

### Sostenibilidad corporativa: ¿un nuevo paradigma en el gobierno de las sociedades mercantiles?

Ana María Vaduva

### La peregrinación jurisdiccional de las víctimas para interponer una reclamación contra los eventuales responsables del daño

Juan Panisello Martínez

### La figura del letrado de la Administración de Justicia y su proyección al derecho a la tutela judicial efectiva

Eduardo Sánchez Álvarez



**CEF.-**

¿Y tú? ¿Ya sabes lo que quieres?

Ahora 

**S**



**Si sabes**

**lo que quieres,**

**ha llegado el momento**

**de lograrlo.**

## **Cursos del área jurídica**

**Presencial | Telepresencial | Online**

**INICIO ABRIL Y MAYO 2024**

- **Concurso de Personas Físicas y Autónomos. Exoneración Sujeto Pasivo**
- **Due Diligence Legal y Adquisición de Empresas**
- **Experto en Mediación Civil y Mercantil**
- **Tasaciones y Valoraciones Inmobiliarias**

Consulta nuestra oferta formativa completa en [www.cef.es/cursos](http://www.cef.es/cursos)

# CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 279 | Abril 2024

## Directora editorial

M.<sup>a</sup> 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 de redacción

Enrique Arnaldo Alcubilla. Catedrático de Derecho Constitucional. URJ y magistrado del Tribunal Constitucional

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

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

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

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Lucía Casado Casado. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad Rovira i Virgili

Ana Cremades Leguina. Socia de Pérez Llorca Abogados

Silvia Díaz Sastre. Profesora titular de Derecho Administrativo, acreditada a catedrática. UAM

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

Marlen Estévez Sanz. Socia en Roca Junyent. Área procesal, litigación y arbitraje

Esther de Félix Parrondo. Socia de Cuatrecasas Abogados

Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría. Socio en Ramón y Cajal Abogados

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

Rafael Fernández Valverde. Magistrado emérito del Tribunal Supremo y consejero de Montero-Aramburu Abogados

José Damián Iranzo Cerezo. Magistrado de la Sala Contencioso-Administrativa. TSJ de Madrid

Pilar Gutiérrez Santiago. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León

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

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

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

Esther Muñiz Espada. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

José Ramón Navarro Miranda. Presidente de la Audiencia Nacional

Luis Pérez de Ayala Becerril. Socio de Derecho Público en Cuatrecasas y abogado del Estado excedente

Pedro Portellano Díez. Catedrático de Derecho Mercantil. UAM y Of Counsel en Garrigues

Antonio Ortí Vallejo. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Granada

Ángel José Sánchez Navarro. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM y letrado del Tribunal Constitucional

## Edita

Centro de Estudios Financieros

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

# CEFLegal. Revista práctica de derecho

## Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid  
Tel. 914 444 920  
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2024) (11 números) 192 € en papel / 100 € en digital

Solicitud de números sueltos (cada volumen) (en papel o en PDF)

Suscriptores 25 €

No suscriptores 30 €

## Edita

Centro de Estudios Financieros, SL  
Correo electrónico: [revistaceflegal@udima.es](mailto:revistaceflegal@udima.es)  
Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/index>  
Depósito legal: M-8500-2001  
ISSN: 2697-1631  
ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:



## Imprime

Artes Gráficas Coyve  
C/ Destreza, 7  
Polígono industrial Los Olivos  
28906 Getafe (Madrid)

## Indexación y calidad



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

Todos los derechos reservados.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización del Centro de Estudios Financieros, CEF., salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45). Transcurrido un año desde la fecha de publicación, los trabajos quedarán bajo Licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

# CEFLegal. Revista práctica de derecho

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

## Sumario

### Estudios doctrinales

#### Civil-mercantil

Sostenibilidad corporativa: ¿un nuevo paradigma en el gobierno de las sociedades mercantiles? 5-40

*Corporate sustainability: a new paradigm in corporate governance?*

Ana María Vaduva

La peregrinación jurisdiccional de las víctimas para interponer una reclamación contra los eventuales responsables del daño. Una propuesta *de lege ferenda* 41-72

*The jurisdictional pilgrimage of the victims to file a claim against those possibly responsible for the damage. A proposal de lege ferenda*

Juan Panisello Martínez

#### Constitucional-administrativo

La figura del letrado de la Administración de Justicia y su proyección al derecho a la tutela judicial efectiva. (Reflexiones críticas y propuestas de futuro a partir de un conflicto laboral) 73-108

*The court registrar figure and its projection onto the right to an effective remedy. (Critical reflections and forward-looking proposals arising from a labour dispute)*

Eduardo Sánchez Álvarez

### Comentarios de resoluciones

#### Civil-mercantil

Protección de datos personales por un posible comportamiento negligente de una notaria (Comentario a la STS de 27 de noviembre de 2023) 109-116

José Ignacio Esquivias Jaramillo

## Casos prácticos

### Civil

El segundo control de oficio de abusividad de cláusulas en ejecución Adelaida Medrano Aranguren	117-126
Revocación de donación por ingratitud. Existencia de proceso penal finalizado con sentencia condenatoria del donante Casto Páramo de Santiago	127-133

### Administrativo

Composición de un tribunal de selección de personal y licencia de actividad y patrimonio municipal del suelo Julio Galán Cáceres	134-152
---	---------

*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 <https://www.civil-mercantil.com>



# Sostenibilidad corporativa: ¿un nuevo paradigma en el gobierno de las sociedades mercantiles?

Ana María Vaduva

Asesora jurídica y experta en cumplimiento normativo (España)  
vaduvaa71@yahoo.es | <https://orcid.org/0000-0002-0957-3054>

Este trabajo ha sido **finalista** del **Premio Estudios Financieros 2023** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don José Ramón Navarro Miranda, doña Marlen Estévez Sanz, doña Esther de Félix Parrondo, don Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, doña Esther Muñiz Espada y don Pedro Portellano Díez.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

## Extracto

Cada vez son más los operadores jurídicos que, impulsados por la presión social promovida por los consumidores y usuarios, agentes sociales e incluso inversores, adoptan y adaptan sus normativas internas a las exigencias propias de la sostenibilidad. La pasividad y, ocasionalmente, indiferencia o desinterés empresarial ha provocado un impacto igual de severo en el medio ambiente (en los océanos, en la biodiversidad y en la concentración de gases de efecto invernadero) que en el medio humano (sea por ser este el receptor directo de los referidos efectos, o por la decadencia o falta de mejora de los derechos humanos en ciertos sectores económicos).

El presente estudio trata de analizar los retos implícitos de la sostenibilidad corporativa bajo los parámetros adoptados por la Unión Europea en su reciente propuesta de directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

Para situar al lector, el estudio se inicia con la necesaria delimitación del concepto de responsabilidad social y sus rasgos más característicos. El mismo proceder se seguirá con el denominado (buen) gobierno corporativo. Sentados ambos conceptos, el principal punto tratará de conjugar ambos elementos, habida cuenta de su inevitable interrelación. El resultado final del estudio no solo mostrará el estado de la cuestión desde un punto de vista jurídico-material, sino también su –aún tímido e incipiente– estado legislativo comunitario y nacional.

**Palabras clave:** sostenibilidad; buen gobierno corporativo; ESG.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado (en avance *online*): 18-03-2024

**Cómo citar:** Vaduva, A. M.<sup>a</sup> (2024). Sostenibilidad corporativa: ¿un nuevo paradigma en el gobierno de las sociedades mercantiles?. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 279, 5-40. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19027>



# Corporate sustainability: a new paradigm in corporate governance?

Ana María Vaduva

This paper has won **finalist** prize **Financial Studies 2023 Award** in the category of **Civil and Commercial Law**.

The jury members were: Mr. José Ramón Navarro Miranda, Mrs. Marlen Estévez Sanz, Mrs. Esther de Félix Parrondo, Mr. Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, Mrs. Esther Muñiz Espada and Mr. Pedro Portellano Díez.

The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity of the authors.

## Abstract

More and more legal operators, driven by social pressure from consumers and users, social agents and even investors, are adopting and adapting their internal regulations to the requirements of sustainability. The passivity and, occasionally, indifference or disinterest of business has caused an equally severe impact on the environment (on the oceans, on biodiversity and on the concentration of greenhouse gases) as on the human environment (either because the latter is the direct recipient of these effects, or because of the decline or lack of improvement of human rights in certain economic sectors).

This study attempts to analyze the implicit challenges of corporate sustainability under the parameters adopted by the European Union in its recent proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence.

In order to situate the reader, the study begins with the necessary delimitation of the concept of social responsibility and its most characteristic features. The same procedure will be followed with the so-called corporate (good) governance. Once both concepts have been established, the main point will try to combine both elements, taking into account their inevitable interrelation. The final result of the study will not only show the state of the matter from a legal-material point of view, but also its –still timid and incipient– community and national legislative status.

**Keywords:** sustainability; (good) corporate governance; ESG.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published (online preview): 18-03-2024

**Citation:** Vaduva, A. M.<sup>a</sup> (2024). Sostenibilidad corporativa: ¿un nuevo paradigma en el gobierno de las sociedades mercantiles?. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 279, 5-40. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19027>



## Sumario

1. Introducción
  2. Responsabilidad social
    - 2.1. Origen y evolución de la responsabilidad social
    - 2.2. Rasgos característicos
  3. El (buen) gobierno corporativo
    - 3.1. Concepto y evolución
    - 3.2. Rasgos característicos
  4. ¿Hacia un modelo de gobierno corporativo sostenible?
    - 4.1. Interrelación conceptual
    - 4.2. Interés social y criterios ESG
    - 4.3. Gobierno corporativo y criterios ESG
  5. Propuestas normativas
    - 5.1. La propuesta de directiva de la Unión Europea
    - 5.2. Incorporación al derecho español
  6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



## 1. Introducción

En las últimas décadas se han emprendido innumerables proyectos tendentes a mejorar la vida de los trabajadores, otros que tratan de atenuar (no ya eliminar) los efectos perniciosos que tienen ciertas prácticas y actividades sobre el medio que nos rodea, e incluso los hay que pretenden organizar de forma mucho más concienciada y responsable el mundo societario/empresarial. Pese al número de proyectos emergidos en este sentido, lo cierto es que la mayoría carecen de un requisito elemental a escala nacional, comunitaria e internacional. Aquel elemento no es sino la fuerza legislativa de los mismos, la obligatoriedad que conlleva el cumplimiento de una ley.

Estando así las cosas, son cada vez más los agentes (políticos, económicos y sociales) que claman una mayor implicación y responsabilidad de las empresas, si no de todas, al menos de las más importantes e impactantes. El compromiso que se les reclama pasa, no solo por el cumplimiento normativo en sentido estricto, sino también por la acogida de códigos de conducta, de estrategias empresariales e inversiones responsables desde un punto de vista sostenible.

La conjugación de todos estos factores ha desembocado en lo que actualmente se agrupa bajo las siglas ESG, esto es, por la búsqueda de una sostenibilidad proyectada hacia el medio ambiente (*environmental*), hacia la sociedad (*social*) y hacia el gobierno corporativo (*governance*).

Mostrar al lector esta situación requiere estructurar el estudio en las partes que siguen a continuación: la primera aludirá a la responsabilidad social, a fin de mostrar –de forma breve– no solo su evolución conceptual, sino también sus rasgos más característicos, acom-

pañados de algún ejemplo práctico, a los meros efectos ilustrativos. Su segundo bloque seguirá el mismo proceder, aunque referido al gobierno corporativo, para una mejor comprensión del bloque tercero.

Llegados al punto tercero, el lector podrá comprender la necesaria combinación entre la responsabilidad social y el buen gobierno corporativo para, finalmente, comprobar la inobservancia o dejadez legislativa que hay en materia, tanto por parte del legislador nacional español como del comunitario mismo. Dejadez que, no obstante, trata de ser revertida a nivel comunitario mediante la ya referida directiva sobre la diligencia debida que, no obstante, se halla aún en fase de propuesta pero que, a corto y medio plazo, servirá como instrumento inspirador de otros tantos cuerpos legislativos.

## 2. Responsabilidad social

### 2.1. Origen y evolución de la responsabilidad social

Sabido es que el concepto de «responsabilidad social» y sus múltiples variantes no es de nuevo cuño, como sí lo es su contenido y consiguientes implicaciones. Si de remontarse al pasado se tratase, en el siglo XVI nos encontramos con la obra de Tomás de Mercado denominada *Tratos y contratos de mercaderes*<sup>1</sup>, en la que se analizan prácticas financieras y comerciales bajo la óptica de la ética de los negocios.

Con el transcurso del tiempo, hallamos numerosas actuaciones y diseños de gestión empresariales (véase la acción social que constituye el mecenazgo, las actuaciones filantrópicas o el marketing social) encaminadas a incidir en sentido positivo en la sociedad, esto es, encaminadas a convertirse en responsabilidad social (Rodríguez Jover, 2019).

Ejemplo de ello es el denominado «experimento social de New Lanark»<sup>2</sup>, emprendido por el empresario galés R. Owen como regente de una fábrica textil, que promovió mejoras salariales a fin de obtener mayores beneficios empresariales gracias a la mejora del rendimiento de sus empleados; por su parte, Rockefeller<sup>3</sup> realizó múltiples donaciones a diversas universidades a fin de devolver a la sociedad parte de lo que la sociedad dio a la empresa o, claro es, Henry Ford<sup>4</sup>, cuyo pionero concepto de empresa supuso reduc-

<sup>1</sup> Acceso online disponible en el siguiente enlace: <https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/suma-de-tratos-y-contratos--0/html/>

<sup>2</sup> <https://www.juntadeandalucia.es/averroes/centros-tic/14002996/helvia/aula/archivos/repositorio/250/271/html/economia/economistas/owen.htm>

<sup>3</sup> <https://elibro.net/es/ereader/udima/124246?page=6>

<sup>4</sup> <https://diarioresponsable.com/opinion/22867-empresas-con-vision-mas-que-con-una-mision>

ciones de jornada, aumentos salariales e incluso el reparto de beneficios empresariales a sus trabajadores.

Aun tratándose de actuaciones encaminadas a convertirse en responsabilidad social, lo cierto es que fue en la década de los 50 cuando Howard R. Bowen acuñó el término de «responsabilidad social» en el seno de su obra *Social Responsibilities of the Businessman* (Rothmann Bowen, 1953).

Como padre de la responsabilidad social, Bowen la define como «el conjunto de obligaciones de los empresarios para impulsar políticas corporativas para tomar decisiones o seguir líneas de acción que son deseables en términos de objetivos y valores sociales»<sup>5</sup>.

A partir de las ideas de Bowen, muchos actores sociales, políticos y económicos han elaborado infinidad de definiciones de la responsabilidad social acordes a sus correspondientes contextos (Rodríguez Jover, 2019). A efectos ilustrativos y sin ánimo de ser exhaustivos, destaca la confeccionada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuya Asamblea General definió la responsabilidad social empresarial<sup>6</sup> como «la manera en que las empresas toman en consideración las repercusiones que tiene su actividad sobre la sociedad y en la que afirman los principios y valores por los que se rigen, tanto en sus propios métodos y procesos internos, como en sus relaciones con los demás actores. La responsabilidad social empresarial es una iniciativa de carácter voluntario y que solo depende de la empresa, y se refiere a actividades que se considera rebasan el mero cumplimiento de la ley» (OIT, s.f.). También la Comisión Europea –en su Libro Verde– la define como «la integración voluntaria por parte de las empresas de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores» (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001).

A nivel nacional, ha sido el Ministerio de Empleo y Seguridad Social español, mediante la Subdirección General de Información Administrativa, quien publicó la denominada Estrategia Española de Responsabilidad Social 2014-2020, en cuyo seno señala que «la responsabilidad social empresarial es, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, la integración voluntaria por parte de la empresa en su gobierno y gestión, en su estrategia, políticas y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales, ambientales y de respeto a los derechos humanos que surge de la relación y el diálogo trans-

<sup>5</sup> <http://www.comunidadrse.com.ar/howard-bowen-el-padre-de-la-rse/>

<sup>6</sup> Note el lector que, a lo largo del presente trabajo, se emplearán diversos conceptos para aludir a la responsabilidad social. Así, las fórmulas más frecuentes halladas en la presente investigación dejan entrever que los investigadores en la materia los emplean cual sinónimos. Por consiguiente, de igual manera se utilizarán en este escrito los términos de: responsabilidad social, responsabilidad social empresarial, responsabilidad social corporativa, sostenibilidad corporativa y, en los últimos años, criterios ESG.

parentes con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y de los impactos que derivan de sus acciones»<sup>7</sup>.

## 2.2. Rasgos característicos

Sin perjuicio del sinfín de definiciones elaboradas por unos u otros organismos y agentes, lo cierto es que *grosso modo* las notas características que se desprenden de todas ellas son las siguientes:

- Es una actuación que parte de la pura *voluntariedad* de las empresas que apuestan por un cumplimiento sostenible, y que va más allá del mero cumplimiento de las estrictas obligaciones legales.
- Tienen un *carácter sistemático*, pues la responsabilidad social se basa en la perpetuidad, y no en cumplimientos ocasionales. De esta forma, una empresa responsable desde un punto de vista sostenible ganará mucha más longevidad que sus competidoras y, por consiguiente, adquirirá mayor valor añadido.
- La sostenibilidad que predica no debe ser meramente formal o externa (p. ej., con la mera publicación de un código de buen gobierno), sino completamente *integral*, esto es, debe ser la esencia misma de su gestión empresarial (p. ej., formando e informando a todo el personal que la compone, desde su más alto escalafón, hasta el último trabajador laboral).
- Tiene *proyecciones* en el ámbito medioambiental, social y de los derechos humanos, aunque, claro es, en función de la sociedad de que se trate, incidirá en mayor medida en uno u otro aspecto.

La conjugación de estos rasgos tiene como consecuencia necesaria la creación de amplias redes conformadas por agentes de naturaleza tan variada (véase, por las empresas y sus asociaciones; proveedores; trabajadores y sus asociaciones; grupos de interés social; agentes y organismos medioambientales, entre otros, reunidos bajo el término *stakeholders*)<sup>8</sup> que estén interesados en la empresa que adopta la responsabilidad social.

<sup>7</sup> Técnicamente invoca la definición contenida en el Informe de la subcomisión parlamentaria para promover la responsabilidad social empresarial.

<sup>8</sup> Se trata de un término empleado por vez primera en 1708 para designar a personas y negocios que realizaban actividades de inversión, si bien se entiende que fue el teórico norteamericano Edward Freeman el que, en 1984, acuñó tal concepto. Para Freeman, «los *stakeholders* son actores sociales que, de alguna forma, guardan relación con las empresas y cualquier decisión en torno a estas les afecta positiva o negativamente». <https://retos-directivos.eae.es/stakeholders-definicion-y-elementos-asociados/>

Llegados a este punto y habiendo superado los matices conceptuales y demás rasgos característicos de la responsabilidad social, para una mejor comprensión del actual panorama de la sostenibilidad corporativa, el apartado que sigue a continuación tratará de explicar cómo ha emergido esta en el seno de la empresa y, sobre todo, cómo casa con el gobierno corporativo. Pero, ¿qué entendemos por tal concepto?

### 3. El (buen) gobierno corporativo<sup>9</sup>

#### 3.1. Concepto y evolución

La Real Academia Española (RAE) define el gobierno corporativo como «el conjunto de principios y normas que regulan la estructura, la integración y el funcionamiento de los órganos de gobierno de la empresa»<sup>10</sup>.

En sus orígenes, el gobierno corporativo se constituyó como un «mecanismo tendente a regular y gestionar las relaciones entre los accionistas, los órganos de gobierno, la administración de la sociedad y sus terceros interesados a través de la definición y separación de roles estratégicos, operativos, de vigilancia y gestión» (Aguñaga y Badiola). No obstante, lo cierto es que la actual configuración de este mecanismo obedece a razones de índole económico-financiera que el mundo ha experimentado de forma intensa desde el pasado hasta la actualidad.

Ejemplo de ello fue la devastadora caída del mercado de valores neoyorkino (comúnmente conocido como *crash* del 29), que constituyó el inicio de la Gran Depresión; años más tarde tuvo lugar la inesperada crisis asiática (1997), causada por

---

<sup>9</sup> Antes de comenzar este bloque, lo cierto es que merece especial consideración la siguiente aclaración conceptual. Tal es así, puesto que, a lo largo de numerosos escritos en materia, muchos autores suelen emplear de forma indistinta la alusión al «gobierno corporativo» y al «buen gobierno corporativo». ¿Acaso difieren en algo? Tal y como señaló en su momento J. L. Lizcano Álvarez (director gerente de la AECA), «del análisis sistemático del término "bueno" cabría destacar dos significados: 1. "Que tiene bondad o natural inclinación a hacer el bien". 2. "Útil y a propósito para alguna cosa o fin". Así, mientras el primero posee un significado ligado mucho más a una vertiente de moral o ética (que quizás nos conduzca a una suerte de principios y valores ligados al mundo de las organizaciones), el segundo nos lleva a un utilitarismo o aspecto instrumental de generación de valor conforme a unos estándares éticos u objetivos. Por su parte, la RAE define el concepto de "Gobierno" como "la acción y efecto de gobernar", esto es, de "mandar o regir algo". Por tanto, la conjugación de ambos conceptos nos hace entender el "Buen" gobierno corporativo como la acción y efecto de guiar y dirigir, o regir una cosa, desde la natural inclinación a hacer el bien, útil y a propósito para alcanzar algún fin» (Lizcano Álvarez, 2006).

A pesar de aquel ínfimo matiz conceptual, lo cierto es que, a efectos del presente trabajo, se empleará de manera indistinta el término de «buen gobierno corporativo» y «gobierno corporativo».

<sup>10</sup> <https://dpej.rae.es/lema/gobierno-corporativo>

las actuaciones de los propios países afectados: una excesiva demanda de créditos extranjeros, deficiente supervisión bancaria y sobrevaloración de sus monedas [...], pero también provocada o, cuando menos, acrecentada, por factores exógenos inducidos por la enorme inestabilidad de los mercados financieros internacionales y, ante todo, por la errónea reacción del FMI quien, a través de su política económica recomendada, profundizó la crisis en lugar de suavizarla (Pérez Sánchez, 2001).

Pese a sus inicios nacionales o territoriales, los efectos de las referidas crisis económicas pronto tuvieron proyecciones internacionales. Claro es que no procede analizar sus factores desencadenantes ni mucho menos sus consecuencias, pero sí conviene señalar que hubo otros factores (además de la crisis misma) que desencadenaron el surgimiento del gobierno corporativo. Ejemplo de ello son los numerosos fracasos corporativos que se sucedieron en el tiempo y que dejaron en evidencia conductas fraudulentas en las participaciones de altos directivos<sup>11</sup>.

Ante esta situación, a nivel internacional fue la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) la que dio un primer paso con la elaboración de una serie de principios de gobierno corporativo, unos referentes a los derechos de los accionistas, otros al tratamiento equitativo de sus acciones, otros enfocados al papel que desempeñan los grupos de interés social en las sociedades, al sector de las comunicaciones y transparencia informativa o, claro es, a la responsabilidad del consejo de administración, entre otros.

No obstante, tal y como dispuso en su momento el propio organismo, puesto que los enunciados son principios de naturaleza evolutiva, han de ser revisados con el transcurso del tiempo, a la luz de los cambios que se sucedan. En consecuencia, sus originarios principios (1999) experimentaron su primera revisión en 2004, dando lugar al «Estudio sobre los desarrollos en los Países de la OCDE», en el que se apostó por una realidad societaria

---

<sup>11</sup> Hacia finales de los 90 –tal y como apunta el economista Javier Núñez Melgoza–, ocurrieron diversos escándalos corporativos que acabaron por acuñar conceptos como el de la «contabilidad creativa» (en referencia a conductas contables fraudulentas), usos indebidos de información privilegiada, malversación de fondos, etc. <https://www.eleconomista.com.mx/opinion/Origen-del-gobierno-corporativo-20210210-0006.html>

Este tipo de conductas fraudulentas acabaron teniendo nombre y apellidos, como fue el caso de Enron (perteneciente al sector energético), Lehman Brothers (inversiones), Yasuo Hamanaka (comercio), etc. Sin embargo, tampoco los legisladores se hicieron esperar, pues aquel fue el comienzo de un importante movimiento internacional tendente a reformar el gobierno corporativo. En Estados Unidos, por ejemplo, se aprobó en 2002 una de las mayores iniciativas en materia de gobierno corporativo, con la denominada «Public company accounting reform and investor protection of act of 2002», más conocida como Ley Sarbanes-Oxley. A nivel comunitario, se aprobó el informe Winter, contenedor de las reflexiones vertidas por el Grupo de Expertos en Derecho de Sociedades de la Unión Europea, mientras que en Reino Unido se publicó el informe Higgs, por el que se actualizó el informe Cadbury.

mucho más transparente, con una clara rendición de cuentas por las actuaciones y decisiones tomadas, así como por la supervisión y el respeto de los derechos de los accionistas.

La referida revisión fue actualizada en fechas más recientes (2014), en cuyo debate participó el G20<sup>12</sup>. El resultado fue la aprobación de los Principios de Gobierno Corporativo del G20 y OCDE<sup>13</sup>.

Sin perjuicio de su configuración internacional, a nivel nacional las primeras iniciativas en materia de gobierno corporativo datan de 1998, más concretamente se inician con el «Informe de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades», comúnmente conocido como Código Olivencia<sup>14</sup>.

Se trató de un trabajo elaborado con doble propósito: por un lado, el de redactar un informe concerniente a la «problemática de los Consejos de Administración de las sociedades que apelan a los mercados financieros» y, por otro lado, elaborar un «código ético de buen gobierno de asunción voluntaria por estas sociedades»<sup>15</sup>.

Habida cuenta de la escasa acogida del código ético elaborado por la Comisión Olivencia<sup>16</sup>, el Gobierno dispuso la constitución de una nueva comisión (Comisión Aldama - 2003)<sup>17</sup>, que creó el denominado «Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas».

En este sentido, esta segunda comisión, aunque aborda casi los mismos problemas que la primera, sí contiene un nuevo e importante elenco de principios y criterios que han de regir –a su juicio– el funcionamiento del mercado de capitales. De entre todos ellos, se

<sup>12</sup> El G20 o Grupo de los Veinte se constituyó en 1999 con grupo de naturaleza geopolítica. Actualmente se compone de 19 Estados miembros de la Unión Europea, con el fin de cooperar en las áreas más importantes del sector económico-financiero internacional. De entre sus ambiciones destaca la coordinación tendiente a conseguir la estabilidad económica mundial y el crecimiento sostenible. <https://www.tesoro.es/asuntos-internacionales/g20-el-grupo-de-los-veinte>

<sup>13</sup> <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>

<sup>14</sup> Denominación propuesta en honor al, por entonces, presidente de la Comisión para la redacción de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades: <https://dbe.rah.es/biografias/24912/manuel-olivencia-ruiz>

<sup>15</sup> El espacio dispuesto para la realización del presente escrito no permite analizar en demasía las implicaciones del Código Olivencia. En consecuencia, para mayor detalle, se remite al lector a su misma lectura: <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf>

<sup>16</sup> Es este un hecho reconocido por la propia Comisión Aldama al elogiar la labor de la Comisión Olivencia, pero poniendo de relieve su escasa acogida societaria: «[...] merece resaltar el hecho de que, según las encuestas, la opinión mayoritaria de expertos y accionistas es que, en la práctica, la información proporcionada por las sociedades cotizadas a los mercados y a sus accionistas es muy insuficiente [...]».

<sup>17</sup> <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF>

establece como principio rector el de la libertad en su doble faceta societaria: la propia de los accionistas en el ejercicio de sus facultades decisorias, y la libertad empresarial manifestada en la capacidad de autorregulación de las estrategias corporativas y organización interna (es decir, organización de su gobierno corporativo).

Asimismo, se pone de manifiesto que del referido principio de libertad dimanaban otros más que asentados en el derecho mercantil (sobre todo en el seno de la Ley de sociedades de capital)<sup>18</sup>. De entre los más importantes a efectos del gobierno corporativo, destaca el principio de transparencia y el de lealtad, aunque equilibrados con el de diligencia. Pero, más allá de los citados principios, la Comisión Aldama también emite algunas valoraciones para con el funcionamiento de los órganos societarios, esto es, órganos del gobierno corporativo.

Como consecuencia de estos trabajos<sup>19</sup>, se aprobó la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, y el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, a fin de reforzar la transparencia de las cotizadas<sup>20</sup>.

Adicionalmente, sobre aquella base la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) creó el Grupo de Trabajo Especial sobre el buen gobierno de las sociedades cotizadas a fin de «armonizar y actualizar las recomendaciones contenidas en los Informes Olivencia y Aldama, a la vista de las recomendaciones y propuestas aprobadas con posterioridad por la Comisión Europea y otras instituciones»<sup>21</sup>.

A partir de la configuración del Grupo de Trabajo Especial, se elaboró el Código Unificado de Buen Gobierno, que data de 2006, conocido como Código Conthe<sup>22</sup>, vigente hasta junio de 2013, momento en que sufrió su primera actualización seguida de otra dos años más tarde (2015), vigente hasta 2020, año en que se actualiza y publica la actual versión vigente.

Pese a su reciente vigencia, la CNMV reconoce que las recomendaciones contenidas en el código de 2020 «están destinadas al conjunto de las sociedades cotizadas con intención de su tamaño y nivel capitalización, no se descarta su aplicación (íntegra o parcial) a otras empresas de menor tamaño», e incluso téngase presente que muchas de las fórmulas contenidas en los diversos documentos actualizados ya han sido acogidas por la Ley de sociedades de capital o la Ley del mercado de valores.

---

<sup>18</sup> Real Decreto-ley 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>

<sup>19</sup> Tal fue la influencia del informe Aldama que incluso algunos autores se aventuraron a señalar que el informe Aldama fue el germen de la Ley de transparencia. (García, 2003, pp. 20-22).

<sup>20</sup> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-14405>

<sup>21</sup> Circular 4/2007, de 27 de diciembre, de la CNMV, por la que se modifica el modelo de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas (BOE, de 14 de enero de 2008).

<sup>22</sup> Denominación atribuida en honor a su presidente, don Manuel Conthe Gutiérrez, presidente de la CNMV desde octubre de 2004 hasta octubre de 2007.

De entre las novedades más importantes que trajo consigo el Código Unificado de 2020 destacan, a efectos ilustrativos, aspectos tales como el fomento de la presencia de mujeres en los consejos de administración, la dotación de una mayor relevancia de la información relativa a la sostenibilidad y a la información no financiera, o la prestación de una mayor atención a los riesgos reputaciones y no financieros, entre otros.

Llegados a este punto y teniendo presente la determinación conceptual y evolutiva del gobierno corporativo, veamos algunos de sus rasgos más característicos.

### 3.2. Rasgos característicos<sup>23</sup>

#### A) Voluntariedad con sujeción al principio de «cumplir o explicar»

La voluntariedad unida al conocido principio de *comply or explain* alude, claro es, a la obligatoriedad de las sociedades (cotizadas) de incluir en su informe anual de gobierno corporativo<sup>24</sup> el grado de seguimiento de la sociedad para con las recomendaciones de gobierno corporativo o, dado el caso, las razones conducentes a la no adopción y seguimiento de aquellas. De esta forma, la normativa española deja al arbitrio de cada sociedad la incorporación o no de las recomendaciones, aunque sí obliga, en caso de no seguirlas, a explicar las razones de su rechazo «al objeto de que los accionistas, los inversores y los mercados en general puedan juzgarlos»<sup>25</sup>.

#### B) Evaluación por el mercado

Para no quebrantar el principio de voluntariedad, la CNMV deja que sean los propios accionistas, inversores e incluso el mercado mismo el que valore el grado de acierto de la sociedad para con la asunción y seguimiento (o falta del mismo) de las recomendaciones. Tal es así sin perjuicio de las competencias atribuidas por la Ley del mercado de valores (más concretamente, por su art. 61) a la CNMV en materia de seguimiento de las recomendaciones implantadas por las cotizadas.

#### C) Generalidad

Este rasgo de generalidad es, quizás, uno de los puntos más controvertidos. Tal es así puesto que, en principio, el código de buen gobierno se dirige «a la generalidad de las so-

<sup>23</sup> Los rasgos esenciales que ha de componer un código han sido extraídos del Código de Unificación emitido por la CNMV en junio de 2013. [https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CUBGrefundido\\_JUNIO2013.pdf](https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CUBGrefundido_JUNIO2013.pdf)

<sup>24</sup> Artículo 540.4 g) de la LSC. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>

<sup>25</sup> [https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CUBGrefundido\\_JUNIO2013.pdf](https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CUBGrefundido_JUNIO2013.pdf)

ciudades cotizadas, con independencia de su tamaño y nivel de capitalización». Sin embargo, según apunta el propio organismo competente, aunque no se descarta directamente su aplicación a sociedades de menor escala, quizás muchas de ellas «resulten poco apropiadas o excesivamente onerosas para empresas más pequeñas que las cotizadas»<sup>26</sup>.

En cualquier caso, dado su carácter voluntario, es perfectamente posible que sociedades de escala menor (a las cotizadas) sigas las directrices impartidas por la CNMV aunque, claro es, ajustadas a su propio perfil y consiguientes necesidades y aspiraciones<sup>27</sup>.

Para finalizar este segundo bloque, tenga presente el lector que estas han sido solamente unas breves pinceladas sobre el gobierno corporativo, e incluso rescindidas al panorama español. Con el transcurso de los años han surgido diversas configuraciones del mismo marcadas, sin duda, «por la estructura y actividad de la empresa pero, sobre todo, por la tradición cultural, histórica y económica del país o área cultural que da origen al modelo en cuestión» (Fernández Izquierdo *et al.*, 2010). En este sentido, a pesar de la multiplicidad que pueda existir, lo cierto es que, junto al descrito modelo español, se suele distinguir, *grosso modo*, entre los modelos<sup>28</sup>: anglosajón; alemán y japonés.

## 4. ¿Hacia un modelo de gobierno corporativo sostenible?

Hoy en día es cada vez más frecuente que leamos (en la prensa o en los libros) u oigamos (en la radio, en la TV o en diversos dispositivos) cualquier monólogo, diálogo o discurso en el que, por muy ínfima que sea, se haga alguna alusión conceptual a la sostenibilidad, sea en su vertiente económica, social, medioambiental, etc.

---

<sup>26</sup> Tal es así puesto que, por ejemplo, en enero de 2022, España contaba con casi tres millones de empresas de las que tan solo cinco mil eran grandes empresas. De entre estas últimas, cerca de la mitad son cotizadas, tal y como indican las estadísticas publicadas por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y las publicadas por el BMX. En este sentido, podría ser interesante que las autoridades competentes explorasen la posibilidad de elaborar códigos de gobierno, no solo para las cerca de 2.500 sociedades cotizadas que hay en España, sino también para sociedades no cotizadas e incluso parte de las Pymes, pues constituyen una importantísima parte del tejido empresarial. Una buena organización interna, basada en la transparencia y en las buenas prácticas corporativas, podría ser un buen mecanismo para evitar (o atenuar) futuras crisis financieras

<sup>27</sup> No obstante, lo cierto es que muchos autores han publicado numerosos artículos en los que tratan de configurar el oxímoron que constituye un gobierno corporativo sin mercado de valores. Ejemplo de ello es el libro confeccionado bajo la dirección del catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Alcalá, Santiago Hierro Anibarro, publicado en la editorial Marcial Pons, denominado *Gobierno corporativo de las sociedades no cotizadas* (2014). Junto a este, hay otros muchos escritos en la misma línea. Por ejemplo: Tomás Garicano Rojas y Pablo Hafner, *Recomendaciones de Buen Gobierno Corporativo para empresas no cotizadas*. GrantThornton IE (2016). <http://www.aconsejopymes.com/pdf/Recomendaciones-Buen-Gobierno-Empresas-No-cotizadas-%20actualizado.pdf>

<sup>28</sup> Los modelos enunciados a continuación han sido extraídos mayoritariamente, aunque no únicamente, del libro citado con anterioridad. <https://elibro.net/es/ereader/udima/53258>

Pese a que las implicaciones de la responsabilidad social han evolucionado desde las primeras pinceladas dadas por Tomás de Mercado hasta nuestros días, lo cierto es que uno de sus rasgos –el de la ambigüedad– ha permanecido inmutable. En consecuencia, su amplitud ha hecho necesario encauzar el presente análisis a una sola de sus facetas/vertientes, esto es, la referente a la sostenibilidad desde un punto de vista corporativo.

En este sentido, conviene precisar que la misma ambigüedad acecha al concepto de gobierno corporativo, pues aquel es susceptible de ser matizado o adaptado a las disposiciones normativas imperantes en el continente o región en que se halle la empresa de que se trate e incluso, dado el caso, a la normativa propia del país y sector en cuestión.

Sea como fuere, no cabe duda de que ambos conceptos –ESG y gobierno corporativo– son términos con implicaciones destinadas a conjugarse entre sí.

## 4.1. Interrelación conceptual

El actual entorno social y empresarial requiere del emprendimiento de profundas reflexiones y necesarias reformas en diversas capas del tejido empresarial, no ya español, sino comunitario e internacional. La globalización, la digitalización y el evidente impacto causado por las nuevas tecnologías han mostrado al mundo entero que no todo vale. En términos ESG (Ribas, 2022), se ha mostrado:

- El papel que desempeña el medio ambiente (*environmental*) en asuntos tales como el cambio climático, las energías renovables, el impacto urbanístico, las emisiones corporativas o la financiación de la lucha contra el cambio climático, entre otras<sup>29</sup>.
- La importancia del entorno social (*social*) que, vinculado al contexto empresarial, pone en evidencia las deficiencias que giran en torno a la igualdad de oportunidades, la protección de los derechos humanos y de los trabajadores, la necesidad de actualizar ciertas prácticas comerciales/empresariales y, claro es, la lucha por erradicar la pobreza, entre otros factores<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Lo cierto es que el bloque de medidas medioambientales es sumamente amplio. Por ello, empresas como PWC lo clasifica de acuerdo con los siguientes conceptos: cambio climático, capital natural, contaminación y residuos y oportunidades ambientales. Cada una de ellas contiene un amplio elenco de referencias que, claro es, no procede detallar en este momento, pero sí apuntar que unas se aplicarán más que otras en función de la empresa de que se trate. <https://www.pwc.es/es/publicaciones/consejos-y-buen-gobierno/guia-esg-consejos-administracion.pdf>

<sup>30</sup> Nuevamente, PWC clasifica los factores sociales mediante las siguientes categorías: capital humano, responsabilidad de producto, responsabilidad en la cadena de suministro y oportunidades sociales. <https://www.pwc.es/es/publicaciones/consejos-y-buen-gobierno/guia-esg-consejos-administracion.pdf>

- La necesidad de un gobierno corporativo (*governance*) que diseñe tal configuración del órgano de administración social como para que sea independiente en el cumplimiento de sus funciones, proteja los derechos (¿e intereses?) de los accionistas, implemente políticas transparentes acompañadas de un crecimiento sostenible e inteligente, e incluso, claro es, acoja competencias en materia ESG<sup>31</sup>.

Pero ¿a qué obedece esta interrelación entre ambos conceptos? Hasta hace no mucho, uno de los indicadores más elementales de una organización empresarial eran el financiero: esto es, la cuenta de resultados, el balance general, etc. Sin embargo, aun teniendo un peso muy importante, hoy en día ya no son los únicos (y quizás, no los más importantes) susceptibles de valorar antes de realizar una inversión. Tal es así puesto que los estándares ESG forman parte del haz de factores competitivos que componen a una empresa y, por consiguiente, que la hacen atractiva para los inversores<sup>32</sup>.

Así lo ha manifestado el reciente informe publicado de forma conjunta por Georgeson<sup>33</sup> y Cuatrecasas, denominado «Diez años analizando la Temporada de Juntas en España. El Gobierno Corporativo y los Inversores Institucionales» (2021)<sup>34</sup>.

El referido informe pone en evidencia el aumento exponencial del interés de los inversores institucionales<sup>35</sup> por la sostenibilidad corporativa y criterios ESG. Así, en los últimos 10 años «se ha cuadruplicado el número de inversores institucionales firmantes de los Principios de Inversión responsable [...], pasando de 734 a 3.038 firmantes»<sup>36</sup>. A este respecto,

---

<sup>31</sup> Así lo dispone PWC en su «Guía para la integración de criterios ESG en los Consejos de Administración». <https://www.pwc.es/es/publicaciones/consejos-y-buen-gobierno/guia-esg-consejos-administracion.pdf>

<sup>32</sup> Ejemplo de ello es que, según apunta el Pacto Mundial Red Española, «el 80% de las empresas del IBEX 35 evalúan a sus proveedores bajo criterios sociales y de derechos humanos». <https://www.pactomundial.org/noticia/criterios-esg-y-su-relacion-con-los-ods/>

<sup>33</sup> Se define como «compañía líder mundial en comunicación estratégica con accionistas y de los servicios de asesoramiento en Gobierno Corporativo e ESG». <https://www.georgeson.com/es/about-us/our-history>

<sup>34</sup> [El\\_Gobierno\\_Corporativo\\_2021\\_27enero\\_digital.pdf](#) (computershare.com)

<sup>35</sup> A los meros efectos informativos, se puede distinguir entre inversores personales (piense el lector en una persona –física o jurídica– que realiza una inversión por cuenta propia con el fin de extraer rentabilidad de aquel ahorro; y los inversores institucionales, que son aquellos inversores especializados en materia. Estos últimos, por lo general, suelen agrupar el capital de diversos inversores. Puesto que es más ilustrativo, la figura de los inversores institucionales tienden a encarnarla los fondos de inversión, fondos de pensiones o las compañías de seguro. <https://www.bbva.com/es/salud-financiera/que-tipos-de-inversores-existen-en-los-mercados-financieros/>

<sup>36</sup> El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP) elaboró en 2006 (por encargo del secretario general de la ONU) un documento contenedor de seis principios o, si se quiere, una declaración de intenciones, bajo el propósito de crear un sistema económico eficiente y financieramente sostenible a escala global para la creación de valor a largo plazo. De entre sus objetivos, se halla la incorporación de cuestiones ESG a los procesos de análisis y toma de decisiones referentes a inversiones, ser pioneros en la incorporación de cuestiones ESG en sus prácticas y políticas de propiedad, invitar a las entidades

los autores del estudio señalan que la constitución de un sistema financiero sostenible se conforma como una iniciativa respaldada por «inversiones que gestionan más de 103 trillones de dólares americanos en activos, y que se han comprometido a participar, mediante la inversión responsable, en su construcción».

Pero ¿mediante qué cauces acoge una sociedad los criterios ESG? ¿Cómo los persigue? ¿Quiénes son los responsables de su implementación y supervisión? ¿Qué beneficios reportan a una sociedad los criterios ESG? Este cuarto bloque pretende dar contestación a estas y otras preguntas. Para ello, será necesario abordar un concepto clave, que es el del «interés social» para, posteriormente, aludir a la configuración normativa del órgano de administración de una sociedad y, en último término, exponer cómo se conjugan todos estos factores en la realidad societaria y empresarial.

## 4.2. Interés social y criterios ESG

Hasta hace no mucho, la mayoría de los expertos en materia apuntaban que «el interés social es un concepto suficientemente aclarado por el Derecho de Sociedades»<sup>37</sup>, y así fue hasta hace un par de años<sup>38</sup>. Pero ¿sigue siendo tan claro actualmente? Antes de tratar de contestar a la pregunta conviene recodar brevemente las teorías que han prevalecido y sus rasgos más elementales, pues de esta forma el lector tendrá una información mucho más completa al efecto.

Así, sin perjuicio del sinfín de opiniones y valoraciones que pudiera haber suscitado el interés social, lo cierto es que tradicionalmente han sido dos las teorías que mayor resonancia y, por consiguiente, mayor confrontación han generado, esto es, la teoría monista y la pluralista. La primera de ellas, también denominada «teoría contractualista», fue concebida en Estados Unidos en un intento de garantizar un mayor grado de independencia de los empresarios en el ejercicio de sus actividades económicas.

Para los defensores de esta teoría, el interés social no es sino el interés de los socios de la empresa, interés que, por cierto, surge del contrato societario suscrito por todos ellos.

---

de inversión a divulgar de forma transparente cuestiones ESG, etc. [https://www.energias-renovables.com/ficheroenergias/PRI\\_Brochure\\_Spanish\\_2016\\_1.pdf](https://www.energias-renovables.com/ficheroenergias/PRI_Brochure_Spanish_2016_1.pdf)

<sup>37</sup> Alfaro Águila-Real (2016). En la misma línea, de forma reciente, lo expresaba González Vázquez (2021).

<sup>38</sup> En contraposición a la postura adoptada por Jesús Alfaro Águila-Real, otros autores como Jacinto José Pérez Benítez (magistrado de la Audiencia Provincial de Pontevedra, especialista en derecho mercantil) señalan que «la superación de los fines meramente lucrativos en las sociedades de capital está hoy asentada doctrinalmente. La asignación de fines públicos, de persecución de objetivos de la comunidad en general [...] constituye una tendencia normativa imparable en el marco de la responsabilidad social corporativa». Tal es así que muchos Estados han superado la barrera del *soft law* para implementar la responsabilidad social corporativa en el seno de sus legislaciones nacionales. Otros, como Cándido Paz Ares o el profesor Girón concuerdan en que la evolución actual del derecho de sociedades se caracteriza por una constante erosión del requisito del ánimo de lucro (Pérez Benítez, 2022).

Asimismo, «aquel interés social o de los socios es, como regla general, el de alcanzar un fin lucrativo, como puede ser la maximización del beneficio, del dividendo o de la eficacia productiva de la empresa» (Sabogal Bernal, 2011).

En este contexto, los administradores de la sociedad tendrán la obligación de dirigir sus esfuerzos en la búsqueda del enriquecimiento de los socios. Es cierto, no obstante, que con el transcurso del tiempo (hacia la década de los 80 en Estados Unidos) se empezó a hablar de «la creación de valor para los accionistas» (Sabogal Bernal, 2011).

Se trata de una pequeña pero importante evolución conceptual, pues sus defensores han pasado de demandar –en un primer momento– su propio enriquecimiento (entendiendo por tal «el proceso por el cual una persona incrementa el valor de su patrimonio, es decir, incrementa su dinero o sus bienes materiales»<sup>39</sup> a demandar «la creación de valor para el accionista» (entendiendo por tal «la capacidad que tiene una empresa para generar riqueza o utilidad»)<sup>40</sup>.

Se trata de una teoría cuyos postulados rechazan la idea de que el derecho societario sea el cauce idóneo para proteger intereses ajenos o diferentes a los suyos, puramente económicos. Por el contrario, estiman que existen otros cauces jurídico-normativos (diferentes al societario) encargados de proteger «aquellos otros intereses» (véase, por la vía de los derechos humanos y de los trabajadores, el propio del medio ambiente, etc.).

Finalmente, sin ánimo de explayarme en demasía, la independencia de los administradores en el seno de la teoría monista queda en entredicho en la medida en que sus propios intereses (económicos igualmente) quedan fuertemente vinculados a los intereses (económicos también) de los socios y, por ende, a su interés social (que es puramente económico). Por consiguiente, nos encontramos ante una clara confluencia o alineación de intereses de socios y administradores, cuyo único fin social es la generación de dinero.

La teoría monista tuvo una gran acogida en países occidentales gracias, en buena medida, a los efectos de la globalización y a la expansión de los mercados de capitales. Es evidente que no es este el espacio idóneo para analizar sus pros y contras, aunque sí convendría apuntar que sus pilares se han desequilibrado por sucesos tales como la sucesión de numerosas crisis a escala mundial (sobre todo económicas), generadas precisamente por este tipo de fórmulas y aspiraciones empresariales. Junto al factor económico, no deben olvidarse las múltiples iniciativas expuestas en puntos anteriores en materia de gobierno corporativo, así como la evolución de la responsabilidad social que, en su actual formato, se personifica mediante las siglas de ESG.

En contraposición a la teoría monista se halla la teoría pluralista o institucionalista, cuyos orígenes en encuentran en Alemania. A comienzos del siglo XX la legislación societaria ger-

<sup>39</sup> <https://economipedia.com/?s=enriquecimiento>

<sup>40</sup> <https://economipedia.com/definiciones/creacion-de-valor.html>

mana fue introduciendo de forma paulatina conceptos tales como «cláusula del bien común». A estos efectos «el consejo de dirección tendría que gestionar la sociedad según las exigencias de los intereses de la empresa, de los trabajadores y del bien común del pueblo y del Reich» (Sabogal Bernal, 2011).

Sin perjuicio del origen nacionalsocialista de la teoría, lo cierto es que esta concepción se configura como un mandato hacia el órgano de administración de la sociedad en cuya virtud, su gestión y administración ha de tener presente, no solo los intereses de los socios, sino también otros intereses ajenos, como son los propios de los trabajadores de la empresa, entre otros.

Es evidente que la teoría pluralista adopta una perspectiva mucho más genérica o, si se quiere, social sobre el interés social que la teoría monista<sup>41</sup>. En consecuencia, los deberes y obligaciones de los administradores ya no están alineados con los intereses (económicos) de los socios y, por tanto, adquieren una importante nota de independencia.

La transición del siglo XX al XXI trajo consigo la actualización de la teoría institucionalista, de forma tal que, actualmente, es una doctrina reconocida a nivel internacional bajo la denominación de *stakeholder value* o *stakeholder theory*<sup>42</sup>, cuyos puntos de inflexión más reseñables son los siguientes<sup>43</sup>:

#### A) Mercado y creación de valor

Una de las principales ideas sobre la que pivota esta teoría se refiere a la necesidad de descubrir la forma de abordar los problemas del mercado y la creación de valor en el siglo XXI. A este respecto, la *stakeholder value* pone en evidencia la necesidad de comprender los negocios del presente siglo y proceder a su administración en función de su configuración actual y futura.

#### B) Ética del capitalismo

Las implicaciones de esta inflexión son mucho más complejas, aunque se refieren a la dificultad a la que se enfrentan los administradores en el proceso decisorio, carente de cual-

<sup>41</sup> Incluso hay quien emplea el término de «interés social» como sinónimo de «interés común».

<sup>42</sup> Uno de los autores más representativos que ha trabajado en profundidad la *stakeholder theory* ha sido el norteamericano R. Edward Freeman, profesor de administración empresarial en la Universidad de Virginia. Señala, a este respecto, que «el siglo XXI es uno de "Gestión para las partes interesadas". La tarea de los ejecutivos es crear tanto como sea posible para las partes interesadas sin recurrir a compensaciones. Las grandes empresas perduran porque logran alinear los intereses de las partes interesadas en la misma dirección». <http://stakeholdertheory.org/about/#:~:text=Stakeholder%20Theory%20is%20a%20view,all%20stakehol%20ders%2C%20not%20just%20shareholders>

<sup>43</sup> Véase nota anterior.

quier ápice de moralidad (propia y social). En este sentido, surge el problema de la moral en la administración y gestión de una sociedad (pensemos en Inditex, Santander o cualquier fondo de inversión)<sup>44</sup> como problema del que dimanan preguntas tales como: ¿se puede tener un consejo de administración carente de moral/ética para que persiga objetiva y únicamente el enriquecimiento económico de los socios? ¿A quiénes beneficiaría y perjudicaría aquellas decisiones objetivas? Más aún. En el seno de una sociedad cotizada, ¿todos los socios persiguen un interés socioeconómico? ¿Los socios minoritarios y los mayoritarios persiguen un mismo interés? ¿Todos actúan bajo la misma ética? Sin perjuicio de lo interesante del debate ético/moral que general el tema, lo cierto es que tanto socios como administradores son llanamente seres humanos que difícilmente pueden actuar desprovistos de sus propias inclinaciones éticas, sea en sus vidas privadas, sea en sus vidas sociales o en la persecución del interés social/empresarial<sup>45</sup>.

### C) Mentalidad de la administración societaria

Finalmente, la teoría pluralista propone reformular (o, si se quiere, educar o reeducar) a los administradores de la sociedad, de forma tal que su mentalidad cese en la persecución única de los valores propios del pasado siglo y se ajuste mucho más al panorama actual. Piense el lector en el elevado grado de globalización en el que convivimos, en la inimaginable tecnologización de la sociedad o en los ingentes movimientos de capitales y de datos que suceden cada día, entre otros factores. Pues bien. Lo que se propone en este sentido es (re)educar a los administradores para que gestionen una sociedad de acuerdo con este contexto, no solo presente, sino también futuro.

Estando así las cosas, la pregunta más idónea al caso sería: ¿qué teoría prevalece actualmente? La respuesta no puede ser sino depende. Depende de un elenco de factores ciertamente variados<sup>46</sup>, pero sobre todo dependerá del tipo o forma societaria que adopta la empresa que se formula la pregunta, e incluso, dentro de la misma, dependerá del sector en que despliegue su actividad.

<sup>44</sup> <https://www.finet.com/usuario/maitelpz/articulos/claves-encontrar-mejores-fondos-inversion>

<sup>45</sup> En este sentido, una película que podría ilustrar el tema de la ética del capitalismo y el interés social es *Other people's money* (Norman Jewison, 1991), titulada en España *Con el dinero de los demás*. En ella se muestra perfectamente la confrontación de las teorías monista y pluralista. La primera es representada por Danny de Vito, un tiburón de Wall Street que defiende que el único objetivo de un empresario es hacer ganar dinero a sus accionistas, sin importar si esto supone liquidar una empresa y recuperar el valor de sus activos antes de que sea demasiado tarde («valemós más muertos que vivos» –llega a decir en la junta de accionistas–). Por otro, Gregory Peck, un empresario clásico que se aferra al valor social del proyecto empresarial y al compromiso que esta tiene con sus trabajadores («una empresa es mucho más que el valor de sus acciones, es el lugar donde vivimos, donde conocemos a nuestros amigos» –será su réplica ante dicha junta–). <https://www.filmaffinity.com/es/film845335.html>

<sup>46</sup> Por ejemplo, de la zona geográfica en que se extiende la sociedad, del sector en el que actúa, del objeto social plasmado en su constitución, del tipo de socios con los que cuenta, de sus aspiraciones futuras, etc.

Desde luego no es este el espacio y lugar para explicar las formas jurídico-societarias<sup>47</sup> admitidas por el ordenamiento jurídico español, aunque a los efectos aquí pretendidos, nos acogeremos únicamente a la clasificación de sociedades de capital consignada en el artículo 1 de la Ley de sociedades de capital<sup>48</sup>, en cuya virtud, «son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima (y, dentro de esta, la cotizada) y la sociedad comanditaria por acciones».

Sea como fuere y teniendo presente la pluralidad de formas societarias, no sería un gran acierto predicar que prevalece en todo caso la teoría monista o la pluralista. Por el contrario, lo acertado del análisis hace necesario ajustar la contestación al tipo societario de que se trate.

A efectos del presente análisis, nos referiremos a las sociedades anónimas y, dentro de estas, a las cotizadas<sup>49</sup>.

En este orden de cosas, de acuerdo con el BMX<sup>50</sup> y tomando como base el último estudio realizado por PwC y SAM, «cinco compañías españolas<sup>51</sup> ya son líderes en sostenibilidad en sus respectivos sectores de actividad [...] mientras que veinte empresas españolas se hallan entre las 409 compañías más sostenibles del planeta<sup>52</sup>, de las que diecisiete (es decir, la mitad de las que componen el índice) forman parte del IBEX 35»<sup>53</sup>.

No solo eso, sino que el propio BMX reconoce que «las compañías han sabido reconocer e impulsar como parte de sus estrategias de negocio la sostenibilidad desde su política

<sup>47</sup> <https://plataformapyme.es/es-es/IdeaDeNegocio/Paginas/FormasJuridicas.aspx>

<sup>48</sup> Véase nota anterior.

<sup>49</sup> El hecho de restringir la contestación y el estudio a las sociedades anónimas obedece a múltiples razones, de entre las que destaca, sobre todo, la referida al gobierno corporativo. Ya se dijo en apartados previos que la CNMV, en el proceso de creación y revisión del Código de Buen Gobierno Corporativo, señaló como ámbito de aplicación el de las sociedades cotizadas, sin perjuicio de que otras sociedades no cotizadas (es decir, las demás sociedades anónimas no cotizadas) adoptaren tales códigos. En consecuencia, se estima mucho más acertado reconducir el análisis de este punto cuarto solo a las sociedades anónimas y cotizadas, sin perjuicio de las demás formas societarias existentes.

<sup>50</sup> Bolsas y Mercados Españoles (BMX), es el operador de los mercados de valores y sistemas financieros de España. <https://www.bolsasymercados.es/esp/Sobre-BME/Que-es>

<sup>51</sup> Aquellas cinco son: Telefónica (en el sector de las telecomunicaciones), Indra (en el sector del transporte, tráfico aéreo y defensa), Fenosa (en el sector eléctrico y gasístico), Gas Natural (sector eléctrico y gasístico) y Gamesa (en el sector de las nuevas tecnologías dedicadas al sector de la energía eólica).

<sup>52</sup> Lo cierto es que el estudio clasifica las empresas en tres categorías: 103 de ellas son oro/gold (como las españolas Aguas de Barcelona, Acciona, Iberia...), plata/silver (como las españolas Endesa o Ferrovial) y bronce/bronce (como Banco Santander, BBVA o Red eléctrica), entre otras.

<sup>53</sup> [https://www.bolsasymercados.es/esp/Estudios-Publicaciones/Documento/4291\\_Cinco\\_empresas\\_cotizadas\\_espa%C3%B1olas\\_1%C3%ADderes\\_mundiales\\_en\\_sostenibilidad#:~:text=Adem%C3%A1s%2C%20veinte%20empresas%20espa%C3%B1olas%20se,del%20%C3%ADndice%20IBEX%2035%C2%AE](https://www.bolsasymercados.es/esp/Estudios-Publicaciones/Documento/4291_Cinco_empresas_cotizadas_espa%C3%B1olas_1%C3%ADderes_mundiales_en_sostenibilidad#:~:text=Adem%C3%A1s%2C%20veinte%20empresas%20espa%C3%B1olas%20se,del%20%C3%ADndice%20IBEX%2035%C2%AE)

social corporativa y han respondido a la creciente demanda por parte de los accionistas de que las empresas en las que inviertan sean socialmente responsables»<sup>54</sup>.

Con base en los datos expuestos, se podría afirmar que un importante porcentaje de sociedades cotizadas españolas ha tomado buena nota de la importancia de la sostenibilidad corporativa, hasta tal punto que incluso algunas se están posicionando como líderes en sus correspondientes sectores. Ello, claro es, ha tenido su correlativo impacto en la percepción de la vía y estrategia societaria/empresarial que, a su vez, se ha transferido a su objeto social.

Es cierto, no obstante, que la sostenibilidad corporativa no se puede materializar mediante actos tan drásticos como la modificación del objeto social, pero sí hace que la persecución de aquel se desarrolle tomando en consideración los criterios ESG y sus consiguientes implicaciones. Como refrendo de ello, no hay más que leer la «carta del presidente» de algunas cotizadas españolas: J. M.<sup>a</sup> Álvarez-Pallete, CEO de Telefónica (2021) señaló que «en el actual contexto, cobra especial relevancia la apuesta de Telefónica por la ESG dentro de su estrategia desde hace ya dos décadas, y nuestro compromiso con los principios del Pacto Global y los ODS para construir un futuro más verde, ayudar a la sociedad a prosperar y ser una empresa ejemplar»<sup>55</sup>; Ana Botón (Banco Santander - 2020/21) señaló que Santander, en su calidad de banco responsable, incorpora ESG en todo lo que hace, al poner de manifiesto que «los inversores prestan cada vez más atención a la gestión de cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza»<sup>56</sup>; en la misma línea ha discurrido el Informe de Gestión de Ferrovial del año 2021<sup>57</sup>, aunque en su caso el compromiso de la compañía con los criterios ESG ha sido avalado por el DJSI<sup>58</sup> por el vigésimo año consecutivo.

En suma, tomando como referencia los datos expuestos, es notorio que un importante número de cotizadas españolas no encaminan todos sus esfuerzos corporativos a enriquecer a sus socios, sino que, junto al enriquecimiento, persiguen objetivos ESG. Por ello, parecería que actualmente y a futuro, en el seno de las cotizadas españolas prevalece mucho más la teoría pluralista que la monista (cosa distinta de la que podría suceder con otras sociedades españolas, como las no cotizadas o las limitadas, que no procede analizar en este espacio).

---

<sup>54</sup> Véase nota anterior.

<sup>55</sup> <https://www.telefonica.com/es/accionistas-inversores/informacion-financiera/informe-anual-integrado-de-gestion/>

<sup>56</sup> <https://www.santander.com/es/accionistas-e-inversores/informacion-economico-financiera/informe-anual/memoria-online-2020/carta-de-la-presidenta>

<sup>57</sup> <https://informeanualintegrado2021.ferrovial.com/wp-content/uploads/sites/7/2022/02/ferrovial-informe-anual-integrado-2021-informe-de-gestion.pdf>

<sup>58</sup> Índices Dow Jones de sostenibilidad. Tales índices fueron creados en 1999, en cuya virtud se evalúa la sostenibilidad de las diversas sociedades cotizadas que cotizan en las principales bolsas mundiales. <https://www.spglobal.com/esg/about/index>

### 4.3. Gobierno corporativo y criterios ESG

«El problema del interés social tiene que ver con el contrato de sociedad. No tiene que ver con la empresa. La RSC tiene que ver con la empresa» (Alfaro Águila-Real, 2016).

Esta rotunda afirmación emitida por J. Alfaro Águila-Real<sup>59</sup> casa a la perfección con el planteamiento expuesto a lo largo del presente trabajo. Tal es así puesto que, para comprender la conjugación entre interés social, ESG y el gobierno corporativo, es necesario distinguir entre la figura del socio y su contrato social, y la propia de la sociedad (empresa) como persona jurídica.

En este sentido, la RAE<sup>60</sup> define al socio como «la persona asociada con otra para algún fin»<sup>61</sup>, esto es, para perseguir un interés social, interés que –dicho sea de paso– lo podemos definir como la conjugación de los intereses de los socios.

Nuestro actual derecho societario (art. 204 LSC) concibe el interés social como un mecanismo creado para que los socios puedan impugnar solamente aquellos acuerdos sociales con los que estuvieren disconformes, no así los demás acuerdos. Por tanto, cualquier otro acuerdo no contrario al interés social no podrá ser impugnado por este cauce. Así, en el sentido puro o, si se quiere, jurídico-normativo, «el interés social es un mecanismo de control de decisiones discrecionales de la junta o de los administradores que actúa como límite para proteger a los que han sido derrotados en esa decisión discrecional, es decir, a los socios minoritarios y a los socios, en general, frente a la actuación de sus agentes»<sup>62</sup>.

Por tanto, como se dijo al comienzo, el problema del interés social no tiene que ver con la empresa, sino con el contrato de sociedad. Entonces, ¿qué es una empresa? Para los economistas, es una unidad de producción de mercado, «un conjunto ordenado de factores productivos»<sup>63</sup>; para la RAE «es una unidad de organización [...] con fines lucrativos»<sup>64</sup> o, si se quiere, «una agrupación [...] organizada para cooperar en la consecución de determinados fines»<sup>65</sup>.

Su puesta en marcha y su continuo funcionamiento requiere de un amplio conjunto de sujetos y agentes, de entre los que destacan, entre otros, los proveedores (que facilitan los

<sup>59</sup> Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. [https://www.uam.es/ss/Satellite/Derecho/es/1242658594072/1242658755761/persona/detallePDI/Alfaro\\_Aguila-Real,\\_Jesus.htm](https://www.uam.es/ss/Satellite/Derecho/es/1242658594072/1242658755761/persona/detallePDI/Alfaro_Aguila-Real,_Jesus.htm)

<sup>60</sup> <https://www.rae.es/>

<sup>61</sup> <https://dle.rae.es/socio?m=form>

<sup>62</sup> <https://almacendederecho.org/interes-social-cumplimiento-normativo-y-responsabilidad-social-corporativa>

<sup>63</sup> <https://economipedia.com/definiciones/economia-de-la-empresa.html>

<sup>64</sup> <https://dle.rae.es/empresa>

<sup>65</sup> <https://dle.rae.es/sociedad?m=form>

insumos), los trabajadores (al aportar la fuerza de trabajo), los acreedores (al aportar dinero y otros bienes o servicios), pero también los socios, que son los que aportan el riesgo (capital) y quienes ostentan la titularidad del patrimonio social.

En la persecución del interés social (es decir, del interés conjunto de los socios) y la ESG, puede surgir un amplio elenco de problemas que serán tratados en el presente apartado, aunque sin perder de vista el contexto en que nos hallamos, que es el de las sociedades cotizadas. Así pues, ¿cuáles son aquellos problemas?

### A) Primer problema: los socios

Comenzando por los socios, el primer problema con el que nos encontramos será la diversidad de estos. En el seno de las cotizadas, tal y como dispone la CNMV<sup>66</sup>, (co)existen dos grandes grupos de accionistas: los de referencia (es decir, aquellos cuyo porcentaje de participación les permite influir e intervenir en la gestión social) y los minoristas (aquellos cuyo porcentaje de participación es tan bajo que su influencia en la gestión es nula o, cuando menos, ínfima). Sin perjuicio de los mecanismos dispuestos por el derecho societario para proteger ocasionalmente a los socios minoritarios, lo cierto es que, por lo general, ambos grupos tienden a gozar de los mismos derechos. Sin embargo, no menos cierto es que sus intereses no siempre pueden o tienen que coincidir, lo cual genera problemas internos.

Ya se dijo anteriormente que el concepto de «interés social» tradicionalmente se ha interpretado cual sinónimo de «ánimo de lucro», aun cuando el artículo 116 del Código de Comercio nada aclara sobre lo abstracto de este concepto, aunque el «lucro» siempre se ha interpretado en sentido económico<sup>67</sup>.

Estando así las cosas, en el seno de las sociedades cotizadas (como Telefónica, Santander o Ferrovial) el pensamiento más recurrente sería afirmar que un socio lo es, es decir, que un inversor actúa en calidad de tal con el único fin de multiplicar el valor de su inversión inicial, pero ¿realmente es así hoy en día? La respuesta nuevamente debe ser: depende, pues dependerá del socio al que se le formule la pregunta. Por seguir con las cotizadas enunciadas, pensemos en los socios mayoritarios de Telefónica<sup>68</sup>, como pueden ser: BBVA, CaixaBank o Blackrock, Inc. Son, sabido es, inversores cuyo objetivo a medio y largo plazo no es únicamente (incluso podríamos decir que ni siquiera exclusivamente) la obtención de ingentes cantidades de dinero. Por el contrario, son inversores que escogen la sociedad objeto de in-

<sup>66</sup> [https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Guias/G09\\_guiaaccionista.pdf](https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Guias/G09_guiaaccionista.pdf)

<sup>67</sup> Por su parte, el Código Civil español introduce algún matiz más de concreción al disponer, en su artículo 1665, que «la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias». <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

<sup>68</sup> <https://www.telefonica.com/es/accionistas-inversores/la-accion/participaciones-significativas/>

versión por razones tan variadas como pueden ser: su relevancia y proyección internacional, el tipo de proyectos que emprende, el acceso a beneficios (económicos, fiscales, etc.) comunitarios y estatales, las apuestas por políticas ESG, la perpetuidad de una inversión; etc.

Habida cuenta que en diciembre de 2021 Telefónica contaba con 1,2 millones de accionistas<sup>69</sup>, si formulásemos la misma pregunta, no ya a su socio BBVA o CaixaBank, sino al millón de accionistas restantes, seguramente la respuesta cambie radicalmente entre unos y otros. Así, quizás el pequeño inversor (sea persona física o jurídica) no ha realizado su inversión para reducir la huella de carbono (¿o sí?), el desarrollo sostenible de la región del Amazonas o la formación de los empleados en materia de igualdad, sino más bien (con cierta seguridad) diría que ha invertido a fin de obtener importantes dividendos anuales<sup>70</sup>. Este planteamiento explica, en gran medida, por qué el código de buen gobierno elaborado por la CNMV se proyecta hacia las sociedades cotizadas y descarta las restantes formas societarias; por qué, en el seno de la Declaración de la Bussines Roundtable, que convocó a «cerca de 181 de los CEO más importantes de Estados Unidos, formalizaron su ruptura con la versión tradicional del beneficio del accionista como fin exclusivo de las grandes corporaciones para defender abiertamente el denominado *stakeholders governance*»; o, en fin, por qué en 2019 «el World Economic Forum publicó el Manifiesto de Davos bajo el título de *The Universal Purpose of a Company in the Fourth Industrial Revolution*, proclamando su propósito de involucrar a todos sus grupos de interés en la creación de valor compartido y sostenido. Al crear tal valor, la empresa sirve no solo a sus accionistas, sino a todas sus partes interesadas» (González Vázquez, 2021).

Este primer problema, no obstante, nos conduce a uno segundo que puede suceder, y se refiere al órgano de administración de la sociedad.

## B) Segundo problema: el órgano de administración

Habiendo restringido previamente el análisis a las sociedades cotizadas y con base en el artículo 529 bis de la Ley de sociedades de capital, la forma del órgano de administración de las cotizadas será necesariamente la del consejo de administración.

De acuerdo con el artículo 209 del citado cuerpo legal «es competencia de los administradores la gestión y representación de la sociedad»<sup>71</sup>. Por tanto, la consecución de la sostenibilidad corporativa descansa, no solo en los socios, sino también (sobre todo) en los administradores.

<sup>69</sup> <https://www.telefonica.com/es/accionistas-inversores/la-accion/participaciones-significativas/>

<sup>70</sup> Lo señalado respecto a los pequeños inversores es una mera especulación con el fin de contraponer dos posturas radicales. En los últimos años, lo cierto es que el contexto social nacional y comunitario ha favorecido notablemente la concienciación de la sociedad en materia ESG: campañas de reciclaje, el pago de las bolsas de plástico en los supermercados, la equiparación de la duración de los permisos de maternidad y paternidad, etc. Aun siendo pequeños detalles, socialmente han tenido una gran y favorable acogida.

<sup>71</sup> <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>

A este respecto, la CNMV recula (respecto a su postura dispuesta en el Código de Olivencia), en la medida en que señala, en el ya citado Código de Buen Gobierno Corporativo, en su versión revisada de 2020<sup>72</sup>, que si bien en sus inicios apostó por la teoría monista al sugerir a las cotizadas la persecución de la denominada «solución financiera», consistente en maximizar el valor de la empresa o en la creación de valor para los accionistas<sup>73</sup>, en la actualidad «la importancia de la RSC de las empresas es una realidad cada vez más asentada, tanto en España como en los países de nuestro entorno, que exige una adecuada atención por parte de los sistemas de gobierno corporativo de las sociedades»<sup>74</sup>.

Con este afán, la CNMV enuncia la responsabilidad del consejo de administración para con «la administración social y la supervisión de la dirección de la sociedad, con el propósito común de promover el interés social»<sup>75</sup>, entendiendo por tal «la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa»<sup>76</sup>. Adicionalmente, añade que «en el actual contexto en que estas recomendaciones van a ser aplicadas, no es posible desconocer que en toda actividad empresarial confluyen otros intereses a los que debe dar respuesta»<sup>77</sup>.

Es cierto, no obstante, que la persecución del interés social (asentado bajo los pilares de la teoría pluralista), conjugado con los criterios ESG, han de respetar máximas normativas tales como el deber de diligencia (art. 225 LSC), el deber de lealtad (art. 227 LSC) o la necesidad de evitar situaciones de conflicto de interés (art. 229 LSC).

---

<sup>72</sup> [https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG\\_2020.pdf](https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf)

<sup>73</sup> Véase, Código de Olivencia: <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf>

<sup>74</sup> Citación extraída del punto 1.2. Actualización del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas. Modificación publicada en 2020. [https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG\\_2020.pdf](https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf)

<sup>75</sup> Principio 9, punto III.3.1 Responsabilidad del consejo de administración.

<sup>76</sup> En este sentido, una de las voces más discordantes ha sido la del Council of Institutional Investor emitida a colación de la Business Roundtable. Para este organismo, la adopción de una interpretación pluralista del interés social dificulta sobremanera la labor del órgano de administración, de forma tal que «la rendición de cuentas a todos es una rendición de cuentas a nadie». Para sustentar su desavenencia, durante 2021 elaboró diversos estudios en cuya virtud muchos administradores declararon no poder cumplir las expectativas esperadas, como consecuencia de la persecución de otros intereses distintos a los societarios. <https://revistaconsejeros.com/sumario/opinion/corporate-purpose-y-esg-cumpliran-con-las-expectativas/>

<sup>77</sup> Note el lector el cambio que ha experimentado la CNMV en un par de años pues, en 1998 la Comisión Olivencia no solo no aludía al concepto de responsabilidad social corporativa, sino que animaba a las cotizadas españolas a perseguir un interés estrictamente económico. Dos décadas más tarde, la CNMV –a través de diversas revisiones– ha pasado a recomendar encarecidamente la persecución de otros fines societarios, que no sean puramente económicos. No solo eso, sino que apuesta sin miramientos por la teoría pluralista del interés social e incluso se aventura a clamar que su consecución no se obtiene mediante el respeto al marco legislativo vigente, sino complementándolo con otros comportamientos basados en la buena fe, la ética y el respeto a los usos, procurando conciliar el propio interés social con los legítimos del interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente.

A pesar de la falta de fuerza normativa de los códigos de buen gobierno de la CNMV, muchas de sus recomendaciones han sido introducidas en la Ley de sociedades de capital y en la Ley del mercado de valores. Ejemplo de ello es el actual artículo 540 de la LSC, en cuya virtud las sociedades cotizadas han de publicar un informe anual de gobierno corporativo que, entre otras cuestiones, incluya una explicación detallada «del grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de aquella».

Para finalizar, la CNMV dedica en exclusiva un principio (el 24) y su consiguiente recomendación (la 55) a la sostenibilidad, a aspectos medioambientales y sociales. A este respecto, impone al consejo de administración de la sociedad cotizada el deber de diseñar y promover políticas sostenibles en materia social y medioambiental, ofreciendo información transparente y suficiente sobre su desarrollo, aplicación y resultados<sup>78</sup>.

### C) Otros problemas

Más allá de las vicisitudes que puedan dimanar del órgano de gobierno y administración de una sociedad en relación con los criterios ESG, lo cierto es que hay otros problemas que pueden surgir de los propios agentes que han impulsado la sostenibilidad corporativa. Ello pueden ser por planteamientos tales como la consideración de los *stakeholders* de que «el aparente cambio de paradigma encubre una operación de maquillaje o *greenwashing*»<sup>79</sup>, o

---

<sup>78</sup> No obstante, lo cierto es que da la impresión de que la CNMV todavía es muy poco rigurosa con el concepto de sostenibilidad corporativa. Tal es así puesto que en la citada recomendación 55 del Código de Buen Gobierno de 2020 dispone que «las políticas de sostenibilidad en materias medioambientales y sociales deben identificar e incluir, al menos, los principios, compromisos, objetivos y estrategias en lo relativo a accionistas, empleados, clientes, proveedores, cuestiones sociales [...] el respeto de los derechos humanos, la prevención de la corrupción y otras conductas ilegales». Sin embargo, tal y como apuntó en su momento Jesús Alfaro Águila-Real, antes que exigir compromisos éticos y morales a las empresas, deberíamos exigir el mero cumplimiento de la ley vigente. Por eso es de extrañar que la CNMV incluya, dentro de la recomendación 55, «el respecto de los derechos humanos o la prevención de la corrupción», pues una cosa es el cumplimiento de las disposiciones legales consignadas en leyes orgánicas u ordinarias (véase, Ley de prevención de blanqueo de capitales) y otra cosa muy distinta es la integración de políticas sostenibles en el seno de una empresa. En este sentido, el citado autor señala que «hay empresas que no cumplen la ley o sus contratos con los *stakeholders*, y este es el verdadero problema. [...] En las empresas del Ibex 35 hay rarísimos casos en que se haya despedido a los directivos por incumplimiento de las normas sobre corrupción o blanqueo. En Alemania se han abierto centenares de expedientes para aplicar el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción; España, prácticamente ninguno». <https://almacenederecho.org/interes-social-cumplimiento-normativo-y-responsabilidad-social-corporativa>

<sup>79</sup> Greenpeace, por ejemplo, lo define como «el acto de confundir a los consumidores en relación con las prácticas medioambientales de una compañía o los beneficios que aporta para el medio ambiente un producto o servicio». <https://centrors.org/proyecto/greenwashing-que-es-y-como-identificarlo/#:~:text=De%20acuerdo%20con%20la%20definici%C3%B3n,ambiente%20un%20producto%20o%20servicio>

porque ha resultado ineficaz frente a sus planteamientos iniciales o, dado el caso, porque resulta contraproducente en relación con la tutea de los grupos de interés.

## 5. Propuestas normativas<sup>80</sup>

### 5.1. La propuesta de directiva de la Unión Europea

Pese a la larga trayectoria de la responsabilidad social (en sus múltiples facetas, esto es, responsabilidad social, responsabilidad social corporativa, responsabilidad social empresarial, ESG o sostenibilidad corporativa) y del gobierno corporativo, lo cierto es que, desde un punto de vista legislativo (nacional, comunitario e internacional) el legislador se ha mostrado bastante reticente con su regulación<sup>81</sup>. No solo eso, sino que cuando se ha mostrado más dispuesto a hacerlo, la crisis sanitaria causada por la covid-19 distrajo su atención. No obstante, en los últimos meses la situación torna a la realidad previa a tal suceso.

A este respecto, desde instancias comunitarias<sup>82</sup> destaca<sup>83</sup> la resolución aprobada por el Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la

---

<sup>80</sup> Lo cierto es que, en este punto, se hará alusión únicamente a la sostenibilidad corporativa desde un punto de vista legislativo, más concretamente a la esperada directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y derechos humanos. Tal es así puesto que es sabido que tanto España como la Unión Europea y otros organismos internacionales han emprendido innumerables proyectos en materia de ESG. Sin embargo, aquellos proyectos e iniciativas son, en su mayoría «voluntarios» (o, mejor dicho, no obligatorios/imperativos), en la medida en que no hallan respaldo en un cuerpo legislativo de obligatorio cumplimiento. Por ello, se ha considerado mucho más importante traer a colación esta novedosa actuación de la Unión Europea y su proyección en el ordenamiento jurídico español.

<sup>81</sup> Sin perjuicio de la propuesta de directiva que se expondrá a continuación, conviene señalar que, a nivel comunitario, de entre las escasas normas existentes y vigentes, se halla la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, relativa a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. Ejemplo de ello son algunos estados de Estados Unidos que han legislado sobre el *benefit corporation*, o el francés con la *Loi Pacte* de 2019 por la que se obliga a las empresas (cotizadas y no cotizadas) a que tengan presente –en su gestión– los impactos sociales y ambientales que comporta su actividad (Pérez Benítez, 2022).

<sup>82</sup> Lo cierto es que se suele achacar esta iniciativa de la Unión Europea a un accidente que tuvo lugar en 2013 en Bangladés (distrito Dacca). Se trata del derrumbe de un edificio (Rana Plaza) que albergaba numerosas fábricas de ropa occidentales, varias tiendas e incluso un banco. La investigación concluyó que el accidente fue causado por el mal estado en que se hallaba el edificio, causa que costó la vida a cerca de 1.200 personas y provocó casi 2.500 heridos. [https://www.ey.com/es\\_es/rethinking-sustainability/propuesta-de-directiva-de-diligencia-debida-de-la-ue](https://www.ey.com/es_es/rethinking-sustainability/propuesta-de-directiva-de-diligencia-debida-de-la-ue)

<sup>83</sup> A pesar de hacer alusión únicamente al proyecto comunitario, se es plenamente consciente de que han sido muchos los organismos europeos e internacionales que han elaborado innumerables documentos,

Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa<sup>84</sup>. Se trata de un documento a través del cual el Parlamento solicitó a la Comisión la confección de un instrumento jurídico –que tendrá forma de directiva–<sup>85</sup> tendente a regular una serie de parámetros o estándares referidos al gobierno corporativo sostenible y la diligencia debida de las empresas. La razón del encargo, según apuntó la propia institución parlamentaria, obedece a la necesidad de pasar del sistema *soft law* al *hard law* pues, desde instancias comunitarias, se ha observado que las normas voluntarias no han logrado avances significativos para prevenir el detrimento del medio ambiente y de los derechos humanos.

La Comisión no solo aceptó el encargo del Parlamento, sino que en menos de un año (en marzo de 2021) emitió su propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, que fue aprobada en febrero de 2022<sup>86</sup>.

Puesto que el documento que se analizará se halla en fase de propuesta, no procede su explicación desde un punto de vista teórico o expositivo, sino más bien desde una perspectiva crítica o ilustrativa. Con este afán, las consideraciones más reseñables son las siguientes.

## A) Ámbito de aplicación / Sujetos obligados

La Unión Europea pretende allanar el camino a la diligencia debida a través de las cadenas de suministro<sup>87</sup>. En consecuencia, las empresas<sup>88</sup> que quedan bajo el paraguas de la propuesta de directiva son las que se ajustan a los siguientes parámetros:

- a) **Empresas comunitarias:** todo tipo de empresas con +500 empleados y un nivel de facturación global de +150 M €; empresas propias de sectores de alto impacto con +250 empleados y nivel de facturación global de +40 M €.

---

proyectos y sugerencias en materia de sostenibilidad (entendida en sentido amplio). Sin embargo, no procede su exposición y explicación, pues no es el objeto perseguido en el presente trabajo.

<sup>84</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_ES.html)

<sup>85</sup> Sabido es por el lector que, a diferencia de los reglamentos, las directivas son normativas comunitarias que requieren de la necesaria transposición al ordenamiento de los Estados miembros, no así los reglamentos, que son aplicables directamente en todo el territorio comunitario. Es, por tanto, un detalle que no deja de ser curioso pues, mediante esta fórmula, la Unión Europea dejará cierto margen interpretativo y de aplicación del contenido de la directiva.

<sup>86</sup> [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0006.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF)

<sup>87</sup> La razón de ser de esta intención se podría vincular al referido accidente laboral que tuvo lugar en Bangladés en 2013.

<sup>88</sup> Note el lector que el legislador comunitario no restringe su ámbito de aplicación solamente a las sociedades cotizadas, sino que alude al genérico concepto de «empresas», del que forma parte cualquier forma societaria.

- b) **Empresas extracomunitarias:** todo tipo de empresas con un nivel de facturación global de +150 M €; o empresas de sectores de alto impacto con una facturación global de +40 M €, con independencia de los empleados que tuviere en ambos casos.

Junto a estos umbrales, la propuesta también enuncia una serie de sectores a los que considera de «mayor impacto», esto es, «el sector del textil, calzado, agrícola, pesquero, alimentario, minero, metalúrgico y de hidrocarburos»<sup>89</sup>, tanto en su actividad productiva como comercializadora.

En este sentido, llama la atención que la propuesta no tome en consideración otros muchos sectores cuya importancia es esencial para la creación de un tejido empresarial sostenible en un mundo altamente globalizado como el actual. Ejemplo de ello es la exclusión de su ámbito de aplicación a las pequeñas y medianas empresas (pymes) o al sector financiero.

- c) **Pymes**

De acuerdo con la Dirección General de Industria y de la Pyme, durante el año 2022 el porcentaje de pymes que ha compuesto (y compone) el tejido empresarial español superó el 96 %<sup>90</sup>, siendo una tendencia que se viene repitiendo desde hace años<sup>91</sup> (cifra que, a nivel comunitario es más escandalosa aun, pues su tejido empresarial ronda el 99 %)<sup>92</sup>.

Estando así las cosas, llama la atención el afán del legislador (nacional y comunitario) de legislar para un pequeño haz de empresas cuyo volumen es poco significativo (aunque de impacto significativo).

Si el objetivo perseguido es el de allanar el camino a la diligencia debida en las cadenas de suministros, pero la propuesta de directiva se proyecta hacia un ámbito tan restringido (empresas con +500 trabajadores y +150 M € de facturación), la pregunta que conviene formular es ¿cómo conseguir aquel objetivo? ¿Acaso se está nombrando tácitamente como «supervisor sostenible»<sup>93</sup> a las grandes empresas? ¿Acaso una gran empresa tiene la potestad de obligar a las pymes a cumplir con los criterios ESG personalizados a la estructura e interés social de la gran empresa? Es más. ¿Puede Inditex obligar a sus fábricas textiles dispersas

<sup>89</sup> <https://www.uria.com/documentos/circulares/1498/documento/12700/nota-ESG.pdf?id=12700&forceDownload=true>

<sup>90</sup> <http://www.ipyme.org/Publicaciones/CifrasPYME-enero2022.pdf>

<sup>91</sup> <http://www.ipyme.org/es-ES/publicaciones/Paginas/estadisticaspyme.aspx>

<sup>92</sup> <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/63/las-pequenas-y-medianas-empresas>

<sup>93</sup> Figura que recordaría a la ya creada por el legislador comunitario en el seno de las plataformas digitales, esto es, *gatekeepers* o «guardianes de acceso» del ecosistema digital.

por todos los continentes a ser sostenibles en su producción? Pensemos en uno de sus pequeños talleres de confección sito en Turquía o Pakistán.

Pero ¿cómo se puede exigir a una pyme ser sostenible en su proceso productivo si la propuesta de directiva excluye a este tipo de empresas de su ámbito de aplicación? Entonces, ¿cómo se allana el camino a la sostenibilidad y a la diligencia debida mediante la gestión de la empresa? La solución del legislador pasa por responsabilizar a las grandes empresas de la falta de cumplimiento de sus proveedores en esta materia. Claro es que de esta respuesta dimana un sinfín de preguntas. Por ejemplo: ¿cómo controlará la Unión Europea el cumplimiento de estos parámetros normativos? ¿Crearé un órgano de supervisión comunitario? ¿Qué parámetros exactos han de cumplir las grandes empresas y sus proveedores? ¿Podría ser este un elemento competitivo que afecte –positiva o negativamente– a las empresas comunitarias frente a las extranjeras/no comunitarias cuyas obligaciones en materia ESG son más laxas? ¿Obligaré esta normativa a las empresas comunitarias a restringir sus vínculos colaborativos empresariales internacionales?

Sea como fuere, lo cierto es que la concreción y aclaración de estos interrogantes tendrá que esperar hasta que el documento adquiera fuerza normativa y, en cualquier caso, sea transpuesto al ordenamiento jurídico de los Estados miembros de la Unión Europea.

#### d) **Sector financiero**

Ya se dijo que llama la atención la exclusión concreta del sector financiero dentro del elemento de empresas de «mayor impacto», pero cuya razón de ser se encuentra –según apuntó la Unión Europea– en la especificidad del sector, para el cual sugiere la elaboración de normas sectoriales.

### B) Implicaciones<sup>94</sup>

Más allá del apunte referido a su ámbito de aplicación, la propuesta de directiva incluye un importante abanico de obligaciones en materia de diligencia debida. De entre todas ellas, destacan las siguientes:

#### a) **La integración de la diligencia debida en la estrategia empresarial**

Sobre este extremo, la propuesta alude a la obligación del órgano de administración de velar por la empresa «teniendo en cuenta las cuestiones de sostenibilidad [...] incluidos, cuando proceda, los DD. HH., el cambio climático y las

<sup>94</sup> Ríos Estrella y Navarro Manich (2020).

cuestiones medioambientales cuando proceda, a corto y largo plazo»<sup>95</sup>. Se trata de una obligación que muestra la clara inclinación del legislador comunitario por la teoría pluralista del interés social. La forma en que proyecta su cumplimiento se refiere a la elaboración de los (ya existentes) códigos de conducta susceptibles de ser actualizados con una periodicidad anual, aunque no alude a su eventual contenido mínimo.

#### b) **Identificación de efectos adversos**

Otra de las obligaciones que impondrá la directiva se refiere a la identificación de los riesgos o impactos, presentes o eventuales, provocados por la propia empresa, sus filiales o por su cadena de suministro o proveedores. Al efecto, las empresas (obligadas) estarán obligadas a investigar los posibles impactos que pueda causar su actividad sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Dicha investigación se podrá realizar mediante el empleo de recursos internos o externos (p. ej., expertos independientes), si bien, en todo caso, tendrán que consultar a los eventuales perjudicados (es decir, a sus *stakeholders*). Adicionalmente, y con el fin de velar por su cumplimiento, se concibe la creación de la denominada Red Europea de Autoridades de Control, constituida por numerosas autoridades de cada Estado miembro, a fin de colaborar en el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de la (inminente) directiva.

#### c) **Prevención y mitigación de los (potenciales) efectos adversos**

La necesaria consecuencia de la anterior obligación es la elaboración de un marco adecuado de medidas tendentes a prevenir o paliar los efectos dañinos o adversos que pueda causar una empresa obligada, sus filiales o sus proveedores y colaboradores.

Para ello, se proponen múltiples mecanismos de actuación, tales como la elaboración de planes de actuación, el refuerzo de garantías referidas a los clientes y proveedores, la suspensión o resolución contractual de ciertos clientes o proveedores, etc.

Desde un punto de vista teórico, e incluso quizás práctico, son medidas muy favorables al cumplimiento del objetivo perseguido por la Unión Europea. Sin embargo, es cierto que su implantación requiere de especial cuidado, pues fácilmente se puede abrir el debate entre la sostenibilidad/viabilidad económica vs. sostenibilidad corporativa y la rentabilidad o no del pago de sanciones vs. su cumplimiento.

Más allá de las referidas obligaciones, la propuesta alude a otros tantos extremos como, por ejemplo, la disposición de un régimen de responsabilidad civil

<sup>95</sup> Véase, el punto referido a la «Evaluación de impacto» de la propuesta de directiva, pág. 14.

acompañado de sanciones de naturaleza pecuniaria y la consiguiente monitorización de las medidas de identificación, prevención o mitigación de su impacto; un conjunto de procedimientos que permitan a los interesados reclamar los daños causados por los efectos adversos de la actividad realizada por la empresa, por sus filiales o por su cadena de suministros; un conjunto de obligaciones previstas para luchar contra el cambio climático, tomando como referencia las bases consensuadas en los Acuerdos de París<sup>96</sup>; un amplio elenco de obligaciones destinadas a los directivos de las empresas. A este respecto, la propuesta contempla obligaciones tales como la toma en consideración –por parte de los directivos– de los intereses sostenibles, medioambientales y de los derechos humanos, no así únicamente sus propios intereses económicos. Junto a la ampliación del interés social, proponen la creación de un sistema de retribución basado en el cumplimiento de obligaciones referidas al plan interno empresarial en materia sostenible, entre otras cuestiones.

Estando así las cosas, cabe preguntarse si el legislador español tiene proyectada la reforma de la Ley de sociedades de capital a fin de introducir un nuevo deber de los administradores –el deber de sostenibilidad– junto al deber de diligencia (art. 225 LSC) y el deber de lealtad (art. 227 LSC).

## 5.2. Incorporación al derecho español

A nivel nacional, teniendo en cuenta que la Unión Europea ha optado por regular la sostenibilidad corporativa mediante la referida propuesta de directiva, la fase que sigue a continuación consistirá en la remisión de la misma al Parlamento Europeo a fin de lograr su aprobación (trámite que, no obstante, se estima que se cumplimente durante el año 2023) (Salas Compás, 2022).

Junto a su aprobación y con base en el artículo 30 de la propuesta, los Estados miembros tendrán la obligación de incorporarla a sus correspondientes ordenamientos jurídicos. Sin embargo, su impacto no será inminente, pues se contemplan dos periodos de transición: dos años (previsiblemente 2025) para las empresas del primer grupo (es decir, las comunitarias), cuatro años (2027) para las del segundo grupo (extracomunitarias).

Así pues, ¿cómo afectará al ordenamiento jurídico español? La mayor parte de las empresas españolas (sean cotizadas o no) son conscientes del creciente impacto e importancia de la sostenibilidad corporativa. Mayor dosis de consciencia tienen las cotizadas, habida cuenta de las implicaciones de los ya referidos códigos de buen gobierno corporativo de la CNMV.

<sup>96</sup> <https://unfccc.int/es/acerca-de-las-ndc/el-acuerdo-de-paris>

Pero, no solo la CNMV, sino también otros organismos<sup>97</sup>, mediante instrumentos varios, han divulgado las implicaciones de los criterios ESG tanto para las empresas como para la sociedad en su conjunto. En consecuencia, la Red Española del Pacto Mundial, en colaboración con la Secretaría de Estado para la Agenda 2030<sup>98</sup>, ha realizado una consulta a nivel empresarial cuyos resultados son demoledores, toda vez que «tan solo el 8 % de las compañías afirman medir el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos» (Salas Compás, 2022, p. 11).

En consecuencia, «el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 ha abierto una consulta previa<sup>99</sup> para elaborar un futuro Anteproyecto de Ley de protección de derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales» (Ríos Estrella y Navarro Manich, 2022).

Habida cuenta del plazo de aprobación de la propuesta de directiva y su consiguiente plazo de transposición al derecho nacional, es probable que presenciemos una conjugación o choque (en función de cómo se produzca el ajuste entre ambos cuerpos normativos) entre el anteproyecto nacional del Ministerio de Derechos Sociales y la directiva comunitaria.

Sea por la vía nacional o por la vía comunitaria, lo cierto es que es más que manifiesta la necesidad y el apremio de adecuar el marco legislativo español a los actuales (y venideros) tiempos que exigen la tenencia de una empresa sostenible, lo cual pasará, nuevamente, por la necesaria reforma de cuerpos legislativos tales como la Ley de sociedades de capital o la Ley del mercado de valores, entre otras.

## 6. Conclusiones

El presente trabajo ha sido elaborado bajo la previa consideración de la extensión e implicaciones que *per se* tienen los temas abordados. En este sentido, se es consciente de que cada uno de los bloques abordados fácilmente puede ser objeto de una investigación mucho más amplia y detallada. Sin embargo, la decisión de conjugarlos obedece, sobre todo, a las iniciativas legislativas de la Unión Europea y del legislador español, pues, como se ha tenido oportunidad de mostrar, no se puede hablar de gobierno corporativo sin hablar de ESG o sostenibilidad empresarial y viceversa.

<sup>97</sup> Ya se citó anteriormente, pero uno de aquellos organismos es la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, a través de Iniciativa RSE - PYME. [http://www.ipyme.org/es-ES/Financiacion/ProgramasAnteriores/RSE/Paginas/ResponsabilidadSocialEmpresa\\_Ficha.aspx](http://www.ipyme.org/es-ES/Financiacion/ProgramasAnteriores/RSE/Paginas/ResponsabilidadSocialEmpresa_Ficha.aspx)

<sup>98</sup> <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/>

<sup>99</sup> <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/220208-consulta-publica-definitiva.pdf>

Asimismo, el planteamiento efectuado ha permitido analizar el origen del asunto. En primer término, se ha comprobado que lo que actualmente conocemos como «criterios ESG» no es ni mucho menos un tema novedoso, sino, por el contrario, es un comportamiento o, si se quiere, una cultura empresarial que se retrotrae a siglos pasados, aunque bajo una perspectiva y con implicaciones ciertamente diferentes a las actuales. Más aun en el seno de una economía fuertemente globalizada y tecnologizada como es la actual.

Junto a la sostenibilidad empresarial, o incluso como parte de la misma, se halla el gobierno corporativo. Un gobierno que, como órgano rector de la vida societaria, debe asumir un conjunto de medidas mucho más reforzadas para con el entorno del que forma parte, que explota y en el que se halla. Se trata de un entorno con múltiples proyecciones (sociales, económicas, medioambientales, etc.) y, sobre todo, sumamente cambiante.

El estudio realizado en las líneas previas ha permitido dibujar el contexto del que venimos y en el que nos encontramos, pero también ha permitido elaborar previsiones a futuro. Tomando buena nota de ello, la Unión Europea ha emprendido un tímido, pero arduo, camino hacia la imposición de obligaciones dirigidas a ciertas empresas y sectores que se encuentran en situación alarmante.

No obstante, del análisis realizado sobre la propuesta de directiva, se pueden alcanzar varias conclusiones. La primera de ellas se refiere tanto a su tardanza en sentido temporal (pues, como se dijo, al momento de escribir estas líneas, es solamente una propuesta de directiva) como a su forma, pues no se regula mediante un reglamento, sino más bien tomará forma de directiva. Ello conduce a una segunda conclusión y es que, como toda directiva, requiere de la necesaria transposición a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, lo cual deja cierto margen interpretativo y de (in)aplicación a gusto de cada Estado.

En lo concerniente a su contenido, se mostró que la propuesta de directiva enuncia un conjunto de obligaciones, pero no descende a sus detalles aplicativos, lo cual podrá generar ciertas disparidades entre los Estados miembros en su aplicación.

Finalmente, a lo largo del trabajo se apuntó que, de acuerdo con el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, más del 96 % del tejido empresarial español (por lo menos el año 2022) estuvo compuesto por pymes. Ello es indicativo de que la propuesta de directiva no se aplicará a un elevado número de sujetos obligados, pero posiblemente su impacto sea sustancial en la medida en que su ámbito de aplicación se refiere a «grandes empresas». Es cierto, no obstante, que el futuro hablará sobre lo acertado o no de la directiva.

Este panorama podría explicar, en buena medida, la iniciativa del legislador nacional de emprender una reforma propia en materia de sostenibilidad empresarial e introducir, casi con toda seguridad, un nuevo deber de los administradores de las sociedades: el deber de la sostenibilidad.

Sin embargo, la duda que dimana de este planteamiento es la siguiente: ¿cómo se abordará este nuevo contexto desde el punto de vista legislativo? La respuesta debe pasar por la necesaria reforma de cuerpos normativos tan importantes como son la Ley de sociedades de capital y la Ley del mercado de valores.

Sea como fuere, lo único claro es que serán los próximos años los que nos ofrezcan las respuestas a los muchos interrogantes que plantea la conjugación de la responsabilidad social y el gobierno corporativo.

## Referencias bibliográficas

- Aguñaga, D. y Badiola, R. (2020). Antecedentes del Gobierno Corporativo. *Boletín de Gobierno Corporativo*. Deloitte.
- Alfaro Águila-Real, J. (2016). Interés social, cumplimiento normativo y responsabilidad social corporativa. *Almacén de Derecho*. <https://almacendederecho.org/interes-social-cumplimiento-normativo-y-responsabilidad-social-corporativa>
- Comisión de las Comunidades Europeas. (2001). Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0366&from=ES>
- Fernández Izquierdo, M. A., Muñoz Torres, M. J., Rivera Lirio, J. M. y Ferrero Ferrero, I. (2010). *El gobierno corporativo como motor de la responsabilidad social corporativa*. Universitat Jaume I.
- García, A. P. (2003). Ley de Transparencia de las Sociedades Cotizadas. Del «Informe Aldama» al BOE. *Escritura Pública*, 23. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3426577>
- González Vázquez, J. C. (2021). Corporate Purpose y ESG. ¿Cumplirán con las expectativas? *Consejeros*. <https://revistaconsejeros.com/sumario/opinion/corporate-purpose-y-esg-cumpliran-con-las-expectativas>
- Lizcano Álvarez, J. L. (2006). *Buen gobierno y responsabilidad social corporativa*. Partida Doble.
- OIT (Oficina Internacional del Trabajo). (s.f.). La OIT y la responsabilidad social de la empresa (RSE). *Helpdesk de la OIT. Programa de Empresas Multinacionales*, 1. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/---emp\\_ent/---multi/documents/publication/wcms\\_142694.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_142694.pdf)
- Pérez Benítez, J. J. (2022). El capitalismo iluminado: la propuesta de directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad. *Diario La Ley*, 10103. Wolters Kluwer.
- Pérez Sánchez, A. (2001). Crisis asiática e importación de capital: implicaciones para la globalización de la economía mundial. *Cuadernos de Estudios Empresariales*.
- Ribas, X. (2022). *Guía práctica de ESG*. Aranzadi.
- Ríos Estrella, M. y Navarro Manich, J. A. (2022). *ESG: Propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas*



en materia de sostenibilidad y derechos humanos. Uría Menéndez. <https://www.uria.com/documentos/circulares/1498/documento/12700/nota-ESG.pdf?id=12700&forceDownload=true>

Rodríguez Jover, A. (2019). *Responsabilidad Social Corporativa*. Ic Editorial.

Rothmann Bowen, H. (1953). *Social Responsibilities of the Businessman*. University of Iowa Press.

Sabogal Bernal, L. F. (2011). El «interés social»: apuntes teóricos en el marco socioeco-

nómico del Derecho de Empresa. *Revista de Mercatoria*, 10(1).

Salas Compás, M. B. (2022). Propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: un análisis de su aplicación en el mercado español. XX Congreso Asepuc, Málaga. [https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/24444/ComunicacionXX-EncuentroInternacionalASEPUC\\_Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/24444/ComunicacionXX-EncuentroInternacionalASEPUC_Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

**Ana María Vaduva.** Graduada en Derecho, máster en Asesoría Jurídica de Empresas y experta en Derecho Corporativo y Control de Riesgos Legales por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Práctica de la Abogacía por la UDIMA. Prácticas en Abdón Pedrajas Abogados y en Nummera Asesores. Adjunta a gerencia en Dermatoclinic. Contratación en Eduardo Luque Abogados y en Recoletos Consultores para el desempeño de labores propias del cumplimiento normativo. <https://orcid.org/0000-0002-0957-3054>



# La peregrinación jurisdiccional de las víctimas para interponer una reclamación contra los eventuales responsables del daño. Una propuesta *de lege ferenda*

Juan Panisello Martínez

Doctor en Derecho (España)

[bufetepanisello@gmail.com](mailto:bufetepanisello@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0003-1806-7812>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Ramón Navarro Miranda, doña Marlen Estévez Sanz, doña Esther de Félix Parrondo, don Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, doña Esther Muñiz Espada y don Pedro Portellano Díez.

## Extracto

El conflicto de jurisdicciones no es un conflicto menor. En función de la jurisdicción ante la que se plantee la demanda las consecuencias serán diferentes, pues los tribunales no resuelven con arreglo a los mismos criterios. El problema se agrava cuando dos órdenes jurisdiccionales diferentes pretenden atraer hacia sí la competencia para resolver determinados asuntos, o cuando, de hecho, ambos asumen directamente su competencia. La división entre órdenes de la jurisdicción y su especialización únicamente tendrá sentido si las normas de atribución garantizan la exclusividad en una determinada materia y que a la vez goce de una unidad en sí misma, la cual a su vez genere el suficiente volumen de asuntos que justifique el establecimiento de tribunales especializados para resolver todos los pleitos que se originen.

**Palabras clave:** jurisdicción; competencia; responsabilidad; daño; víctima.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado: 05-04-2024

**Cómo citar:** Panisello Martínez, J. (2024). La peregrinación jurisdiccional de las víctimas para interponer una reclamación contra los eventuales responsables del daño. Una propuesta *de lege ferenda*. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 279, 41-72. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19015>



# The jurisdictional pilgrimage of the victims to file a claim against those possibly responsible for the damage. A proposal *de lege ferenda*

Juan Panisello Martínez

This work has been selected for publication by: Mr. José Ramón Navarro Miranda, Mrs. Marlen Estévez Sanz, Mrs. Esther de Félix Parrondo, Mr. Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, Mrs. Esther Muñiz Espada and Mr. Pedro Portellano Díez.

## Abstract

The conflict of jurisdictions is not a minor conflict. Depending on the jurisdiction before which the claim is brought, the consequences will be different, since the courts do not decide according to the same criteria. The problem is aggravated when two different jurisdictional orders seek to attract jurisdiction to decide certain cases, or when, in fact, both directly assume jurisdiction. The division between orders of jurisdiction and their specialization will only make sense if the rules of attribution guarantee exclusivity in a given matter and at the same time enjoy a unity in itself, which in turn generates a sufficient volume of cases to justify the establishment of specialized courts to resolve all disputes that arise.

**Keywords:** jurisdiction; competence; responsibility; damage; victim.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 05-04-2024

**Citation:** Panisello Martínez, J. (2024). La peregrinación jurisdiccional de las víctimas para interponer una reclamación contra los eventuales responsables del daño. Una propuesta *de lege ferenda*. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 279, 41-72. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19015>



## Sumario

1. Eventuales responsables y jurisdicciones competentes
  2. La denominada responsabilidad civil derivada del delito
    - 2.1. Daños provocados por delitos y acción para la reparación del daño
    - 2.2. Posibilidades de accionar para plantear la indemnización de daños
  3. El conflicto competencial con la jurisdicción contencioso-administrativa
    - 3.1. Responsabilidad penal, civil y administrativa
    - 3.2. Responsabilidad de la Administración sin responsabilidad penal del personal a su servicio
      - 3.2.1. En general
      - 3.2.2. La acción de regreso y el aseguramiento de la responsabilidad de la Administración
  4. El conflicto competencial con la jurisdicción laboral
    - 4.1. Evolución de la atribución competencial
    - 4.2. Pluralidad de demandantes y de demandados
      - 4.2.1. Concurrencia de demandados: la vía de un único procedimiento o la jurisdicción electiva
      - 4.2.2. La concurrencia de demandantes
  5. Una propuesta *de lege ferenda*
    - 5.1. La fijación del nivel óptimo de especialización
    - 5.2. El establecimiento de criterios de atribución exclusivos y unívocos
  6. A modo de reflexión final
- Referencias bibliográficas

## 1. Eventuales responsables y jurisdicciones competentes

Producido un daño, el perjudicado o sus causahabientes pueden ejercer la pretensión resarcitoria ante los tribunales del orden jurisdiccional civil. No obstante, este principio general tiene numerosas excepciones, debido a que los daños materiales o personales han podido ser causados por personas o entidades de derecho público o privado. En el derecho español de daños la pretensión civil que se ejercita ante los tribunales de la jurisdicción civil es la solución por defecto, al igual que las reglas civiles tradicionalmente aplicables a la pretensión resarcitoria una vez producido un daño. Las excepciones a este principio general de aplicación de las normas civiles y de competencia de la jurisdicción civil, aunque están previstas en las normas sustantivas y tienen su reflejo en las reglas de atribución de competencia jurisdiccional, han generado un cuerpo complejo y contradictorio de criterios<sup>1</sup>.

La competencia de los órganos judiciales de cada uno de los órdenes jurisdiccionales viene atribuida por la LOPJ (art. 9) y por las normas legales de carácter procesal, encomendándose a las regulaciones materiales los criterios para velar por las pretensiones tras la producción de un hecho dañoso. A pesar de ello, en la práctica la aplicación judicial del derecho de daños suele ocasionar conflictos de competencia entre órdenes jurisdiccionales, por entender que su enjuiciamiento corresponde a otra jurisdicción o por disputarse la competencia sobre un mismo asunto. En realidad, la discusión tiene por objeto determinar qué órgano judicial dispone de jurisdicción para conocer y resolver el asunto de acuerdo con los criterios de atribución de asuntos que corresponden a cada orden jurisdiccional (Garberí Llobregat, 2008, p. 442). En todo caso, la solución corresponde finalmente a la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, que establecerá mediante auto la jurisdicción competente para conocer del asunto que se haya planteado a la Sala Especial (arts. 42 a 50 LOPJ).

El derecho de daños está distribuido en cuatro regulaciones materiales diferentes: la civil, cuyo régimen jurídico básico es el previsto en los artículos 1902 a 1910 CC; la penal, prevista para la responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos; la administrativa, prevista para la responsabilidad civil de las Administraciones públicas; y la laboral, que si bien no contiene normas generales en materia de responsabilidad civil, dispone de normativa que pronostica la responsabilidad civil del empresario por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los trabajadores. Cada uno de estos bloques normativos cuenta con sus propias leyes procesales, aplicadas de forma exclusiva y excluyente por los tribunales de cada uno de los órdenes jurisdiccionales. La división de asuntos entre los órdenes jurisdiccionales potencialmente competentes para resolver una pretensión de indemnización por daños responde, en lo esencial, a dos criterios.

---

<sup>1</sup> Se ha ocupado de esta cuestión de forma especial Gómez Ligüerre (2016 y 2019).

En primer lugar, el criterio objetivo, que atiende a la calificación jurídica de los actos que causaron el daño y que distingue entre actividades delictivas y actividades no delictivas; de esta forma se identifican los casos que son competencia de la jurisdicción penal. Si el orden penal considera que es competente para conocer de un asunto, el resto de los tribunales de otros órdenes jurisdiccionales debe acatar la resolución del tribunal penal que conozca del asunto (art. 44 LOPJ). La preferencia de la jurisdicción penal para el conocimiento de asuntos que puedan ser constitutivos de delito comporta el efecto preclusivo que la acción penal tiene sobre procesos seguidos ante otros órdenes jurisdiccionales por los mismos hechos (art. 114 LECrim).

El segundo criterio de atribución jurisdiccional es subjetivo. El orden jurisdiccional competente se establecerá en función del régimen jurídico aplicable al eventual responsable del daño. Este criterio subjetivo es el que plantea más problemas en la práctica, sobre todo en todos aquellos casos en que varios sujetos causan un daño y cada uno de los responsables está sometido a un régimen jurídico diferente. La coincidencia de regímenes subjetivos diversos comporta, en la práctica, problemas de atribución de la competencia jurisdiccional para conocer la pretensión indemnizatoria de la víctima<sup>2</sup>. El reconocimiento de competencia entre las jurisdicciones civil, contencioso-administrativa y social debe realizarse conforme a la distribución de competencias por razón de asuntos que se incluyen en la LOPJ.

Resulta difícilmente explicable que la existencia y alcance de la pretensión indemnizatoria pueda ser enjuiciada por cuatro jurisdicciones potencialmente competentes –civil, penal en su caso, social y contencioso-administrativa–, enjuiciándose con arreglo a cuatro leyes procesales diferentes y, a menudo, con estándares de responsabilidad civil diferentes. En todos los casos, sin embargo, la pretensión de la víctima no es otra que obtener una compensación del daño que ha sufrido. La diversidad de regímenes legales y de jurisdicciones competentes comporta inseguridad jurídica ante la falta de uniformidad en las decisiones sobre resarcimiento de daños. Los mismos tipos de daños son enjuiciados de forma diversa por cada uno de los órdenes jurisdiccionales con base en normas legales que prevén consecuencias diferentes para el supuesto de causación de daños (Gómez Ligüerre, 2019, pp. 28 y 30).

La distribución de competencias entre órdenes jurisdiccionales tiene en cuenta a los posibles responsables de los accidentes –particular, empleador o funcionario– para, en función del régimen jurídico que resulte aplicable, asociar un estándar diferente de responsabilidad que será aplicado por un orden jurisdiccional específico. En ningún momento se tiene en cuenta la pretensión de la víctima. Las diferencias solo desaparecen cuando el daño es consecuencia de un delito. En ese caso la atribución de competencia no obedece a la naturaleza de la pretensión indemnizatoria ejercitada por la víctima del daño, sino a la supuesta naturaleza criminal de los comportamientos que, además, causaron daños.

---

<sup>2</sup> Piénsese en los supuestos en que la víctima, en lugar de reclamar la reparación del daño a la Administración pública titular del servicio público que lo causó, se dirige contra la compañía aseguradora de la Administración o contra el personal contratado para la prestación del servicio público.

Por eso es acertada la apreciación de Gómez Ligüerre (2016, pp. 4-7) cuando afirma que, al menos en lo que tiene relación con la distribución de competencias entre órdenes jurisdiccionales, se aprecia que el derecho de daños es un derecho de responsables, no de víctimas. La atribución de competencia de jurisdicción tiene en cuenta el régimen legal aplicable al demandado, potencial responsable del daño.

Como se ha dicho, el conflicto de jurisdicciones no es un conflicto menor. En función de la jurisdicción ante la que se plantee la demanda las consecuencias serán diferentes, pues los tribunales no resuelven con arreglo a los mismos criterios. El problema se agrava cuando dos órdenes jurisdiccionales diferentes pretenden atraer hacia sí la competencia para resolver determinados asuntos, o cuando, de hecho, ambos asumen directamente su competencia, lo que desemboca como veremos en una jurisdicción electiva.

## **2. La denominada responsabilidad civil derivada del delito**

### **2.1. Daños provocados por delitos y acción para la reparación del daño**

En el ordenamiento jurídico español la responsabilidad por los daños derivados de un delito se dilucida en el proceso penal cada vez que, habiéndose dictado sentencia penal condenatoria, la víctima no haya renunciado a la acción civil o no se la haya reservado para ejercitarla en un procedimiento civil posterior. Es un sistema cuya finalidad es proteger al perjudicado, a quien le basta con guardar silencio para que el Ministerio Fiscal pida para él una reparación del daño sufrido. Este es un sistema que tiene ventajas, pero en el que los inconvenientes no deben pasar inadvertidos. Y es que el modelo español presenta unas especificidades que lo convierten en algo realmente singular (Yzquierdo Tolsada, 2014, pp. 1.105 y ss.).

La doctrina mayoritaria considera que la responsabilidad civil contemplada en el artículo 1092 del CC no procede del delito, sino del daño injusto que el delito genera, lo que la aproxima a la responsabilidad derivada de actos u omisiones no penados por la ley en que intervenga culpa o negligencia, prevista en el artículo 1093 del CC (Díez-Picazo, 1999, pp. 269 y ss.; Díez-Picazo, 2008, pp. 235 y ss.; Alastuey Dobón, 2010, pp. 443 y ss.). La responsabilidad civil derivada de los delitos encuentra su acomodo en el artículo 109.1 del CP, que obliga a reparar los daños y perjuicios causados por el delito. Como ilustra Díez-Picazo (1999, pp. 275-278), tras un repaso de la mejor doctrina, esta interpretación de los artículos 1902 y 1903 CC ha sido unánime y sin fisuras.

La codificación penal fue anterior a la civil y el legislador penal incluyó en el Código normas civiles sobre reparación de daños causados por delitos. Así, cuando con posterioridad se aprobó el Código Civil, se respetó la existencia de los preceptos del Código Penal y por ese motivo el artículo 1092 del CC prevé que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos se regirán por las disposiciones del Código Penal (Gómez Ligüerre, 2009, pp. 11-12). Con

independencia de las razones históricas que explican la regulación de la materia en el Código Penal (Díez-Picazo, 1999, pp. 269-273; Yzquierdo Tolsada, 1990, pp. 2.109 y ss. y 1993, pp. 51 y ss.), lo cierto es que las cosas continúan igual y que el artículo 1092 del CC constituye una norma incompleta, que únicamente remite de manera expresa a la regulación contenida en el Código Penal<sup>3</sup>, con independencia de cuál sea el orden jurisdiccional que la aplique (Llamas Pombo, 2010a, p. 1190).

Que la pretensión indemnizatoria se articule en un proceso civil o penal, de manera conjunta en el proceso penal, o de manera independiente en un proceso civil, no trastorna el contenido de la obligación de indemnizar. Tanto doctrina como jurisprudencia son coincidentes y unánimes en la afirmación de que no hay dos tipos de responsabilidad civil, una derivada del delito y otra del acto o la omisión culpable, sino una responsabilidad que nace del acto u omisión ilícitos. Las únicas infracciones penales susceptibles de originar responsabilidad civil son aquellas en las que el hecho, además de ser constitutivo de delito, constituye a la vez un ilícito civil. Su regulación en el Código Penal no significa, por tanto, un cambio de naturaleza jurídica, es decir, la acción *ex delicto* no pierde su naturaleza civil por el hecho de ser ejercitada en un proceso penal (Gómez Ligüerre, 2019, p. 72).

La obligación indemnizatoria no deriva del delito, sino de los daños causados por una conducta que –sea o no delito– reúne los requisitos de imputabilidad y causalidad que exige el ordenamiento civil. Y del olvido de una idea tan simple surgen todos los problemas. La denominada responsabilidad civil *ex delicto* es la misma responsabilidad civil del artículo 1093 CC (Pantaleón Prieto, 1993, p. 6), siendo competente para fijar las responsabilidades civiles el tribunal penal, salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas ante la jurisdicción civil (art. 109.2 CP) o en la vía que corresponda (art. 119 CP) (Gómez Ligüerre, 2019, pp. 74-75).

## 2.2. Posibilidades de accionar para plantear la indemnización de daños

En la práctica, el sistema competencial español referido a las jurisdicciones civil y penal lleva a plantear cuatro posibles supuestos (Llamas Pombo, 2010b, pp. 41 y ss.; Yzquierdo Tolsada, 2006, pp. 575 y ss.; Roig Torres, 2010, pp. 84 y ss.):

- a) Primer supuesto. Cuando en un proceso penal el damnificado no desiste de la pretensión indemnizatoria ni se la reserva para plantearla con posterioridad ante el orden jurisdiccional civil, entonces el ejercicio de la acción penal comporta el ejercicio de la acción civil (arts. 112 y 114 LECrim.). Según la jurisprudencia el proceso penal está presidido por el principio de oficialidad mientras que las pre-

<sup>3</sup> La remisión a los artículos 109 a 126 del CP debe ser completada con los artículos 100 a 117 de la LECrim.

tensiones civiles por los principios dispositivo, de rogación y de congruencia, por lo que el tribunal penal solo podrá pronunciarse sobre la pretensión civil si existe una petición expresa del propio perjudicado o del Ministerio Fiscal<sup>4</sup>.

- b) Segundo supuesto. Si el ejercicio de la acción penal comporta también el ejercicio de la acción civil y la sentencia penal es condenatoria, el tribunal penal tiene que pronunciarse sobre la procedencia de la responsabilidad civil, la cuantía de la indemnización y los sujetos civilmente responsables<sup>5</sup>. Los damnificados ya no podrán posteriormente acudir al orden jurisdiccional civil, aunque no se les reconozca en el orden penal derecho a indemnización<sup>6</sup>.
- c) Tercer supuesto. En el caso que se dicte auto de sobreseimiento o la sentencia penal sea absolutoria, el tribunal penal no podrá pronunciarse sobre la responsabilidad civil, quedando entonces abierta la vía civil para su reclamación (Gómez Ligüerre, 2019, pp. 106 y ss.). La única excepción a esta regla es que la sentencia penal absolutoria declare que una persona no fue el autor del hecho, o que no existió el hecho del que pudiera nacer la responsabilidad civil; entonces el asunto tiene efecto de cosa juzgada, no resultando posible acudir a la vía civil<sup>7</sup>.

En el ámbito penal una persona puede quedar absuelta por la falta de prueba de la existencia del hecho, o porque habiendo existido el hecho no se aprecia culpabilidad o debido a que los elementos del tipo son idénticos. Mientras que en el supuesto de la inexistencia del hecho quedará cerrada la vía civil (art. 116 LE-Crim.), en los demás supuestos podrá recibir una respuesta diferente en el orden civil, sin que ello signifique contradicción con lo declarado en la sentencia penal ni ruptura del principio *non bis in idem* (Yzquierdo Tolsada, 2014). Que la conducta no sea sancionable con arreglo a la normativa penal no significa que no pueda ser fuente de responsabilidad civil, en su caso<sup>8</sup>.

Estas ideas se ven un tanto alteradas en el campo de la responsabilidad civil en la conducción en el que se introduce el elemento del seguro obligatorio. En efecto, si incoado proceso penal por hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil en la circulación de vehículos de motor recayera sentencia absolutoria y el perjudicado no hubiera renunciado a la acción civil ni la hubiera reservado para ejercerla separadamente, el tribunal penal dictará a instancia de parte auto de cuantía máxima. Esta

<sup>4</sup> SSTS de 1 septiembre de 1999 (rec. de casación núm. 2192/1998) y 15 de noviembre de 2006 (rec. de casación núm. 10241/2006).

<sup>5</sup> STS de 21 de mayo de 1993 (rec. núm. 3044/1990) y STC 78/1986, de 13 junio.

<sup>6</sup> STS de 19 de noviembre de 2004 (rec. de casación núm. 1407/2003, NormaCEF NCJ053505).

<sup>7</sup> Vid. SSTS de 30 de marzo de 2005 (núm. 212/2005) y 24 de marzo de 2010 (rec. extraordinario por infracción procesal núm. 977/2005).

<sup>8</sup> SSTC de 21 de octubre de 2004 (NormaCEF NCJ040426) y 22 de septiembre de 2008 (NormaCEF NCJ046820), entre otras.

solución es regulada normativamente en el artículo 13 del Real Decreto legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. (TRLRCSCVM).

En estos casos con un testimonio del auto de cuantía máxima recaído en las diligencias penales que constituirá título ejecutivo suficiente (art. 17 TRLRCSCVM), la víctima podrá entablar un proceso ejecutivo civil posterior para cobrar su indemnización, sin necesidad de acudir a un proceso declarativo previo (Abella López, 2012, pp. 21 y ss.). Al objeto de evitar situaciones de inseguridad jurídica, debe entenderse que la causa penal no finaliza hasta que se haya dictado el auto ejecutivo. De esta manera, a efectos del cómputo del plazo de prescripción para la acción declarativa que eventualmente pueda emprender el perjudicado, la formación del título se desarrolla todavía dentro del proceso penal—entendido en sentido amplio—, por lo que el plazo empezará a correr a partir del momento en que el título ejecutivo se notifique a los interesados (Reglero Campos, 2004, pp. 815 y ss.).

- d) Cuarto supuesto. Cuando la sentencia penal sea absolutoria y el damnificado hubiera hecho expresa reserva de la acción civil, podrá acudir al orden jurisdiccional civil, permaneciendo viva la acción civil por el mismo tiempo que lo esté la acción penal (Gómez Ligüerre, 2019, pp. 110 y ss.).

Al no existir ninguna diferencia sustancial entre la responsabilidad civil de carácter general regulada en el artículo 1902 del CC y la responsabilidad civil por daños causados por hechos que merecen la calificación de delito (Díez-Picazo, 1999, pp. 275-278), es por lo que ambas deberían tener el mismo tratamiento en lo que se refiere a la cuestión de la prescripción de la acción (Yzquierdo Tolsada, 2014; Llamas Pombo, 2010a, p. 1191): para el ejercicio de la acción civil de manera separada de la acción penal, el plazo de prescripción debería ser el de un año aplicable en general a la responsabilidad extracontractual (art. 1968.2 CC), siendo indiferente que el resultado del proceso penal haya sido la absolución, el sobreseimiento o la condena (Juan Sánchez, 2009, p. 11; Gómez Ligüerre, 2019, p. 102).

Esta idea de igualdad de tratamiento no es compartida sin embargo por alguna jurisprudencia que considera que la acción civil derivada del delito está sujeta al plazo de prescripción de cinco años previsto para las acciones personales que no tienen señalado un plazo especial, no resultando de aplicación el plazo establecido para las acciones nacidas de culpa o negligencia (véase art. 1968.2 CC, plazo 1 año). Según esta línea jurisprudencial, el plazo genérico de prescripción de las acciones personales resultaría aplicable cuando exista sentencia penal condenatoria, o cuando exista declaración de hechos punibles en el proceso penal de los que puede nacer responsabilidad civil. Y en aquellos casos en que se dicte sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento debería aplicarse el plazo prescriptivo establecido para las acciones nacidas de culpa o negligencia<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> SSTS de 6 de marzo de 2008 (NormaCEF NCJ048482), 12 de abril de 1999 (NormaCEF NCJ047152) y 9 de febrero de 1998 (conflicto de jurisdicción núm. 6/1997).

El fundamento de esta última solución se encuentra en que aunque la acción civil *ex delicto* no pierda su naturaleza civil por el hecho de ser ejercitada en el proceso penal, al no establecerse ningún plazo de prescripción en las acciones penales<sup>10</sup> resulta de aplicación el genérico de las acciones personales<sup>11</sup>, pero no se ofrece ningún otro razonamiento sólido que justifique la *transformación* de la acción en función de la terminación del proceso penal (Díez-Picazo, 2011, p. 239). Podría afirmarse que en esta situación la jurisprudencia opta simplemente por la tesis más beneficiosa para el sujeto pasivo de los daños (Juan Sánchez, 2009, p. 11).

La distinción normativa entre una responsabilidad civil de carácter general y una forma específica que se define como derivada del delito debería de haber dejado de existir hace tiempo y fue un error del legislador de 1995 haberla perpetuado sin poseer para ello razones consistentes (Díez-Picazo, 1999, p. 273; Yzquierdo Tolsada, 2017, p. 70). La citada distinción normativa no resulta eficiente, provocando que la responsabilidad civil derivada del delito suponga una excepción a la especialización del sistema judicial español, que persigue que cada tribunal decida sobre las materias legalmente atribuidas a su orden jurisdiccional. Una aplicación coherente del principio de especialización comportaría que el tribunal penal resolviera sobre la responsabilidad penal y que el tribunal civil estableciera la existencia y el alcance de la responsabilidad por daños. Parece que el ordenamiento quiere evitar que la víctima de un delito tenga que acudir a dos procedimientos judiciales, uno penal que decida la condena del imputado y otro civil que establezca el importe de la indemnización. El mecanismo procesal de la responsabilidad civil derivada de delito tendría su razón de ser en la economía procesal. No obstante, si la razón de ser de la dinámica procesal de la responsabilidad civil derivada del delito es la economía procesal, no se entiende el motivo por el que se permite a la víctima del delito que se reserve las acciones civiles (Gómez Ligüerre, 2019, p. 69).

La cuestión práctica por resolver es la del tribunal competente para decidir la responsabilidad civil derivada del delito cuando esta no fue reservada para su ejercicio fuera del proceso penal y este termina sin sentencia condenatoria. El ordenamiento español no es coherente ni resulta eficiente, provocando inseguridad jurídica, al ofrecer una solución parcial al problema, pues se limita a contemplar algunos de los supuestos posibles en los que el proceso penal termina de una manera diferente a la sentencia condenatoria (Gómez Ligüerre, 2019, p. 85).

### **3. El conflicto competencial con la jurisdicción contencioso-administrativa**

Cuando el personal al servicio de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones incurre en responsabilidad, para resolver la pretensión de reparación de daños la competencia podrá corresponder a la jurisdicción civil, a la contencioso-administrativa y, en su caso, a la penal.

<sup>10</sup> Vid. artículos 109 y ss. del CP (arts. 19 a 22 y 101 a 111 CP 1973) y artículos 100 y ss. de la LECrim.

<sup>11</sup> STS de 30 de abril de 2007 (rec. núm. 1111/2006).

### 3.1. Responsabilidad penal, civil y administrativa

Si el daño se ha causado de forma dolosa o intencional por el personal al servicio de las Administraciones y el comportamiento que lo origina está tipificado en el Código Penal, el orden jurisdiccional competente y único es el penal, que se encargará de juzgar la existencia del delito y de condenar al responsable civil a reparar los daños y perjuicios causados en la comisión del ilícito penal (Muñoz Cuesta, 2019; Yzquierdo Tolsada, 1997, pp. 17 y ss.). La condición de funcionario de quien cometa el delito acarrea la competencia de los tribunales de lo penal por previsión legal expresa (art. 37 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, LRJSP), al establecer que «la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente», por lo que resulta competente la jurisdicción penal.

Teniendo en cuenta que a efectos penales se considera funcionario público a toda persona que por disposición de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas (art. 24.2 CP), cabe realizar algunas apreciaciones en cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito y la responsabilidad patrimonial de la Administración (Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros, 2004, pp. 18 y ss.). Y el elemento normativo del que debe partirse en ese análisis es el citado artículo 37 de la LRJSP en su párrafo 2. Al establecerse en dicho precepto una remisión a la legislación que corresponda sobre la materia, se posibilita que el perjudicado pueda acudir al procedimiento administrativo de responsabilidad penal a pesar de que no haya finalizado el proceso penal iniciado con anterioridad: «la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial». Esta posibilidad de ejercer la acción civil sin esperar a que finalice el proceso penal, a diferencia de lo que ocurre con carácter general (art. 111 LECrim.), en realidad plantea más inconvenientes que ventajas.

Lo que sucede en la práctica es que se disuade al perjudicado para que no ejercite la acción de responsabilidad patrimonial contra el funcionario en el proceso penal, insinuándole que la ejercite en vía administrativa y solo frente a la Administración, ante la eventual falta de solvencia del funcionario. De esta forma el perjudicado que pretenda reclamar al funcionario una responsabilidad patrimonial en el proceso penal debe demandar además a la Administración pública (art. 121 CP). Pero una vez demandada la Administración en vía penal, su responsabilidad deja de ser directa (como ocurre de seguirse la vía administrativa) y pasa a ser subsidiaria. En este caso, la obtención de la indemnización pasa por la condena penal y el agotamiento de los bienes del funcionario (Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros, 2004, p. 20).

Además, debe tenerse en cuenta que el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo (art. 67.1

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas). Cabe entender que, si no se ha interpuesto dentro de plazo la correspondiente acción de responsabilidad frente a la Administración, el ejercicio de la acción penal no permitiría reabrir el plazo para su ejercicio si ya ha prescrito en el momento en la que se inician las acciones penales (García-Trevijano Garnica, 1998, pp. 166 y ss.)<sup>12</sup>.

Estamos ante un régimen legal artificioso con costes procesales para las víctimas, para las Administraciones públicas y para el sistema judicial, en el que en ocasiones brilla por su ausencia la seguridad jurídica en materia tan sensible como la responsabilidad de los poderes públicos. La muestra más evidente de la artificiosidad que tiene el ordenamiento español en esta materia radica en las dificultades para definir lo que ha de entenderse por «servicio público» como paradigma de la actividad prestacional de los poderes públicos y en cuya ejecución puede causar daños a sus usuarios. Los artículos 32 a 37 de la LRJSP no concretan si el «servicio público» merece tal calificativo por su titularidad pública, por la función social que desempeña o por el origen de los fondos que lo financian (Gómez Ligüerre, 2019, p. 133).

### 3.2. Responsabilidad de la Administración sin responsabilidad penal del personal a su servicio

Dejando al margen el criterio objetivo, relativo a la calificación jurídica de los actos que causaron el daño, que distingue entre actividades delictivas y no delictivas, el problema de la concurrencia de jurisdicciones competentes, como ya hemos apuntado, se plantea también con el criterio subjetivo de atribución jurisdiccional. Como veremos, el problema radica en estos casos en la normativa aplicable. El régimen jurídico que resulte de aplicación al eventual responsable del daño será el que acabe determinando la jurisdicción.

---

<sup>12</sup> Manifiesta diferente opinión Busto Lago (2006, p. 1826), al considerar que en el caso de que el daño cuyo resarcimiento se pretende esté ligado a la comisión de un ilícito penal, mientras este no prescribe, tampoco prescribe la acción de responsabilidad civil, de manera que la vía penal puede servir para intentar obtener una indemnización en aquellos casos en los que ya haya transcurrido el plazo de un año previsto en el artículo 67.1 de la LPACAP. En cualquier caso, el inconveniente de esta manera de enfocar las cosas estriba en que, si el procedimiento penal iniciado termina con el sobreseimiento o la absolución del sujeto al servicio de la Administración inculpado, no podrá considerarse iniciado un nuevo plazo anual.

Cuestión distinta es admitir o no que si la acción penal se ejercita dentro del año siguiente al momento en que se produjo el hecho que motiva la pretensión resarcitoria contra la Administración, queda interrumpida también la prescripción de la acción de responsabilidad frente a la Administración. Frente a esta solución podría argumentarse que la prescripción de ambas acciones es independiente, salvo cuando en el proceso penal se exija conjuntamente la correspondiente responsabilidad patrimonial a la Administración, en cuyo caso la pretensión debería dirigirse simultáneamente contra la Administración. (Roca Guillamón, 2000, pp. 489 y ss.; Busto Lago, 2006, p. 1.827). En contra, García-Trevijano Garnica (1996, pp. 265 y ss.), por entender que la incoación del proceso penal interrumpe también la prescripción de la acción directa frente a la Administración.

### 3.2.1. En general

Cuando el hecho dañoso no se encuentre tipificado como delito, la jurisdicción competente vendrá determinada por la actividad que ha producido el daño. Si la actividad está sometida a las reglas del derecho privado, como sucede en el caso de que el causante del daño sea un particular (p. ej., concesionario de obra), el orden jurisdiccional competente es el civil (arts. 21 y 22 LOPJ). Si la actividad está sometida a las reglas del derecho público, como sucede en el caso de que el causante del daño sea un funcionario o un agente al servicio de la Administración pública, y el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, el orden jurisdiccional competente es el contencioso-administrativo<sup>13</sup>, no siendo impedimento que a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados o particulares, pudiendo demandarse a la Administración de manera exclusiva o junto con algún particular (Alegre Ávila, 2005, pp. 191 y ss.).

De forma global el artículo 9.2 de la LOPJ atribuye a la jurisdicción civil «además de las materias que le son propias, todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional». Esta regla que recoge la *vis atractiva* de la jurisdicción civil ha venido siendo utilizada por la Sala Civil del Tribunal Supremo en defensa de su propia competencia en materia de responsabilidad, en aquellos casos en que junto a una Administración pública es demandado un particular, o cuando realiza una interpretación restrictiva de lo que deba entenderse por funcionamiento de los servicios públicos, o cuando se quiere evitar el «peregrinaje de jurisdicciones», con todas las graves consecuencias que provoca en el perjudicado, como puede ser el quebrantamiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas<sup>14</sup>.

Pero este planteamiento es un problema ya no solo de jurisdicción competente, sino que provoca una cuestión de normativa aplicable, pues, dependiendo de los casos, el régimen jurídico aplicable en cuanto a la reparación del daño será también diferente. La jurisdicción civil resuelve con base en un parámetro general de responsabilidad por culpa o negligencia, y la jurisdicción contencioso-administrativa resuelve con arreglo a criterios de responsabilidad objetiva y directa de la Administración pública, por todos los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (Gómez Li-güerre, 2019, p. 132)<sup>15</sup>.

Como se ha explicado en líneas anteriores, en el ámbito de la responsabilidad por daños causados por la Administración pública, se consideran indemnizables todos los daños de-

<sup>13</sup> Artículo 9.4 de la LOPJ, artículo 2 e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, y ATS de 8 de junio de 2018 (conflicto de competencia núm. 5/2018).

<sup>14</sup> SSTS núm. 18/2004, de 30 de enero; 18 de febrero de 1997 (rec. de casación núm. 892/1993), y 28 de marzo de 1990.

<sup>15</sup> *Vid.* artículos 32 y 36 de la LRJSP.

rivados del funcionamiento del servicio público, sin distinguir entre funcionamiento normal o anormal del servicio correspondiente (art. 32 LRJSP).

La responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos es directa y objetiva. Es directa, ya que frente al administrado responde la Administración y no el funcionario que haya provocado el daño, pues cuando ejerce su cargo no están actuando intereses propios, sino los intereses generales a los que sirve la Administración. Además, es objetiva al prescindir de toda idea de ilicitud o culpa, extendiéndose la obligación de indemnizar incluso a los casos en que no haya existido un funcionamiento defectuoso del servicio público correspondiente (López Menudo *et al.*, 2005, pp. 29 y ss.).

La referencia al funcionamiento de los servicios públicos alude a todo hacer o actuar de la Administración como acto de gestión pública, por lo que no se precisa ilicitud, dolo, culpa o negligencia, sino que basta con probar la existencia del daño y la relación de causalidad (Fernández Valverde, 2011, p. 622). Solo se excluye la responsabilidad directa de la Administración cuando el daño proceda de fuerza mayor, pero no cuando pudo y debió ser previsto<sup>16</sup>.

Esta caracterización de la responsabilidad civil de la Administración no impide que la misma pueda concurrir con la responsabilidad disciplinaria de un funcionario. Sin embargo, esta última no puede ser exigida por los ciudadanos aunque hayan sido directamente afectados por los daños causados<sup>17</sup>, porque el procedimiento administrativo sancionador solo incumbe e involucra a la Administración y al infractor, sin que el ciudadano perjudicado pueda intervenir más allá de la mera denuncia (Peña López, 2005, pp. 5 y ss.)<sup>18</sup>. De ahí que la responsabilidad patrimonial de la Administración también es exclusiva, al suprimirse la acción directa del perjudicado frente a la autoridad o funcionario originadores del daño, pues la posible responsabilidad patrimonial del funcionario, exigible a estos por la vía de la acción de regreso, se configura como una cuestión interna entre la Administración y el empleado público (Díez Sánchez, 2007, pp. 220 y ss.; Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros, 2004, pp. 14 y ss.).

El régimen fijado por el legislador no resulta coherente ni eficiente, debido a su falta de sistematización. Frente a la noción del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, como una institución perfectamente racional que se asienta sobre la base de principios generales como la objetividad, la realidad revela un sistema de responsabilidad potencialmente inabarcable, que exige para su operatividad una labor de interpretación judicial caracterizada por su naturaleza restrictiva.

<sup>16</sup> Artículo 32.1 de la LRJSP.

<sup>17</sup> Artículo 27 del Real Decreto 33/1986, de 10 enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado.

<sup>18</sup> *Vid.* SSTS de 8 de abril de 2003 (rec. contencioso-administrativo núm. 635/2000) y 26 de octubre de 2000 (rec. de casación núm. 6429/1993), entre otras.

### 3.2.2. La acción de regreso y el aseguramiento de la responsabilidad de la Administración

Para completar el panorama de las cuestiones de jurisdicción que se plantean cuando nos encontramos ante actos lesivos de personal al servicio de las Administraciones públicas, es necesario traer a colación dos cuestiones complementarias: la acción de regreso y la existencia de un seguro que cubra la responsabilidad civil de la Administración.

En todos los supuestos en que la Administración hubiera tenido que indemnizar al perjudicado por la actuación del funcionario, aparece en escena la denominada vía de regreso<sup>19</sup>. Como ya se ha señalado<sup>20</sup>, para el ejercicio de la acción de regreso por parte de la Administración frente al funcionario que hubiere incurrido en dolo o culpa graves, con carácter previo los particulares deben haber exigido «directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio» (art. 36.1 LRJSP), lo que presupone la existencia de un procedimiento administrativo o jurisdiccional, en el que además de haberse establecido la obligación de la Administración de indemnizar al perjudicado por los daños causados se «hubiere indemnizado a los lesionados» (36.2 LRJSP), por lo que se precisa que se haya procedido al pago de la correspondiente indemnización al tercero perjudicado<sup>21</sup>.

Con respecto al requisito relativo a que la Administración hubiese satisfecho la indemnización a los lesionados, resulta del todo lógico que la Administración no pueda ejercitar la vía de regreso contra el empleado público hasta no haber satisfecho la correspondiente indemnización al sujeto perjudicado, ya que el fundamento de dicha acción de repetición es, precisamente, que la Administración obtenga un resarcimiento por el perjuicio económico que ha sufrido al responder por los daños ocasionados por su personal (López Gil, 2021, pp. 203 y 204). Si la Administración tuviere concertado un seguro para cubrir este tipo de daños, y es la compañía aseguradora la que ha indemnizado al tercero, no procederá el ejercicio de la acción de regreso<sup>22</sup>.

La acción de regreso deberá ejercitarse en un procedimiento administrativo cuyo objeto es determinar la existencia o no de responsabilidad del empleado público. Existirá esta responsabilidad cuando quepa apreciar dolo o negligencia grave, «ponderándose el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al

<sup>19</sup> Artículo 36.2 de la LRJSP.

<sup>20</sup> *Vid. supra* 3.2.1. En general.

<sup>21</sup> En este sentido, STSJ de Andalucía de 2 diciembre de 2015 (rec. contencioso-administrativo núm. 597/2012). Puede consultarse también, por ejemplo, entre otras, la STSJ de Galicia de 21 de noviembre de 2018 (rec. de apelación núm. 265/2018).

<sup>22</sup> Artículos 36.2 de la LRJSP y 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro (LCS). *Vid.*, no obstante, las apreciaciones de Peña López (2005, pp. 24 y ss.).

servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso» (art. 36.2 LRJSP).

El conflicto de jurisdicciones solo se producirá en los casos que haya responsabilidad penal del funcionario y responsabilidad civil de la Administración, por lo que este procedimiento administrativo para el ejercicio de la acción de regreso no tiene mucho sentido, ya que si hay sentencia penal condenatoria, no es preciso volver a enjuiciar en el procedimiento administrativo de la acción de regreso el grado de dolo o culpa.

Junto a la acción de regreso, un segundo factor que influye en la determinación de la jurisdicción competente es la existencia de un seguro de responsabilidad civil. Sin embargo, es curioso observar cómo en las reclamaciones frente a las Administraciones públicas, en general, no se tiene en cuenta la cobertura de ese seguro y no se acostumbra a demandar de manera conjunta a la Administración y a la aseguradora, ni tampoco se ejercita la acción directa contra la aseguradora (Busto Lago, 2006, pp. 1767 y ss.). En consecuencia, el perjudicado no obtiene la indemnización con inmediatez y, además, no puede solicitar los elevados intereses del artículo 20 de la LCS que, en su caso, podría solicitar<sup>23</sup>.

La ventaja del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la posibilidad de ejercicio de la acción directa que favorece que el perjudicado pueda obtener una indemnización rápida y evitar que este deba acudir a la Administración a través de un procedimiento administrativo. Además se reducen los costes de gestión de la tramitación de los siniestros porque permite instrumentar la responsabilidad de la Administración a través de la póliza (Gómez Ligüerre, 2007, pp. 263 y ss.; Arquillo Colet, 2004, pp. 1 y ss.).

El problema del ejercicio de la acción directa frente a la compañía aseguradora es la determinación de la jurisdicción competente: la civil o la jurisdicción contencioso-administrativa (Busto Lago, 2006, pp. 1.786 y ss.; Gómez Ligüerre, 2001, pp. 1 y ss.), con el consiguiente temor a la condena en costas procesales. En la solución normativa actual es clara la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, dado que el artículo 21.1 c) de la Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa, al regular la legitimación pasiva, considera parte demandada a «las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren». Y en el mismo sentido, el artículo 9.4 de la LOPJ, al enumerar las pretensiones atribuidas a los tribunales del orden contencioso-administrativo, establece que «igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva».

Estos preceptos solo se refieren a los casos en que las compañías aseguradoras sean siempre parte codemandada junto con la Administración a la que aseguren. Si solo se ejercita la acción directa frente a la aseguradora, sin demandar a la vez a la Administración causante

---

<sup>23</sup> STS de 11 de febrero de 2020 (NormaCEF NSJ061312).

del daño, parece que el orden jurisdiccional competente sería el civil (Blázquez Martín, 2020, pp. 123 y 124)<sup>24</sup>, pues la acción directa, al no exigir litisconsorcio pasivo alguno, se articula sobre una solidaridad impropia, indudablemente peculiar, que tolera el ejercicio autónomo de cada acción procesal (García Garnica, 2020, pp. 47-55). Además, de ejercerse la acción directa frente a la aseguradora ante el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo sin code mandar a la Administración, el tribunal debería inadmitir la demanda por defecto de jurisdicción (Busto Lago, 2006; Gamero Casado, 2004, pp. 1.934 y ss.; García Garnica, 2020, pp. 42-44)<sup>25</sup>.

La obligada convivencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, regulada por el derecho administrativo, y de la acción directa contra la aseguradora, con la naturaleza civil que le confieren los artículos 73 y 76 de la LCS, es un clásico de los conflictos de jurisdicción. Las dudas que desde siempre han acompañado a esta materia se han ido resolviendo a través de los pronunciamientos tanto de las salas Primera y Tercera como de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo. Pero, en paralelo a esta evolución de la jurisprudencia, las sucesivas reformas legales han ocasionado nuevas discordancias normativas, de modo que, todavía en la actualidad, nos encontramos con problemas que no están resueltos por el Tribunal Supremo (Blázquez Martín, 2020, p. 123).

Una de las posibilidades con las que cuenta el perjudicado para reclamar la responsabilidad de la Administración pública es acudir a la vía administrativa, aunque eso no impide que posteriormente pueda, si lo desea, ejercitar también la acción directa frente a la aseguradora, debiendo tener en cuenta dos supuestos:

Primer supuesto: Que, una vez declarada en vía administrativa la responsabilidad de la administración, y siendo firme tal declaración, bien por agotar la vía de recursos ante ella o bien por la falta de impugnación por parte del perjudicado, este ejercite la acción directa contra la aseguradora. En estos casos no resulta posible volver a plantear en este proceso civil, a través de la cuestión prejudicial, los términos o alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que sobre esta ya ha recaído resolución administrativa ofrecida por la propia Administración, y esta ha sido consentida o aceptada por el perjudicado, aunque sea de forma tácita, al no impugnarla, pudiendo haberlo hecho<sup>26</sup>.

Segundo supuesto: Que, una vez, declarada la responsabilidad de la Administración por sentencia firme dictada en la jurisdicción contencioso-administrativa, el perjudicado ejercite la acción directa exclusivamente contra la aseguradora. De modo similar, pero ahora sí, por el efecto de cosa juzgada incuestionable, tampoco se puede modificar ni tratar de

<sup>24</sup> Vid. AATS, Sala Especial de Conflictos de Competencia, núm. 60/2004, de 18 de octubre, y de 28 de junio de 2004 (conflicto de competencia núm. 70/2003); y SSTs de 15 de octubre de 2013 (rec. de casación núm. 1578/2011), 5 de junio de 2019 (NormaCEF NCJ064262) y 5 de noviembre de 2019 (NormaCEF NCJ064631).

<sup>25</sup> Vid. Auto de la Sala de Conflictos de Competencia de 12 de marzo de 2013 (conflicto de competencia núm. 27/2012) y STS de 5 de octubre de 2013 (rec. de casación núm. 1578/2011).

<sup>26</sup> En este sentido STS de 25 de mayo de 2021 (NormaCEF NCJ065616).

determinar de nuevo la responsabilidad patrimonial de la Administración ante el orden civil, por el hecho de ejercitar la acción directa frente a la aseguradora, pues existe sentencia firme que se pronuncia sobre esta cuestión, y que ha sido dictada de un órgano judicial del orden contencioso-administrativo, que, además, es el competente en la materia, y cuya resolución firme sí despliega efecto de cosa juzgada<sup>27</sup>.

A los efectos de mayor eficiencia y seguridad jurídica, en cuanto a la jurisdicción competente ante la que formular la pretensión de reclamación por el perjudicado, cabría repensar la normativa del contrato de seguro en los casos que el asegurado tenga naturaleza de Administración pública, contemplando la posibilidad de eliminar el ejercicio de la acción directa de manera exclusiva frente al asegurador, lo que comportaría la supresión de un derecho autónomo que, con carácter general, está en manos del perjudicado cuando el agente del daño tiene asegurada su responsabilidad civil (Jiménez López, 2011, p. 122; Busto Lago, 2006, pp. 1.767 y ss.).

Además de problemas estrictamente procesales, los tribunales civiles deben resolver la acción directa aplicando con carácter prejudicial los parámetros propios del derecho administrativo, pronunciándose prejudicialmente sobre la existencia de responsabilidad de la Administración cuando se ejercite solo la acción frente a la aseguradora (art. 42 LEC). En cuanto al derecho aplicable y el conocimiento prejudicial, el problema que se detecta es que el pronunciamiento prejudicial sobre si la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial se verificará conforme a la normativa prevista en la LRJSP, y ese pronunciamiento lo será a los solos efectos del proceso civil, sin que ello suponga reconocerle competencia a la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad de la Administración pública asegurada (Blázquez Martín, 2020, p. 124).

## 4. El conflicto competencial con la jurisdicción laboral

### 4.1. Evolución de la atribución competencial

En las pretensiones indemnizatorias derivadas de daños consecuencia de accidentes laborales, tradicionalmente no se ha cuestionado la competencia de la jurisdicción social por parte de la Sala Social del Tribunal Supremo (Gómez Ligüerre, 2016, p. 14; Martín Casals y Ribot Igualada, 2010, pp. 227 y ss.)<sup>28</sup>. Como afirmaron hace años Cavanillas Múgica y Tapia Fernández (1995, p. 84) «la expresión "responsabilidad civil" no significa responsabilidad residenciable ante la jurisdicción civil, sino simplemente responsabilidad no criminal, sin prejuzgar

<sup>27</sup> Acerca de esta posibilidad de pronunciar la STS de 25 de febrero de 2014 (rec. de casación núm. 673/2012).

<sup>28</sup> SSTs de 6 de octubre de 1989 y 15 de noviembre de 1990.

su naturaleza (contractual o extracontractual) ni la jurisdicción competente (laboral o civil)». En cambio, la Sala Civil del mismo tribunal ha venido considerando que resulta competente el orden jurisdiccional civil (Luque Parra y Ruiz García, 2002, p. 6). En ocasiones, esa consideración se ha basado en argumentos de carácter procesal, insinuando la incongruencia en que se podría incurrir al no respetar la relación jurídica formal establecida por las partes, cuando la pretensión se fundamenta en la responsabilidad civil extracontractual<sup>29</sup>. En otras ocasiones, esa línea de pensamiento se ha sustentado en argumentos de carácter sustantivo, al considerar que la responsabilidad civil del empresario por accidente laboral es de naturaleza extracontractual, y de que se trataba de sucesos que se encontraban fuera de la rigurosa órbita de lo pactado en el contrato de trabajo<sup>30</sup>. Y, en otras ocasiones, se ha utilizado simplemente el argumento de la *vis atractiva* del orden jurisdiccional civil (Gómez Ligüerre, 2019, pp. 258-264).

Este conflicto de jurisdicciones fue el detonante para que en los años 90 del siglo pasado la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo estableciera el criterio de que el orden social era el órgano jurisdiccional competente para conocer de los daños y perjuicios derivados de accidentes laborales<sup>31</sup>. Aunque en resoluciones posteriores el criterio establecido por la Sala de Conflictos se mantuvo y consolidó, el problema de la jurisdicción competente continuó vigente, pues al ser resoluciones que no crean doctrina, la Sala Civil no modificó su postura (Díez-Picazo Giménez, 2007, pp. 239 y ss.). La Sala Social continuó incardinando los accidentes laborales en el orden jurisdiccional social<sup>32</sup>, si bien eludiendo el problema de la calificación del tipo de responsabilidad<sup>33</sup>.

No es hasta finales de los años 90 cuando el criterio de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo tuvo su repercusión en la Sala Civil, llegándose a establecer una nueva línea jurisprudencial en la que se excluía la competencia de la jurisdicción civil cuando la pretensión resarcitoria se fundaba en el incumplimiento de normas laborales<sup>34</sup>. Sin embargo, la Sala Civil con posterioridad volvió al criterio tradicional de asumir su propia competencia en los supuestos en que el daño se ocasiona fuera de la órbita de lo rigurosamente pactado en el contrato de trabajo<sup>35</sup>. En función del *petitum* de la demanda la Sala Civil reconocía la competencia de la jurisdicción civil si la demanda se fundaba en culpa extracontractual de los empresarios

<sup>29</sup> SSTS de 24 de junio de 1969, 3 de noviembre de 1976 y 5 de julio de 1983.

<sup>30</sup> SSTS de 4 de octubre de 2004 (rec. de casación núm. 2486/1998) y 13 de julio de 1999 (rec. de casación núm. 3619/1994), entre otras.

<sup>31</sup> ATS de 23 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10131).

<sup>32</sup> SSTS de 22 de junio de 2005 (NormaCEF NSJ018945) y 1 de diciembre de 2003 (NormaCEF NSJ041021), entre otras.

<sup>33</sup> SSTS de 22 de junio de 2005 (NormaCEF NSJ018945) y 1 de diciembre de 2003 (NormaCEF NSJ041021), entre otras.

<sup>34</sup> SSTS de 24 de diciembre de 1997 (rec. de casación núm. 3219/1993) y 20 de marzo de 1998 (rec. de casación núm. 741/1994).

<sup>35</sup> SSTS de 8 de octubre de 2001 (RJ 2001\7551) y 26 de mayo de 2000 (RJ 2000\3497), entre otras.

demandados por la vía de los artículos 1902 y 1903 del CC<sup>36</sup>, y reconocía la competencia de la jurisdicción laboral<sup>37</sup> si la demanda se basaba en la infracción exclusiva de normas laborales<sup>38</sup>.

Un paso decisivo para que la Sala Civil reorientara de nuevo su línea decisoria se produjo cuando la Sala de Conflictos, recapitulando anteriores criterios, concluyó en el auto de 28 de febrero de 2007 que la competencia corresponde al orden social de la jurisdicción, porque lo verdaderamente importante es que el daño se impute «a un ilícito laboral y no civil, que puede derivar tanto de lo pactado como de lo impuesto por la ley». Cuando el artículo 9.5 de la LOPJ señala que son competentes los jueces y tribunales de lo social para conocer las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, debe entenderse que si se comete un ilícito laboral, nos hallamos dentro de «la rama social del Derecho». El orden jurisdiccional civil «únicamente opera cuando el daño sobrevenido no se produce con motivo u ocasión del trabajo, sino que se vincula a una conducta del empleador ajena al contenido obligacional del contrato de trabajo»<sup>39</sup>.

Este razonamiento lo hizo suyo el Pleno de la Sala Civil, en sentencia de 15 de enero de 2008, posibilitando la aproximación al criterio mantenido por la Sala Social, fijando la doctrina según la cual, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 de la LOPJ, «las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social»<sup>40</sup>.

En definitiva, el criterio fijado por la Sala Civil permite que la jurisdicción social resulte competente para fijar la responsabilidad cuando los daños causados se deben al incumplimiento de normas que obligan al empresario como empleador y cuyo cumplimiento hubiera evitado el accidente. Y permite a la jurisdicción civil ser competente en el resto de los casos, ajenos a la existencia de una relación especial entre causante y víctima (Gómez Ligüerre, 2016, pp. 17 y 18).

Este cambio de posturas en la línea jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, reconociendo la competencia de uno u otro orden jurisdiccional en función del *petitum* de la demanda, es criticable. La Sala Cuarta reconocía su propia competencia para resolver las acciones de reclamación de daños producidos en el seno de una relación laboral, mientras que la Sala Primera reconocía la competencia de la jurisdicción civil si la demanda se fundaba en culpa extracontractual de los empresarios demandados por la vía de los artícu-

<sup>36</sup> SSTS de 20 de julio de 2006 (RJ 2006\4740) y 4 de octubre de 2006 (RJ 2006\6427).

<sup>37</sup> STS de 11 de febrero de 2000 (RJ 2000\673) y AATS, Sala Especial de Conflictos de Competencia, de 23 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10131) y 4 de abril de 1994 (RJ 1994\3196).

<sup>38</sup> SSTS de 6 de marzo de 2006 (RJ 2006\1574), 4 de mayo de 2006 (RJ 2006\4060) y 28 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6497).

<sup>39</sup> ATS, Sala Especial de Conflictos de Competencia, 28 de febrero de 2007 (RJ 2007\8689).

<sup>40</sup> STS de 15 de enero de 2008 (NormaCEF NCJ042182).

los 1902 y 1903 del CC, y de la jurisdicción social si la demanda se basaba en la infracción exclusiva de normas laborales (Reglero Campos, 2006, pp. 164 y ss.).

Esta posible elección de jurisdicción provoca un problema de inseguridad jurídica, debido a que los criterios que se utilizan para resolver los mismos problemas en la jurisdicción civil y social son diferentes. Así se puso de relieve en el Informe del CGPJ sobre «Siniestralidad laboral: análisis de la respuesta jurisdiccional», que fue elevado al Pleno del CGPJ el 17 de enero de 2007<sup>41</sup>. Se recogen en este informe las principales diferencias que se observan en el modo de resolver los asuntos en uno y otro orden jurisdiccional. Así, se destaca que la jurisprudencia de la Sala Primera se decanta en muchas ocasiones por una responsabilidad que denomina cuasiobjetiva, o por aplicar la teoría del riesgo y la inversión de la carga de la prueba<sup>42</sup>, mientras que la Sala Cuarta defiende la existencia de responsabilidad basada en la culpa, sin inversión de la carga de la prueba<sup>43</sup>. Pero además las discrepancias afectan al importe de la indemnización, lo que puede comportar un problema de no estimación de costas. La Sala Primera considera que la cuantía total de la indemnización es independiente de las prestaciones de la Seguridad Social, por lo que estas no deben tenerse en cuenta a la hora de fijar su importe: cabría, pues, la acumulación de indemnizaciones (Carrancho Herrero, 2010, pp. 269 y ss.). En cambio, para la Sala Cuarta, estas prestaciones de la Seguridad Social vienen a cubrir el lucro cesante derivado de la pérdida del salario, pero dejan fuera de la cobertura todos los perjuicios que puedan derivarse de otros daños que puedan tener su causa en el accidente. En este sentido, se considera que cuando se ejercita una acción de responsabilidad por daños se deben descontar las prestaciones de la Seguridad Social, aunque distinguiendo de estas el «recargo de prestaciones» a cargo del empresario, que no puede ser descontado teniendo en cuenta su naturaleza asimilada a una sanción (Moliner Tamborero, 2011, pp. 694 y ss.).

## 4.2. Pluralidad de demandantes y de demandados

El problema de la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones por daños no queda zanjado con la cuestión expuesta en el apartado anterior. En primer lugar, porque en los supuestos de concurrencia de demandados el demandante deberá elegir la jurisdicción que vaya a conocer de su pretensión (Díaz Moreno y Martín Huertas, 2009, p. 367; Carrancho Herrero, 2010, pp. 94 y ss.; Yzquierdo Tolsada, 2008, pp. 91 y ss.). Así ocurre cuando producido un daño, se demanda al empresario y además a un tercero ajeno a la relación laboral –p. ej. director técnico de la obra–, o a otro trabajador que se ha visto invo-

<sup>41</sup> Informe del CGPJ disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Estudios/Siniestralidad-laboral---analisis-de-la-respuesta-jurisdiccional--Estudio-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial->.

<sup>42</sup> En este sentido, STS de 19 de noviembre de 2008 (NormaCEF NSJ030901).

<sup>43</sup> SSTS de 17 de julio de 2007 (NormaCEF NSJ032147), 7 de febrero de 2003 (RJ 2003\1828) y 2 de octubre de 2000 (NormaCEF NSJ008351).

lucrado en el accidente –operario con una máquina–, o a un cliente de la empresa que ha participado en el accidente laboral –piénsese en el supuesto de un vehículo que colisiona contra el lugar del trabajo– (Sempere Navarro, 2008; Molins García-Atance, 2010, p. 18). Y, en segundo lugar, se encuentra el tema de la posible concurrencia en un mismo procedimiento contra un mismo empresario de demandantes que fueran trabajadores y con otros que fueran extraños a la relación laboral (Gómez Ligüerre, 2016, p. 18).

#### 4.2.1. Concurrencia de demandados: la vía de un único procedimiento o la jurisdicción electiva

Hay hipótesis en las que en un único accidente laboral pueden verse involucrados diversos sujetos ligados al trabajador (víctima) por relaciones de distinta índole. Un simple criterio de lógica procesal y material hace que la pretensión indemnizatoria frente a los eventuales responsables del daño deba ventilarse en el mismo proceso. Así ocurre en los casos en que un trabajador sufre un accidente laboral debido a que el director técnico de una obra desarrolla sus funciones de manera imprudente, en cuyo caso existirá responsabilidad extracontractual, y el empresario no ha cumplido con las oportunas medidas de seguridad con evidente responsabilidad extracontractual<sup>44</sup>.

Dejando de lado la cuestión de la calificación de la responsabilidad contractual o extracontractual, en estos casos el trabajador, como víctima, podría dirigirse solo contra el director técnico, solo contra el empresario, o bien contra ambos. Si se opta por acudir a un único orden jurisdiccional, el problema radica en determinar si en estos casos se trata de una acumulación subjetiva de acciones o si se exigirá un litisconsorcio pasivo impropio (sea cual sea el orden jurisdiccional que conozca la pretensión) (Guzmán Fluja y Zafra Espinosa de los Monteros, 2008, pp. 8 y ss.).

A la acumulación subjetiva de acciones se refiere el artículo 72 del LEC, al señalar que «podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir», aclarando el precepto que «se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos». Se admite pues la acumulación de las acciones que se refieren a sujetos activos o pasivos plurales, pero para el ejercicio acumulado de las acciones se exige el requisito de que concurra una cierta conexidad entre las mismas, en cuanto que es necesario que provengan de un mismo título o causa de pedir, entendiéndose que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando se funde en los mismos hechos (Molins García-Atance, 2010, p. 18).

---

<sup>44</sup> Igualmente, en el caso del empresario que subcontrata todo o parte de su actividad laboral. Los supuestos de contratas y subcontratas tienen en ocasiones una regulación específica, como ocurre en el ámbito de la construcción con la Ley 32/2006, de 18 de octubre, cuyo artículo 7.2 establece en estos casos una responsabilidad solidaria de contratista y subcontratista.

En este mismo sentido, la acumulación subjetiva de acciones viene regulada en el artículo 25.3 de la vigente Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, al indicar que «también podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno o varios actores tengan contra uno o varios demandados, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos».

Por su parte, la exigencia del litisconsorcio pasivo se funda en el carácter inescindible de la pretensión ejercitada en el proceso, donde se exige demandar conjuntamente a todos los sujetos involucrados. El artículo 12.2 de la LEC impone el litisconsorcio «cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada solo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa».

La vía de la jurisdicción electiva ante una pluralidad de demandados pone sobre la mesa la necesidad de adoptar un régimen coherente en cuanto a los efectos de cosa juzgada cuando existen dos sentencias contradictorias. Hay que tener en cuenta que todas las previsiones relativas a la cosa juzgada formal, y la cosa juzgada material, no tienen encaje si, sobre los mismos hechos con varios demandados implicados en un mismo evento dañoso, existen dos sentencias contradictorias (Moliner Tamborero, 2011, p. 722).

Para ilustrar esta idea puede resultar muy útil partir del supuesto de la STS de 21 de febrero de 2006, en la que el Tribunal Supremo se pronunció sobre la vinculación de los órganos de la jurisdicción civil al previo pronunciamiento de la jurisdicción laboral sobre el mismo accidente.

Se trataba de una reclamación por daños provocados por el empresario derivados de accidente de trabajo. Los familiares del trabajador fallecido acudieron a la jurisdicción laboral que desestimó sus pretensiones. Con posterioridad acudieron a la jurisdicción civil para exigir responsabilidad por culpa extracontractual. En primera instancia, tras rechazar las excepciones de cosa juzgada y prescripción invocadas por la demandada, se apreció una concurrencia de culpas entre la víctima y la empresa al 50 %. La parte demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Asturias<sup>45</sup> estimó el recurso de apelación y apreció la concurrencia de cosa juzgada en virtud del pronunciamiento anterior procedente de la jurisdicción laboral. Sin embargo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo acogió el recurso de la parte actora y resolvió de igual forma que el juzgador de primera instancia, apreciando una concurrencia culposa entre trabajador y empresario, reduciendo en un 50 % la indemnización que estimaba procedente<sup>46</sup>.

Admitida la doble competencia jurisdiccional, civil y social, el problema que se plantea el TS surge al determinar la relación entre ambas jurisdicciones, teniendo en cuenta los ante-

<sup>45</sup> SAP de Asturias de 4 de mayo de 1999 (rec. de apelación núm. 632/1998).

<sup>46</sup> STS de 21 de febrero de 2006 (NormaCEF NCJ047559).

cedentes del caso en los que la actora acude a la jurisdicción civil después de haberlo hecho ante la social, con resultado contrario a sus pretensiones. En tal sentido afirma la sentencia que cuando, como sucede en el presente caso, la prejudicialidad se produce fuera de la órbita asignada al conocimiento del orden jurisdiccional respectivo, su eficacia opera exclusivamente dentro del proceso en que se produce, y no alcanza eficacia de cosa juzgada dentro del orden jurisdiccional al que compete finalmente el examen de la cuestión. La prejudicialidad tiene, como explica la doctrina, un mero valor *incidenter tantum*, esto es, permite ser resuelta de otro modo por la jurisdicción concernida por las normas aplicables. En definitiva, al ser un pronunciamiento que incumbe en atención a las normas aplicables (arts. 1902 y 1903 CC) a los tribunales de lo civil o en el ejercicio de acciones civiles, cuando se produce en otra jurisdicción esas normas tienen valor dentro del mismo proceso, pero no pueden proyectarse más allá de su propio orden jurisdiccional, por lo que no alcanzan eficacia de cosa juzgada<sup>47</sup>.

#### 4.2.2. La concurrencia de demandantes

Frente a la concurrencia de demandados, la de demandantes presenta una problemática diferente. Para ilustrarla partimos del caso conocido como «Uralita» en una reclamación por los daños causados por el amianto<sup>48</sup>.

Se trata de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 3 de diciembre de 2015, que sentó una doctrina novedosa en estas hipótesis de pluralidad de demandantes víctimas directas o indirectas de accidentes laborales. Reconoció que la jurisdicción civil no era competente para enjuiciar la reclamación de los trabajadores y sus sucesores contra las empresas demandadas, por tener su origen en la relación laboral y en el eventual incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Por tanto, en la pretensión de responsabilidad laboral es competente el orden jurisdiccional de lo social y debe ser resuelta conforme a la normativa que disciplina la seguridad laboral y los deberes empresariales en materia de protección de los trabajadores. No obstante sí se consideró competente para el conocimiento de las pretensiones de resarcimiento de las amas de casa que habían contraído alguna de las enfermedades provocadas por el amianto como consecuencia de la inhalación de sus fibras al manipular la ropa de trabajo de sus maridos, por tratarse de una reclamación entre particulares por un daño causado al margen de cualquier relación jurídica que reconozca al demandado un régimen especial de responsabilidad, que debe ser resuelta con arreglo a las normas generales del Código Civil en materia de responsabilidad civil extracontractual (Gómez Ligüerre, 2019, pp. 286-293; Asua González, 2016).

A pesar de que el daño sufrido por todos los demandantes tenía la misma causa y unos mismos potenciales responsables y que las pretensiones ejercidas por los demandantes en

<sup>47</sup> STS de 15 de enero de 2008 del Pleno de la Sala de lo Civil (NormaCEF NCJ042182).

<sup>48</sup> STS de 3 de diciembre de 2015 (NormaCEF NCJ060643).

el proceso eran diferentes, esta sentencia del año 2015 resolvió el problema de atribución competencial que se le planteaba de manera diferente a la establecida hasta la fecha, al concentrar la competencia judicial por razón de la materia, con independencia del régimen o naturaleza legal de los demandados, entendiéndose que la diversidad de regímenes venía impuesta por los demandantes y no por los demandados. Esta perspectiva coloca a los tribunales de lo social que hayan de conocer de la reclamación que presenten los demandantes respecto de los que la jurisdicción civil se ha declarado incompetente, en la delicada situación de juzgar unos hechos y determinar unas responsabilidades que ya han sido decididas por la jurisdicción civil (Gómez Ligüerre, 2016, p. 22.).

El Tribunal Supremo no examinó si las empresas demandadas incumplieron sus deberes de cuidado respecto de sus trabajadores (Domínguez Martínez, 2016, p. 209), pero concluyó que el amianto que estos emplearon en sus puestos de trabajo fue la causa del daño que sufrieron tres amas de casa, y que ese daño fuera imputable a las compañías demandadas.

Debe observarse que al no juzgarse la pretensión respecto de la que se ha declarado incompetente, la sentencia civil no es apta para desplegar ninguno de los efectos propios o similares a los de la cosa juzgada. Para los trabajadores afectados y sus sucesores no hay sentencia civil previa que haya declarado nada más que la competencia de la jurisdicción social. No obstante, la conexión de su pretensión con la resuelta por la sentencia civil respecto de las amas de casa es notoria.

La jurisdicción laboral que acabe conociendo de la reclamación de los trabajadores y sus sucesores, contra las compañías para las que trabajaron, se encontrará en una posición análoga a la que se encuentran los tribunales de lo civil que han de decidir sobre la responsabilidad civil derivada de delito, en los casos en que la víctima se reservó sus acciones civiles para ejercitarlas ante la jurisdicción civil, una vez finalizado el proceso penal que ha decidido sobre la responsabilidad penal del causante del daño. En estos escenarios, el tribunal civil debe decidir sobre la responsabilidad civil derivada de unos hechos que ya han sido probados por el tribunal penal y cuya existencia vincula al tribunal civil, que, evidentemente, no puede negar la existencia de lo declarado como probado en un proceso penal anterior entre las mismas partes. En el caso «Uralita», no hay nada parecido a la eficacia de la cosa juzgada, pero a partir del momento en el que declara la responsabilidad de las compañías demandadas, vincula su actuación a unos daños que son los mismos y tienen el mismo origen que los daños por los que reclamarán una indemnización los trabajadores y sus sucesores ante la jurisdicción social (Gómez Ligüerre, 2016, pp. 28 y ss.).

La vinculación del tribunal de lo social respecto de las valoraciones y conclusiones del proceso civil previo debería ser completa, pues ambos tribunales valoran si unos mismos hechos dan lugar a una misma pretensión indemnizatoria, salvo que se considere, como parece que admite la Sala Primera, que la responsabilidad de las compañías demandadas dependerá en lo laboral, no de la efectiva causación de un daño, sino del incumplimiento de normas laborales (Asua González, 2016). Este planteamiento da lugar a un debate de mayor calado que se escapa a las pretensiones de este trabajo, pero supondría el reconocimien-

to de una responsabilidad por contingencia profesional diferente de la responsabilidad civil general, pues en lugar de buscar la reparación del daño se limitaría a vincular consecuencias al incumplimiento de normas. Algo que es más propio del derecho sancionador que del ámbito que es propio de la responsabilidad civil.

## 5. Una propuesta de *lege ferenda*

### 5.1. La fijación del nivel óptimo de especialización

Como hemos visto, la pretensión indemnizatoria de las víctimas es resuelta por tribunales pertenecientes a jurisdicciones diferentes y conforme a normas materiales también diferentes propias de cada una de las jurisdicciones.

No puede ponerse en duda que la especialización judicial favorece la reducción de los costes marginales en la medida que se acorta la duración de los procedimientos y hace que se incremente la calidad técnica de las resoluciones judiciales. Además, promueve un mejor conocimiento del derecho, que fomentará la coherencia interna y la uniformidad de la jurisprudencia emanada por los órganos jurisdiccionales especializados (Gomez Ligüere, 2019, p. 324; Doménech Pascual y Mora-Sanguinetti, 2015, pp. 10-11).

Pero la especialización judicial trae consigo determinados efectos negativos con los que es preciso contar: a) acarrea costes de gestión por la creación y puesta en funcionamiento de nuevos órganos jurisdiccionales –así, Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo–, para resolver los problemas que ocasionen los casos de dudosa asignación; b) reduce la diversidad jurisprudencial dificultando la rectificación de las doctrinas erróneas y obstaculiza su progreso; c) induce a la pérdida de atractivo de ciertos destinos de la carrera judicial; d) genera costes derivados de la dificultad de deslindar las competencias de los órganos especializados; e) comporta la pérdida de proximidad geográfica del justiciable respecto de la Administración de justicia; f) ocasiona problemas de adaptación de la estructura judicial para hacer frente a las fluctuaciones de la demanda; g) da pie a que los jueces incurran en prejuicios y adopten resoluciones estereotipadas; h) provoca un incremento de la complejidad del derecho; i) tolera incoherencias y contradicciones que afecten a las doctrinas emanadas por diferentes tipos de órganos jurisdiccionales sobre problemas análogos; j) permite la influencia indeseable de ciertos sesgos e intereses espurios sobre las decisiones de los jueces así como la comisión de irregularidades por parte de los mismos (Gómez Ligüere, 2019, p. 325; Doménech Pascual y Mora-Sanguinetti, 2015, pp. 12 y ss.).

Un sistema de responsabilidad civil con pretensiones de eficiencia ha de verificar los ámbitos del derecho para los que la especialización presenta ventajas comparativas respecto del modelo del tribunal generalista, y además comprobar la intensidad de la especialización ponderando si la fragmentación está justificada por las ventajas asociadas con

la especialización de las jurisdicciones y, en su caso, de los tribunales (Gómez Ligüerre, 2019, p. 326). Pero es que a ello debe sumarse que es preciso establecer el nivel óptimo de especialización examinando si los beneficios marginales de la medida son superiores a sus costes (Doménech Pascual y Mora-Sanguinetti, 2015, p. 10). La especialización resultará más beneficiosa cuanto mayor sea la complejidad técnica y la similitud de los asuntos a resolver, así como la necesidad de resolverlos de manera uniforme y ágil. Por el contrario, la especialización no resultará tan beneficiosa cuanto mayor sea la lejanía geográfica respecto de los justiciables, o mayor sea el riesgo de captura y activismo judicial (Doménech Pascual y Mora-Sanguinetti, 2015, pp. 25 y ss.).

La división entre órdenes de la jurisdicción y su especialización únicamente tendrá sentido en un derecho de daños con pretensiones de eficiencia cuando las normas de atribución garantizan la exclusividad en una determinada materia que a la vez goce de una unidad en sí misma, y que además genere el suficiente volumen de asuntos que justifique el establecimiento de tribunales especializados para resolver todos los pleitos que se susciten (Gómez Ligüerre, 2019, p. 327).

## 5.2. El establecimiento de criterios de atribución exclusivos y unívocos

En el derecho español de daños la distribución de competencias entre órdenes jurisdiccionales no atiende a las víctimas, sino a los posibles responsables de los daños (Gómez Ligüerre, 2016, p. 4). Las diferencias entre órdenes jurisdiccionales dependen del régimen jurídico que sea de aplicación al potencial responsable. Las diferencias solo desaparecen cuando el daño es consecuencia de un ilícito penal. En este caso, la atribución de competencia no obedece a la naturaleza de la pretensión indemnizatoria ejercitada por la víctima del daño, sino a la presunta naturaleza criminal de los comportamientos que también causaron los daños. Puede decirse por tanto que, en cuanto a la distribución de competencias entre órdenes jurisdiccionales, el derecho español de daños es un derecho de responsables, debido a que no se atiende a la pretensión de la víctima (Gómez Ligüerre, 2019, pp. 328-329).

Y a la vista del criterio de distribución de competencias entre órdenes jurisdiccionales puede ocurrir que diferentes víctimas que hayan sufrido idéntico daño sigan procedimientos diferentes ante jurisdicciones diferentes, con la aplicación de normas materiales determinadas que regulan la pretensión indemnizatoria de la víctima de modo diferente. Que una misma pretensión sea considerada de forma diferente por distintos sectores del ordenamiento cuya aplicación corresponde a los tribunales especializados por razón de la materia plantea la duda sobre la conveniencia de la especialización judicial en materia de derecho de daños (Gómez Ligüerre, 2019, p. 329).

La exclusividad de la atribución y la unidad de su contenido pueden materializarse atribuyendo la especialización por razón de la materia o por razón del demandante. El problema

del derecho español de daños es que combina ambos criterios cuando trata de la misma pretensión indemnizatoria. La especialización judicial en derecho de daños comporta que pretensiones indemnizatorias materialmente idénticas sean resueltas por diferentes tribunales y con arreglo a reglas procesales y materiales diferentes.

En materia de daños en el derecho español realmente no hay especialización judicial, en el sentido de que se atribuya la asignación exclusiva y excluyente de un determinado tipo de asuntos a una categoría especial de tribunales. En el derecho español de daños la especialización no se produce por razón de la materia, salvo en aquellos casos en que el daño sea consecuencia de un delito cuya pena ha sido decidida por un tribunal de lo penal y siempre que la víctima no se haya reservado las acciones civiles (Gómez Ligüerre, 2019, p. 330).

Para que la especialización judicial que derivaría de la existencia de varios órdenes jurisdiccionales no pierda sentido, considero que los criterios de atribución sean exclusivos y unívocos, para evitar que una misma pretensión sea conocida por tribunales pertenecientes a cualquiera de los órganos jurisdiccionales, conforme a normas materiales diferentes y en procesos regidos por normas distintas, pues el contenido de la pretensión de la víctima siempre es el mismo: el resarcimiento del daño.

Desde la perspectiva de la víctima, la diversidad de regímenes legales de responsabilidad civil no tiene justificación. Pensemos en una actividad dañosa realizada por un particular; producidos los daños, la víctima ha de probar la culpa del responsable y, en cambio, en una actividad materialmente idéntica la víctima se beneficia del carácter objetivo de la responsabilidad cuando esta se exige a la Administración, titular de la actividad que causó el daño. Lo razonable es que las víctimas de daños idénticos han de estar sometidas a las mismas reglas materiales y procesales, con independencia de que el causante del daño sea un particular o una Administración pública.

La especialización de los órdenes jurisdiccionales por razón de la materia que la ley atribuye a cada orden de manera exclusiva tiene su lógica, desde la perspectiva de la jurisdicción especializada, en la función de cada una de las salas del Tribunal Supremo. Cada una de ellas resuelve recursos fundados en las normas procesales o materiales que se hayan aplicado para resolver el asunto en las instancias inferiores<sup>49</sup>, proyectando su doctrina jurisprudencial en el sector del ordenamiento cuya aplicación tiene encomendada. Sin embargo, probablemente la compartimentación de la jurisprudencia carezca de sentido cuando todos los órdenes jurisdiccionales manejan conceptos comunes a la pretensión indemnizatoria que han de resolver y que plantea la víctima en todos los supuestos en que acude a los tribunales (Gómez Ligüerre, 2019, pp. 336-337).

---

<sup>49</sup> Vid. artículos 477 de la LEC, 847 de la LECrim., 88 de la LJCA, 205 de la LJS y concordantes con todos ellos.

## 6. A modo de reflexión final

A mi juicio, la dispersión normativa del derecho español de daños tiene su manifestación más característica en su dispersión jurisdiccional. Considero que en aras de la seguridad jurídica, igualdad y objetividad e imparcialidad, debe fijarse el nivel óptimo de especialización, así como establecerse criterios de atribución exclusivos y unívocos para que las víctimas de daños idénticos estén sometidas a unas mismas reglas materiales y procesales con independencia de quién sea el responsable del daño, fraguando todo ello en una doctrina jurisprudencial común sobre los aspectos centrales de la pretensión indemnizatoria del daño, para así poder erradicar el lamentable peregrinaje jurisdiccional que sufren las víctimas para resolver una pretensión indemnizatoria frente a los eventuales responsables del daño. Al fin y al cabo, la relación de causalidad, la relevancia que haya de tener el carácter antijurídico de la conducta del responsable, la imputación objetiva de sus consecuencias, el modo de evaluar la diligencia y, en fin, la valoración de los daños, fundamentan la pretensión de todas las víctimas de daños, con independencia de la jurisdicción ante la que deban ejercitarla (Ferrerres Comella, 2010, pp. 44-46).

### Referencias bibliográficas

- Abella López, J. (2012). La ejecución del auto de cuantía máxima. *Tráfico y Seguridad Vial*, 163-164, 21-40.
- Alastuey Dobón, C. (2010). Comentario a los arts. 109 a 122 del Código Penal. En M. Gómez Tomillo (Dir.), *Comentarios al Código Penal*. Lex Nova.
- Alegre Ávila, J. M. (2005). La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 126, 191-216.
- Arquillo Colet, B. (2004). Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria. *Revista InDret*, 1. [http://www.indret.com/pdf/181\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/181_es.pdf)
- Asua González, C. I. (2016). Daños causados por amianto. Reclamación de trabajador, de familiares y de amas de casa que manipularon la ropa. Cambio de doctrina jurisprudencial sobre la jurisdicción competente. Comentario a la Sentencia de 3 de diciembre de 2015. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 101.
- Blázquez Martín, R. (2020). Criterios relevantes de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el proceso judicial de daños: jurisdicción, competencia, capacidad, legitimación, arquitectura de la demanda, contenido de la audiencia previa, prueba, efectos pre-judiciales y acceso a los recursos extraordinarios. En M. J. Herrador Guardia (Dir.), *Derecho de daños (cuestiones actuales)* (pp. 121-161). Francis Lefebvre.
- Busto Lago, J. M. (2006). La responsabilidad civil de las Administraciones públicas. En L. F. Reglero Campos (Coord.), *Tratado*

- de responsabilidad civil* (pp. 1.709-1.848). Aranzadi.
- Carrancho Herrero, M. T. (2010). *Responsabilidad civil del empresario en el ámbito de los riesgos laborales*. La Ley.
- Cavanillas Múgica, S. y Tapia Fernández, I. (1995). *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*. Centro de Estudios Ramón Areces.
- Díaz Moreno, A. y Martín Huertas, M. A. (2009). Los criterios de imputación de la responsabilidad civil en los accidentes de trabajo: Comentario a la Sentencia del TS de 15 de enero de 2008 (RJ 2008, 1394). *Revista de Derecho Patrimonial*, 22, 355-371.
- Díez Sánchez, J. J. (2007). Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos. En J. A. Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual* (pp. 205-234). Dykinson.
- Díez-Picazo Giménez, G. (2007). *Los riesgos laborales. Doctrina y jurisprudencia*. Civitas.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1999). *Derecho de daños*. Civitas.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial: Tomo II. Las relaciones obligatorias*. Civitas.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2011). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual* (Tomo V). Civitas.
- Doménech Pascual, G. y Mora-Sanguinetti, J. S. (2015). El mito de la especialización judicial. *Revista InDret*, 1. [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1120\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1120_es.pdf)
- Domínguez Martínez, P. (2016). Daños provocados por el amianto: jurisdicción competente y responsabilidad civil. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 17, 192-212.
- Fernández Valverde, R. (2011). Alcance de la responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas. En M. J. Herrador Guardia (Coord.), *Derecho de Daños* (pp. 613-680). Sepin.
- Ferreres Comella, V. (2010). Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia. En V. Ferreres Comella y J. A. Xiol Ríos, *El carácter vinculante de la jurisprudencia* (pp. 43-80). Fundación coloquio jurídico europeo.
- Gamero Casado, E. (2004). Los seguros de responsabilidad patrimonial de la Administración: recientes pactos y reformas. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 3, 1.934-1.939.
- Garberí Llobregat, J. (2008). *Jurisdicción y competencia de los juzgados y tribunales civiles*. Aranzadi.
- García Garnica, M. C. (2020). Las vías para reclamar ante una negligencia médica. *Revista de Derecho Civil*, 7(1), 31-68. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/498>
- García-Trevijano Garnica, E. (1996). ¿Interrumpe el ejercicio de acciones penales el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración? Sobre el alcance del artículo 146.2 de la Ley 30/1992. *Revista de Administración Pública*, 141, 265-270.
- Gómez Ligüerre, C. (2001). Sobre la posibilidad de que la víctima ejercite la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración pública. *Revista InDret*, 3. [https://indret.com/wp-content/uploads/2007/06/063\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/uploads/2007/06/063_es.pdf)
- Gómez Ligüerre, C. (2007). *Solidaridad y Derecho de Daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*. Civitas.

- Gómez Ligüerre, C. (2009). Problemas de jurisdicción competente y de derecho aplicable en pleitos de responsabilidad civil extracontractual. *Revista InDret*, 2. [https://indret.com/pdf/642\\_es.pdf](https://indret.com/pdf/642_es.pdf)
- Gómez Ligüerre, C. (2016). Responsabilidad civil y responsabilidad laboral derivadas de una misma contingencia profesional. De nuevo sobre la jurisdicción competente. La sentencia civil del caso Uralita. *Revista InDret*, 1. [https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1213\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1213_es.pdf)
- Gómez Ligüerre, C. (2019). *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*. Marcial Pons.
- Guzmán Fluja, V. C. y Zafra Espinosa de los Monteros Rocío. (2008). Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. La acumulación de acciones: arts. 71 a 73 LEC. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3.
- Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros, J. M. (2004). La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones públicas. *Revista InDret*, 4. [https://indret.com/pdf/257\\_es.pdf](https://indret.com/pdf/257_es.pdf)
- Jiménez López, M. N. (2011). *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria*. Tecnos.
- Juan Sánchez, R. (2009). Nueva doctrina constitucional sobre la prescripción del delito y su incidencia en el ejercicio de la acción por responsabilidad civil ex delicto. *Revista InDret*, 1. [https://indret.com/pdf/603\\_es.pdf](https://indret.com/pdf/603_es.pdf)
- Llamas Pombo, E. (2010a). Comentario al art. 1092 CC. En A. Domínguez Luelmo (Dir.), *Comentarios al Código civil*. Lex Nova.
- Llamas Pombo, E. (2010b). *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. La Ley.
- López Gil, M. (2021). Paradojas procesales que plantea el ejercicio de la acción de regreso en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 1, 175-222.
- López Menudo, F., Guichot Reina, E. y Carriello Donaire, J. A. (2005). *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Lex Nova.
- Luque Parra, M. y Ruiz García, J. A. (2002). Accidentes de trabajo, responsabilidad civil y competencia de jurisdicción. Comentario de la STS, 1.ª, 8 de octubre de 2001. *Revista InDret*, 3. [https://indret.com/pdf/099\\_es.pdf](https://indret.com/pdf/099_es.pdf)
- Martin Casals, M. y Ribot Igualada, J. (2010). Technological Change and the Development of Liability for Fault in Spain. En M. Martin Casals (Ed.), *The Development of Liability in Relation to Technological Change* (Vol. 4). Cambridge University Press.
- Moliner Tamborero, G. (2011). La culpa como criterio de imputación en accidentes de trabajo. La delimitación de responsabilidades. En M. J. Herrador Guardia (Coord.), *Derecho de Daños* (pp. 681-725). Sepin.
- Molins García-Atance, J. (2010). La elección del orden jurisdiccional en las acciones indemnizatorias derivadas de accidentes laborales. *Práctica Derecho de Daños*, 86, 17-21.
- Muñoz Cuesta, J. (2019). La responsabilidad civil por el hundimiento y vertidos del Prestige. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3.
- Pantaleón Prieto, A. F. (1993). «Perseverare diabolicum» (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?). *Jueces para la Democracia*, 19, 6-10. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552455>
- Peña López, F. (2005). La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración Pública (y su aseguradora) para exigir res-

- ponsabilidad civil a su personal. *Práctica de Derecho de Daños*, 30, 5-29.
- Reglero Campos, L. F. (2004). *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro*. Aranzadi.
- Reglero Campos, L. F. (2006). Conceptos generales y elementos de delimitación. En L. F. Reglero (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil* (pp. 63-210). Aranzadi.
- Roca Guillamón, J. (2000). La responsabilidad del Estado y de las Administraciones Públicas por delitos de sus funcionarios. En J. A. Moreno Martínez (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (pp. 489-532). Dykinson.
- Roig Torres, M. (2010). *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*. Tirant lo Blanch.
- Sempere Navarro, A. V. (2008). ¿Cuál es la jurisdicción competente para determinar la responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo? *Aranzadi Social*, 1.
- Yzquierdo Tolsada, M. (1990). El perturbador artículo 1092 del Código civil: cien años de errores. En *Libro conmemorativo del Centenario del Código Civil* (Vol. II, pp. 2.109-2.135). Asociación de Profesores de Derecho Civil.
- Yzquierdo Tolsada, M. (1993). *La responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Reus.
- Yzquierdo Tolsada, M. (1997). *Aspectos civiles del nuevo Código penal*. Dykinson.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2006). La responsabilidad civil en el proceso penal. En L.F. Reglero Campos (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil* (pp. 539-619). Aranzadi.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2008). Comentario a la STS de 15 de enero de 2008. Competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad civil por accidente de trabajo. En M. Yzquierdo Tolsada (Dir.), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, (Vol. 2, pp. 59-98). Dykinson.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2014). La responsabilidad civil en el proceso penal. En L.F. Reglero Campos y J. Manuel Busto Lago (Coord.), *Tratado de Responsabilidad civil* (Vol. 1, pp. 1.105-1.236). Aranzadi.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2017). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Dykinson.

**Juan Panisello Martínez.** Doctor por la Universidad Pública de Navarra en Economía, Empresa y Derecho. Diploma en Estudios Avanzados por la Universidad Rovira i Virgili, en el área de conocimiento de economía financiera y contabilidad y en el área de conocimiento de Derecho Civil. Letrado en ejercicio. Secretario del Tribunal Arbitral de Tarragona y vocal de la Asociación para el Arbitraje en Tarragona. Profesor en el Máster de la Abogacía en la Universidad Rovira i Virgili y en la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Tarragona. <https://orcid.org/0000-0003-1806-7812>



# La figura del letrado de la Administración de Justicia y su proyección al derecho a la tutela judicial efectiva. (Reflexiones críticas y propuestas de futuro a partir de un conflicto laboral)

**Eduardo Sánchez Álvarez**

*Profesor asociado (acreditado a profesor contratado doctor).*

*Universidad de Oviedo (España)*

[sanchezaeduardo@uniovi.es](mailto:sanchezaeduardo@uniovi.es) | <https://orcid.org/0000-0003-0794-4875>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Raúl Leopoldo Canosa Usera, doña Ana Cremades Leguina, doña Silvia Díaz Sastre, don Rafael Fernández Valverde y don Luis Pérez de Ayala Becerril.

## Extracto

Que a lo largo las primeras semanas de 2023 se haya desarrollado una huelga indefinida por parte de los funcionarios del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia colocó en el centro de la atención pública a estos operadores jurídicos. El conflicto laboral en sí resulta, como es lógico, mayormente indiferente a la sociedad. Pero sus consecuencias, no. Se paralizaron centenares de miles de actuaciones judiciales de toda índole, añadiendo más retraso si cabe a la prestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ya, *per se*, se produce casi de manera estructural. Bien, ¿tan importante es entonces este funcionario? ¿Por qué el ejercicio de huelga de uno de los elementos humanos integrados en la Administración de Justicia causa tan graves efectos en la garantía judicial de los derechos subjetivos? Se pretende aquí estudiar esa figura, sus funciones y marco normativo en orden a su proyección a tal garantía que, no se olvide, se halla constitucionalizada a plenos efectos; y extraer de ello consecuencias que quizá demuestren fallos legislativos sistémicos en la conceptualización estructural y desarrollo del itinerario normativo insertado para la consecución de esa tutela judicial efectiva.

**Palabras clave:** letrado; justicia; tutela judicial efectiva; huelga; funciones.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado: 05-04-2024

**Cómo citar:** Sánchez Álvarez, E. (2024). La figura del letrado de la Administración de Justicia y su proyección al derecho a la tutela judicial efectiva. (Reflexiones críticas y propuestas de futuro a partir de un conflicto laboral). *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 279, 73-108. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19119>



# The court registrar figure and its projection onto the right to an effective remedy. (Critical reflections and forward-looking proposals arising from a labour dispute)

Eduardo Sánchez Álvarez

This work has been selected for publication by: Mr. Enrique Arnaldo Alcubilla, Mr. Raúl Leopoldo Canosa Usera, Mrs. Ana Cremades Leguina, Mrs. Silvia Díaz Sastre, Mr. Rafael Fernández Valverde and Mr. Luis Pérez de Ayala Becerril.

## Abstract

Throughout the first weeks of 2023, an indefinite strike was carried on by public servants belonging to the Body of Court Registrars, which prompted these justice workers into the focus of public attention. The labor dispute itself, logically enough, was met with social indifference. But not its consequences. Hundreds of thousands of judicial proceedings came to a halt, adding furthermore delay –if possible– to the right to an effective remedy, a tardiness produced, *per se*, almost structurally. Well, are these public workers that important? Why does the strike action of one of the human elements embedded in the Judiciary cause such serious consequences on the judicial protection of individual rights? The study of such body, its roles and legal framework projected onto legal remedies –let’s not forget, fully constitutionalised– is addressed here; also, bring out from it consequences that may show systemic statutory flaws in the conceptual structure and development of the legal path leading to the right to an effective remedy.

**Keywords:** court registrar; justice, right to an effective remedy; strike; roles.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 05-04-2024

**Citation:** Sánchez Álvarez, E. (2024). La figura del letrado de la Administración de Justicia y su proyección al derecho a la tutela judicial efectiva. (Reflexiones críticas y propuestas de futuro a partir de un conflicto laboral). *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 279, 73-108. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19119>



## Sumario

1. Introducción
  2. La figura del letrado de la Administración de Justicia
    - 2.1. Exégesis constitucional y orgánica
    - 2.2. Funciones y principios rectores
  3. La proyección de ese diseño a la garantía judicial de los derechos subjetivos
    - 3.1. La tutela judicial efectiva y su contenido constitucionalizado
    - 3.2. La desmembración del proceso (y su reconocimiento indirecto por el Tribunal Constitucional)
  4. Apuntes críticos y conclusivos
- Referencias bibliográficas



## 1. Introducción

Mientras se comenzaba a redactar estas páginas, se desarrollaba en el seno de la Administración de Justicia un conflicto de índole laboral que enfrenta al Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia (LAJ, en lo sucesivo) con el Ministerio de Justicia, del que dependen orgánicamente, el cual finalmente concluyó el 28 de marzo de 2023. Como se comprenderá sencillamente, pues, esa huelga provocó efectos significativos y lesivos a los intereses de los ciudadanos que acuden ante la Administración de Justicia en pos de realizar alguna actuación que, en realidad, conecta con una de las esencias del Estado de derecho, cristalizadas en un derecho, con consideración de fundamental, consagrado por el artículo 24.1 de nuestra Constitución (CE): la tutela judicial efectiva que se dispensa en esa Administración de Justicia de la que los LAJ erigen uno de sus señeros eslabones integrantes.

Toda esta eventualidad ha colocado en el foco de la atención pública al operador jurídico que erige el tradicionalmente conocido como secretario judicial, actualmente denominado LAJ<sup>1</sup>, ya que el ejercicio de su derecho de huelga es quien motiva toda una catarsis de efectos dañosos en forma de suspensiones o aplazamientos de vistas, retardos en la realización de dispares actividades procesales, etc. De ahí surge la conveniente necesidad de analizar con más detenimiento la razón de ser de esta figura, su encaje constitucional y orgánico –luego apegado al derecho positivo y proyectado a los tiempos actuales, sin pretenderse un estudio histórico enraizado en tiempos remotos y pretéritos–, el elenco de funciones que despliega por encomienda legal (se intuye que relevantes si es capaz de lastrarse o truncarse, en su ausencia, el curso de las actuaciones judiciales) y, como corolario realmente significativo, su incidencia en la dispensación del referido derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ostentado por la ciudadanía. No en vano, hemos

---

<sup>1</sup> El Cuerpo de Secretarios Judiciales pasa a denominarse Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia. Lacónicamente, el apartado IX del preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que opera esa modificación nominativa, expone que «con ello se da respuesta a una demanda histórica [...] que considera que la denominación de Secretarios judiciales conduce a equívocos sobre la función realmente desempeñada».

presenciado inequívocamente un conflicto de derechos fundamentales ejercitándose simultáneamente (huelga y tutela judicial efectiva) entre sus respectivos titulares (LAJ y justiciables, respectivamente)

## 2. La figura del letrado de la Administración de Justicia

Ante todo, ha de analizarse, sin perjuicio de la indudable raigambre histórica de la figura de este operador jurídico<sup>2</sup>, cuál sería en la actualidad, con el derecho positivo en la mano, su ordenación normativa dentro de los confines de la Administración de Justicia, su localización dentro del paradigma que supone nuestro ordenamiento jurídico.

Ello precisa de un enfoque plural. En primer término, como no puede ser de otra forma por su posición jerárquica suprema, tendrán que tenerse en cuenta las prevenciones que constitucionalmente pudiera haber sobre el particular. Posteriormente, habría de acudir a lo que la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) pudiera arbitrar y desarrollar y, por fin, será el turno de analizar a esta figura desde el prisma que las distintas normas jurídico-positivas de naturaleza legal –primordialmente procesal– o reglamentaria pudieran implementar dentro de esas coordenadas.

### 2.1. Exégesis constitucional y orgánica

Desgranemos a efectos expositivos las consideraciones a elaborar en función de la norma jurídica a que nos remitamos, desde criterios de rango normativo u ordenación material (arts. 81.1 y 122.1 CE).

#### A) Constitución española

Dentro del título VI de la CE, del Poder Judicial, leemos en el artículo 117.1 que «la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley». Así las cosas, por mandato directo de nuestra CE podemos concluir que la existencia de jueces y magistrados es *perentoria*. Han de existir estos operadores jurídicos considerando que ostentan, en régimen de monopolio, el ejercicio de la función jurisdiccional que, teleológicamente, permite la dispensación y colmación del derecho fundamental del artículo 24.1 de la CE, que tiene por destinatario a la ciudadanía, quien lo ejerce

---

<sup>2</sup> En perspectiva evolutiva cronológica de este operador jurídico, *vid.* Escudero Moratalla y Casas Soler (2001). También Martín Contreras (1988).

e impetra justicia. Además, el ejercicio de esa función que embebe a uno de los tres clásicos poderes del Estado, que es y hace Estado de manera tan radicalmente expresiva, ha de efectuarse en unas coordenadas que, asimismo, son trazadas cogentemente por la CE, entre las que destaca singularmente la independencia de jueces y magistrados, la cual se sublima precisamente considerando que única y exclusivamente se hallan sujetos a la ley mientras despliegan su misión constitucional. Y sin independencia judicial no hay Estado de derecho (sobre la reiterada doctrina acerca de la independencia como elemento indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, cfr. STC 238/2012, de 13 de diciembre, especialmente en su FJ 6.º).

Para Moreno Catena (2008),

la independencia del juez no es más, pero tampoco menos, que libertad para el enjuiciamiento, teniendo como único referente el sometimiento a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico. Por estos motivos, la garantía de la independencia de los jueces y magistrados ha de ser cuidadosamente respetada por todos [...] y se ha de garantizar frente a todos: frente a las partes procesales, frente a los superiores en la jerarquía judicial y a los órganos de gobierno, y frente a los otros poderes del Estado y a las presiones sociales (pp. 124-125).

Díez-Picazo (1992) añade que

la idea misma de independencia judicial se halla vinculada a la aparición y al desarrollo del Estado de Derecho, es decir, de aquella forma de Estado en que las relaciones entre gobernantes y gobernados no son determinadas por la sola fuerza, sino que están reguladas por genuinas normas jurídicas.

Huelga practicar mayores justificaciones de la entidad y calado de tal principio rector de los titulares de la función jurisdiccional. Como sintetiza Río Fernández,

la independencia es la característica esencial del Poder Judicial, absoluta, incondicional e irrenunciable. Sin independencia no cabe hablar de juez. Esta condición tiene carácter absoluto y universal. Su alcance resulta universal porque se predica frente a todos, incluso frente al propio juez. Es un valor absoluto porque hay independencia o no la hay. No se puede ser un poco o un tanto, un mucho o casi independiente.

No exterioriza ningún privilegio o prebenda (2009),

es un instrumento para que los jueces realicen la labor que la Constitución les encomienda: su razón de ser es garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados en parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad, de realizar los valores constitucionales y de salvaguardar los derechos fundamentales. De ahí que

la independencia sea una institución funcionalmente dirigida a asegurar la efectiva realización de un principio que le trasciende, el de legalidad. La *independencia judicial no es un fin, sino el medio hacia un fin. Es la médula del imperio de la ley que da a la ciudadanía la confianza en que las leyes se aplicarán justa e igualmente* (pp. 107-108).

Frente a lo que se dispone en el artículo 117.1 de la CE, con ánimo recio de trazar un directo parangón entre ambos, prevé el artículo 122.1 de la Norma suprema que

la Ley Orgánica del Poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia.

Fijémonos especialmente en el inciso final del precepto transcrito. La CE efectúa un envío a una norma concreta, la LOPJ que, consecuentemente, también ha de existir por delegación y volición constitucional. Y, entre otros aspectos, indica que dentro de su contenido deberá encontrarse la fijación del estatuto jurídico, además del propio de la judicatura, del resto de personal al servicio de la Administración de Justicia. Entiéndase que ha de haber otros operadores jurídicos insertos en el ámbito de la Administración de Justicia que *no ostenten la condición de jueces o magistrados*, pero nada más. Es decir, constitucionalmente no se previene cómo articular ese personal (uno o varios cuerpos de funcionarios, a denominar y organizar libremente por el legislador orgánico, con funciones y responsabilidades igualmente por concretar en esa sede...). Podríamos concluir, entonces, la drástica *contingencia* constitucional de la ordenación de tal personal auxiliar, lo que de lleno alcanza al LAJ, que podría existir o no como tal operador jurídico con pacífica bendición constitucional.

Desde luego, lo que el articulado de la CE nos deja traslucir de forma indisimulada es que todo ese personal auxiliar a regular en la LOPJ, LAJ inclusive, constituye un elemento inequívocamente administrativo, ajeno por completo y en cualquier caso a la función jurisdiccional que privativamente quedaría en manos de jueces y magistrados<sup>3</sup>.

## B) Ley Orgánica del Poder Judicial

Así las cosas, es crucial observar el dibujo que nuestro legislador orgánico haya implementado en esta norma integrante del denominado *bloque de constitucionalidad* para concretar las potencialidades constitucionales en sus dos vertientes: la existencia de este personal auxiliar y, a partir de ella, su ordenación, vertebración... y funciones.

<sup>3</sup> Cfr. Alférez Moral (2001).

A los efectos que aquí perseguimos, es de enorme relevancia considerar la reforma practicada en la LOPJ mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. Y, especialmente, enlazarla con una precedente, mucho más señera aún, verdaderamente constitutiva de la actual regulación de la cuestión estudiada. Se trata de la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. Uno de los ejes sustentadores de la reforma de 2003 se proyectó precisamente en una profunda modificación y redefinición del personal auxiliar de la Administración de Justicia. Su intención radicaba en tratar de profesionalizar, relanzar y dignificar las plurales labores que esos sujetos jurídicos realizan cotidianamente, resultando imprescindibles para que se pueda llevar a cabo la potestad jurisdiccional propia de los órganos jurisdiccionales (cfr. art. 117.3 CE, *infra*)<sup>4</sup>.

Sin lugar a dudas, el LAJ se integra en esa estructura auxiliar, encabezándola de algún modo. Y la idea vector que sostiene estas reformas que se exponen estribaba en una potenciación de este operador jurídico, confiando aparentemente en sus aptitudes técnico-jurídicas que permitieran mejorar y agilizar el funcionamiento de este aparato estatal. El legislador orgánico consideró viable que la CE les permitiría participar de la *potestad jurisdiccional*, aun ajenos a la *función jurisdiccional* (confrontación deducible de la letra de los apartados primero y tercero del art. 117 CE: en el primer caso, administrar justicia-función jurisdiccional es asunto exclusivo de jueces y magistrados; en el segundo, la potestad jurisdiccional se endosa a juzgados y tribunales, órganos de los que forma ineludiblemente parte el LAJ, *vid.* art. 437.2, primer párrafo *in fine*, LOPJ)<sup>5</sup>.

Pasa a prever el artículo 440 de la LOPJ que los LAJ son funcionarios públicos que constituyen un cuerpo superior jurídico, único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia y que ejercen sus funciones con el carácter de autoridad. Se añade expresamente la coetilla consistente en que ostentan «la dirección de la Oficina judicial», tarea que de esa manera queda legalmente encomendada al LAJ. Hemos de notar que se habla de una «dirección» que no se grada, a la que no se califica como superior, lo cual sí se predica del cuerpo *in abstracto*. La razón de esa omisión, a nuestro parecer, ha de justificarse en que tal nivel directivo supremo compete a la autoridad judicial, como no puede ser de otro modo, habida cuenta que toda la estructura auxiliar que supone la oficina judicial encabezada por el LAJ tiene por finalidad el soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales, por lo que una objetiva autonomía de aquella no es ontológicamente factible –aun pretendida, *infra*–. Prima su sujeción a la función jurisdiccional y a las labores auxiliares que esta requiere para llegar a buen puerto –sin más, cfr. art. 435 LOPJ–.

<sup>4</sup> Cfr. Jimeno Bulnes (2006).

<sup>5</sup> «En un Juzgado se llevan a cabo tres tipos de funciones. En primer lugar las estrictamente jurisdiccionales, en virtud de las cuales se dictan las sentencias, los autos que pongan fin al proceso y las resoluciones que afecten a derechos fundamentales del ciudadano. En segundo lugar están las funciones procesales o cuasi jurisdiccionales que tienen por objeto la ordenación del proceso. Por último están las funciones de carácter gubernativo o administrativo que están fundamentalmente atribuidas a los Secretarios pero podrían encomendarse a otros funcionarios» (García-Miguel García-Rosado, 2000, pp. 43-45).

De todas formas, este añadido tampoco es plenamente novedoso. El artículo 8 del Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios judiciales (ROS, a partir de ahora, y sin perjuicio de su ya no aplazable por más tiempo modificación para adaptarse y desarrollar el vigente esquema legal) ya llevaba por rúbrica «funciones como directores técnico-procesales de la Oficina judicial», desglosando en su tenor su elenco (organización, gestión, inspección y dirección del personal en aspectos técnicos procesales –luego no en todos los demás, funcionales u orgánicos–; hacer cumplir, en el ámbito organizativo y funcional que le es propio, las órdenes y circulares que reciba de sus superiores jerárquicos ateniéndose al protocolo de actuación en el procedimiento, etc.). Ciertamente, la mención del artículo 8 del ROS es mucho más limitada que la ahora inserta en el artículo 440 de la LOPJ, ya que en el texto del ROS la dirección sobre la oficina se ciñe a los aspectos técnico-procesales, mientras en la letra de la LOPJ no se practica ninguna limitación en el curso de tal misión que, consiguientemente, resulta aparentemente plena, pese a que no lo es –*supra*–. En suma, sin suponer una novedad carente de precedentes, la introducción de esta mención en la LOPJ sí goza de cierta relevancia objetiva.

Desde estos mimbres orgánicos, y ya con incidencia en la actividad jurisdiccional, el legislador se inclinó por aceptar resueltamente la atribución al LAJ de capacidades propias del ejercicio de la potestad jurisdiccional traducidas, primordialmente, en confiarle amplios poderes de naturaleza procesal –«impulsará el proceso en los términos que establecen las leyes procesales», lo que se plasmará en el dictado de «las resoluciones necesarias para la tramitación del proceso, salvo aquellas que las leyes procesales reserven a Jueces o Tribunales»–. El tenor del artículo 456 de la LOPJ guiaba este novedoso camino al indicar, ciertamente con el límite que supone un constante reenvío a los términos que pudieran establecer las leyes procesales, y de haber previo acogimiento a estas previsiones orgánicas, que el LAJ tuviera competencias en las siguientes materias: ejecución (a salvo los aspectos que se reserven a jueces y magistrados), jurisdicción voluntaria (asumiendo su tramitación y resolución, excepto los recursos que quepa interponer), conciliaciones (llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia), tramitación y en su caso resolución de los procedimientos monitorios, mediación y cualesquiera otras que expresamente se previeran (*numerus apertus*).

### C) Legislación procesal

La revolucionaria modificación practicada en la totalidad de las normas procesales por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, supuso la cristalización –maximalista– de esas potencialidades<sup>6</sup>. Como se indicaba expresamente en su exposición de motivos, uno de los objetivos

---

<sup>6</sup> «El objetivo sería aquí que Jueces y Magistrados pudiesen concentrarse en su función distintiva: resolver pleitos en Derecho, dictar resoluciones de calidad y hacerlo juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado [...]. Mientras, los restantes Cuerpos de funcionarios (bajo el protagonismo de los Secretarios de Jus-

preferentes de esa ley radicaba en «regular la distribución de competencias entre Jueces y Tribunales, por un lado, y Secretarios judiciales, por otro». El legislador implementó como una herramienta de agilización de la Administración de Justicia el traspaso de ciertas encomiendas previamente judiciales a estos otros operadores jurídicos engarzados a ese engranaje<sup>7</sup>. Y a ello se aprestó retocando con hondura la totalidad de detalles, jalones, procedimientos... contenidos en las leyes de esa naturaleza rectoras de todos los órdenes en que se articula la jurisdicción. Reformas posteriores han mantenido incólume, si no agrandado, tal criterio rector.

## 2.2. Funciones y principios rectores

Desde estas pinceladas normativas globales en que ahora aparece y se desenvuelve la figura del LAJ, el siguiente paso para un mejor escrutinio de su naturaleza jurídica radicará en describir y ponderar qué funciones se le encomiendan y bajo qué criterios o principios rectores las lleva a cabo.

### A) Principios rectores

La idea motriz que oxigena toda la construcción operada descansa sobre un reforzamiento de la consideración del LAJ como un funcionario estrictamente administrativo. Ya hemos indicado que el artículo 440 de la LOPJ lo conceptuó como «dependiente del Ministerio de Justicia». Mientras, el artículo 452.1 de la Norma orgánica, tras proclamar que estos operadores jurídicos ejerzan sus funciones con sujeción al principio de legalidad e imparcialidad en todo caso y al principio de independencia en el ejercicio de la fe pública judicial, añadió que se regirían por los principios de «unidad de actuación y dependencia jerárquica en todas las demás –funciones– que les encomienden esta ley y –subráyese–

---

ticia) podrían así red desplegar sus capacidades y sus propios efectivos en una nueva arquitectura física y conceptual del reparto de tareas y cumplimiento de objetivos. Todo ello redundaría no solo en mayor transparencia, sino en el mejor rendimiento y responsabilidad del conjunto del sistema» (López Guerra, 2009). Contra esos posicionamientos, «carece pues a nuestro juicio de toda justificación intentar convertir al Secretario en una especie de "Juez postizo", llenándole de competencias que no le corresponden ni por naturaleza ni por historia» (Banacloche Palao, 1998).

<sup>7</sup> Cfr. Colomer Hernández y Álvaro Montero (2010). Se critica que «el legislador precipitado ha intentado sacar a la luz una ley que reparte los distintos actos del proceso, como si de estampitas se tratase, pero sin determinar las unidades encargadas de cada función, alegando este defecto como un mérito [...]. El iter procesal ideado no puede impedir que el Tribunal tome decisiones de naturaleza jurisdiccional, aun en contra del Secretario [...]. Al Juez no se le puede quitar la potestad de revisar de oficio las garantías del proceso, ya que es parte consustancial de la función jurisdiccional el control de la legalidad, que se traduce también en la correcta aplicación de la legalidad procesal» (Blanco Soto, 21 de enero de 2010).

las normas de procedimiento respectivo, así como su reglamento orgánico». En el ánimo legislativo lo administrativo se antepuso a lo procesal-jurisdiccional, vadeando la integración del LAJ en una estructura tan específica como es un órgano judicial, el cual tiene una finalidad constitucional muy singularizada que, como se comprenderá, no participa especialmente del rasgo de la administratividad.

Si bien se relanzaban las capacidades procesales del LAJ, materialmente apegadas cuando no participantes sin más de la potestad jurisdiccional, se limaba su condición orgánica que, obviamente, devino radicalmente administrativa y drásticamente opuesta a cualquier indicio de independencia, con la salvedad de la labor de dación de fe pública (Gutiérrez Lucas, 2010). He ahí un aspecto que debe retenerse como una idea definitoria del escenario en presencia. La diferencia con los juzgadores se hizo quirúrgica: el juez es independiente mientras el LAJ es dependiente del Ministerio de Justicia, también en el desempeño de las tareas procesales que se le confían. Mayores responsabilidades se mezclaron con más incidencia gubernativa en su despliegue.

En este estado de cosas, se hizo ineludible vertebrar un sistema de ordenación interna del Cuerpo de LAJ que asegurara la vigencia de esos principios estructurales elegidos orgánicamente –la unidad de actuación y la dependencia jerárquica–, el cual, simultáneamente, garantizara la actuación de consuno de todos sus integrantes en las tareas que se les endosaban. Esta planificación implicaba la necesidad de la edificación de una construcción piramidal tal cual previene el artículo 463.2 de la LOPJ: la figura del secretario general de la Administración de Justicia; bajo su dependencia, los secretarios de Gobierno, artículo 464 de la LOPJ; y a su vez, bajo su dependencia, secretarios coordinadores provinciales, artículo 466 de la LOPJ.

## B) Funciones

Podemos sistematizar las funciones que desarrolla este operador jurídico en tres grandes bloques:

### a) La fe pública judicial

La fe pública judicial conlleva una de las primordiales tareas del LAJ (arts. 453 LOPJ y 5 ROS). Cualitativamente, constituye uno de sus rasgos individualizadores más señeros en tanto funcionario inserto en el ámbito de la Administración de Justicia. Hasta tal punto ello es así que se trata de la única de sus labores desempeñada bajo el imperio de los principios de autonomía e independencia; en clara contraposición con las restantes que se desarrollan con apoyo en los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica (art. 452.1 LOPJ, *supra*). La fe pública judicial surgida y desplegada en el curso del proceso busca la producción de efectos en su seno orientados a la certeza, indiscutibilidad y autenticidad de

las declaraciones que queden cubiertas por ella. De otro modo, impone la credibilidad de que un determinado acto procesal se ha producido, lo ha hecho cumpliendo las formalidades al efecto predeterminadas *ope legis* y, por tanto, deviene capaz de provocar cuantas consecuencias igualmente procesales fueran menester. Como lógico corolario, se apega a la fe pública judicial una tangible fuerza probatoria.

Considerando estas premisas conceptuales y etiológicas, la fe pública judicial implica un absolutamente inescusable *prius*. Sin ella, no podría alcanzarse con verosimilitud la cosa juzgada, dado que precisamente esta reposa de forma prominente sobre la inatacabilidad de lo que una resolución judicial previamente dictada ha dispuesto. Lógicamente, la inexistencia de actos procesales previos que desemboquen en la aludida resolución, o la no certeza totalmente indiscutible de que han tenido lugar y lo han hecho, cumulativamente, con los requisitos prefijados legalmente, condicionarían lesivamente el propio resultado del proceso que denota esa sentencia. Entonces, a la sazón, en la fe pública judicial late el ajuste al cumplimiento de la volición que la ley exterioriza, pura legalidad procesal tal cual pregona el artículo 1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Además, engarza reciamente con la seguridad jurídica, con la constatación de los actos sobre los que se proyecta, su verosimilitud, inatacabilidad y subsiguiente producción de efectos no revocables.

Su entrega al LAJ se justifica en que el juez no puede simultáneamente adoptar las determinaciones y resoluciones procesales que le competen y, a la vez, dar fe de que sus actuaciones han tenido lugar, pudiendo generar dudas e impugnaciones que a la postre retardaran el curso procesal. De ahí esa desgajación tradicional que se mantiene a día de hoy bajo idéntico fundamento, aunque quepa cuestionarlo razonablemente en la actualidad *–infra–*.

La fe pública judicial queda definida por la articulación de una serie de características que en su seno se aglomeran. (1) En primer lugar, resulta exclusiva y plena del LAJ, es decir, que todas las actuaciones judiciales han de ser *autorizadas*, con su firma, por este operador jurídico, bajo vicio de nulidad en caso contrario. (2) Su actuación sobre este particular ha de hallarse presidida por una absoluta imparcialidad, que de no concurrir debería ser corregida mediante los mecanismos de abstención y recusación. (3) La actuación de este fedatario ha de ser legalmente responsable, pues en caso contrario quedaría abierta la vía disciplinaria o, eventualmente, penal.

En cuanto al contenido, a las exteriorizaciones específicas y singularizadas de la fe pública judicial, el artículo 145 de la LEC plantea las siguientes: (1) Dejar constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el tribunal o ante este y de la producción de hechos con relevancia procesal, lo que se plasmará en actas y diligencias, a practicar en lo posible mediante la utilización de mecanismos y dispositivos tecnológicos de naturaleza audiovisual. (2) Dar fe, por sí mismo o mediante el registro correspondiente, de cuyo funcionamiento además el LAJ es responsable, de la recepción de escritos, con eventual expedición de recibos y documentos acreditativos de ello. (3) Expedición de certificaciones y testimonios de las actuaciones judiciales si no son reservadas o secretas, expresando

destinatario y finalidad para lo que se realizan. (4) Autorización y expedición de apoderamientos *apud acta* para pleitos.

Desde luego, sin perjuicio de todo lo que se ha dicho y aun con pleno respeto y congruencia con tales afirmaciones, no es ladeable estimar que la generalización del uso de las nuevas tecnologías de la comunicación e información que se proyecta sobre la actividad de la Administración de Justicia implica un giro notable en el enfoque y alcance de esa fe pública estimada en una perspectiva netamente historicista y tradicional, en ausencia de estas herramientas tecnológicas, lo que sugiere la conveniencia de una *redefinición* de esta función que, hasta esa atribución competencial de *lo procesal* al LAJ, suponía su verdadera razón de ser y estar en el ámbito de la Administración de Justicia. ¿Hasta qué punto, *de facto*, la utilización de las nuevas tecnologías no ha sustraído materialmente, al menos en parte, el monopolio de la fe pública judicial al LAJ? Desde el momento en que este operador jurídico no participa directamente en vistas y juicios, sino que autoriza *a posteriori* que su grabación se ha producido, garantizando la «autenticidad e integridad de los grabado o reproducido» –sic, p. ej. arts. 147 LEC, 63.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) u 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS)–, parece indudable la presencia de esta modulación (cfr. STS, Sala 3.ª, de 9 de abril de 2007). Mal va a poder certificarse la autenticidad de un acto al que no se ha asistido, o que se haya grabado la totalidad de la actuación procesal de la que se ha estado ausente. Esa grabación la practica un programa informático, difícilmente manipulable, y el LAJ lo que hace es, de algún modo, cerrarla, permitir que se ubique en la localización, igualmente informática, que el programa determine, firmar electrónicamente el archivo digital que contiene la grabación ya practicada para que las partes, en el respectivo repositorio, puedan acceder a ella. De lo que se da fe es de la auténtica existencia de las grabaciones que se unen a los procedimientos ya tramitados mayoritariamente en formato electrónico, pero no –habida cuenta que el LAJ no ha estado presente– ni del contenido concreto y específico de esa grabación, ni tampoco del detallado desarrollo de ese juicio, vista o comparecencia. Nótese el matiz: el LAJ *interviene* en esas actuaciones procesales, *pero no está necesariamente presente* (esta es la regla general, de hecho) en ellas (y ejecuta *a posteriori* esa participación ayuna de cualquier unidad de acto, por ejemplo con la firma de esa grabación)<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Como se apunta en la SAP de Granada, Sec. 4.ª, de 14 de junio de 2019, «al principio de integridad de las actuaciones judiciales y, en particular, de las grabaciones efectuadas por medios técnicos que garanticen la grabación y reproducción del sonido y las imágenes, se refieren los art. 146.2.º y 147 –LEC– al señalar que el Secretario Judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado mediante la utilización de firma electrónica u otro sistema de seguridad. De tal modo es así que el incumplimiento del principio de integridad y del deber de documentación de las actuaciones judiciales puede dar lugar –nótese, potencialmente, no se da en relación de directa y cogente causalidad– a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al no haber podido hacer entrega de copia de los soportes en que hubiere quedado grabada la vista, a los que tiene derecho conforme a los arts. 147 y 187.1.º de la LEC a fin de formalizar el recurso, además de quedar privada esta Sala de su genérica función revisoria que le es exigible por vía del recurso de apelación». De ahí que deba tenerse cautela con cumplir adecuadamente estos requisitos

La fe pública judicial, en los tiempos del expediente judicial digitalizado y electrónico –cfr. Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, ahora ya derogada por las aún más ambiciosas previsiones insertas por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, especialmente en su libro primero rubricado «Medidas de eficiencia digital y procesal del Servicio Público (sic) de Justicia»–, no pierde su condición basal, se sigue ligando indefectiblemente a las garantías con que todo proceso ha de contar *ope Constitutione*. Pero tal garantía, a nuestro parecer, no está adornada de otro rasgo que no sea su pura formalidad, ayuna de un contenido material que, realmente, ya facilita la tecnología con plena efectividad e inalterabilidad. Manténgase la fe pública judicial, pero no en unos parámetros propios de las circunstancias históricas en las que su perentoria necesidad se gestó y que ya se han volatilizado prácticamente por completo<sup>9</sup>. Su redefinición es perfectamente plausible, a nuestro entender, si tenemos presente que, a pesar de su engarce constitucional, es de claro diseño y configuración legal (baste observar el actual tenor de los arts. 145 y ss. LEC en parangón con su regulación predecesora).

Justamente ese desdibuje de la fe pública judicial, su adelgazante cubrición material transformada y sustituida por las tecnologías, es quien justificó que se engrosaran a los LAJ otras responsabilidades, en el que entendemos groseramente deficiente marco estructural y organizativo que venimos comentando. Apréciase esa relación de causalidad entre minoración de las labores de fe pública y la ensanchada atribución de otras tareas hasta entonces no ostentadas a semejante nivel por este colectivo funcional.

## b) Las funciones de ordenación procesal

Se trata de las que realmente han engrosado sus tareas y responsabilidades, tras la habilitación dispuesta por la LOPJ en su reforma de 2003, y que se plasman en su intervención o decisión en múltiples jalones e hitos de los que conforman la tramitación (y, en los casos así prevenidos, resolución) de los diversos procedimientos de índole jurisdiccional contenidos en todas las leyes rituarías, singularmente en la LEC, la LJCA y la LRJS; pero también en la Ley de jurisdicción voluntaria (LJV) (con singular incidencia, de hecho) o, con menor intensidad habida cuenta su conexidad con el ejercicio del *ius puniendi* estatal, en las leyes

---

legales, aun instrumentales o de soporte, para evitar esa situación, sin perder de vista que no cualquier infracción de una norma jurídico-procesal implica sin más causación de indefensión: «aun si pudiera sostenerse en este caso la infracción de normas procesales, es sabido que no basta, en general, para que se decrete la nulidad de actuaciones; para que pueda ser declarada es necesario que se trate de normas esenciales del procedimiento y que, por esta causa, haya podido producirse indefensión (artículo 225.3.º LEC). Y desde luego el recurso no argumenta en modo alguno de qué manera o con qué alcance el hecho de no haber sido grabada la vista de oposición en soporte audiovisual ha podido generar indefensión para la parte ejecutante» (AAP de La Coruña, Sec. 4.ª, de 2 de octubre de 2018).

<sup>9</sup> A mayor abundamiento, Garrido Carrillo (2011).

procesales de naturaleza penal (Ley de enjuiciamiento criminal y leyes especiales). Demos por expresamente reproducidas esas coordenadas o vectores que hemos referido sobre el particular más arriba en este trabajo para evitar reiteraciones, pero tengamos presente la relevancia, cualitativa y cuantitativa, de esa participación del LAJ en el curso procesal (admisiones a trámite de demandas o recursos, resolución de recursos frente a resoluciones interlocutorias, conocimiento integral de múltiples expedientes de jurisdicción voluntaria, etc. Cfr. p. ej. arts. 404.1 o 438.1 LEC; 5 o 17 LJV).

### c) Otras funciones de índole burocrática y administrativa

Junto a esas funciones primordiales en el despliegue de las encomiendas cotidianas que legalmente se han endosado al LAJ, la LOPJ también les confía otra serie de ellas de naturaleza dispar y heterogénea que, a efectos clasificatorios, podríamos estimar o catalogar como principalmente burocráticas o netamente administrativas (luego en convivencia en la persona de este funcionario con esas otras relatadas más próximas, si no adentradas, en lo que sería rubricable como jurisdiccional o, como mínimo, parajurisdiccional).

Así, los LAJ serán responsables del archivo judicial de gestión (art. 458.1 LOPJ); responderán del depósito de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como del de las piezas de convicción en las causas penales, en los locales dispuestos a tal fin (art. 459.1 LOPJ); responderán del debido depósito en las instituciones que se determinen de cuantas cantidades y valores, consignaciones y fianzas se produzcan, siguiendo las instrucciones que al efecto se dicten (art. 459.2 LOPJ); colaborarán con la Administración tributaria en la gestión de los tributos que les sea encomendada en la normativa específica (art. 460 LOPJ); serán responsables de la vital herramienta que erige la estadística judicial para la planificación, desarrollo y ejecución de las políticas públicas relativas a la Administración de Justicia (art. 461 LOPJ) y, en fin, como cláusula de cierre, «asumirán todas aquellas otras funciones que legal y reglamentariamente se establezcan» (art. 462 LOPJ).

No es atinado minusvalorar peyorativamente la relevancia objetiva de estas tareas, pues aun fundidas a la faz administrativa o gubernativa externa pero aneja a lo jurisdiccional, son determinantes para el correcto desenvolvimiento de esta función estatal mencionada.

## 3. La proyección de ese diseño a la garantía judicial de los derechos subjetivos

Pues bien, ese dibujo infraestructural, organizativo, de soporte y prestación del derecho fundamental de la ciudadanía a la garantía judicial de sus derechos subjetivos, clave y definitiva de un Estado de derecho, modula y condiciona de manera sensible tal operación al quedar entreverada por aquel. Son tres los elementos a barajar. Como *prius*, el rápido recordatorio a lo que implica ese derecho a la tutela judicial efectiva. Acto seguido, su in-

teracción con el esquema paradigmático apuntado que, con el conflicto laboral de los LAJ referido, demuestra su expansiva pujanza (y disfunciones directamente impactando sobre el justiciable). Y, por fin, su inadecuación objetiva.

### 3.1. La tutela judicial efectiva y su contenido constitucionalizado

Habida cuenta de que el Estado abole la autotutela, se hace necesaria la organización de un sistema instrumental que albergue esa función y también el reconocimiento a los ciudadanos de mecanismos y vías de ejercicio del derecho a acudir a la jurisdicción para recibir de ella la tutela judicial reclamable (Cordón Moreno, 2004, pp. 215 y ss.). La CE consagra indudablemente ambas laderas (cfr. arts. 24.1, 117.1, 117.3 y concordantes). De esa forma, la tutela *judicial* y *efectiva*, de consuno ambos elementos, ha de alcanzarse en el cauce de un proceso con todas las garantías, tal cual indica el tenor del artículo 24 de la CE.

Este derecho fundamental comprende un contenido altamente complejo, que se proyecta plenamente desde el inicio del proceso (acceso a la jurisdicción) hasta la culminación del itinerario procedimental con la efectiva ejecución de la resolución judicial firme obtenida. Otra cosa es que la intensidad o, mejor, la relevancia constitucional material del tenor del artículo 24.1 de la CE fluctúe en cada una de esas etapas que en el ventilamiento procesal de la controversia o conflicto jurisdiccionalizadamente canalizado se vayan recorriendo.

Desglosando estos dispares segmentos cubiertos por este precepto constitucional, como señala Sáez Lara (2004, pp. 28 y ss.), resultará que nos toparemos con una cadencia u ordenación eminentemente cronológica: acceso a los tribunales, obtención de una respuesta jurídicamente fundada previo seguimiento del procedimiento legalmente prefijado, y ejecución de la sentencia firme arropada por su intangibilidad e inmodificabilidad por todos respetada, incluyendo al mismo órgano jurisdiccional que la dictó (cfr. STC 182/1994, de 20 de junio); y todo ello envuelto en suficientes garantías que lo apuntoquen, estructurales incluidas.

Se produce así la constitucionalización de la protección de los derechos: surge un derecho subjetivo a la *salvaguarda judicial* –subráyese– de otros derechos (cfr. STC 175/2001, de 26 de julio, FJ 4.º y 6.º).

Interesa retener que la tutela judicial efectiva es un derecho prestacional: su ejercicio y dispensa se pliegan a la concurrencia de los requisitos que se establezcan casuísticamente en la legislación procesal en debida armonía con su contenido nuclear propio e indisponible *ope Constitutione* (STC 1/2007, de 15 de enero)<sup>10</sup>. Así pues, el derecho fundamental a la

<sup>10</sup> «Ni el legislador puede poner obstáculos a este derecho que no respeten su contenido esencial, ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones a su alcance, ya que solo por ley pueden regularse» (Picó i Junoy, 2012, p. 60).

tutela judicial efectiva tiene por característica un amplio ámbito de configuración legal que ha de maridar con su directo contenido constitucionalmente mínimo y protegido. Tal vez el trazo de los límites y fronteras entre ambas orillas no sea fácil, pero resulta inequívoco que el margen de maniobra del legislador al diseñar en cada momento el catálogo prestacional asociado al artículo 24.1 de la CE no pueda interferir en los mínimos constitucionales prefigurados, so pena de contrariar a la Norma suprema.

### 3.2. La desmembración del proceso (y su reconocimiento indirecto por el Tribunal Constitucional)

Debemos comenzar este apartado rememorando el capital tenor del artículo 452.1 de la LOPJ, precepto que marca tal impronta que sustenta la integridad del desarrollo del modelo legislativo erigido, abiertamente proyectado no solo sobre una faz orgánica, sino también sobre el constitucionalizado proceso y la actividad jurisdiccional que a la postre repercute de lleno sobre el justiciable y, por consiguiente, en el dibujo de la prestación concreta de su derecho fundamental a una tutela judicial efectiva *–supra–*. Recordemos que el artículo mencionado dispone un trimembre catálogo de principios rectores funcionales para el Cuerpo de LAJ (el orgánico es, básicamente, su dependencia ministerial), concurrentes o excluyentes en razón de la tarea sobre la que se proyecten (*supra*). Pero *lo procesal* confiado al LAJ queda sustentado por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. En consecuencia, todas las capacidades que se les derivan en virtud de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y que refuerzan y amplían ulteriores reformas legislativas, quedan empañadas por esa potente inyección gubernativa y administrativa<sup>11</sup>.

Gana fuerza así una auténtica *aporía procesal con innegable efecto constitucional*: una única institución apegada instrumentalmente a la función jurisdiccional que en monopolio ejercen jueces y magistrados, encauzando y orientando la final dispensación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva *–el proceso–*, que permite que cada uno de sus componentes devenga arquitecturalmente antagónico con otros en función de los principios que inspiran a cada operador jurídico responsable de uno de ellos en particular.

---

<sup>11</sup> «El Secretario judicial es un elemento que integra la función jurisdiccional [...] pero no la ejerce siquiera delegadamente porque el ejercicio de la función jurisdiccional que se reparte solo posee como referente al titular del órgano jurisdiccional, Juez o Magistrado» (Lorca Navarrete, s. f.).

«Si el Secretario forma parte esencial del órgano judicial, definiendo por sí mismo la voluntad del órgano en ciertos supuestos en los cuales no se ejercita potestad jurisdiccional, e interviniendo necesariamente en los demás *–cuando dicha potestad sí se actúa–*, lo más consecuente sería entender la figura dentro del núcleo del concepto de Administración de Justicia, con las consecuencias que de ello habrían de derivar desde la perspectiva de su incardinación institucional, dentro del CGPJ y no del Ministerio de Justicia» (Garrido Carrillo, 2008, p. 108)

Llama la atención el tremendo inconveniente que implica la ruptura de la unicidad endógena al proceso, por conllevar una despojante escapatoria desde su natural localización apegada a la jurisdicción hasta su recolocación en umbrales gubernativos que nada tienen que ver con su veraz naturaleza, empezando por una confusión de poderes estatales. Semejante torsión no es en absoluto inapreciable: puede tener aptitud rotunda para interferir con la vertebración misma del Estado de derecho, adelgazando al Poder Judicial con una implacable infiltración en sus dominios constitucionalmente asegurados del Ejecutivo. En lo que al LAJ atañe, sería el Ministerio de Justicia quien desempeñara a través de tal funcionario tan estelar papel (art. 440 LOPJ)<sup>12</sup>.

Las normas procesales y su constitucionalizada función se han partido en dos sin ningún otro criterio quirúrgico que no estribe en quién ostenta por delación legal cada uno de los hitos que conforman el proceso, desde su comienzo hasta su conclusión. El proceso como institución jurídica, aupado a niveles constitucionales, se ha roto en un par de pedazos que poco tienen que ver entre sí aunque formalmente permanezcan unidos al cobijo que cosen unas únicas normas jurídico-rituarías formuladas en textos legislativos unificados<sup>13</sup>.

Estas conclusiones inicialmente teóricas ya se encuentran respaldadas en la práctica por resoluciones resaltables. La Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 4/2011, de 28 de septiembre, expone tajante que

los Secretarios judiciales no forman parte del Cuerpo único de Jueces y Magistrados previsto en el art. 122.1 de nuestra Carta Magna, ni su estatuto responde

<sup>12</sup> «Se ha procedido a dividir en tres las funciones implicadas en un proceso, y se ha atribuido a su vez a tres órganos distintos la gestión de cada una de ellas: lo decisorio correspondería al Juez, lo procesal al Secretario (...) y lo material a la Administración. En esta concepción, lo procesal deja de ser considerado jurisdiccional y, en consecuencia, puede ser resuelto sin ningún problema por los Secretarios judiciales o por los funcionarios judiciales con su supervisión» (Banacluche Palao, 2015, p. 64).

<sup>13</sup> «Lo que se considera es que esa reforma organizativa, que requiere un riguroso análisis técnico, debe ser previa a la modificación de las normas procesales, y no posterior, porque de lo contrario se corre el riesgo [...] de resultar inaplicable en algunos casos, y en los que sí, de terminar afectando a la independencia de Jueces y Magistrados, constitucionalmente exigida y socialmente imprescindible para la garantía de los derechos de los justiciables [...]. Con la actual reforma no se ha tratado, pues, de dar estricto cumplimiento a las previsiones ya aprobadas en el año 2003, sino que se ha aprovechado para extender las atribuciones de los Secretarios judiciales de forma exorbitada y para desapoderar a los Jueces de numerosas funciones completamente ajenas a los actos de jurisdicción voluntaria o de ejecución, como la de admitir la demanda [...]. La idea central de la reforma es prescindir de la intervención judicial –es decir, de Jueces y Magistrados– en la adopción de determinados actos procesales, dejando que sean otros integrantes de la Oficina judicial quienes asuman ese cometido [...]. Es previsible que muchas de las decisiones que actualmente adoptan Jueces y Magistrados, con la nueva reforma las tomen en la práctica los funcionarios judiciales, quedando en manos de los Secretarios judiciales la revisión de las mismas y sin que exista, al menos durante la tramitación de la instancia, un control judicial de la legalidad de la decisión. Desde luego, este sistema no parece que refuerce las garantías y derechos de los ciudadanos» (Banacluche Palao, 2009).

a las exigencias ineludibles en relación con los titulares de la Jurisdicción. Baste recordar que [...] el Cuerpo Superior Jurídico de los Secretarios judiciales depende del Ministerio de Justicia. Luego [...] subraya la ordenación jerárquica y la dependencia funcional de estos [...] funcionarios de una Administración de Justicia que, en sentido amplio, incluye también actividades complementarias y auxiliares para el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Las labores que desarrollen estos funcionarios, por motivo del entorno orgánico en el que se desenvuelven, se contagian de esa administratividad. Su estatuto jurídico-subjetivo se extiende por sorpresivo –y difícilmente digerible– que resulte a sus capacitaciones legalmente confiadas en el seno del que por incidencia constitucional habría de ser unívoco y judicial proceso. La legislación positiva esconde con dificultad este detalle, esta dualidad, que poco tiene de anecdótico. El artículo 206 de la LEC habilita que las *resoluciones procesales* puedan acoger en sí dos modalidades o tipologías diferentes: *resoluciones judiciales* (providencias, autos y sentencias); y *resoluciones de los LAJ* (diligencias y decretos –no puede haber una denominación más arquetípicamente aneja a lo gubernativo/ejecutivo, todo sea dicho–). Nótese que lo que conceptualmente erige la unicidad ontológica del proceso en los términos constitucionalmente exigibles (instrumento de ejercicio de la jurisdicción y único apero del que servirse al dispensar el derecho a la tutela judicial efectiva) se escinde inexplicablemente en dos categorías por el elemento subjetivo que erige su autor, el que tiene competencia para adoptar