en extracto, por el secretario, del dictamen formulado por la comisión informativa correspondiente o, si se trata de un asunto urgente, no dictaminado por la misma, de la proposición que se somete al pleno. A solicitud de cualquier grupo deberá darse lectura íntegra a aquellas partes del expediente o del informe o dictamen de la comisión que se considere conveniente para mejor comprensión

Modificar el derecho de cualquiera de los grupos políticos municipales a solicitar la lectura de aquellas partes del expediente que se considere oportuno, convirtiéndolo en una facultad en lugar de un deber, como exige el artículo 93, párrafo primero, del ROF, y atribuir, al mismo tiempo, dicha decisión a la voluntad del pleno, es contrario al ordenamiento jurídico, pues el artículo 93.1 del ROF establece la obligatoriedad de iniciar la consideración de cada punto incluido en el orden del día con la lectura por el secretario del informe de la comisión informativa. Por tanto, es restrictivo del derecho de los concejales y afecta a su derecho de participación en asuntos públicos.

Otorgar un tiempo ilimitado a las intervenciones en el pleno de los distintos miembros de la corporación

No parece una medida prudente ni adecuada, por cuanto a su amparo cualquier concejal o portavoz de grupo político municipal podría hacer uso de su derecho a intervenir durante horas y horas sin que nada ni nadie pudiera retirarle la palabra, ya que estaría ejercitando un derecho sin límites reconocido previamente en el propio reglamento de funcionamiento del pleno. Precisamente, eso es lo que ha ocurrido recientemente en una de las cámaras de representación de Estados Unidos, cuyo fenómeno ha sido calificado por los medios de comunicación de nuestro país como «filibusterismo». Por tanto, creemos que las intervenciones en el pleno deben tener algún tipo de limitación temporal, con el fin de que las sesiones no se alarguen indefinidamente, dejando al mismo tiempo en manos del presidente la facultad habitual para ampliar el tiempo de los turnos de palabra en aquellos asuntos que por su importancia así lo requieran.

Atribuir al pleno la decisión de cerrar los debates

Además de entrar en contradicción con lo propuesto anteriormente sobre el tiempo ilimitado de las intervenciones iniciales, choca también con las facultades atribuidas al presidente, en el punto 1 de los artículos 91, 92 y 93, para dirigir los debates y mantener el orden.

Se exige que la contestación a las preguntas formuladas al equipo de gobierno en la sesión anterior se haga siempre de forma oral

La función de control y fiscalización de los distintos órganos de gobierno que integran la organización municipal está atribuida al pleno, que cuenta para el ejercicio de dicha fun-

ción con las técnicas o medios enunciados en el artículo 104 del ROF, cuyo contenido no tiene carácter exhaustivo, de forma que a través del correspondiente reglamento orgánico pueden instrumentarse otros.

Entre esos otros mecanismos podemos mencionar los acogidos bajo la rúbrica de «ruegos y preguntas», cuya definición y régimen jurídico básico se encuentra recogido, respectivamente, en los apartados 6 y 7 del artículo 97 del ROF, de forma que las cuestiones planteadas a su amparo deben responder claramente a la finalidad y sentido de su enunciado. El epígrafe «ruegos y preguntas», según lo dispuesto en el artículo 82.4 del ROF, deberá aparecer siempre entre los puntos del orden del día de las sesiones ordinarias, siendo facultativa su inclusión en el orden del día de las sesiones extraordinarias.

Sobre la exigencia de que la contestación a las preguntas formuladas al equipo de gobierno en la sesión anterior se haga siempre de forma oral no se entiende muy bien qué se pretende con ello, ya que, además de la mayor garantía y seguridad de la respuesta escrita frente a la contestación oral, limitar de ese modo la forma de proporcionar la información no nos parece adecuado.

La obligación que tiene el equipo de gobierno municipal de contestar todas las preguntas que se hubieran presentado por escrito con anterioridad a la convocatoria del pleno, dejando en manos del interpelante la potestad de decidir si la respuesta debe ser oral o escrita. No se fija plazo para la presentación de la pregunta con anterioridad a la convocatoria del pleno

Tampoco nos parece adecuada por las mismas razones expresadas en el párrafo anterior.

Además, de no fijarse plazo alguno para la presentación de la pregunta con anterioridad a la convocatoria del pleno, circunstancia que puede provocar cierta frustración en el interpelante ante la excusa del equipo de gobierno de que no ha tenido tiempo material para preparar su respuesta, tampoco queda claro en cuál de los plenos deberá contestarse la pregunta, si en el de la propia convocatoria o en otro posterior que se celebre.

Limita la presentación de nuevas preguntas hasta que las anteriores, sean orales o escritas, hayan sido contestadas en el pleno que por turno les corresponda

Es una medida inadecuada y restrictiva de la función de control y fiscalización de los órganos de gobierno que corresponde ejercitar a la oposición, pues del modo en que aparece redactado el indicado precepto, bastaría con que el equipo de gobierno retrasara sus respuestas, justificada o injustificadamente, para que se viera cercenado el derecho de la oposición a formular cuantas preguntas tenga por conveniente y en el momento en que lo considere oportuno.

6. Cómo deberán ser resueltos los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra al reglamento orgánico aprobado

El artículo 56 de la LRBRL señala que las entidades locales tienen el deber de remitir a las Administraciones del Estado y de las comunidades autónomas, en los plazos y formas que reglamentariamente se determinen, copia o, en su caso, extracto comprensivo de los actos y acuerdos de las mismas. Los presidentes, y de forma inmediata los secretarios de las corporaciones, serán responsables del cumplimiento de este deber.

Con arreglo al artículo 63 de la Ley 7/1985, tanto los concejales que votaron en contra como la comunidad autónoma tenían legitimación para recurrir.

Con respecto al recurso de la comunidad autónoma, el artículo 65 de la LRBRL establece que:

1. Cuando la Administración del Estado o de las comunidades autónomas considere, en el ámbito de las respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna entidad local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirla, invocando expresamente el presente artículo, para que anule dicho acto en el plazo máximo de un mes.
2. El requerimiento deberá ser motivado y expresar la normativa que se estime vulnerada. Se formulará en el plazo de 15 días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo.

Pero, en nuestro caso, la comunidad autónoma hizo el requerimiento fuera de ese plazo de los 15 días, de manera que no paralizaba el plazo de dos meses para acudir a la vía contencioso-administrativa –art. 46 Ley 29/1998, LJCA–, por lo que cuando interpone este recurso estaba ya fuera de plazo (recibe copia del acuerdo el 12 de febrero y acude a la vía jurisdiccional el día 18 de marzo). Por tanto, el recurso debe ser inadmitido por extemporáneo, bien por auto (art. 51 LJCA, caducidad), bien por sentencia (art. 69 LJCA).

Respecto al recurso interpuesto por los concejales que votaron en contra del acuerdo, también deberá ser no admitido por extemporáneo, pues el plazo, para ellos, comenzaba a contar desde la celebración del pleno extraordinario donde se adoptó el acuerdo de aprobación de la ordenanza (día 1 de febrero), y el recurso lo plantean el día 3 de abril.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 53/1984 (Ley de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración Pública), arts. 12, 14 y 19.
- Ley 7/1985 (Ley reguladora de las bases del régimen local), arts. 20, 47, 56, 63, 65 y 92.

- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 46, 51, 69 y 128.
- Ley 33/2003 (LPAP), arts. 69, 143, 192 y 193.
- Ley 5/2015 (Estatuto Básico de la Función Pública), arts. 53 y 95.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 40.3 y 47.1.
- Ley 9/2017 (Ley de Contratos del Sector Público), arts. 16.1, 21.1, 44, 77, 99, 101 y 159.
- Real Decreto Legislativo 6/2015 (TR de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial), arts. 83, 87, 89, 90, 92 y 94.
- Real Decreto 33/1986 (Régimen disciplinario de los funcionarios públicos), arts. 1 y 8.
- Real Decreto 1372/1986 (Reglamento de bienes de las entidades locales), art. 112.1.
- Real Decreto 2568/1986 (Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales), arts. 82.4, 93, 97 y 104.

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1699-129X (en versión impresa) e ISSN-e 2531-2146 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revista@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
- Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.



Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

Sobre el #MétodoCEF.-

1. Telepresencial y online

Elige entre seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

INICIO
Preparación
en febrero
de 2021



Preparamos oposiciones a

Administración General

Administración Local

Banco de España

Comunidades Autónomas

Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social

Ministerio de Hacienda

Ministerio de Justicia

Ministerio del Interior

Unión Europea

Tu currículum no dice que

DESPUÉS DEL TRABAJO SEGUÍAS TRABAJANDO EN TU FUTURO.

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA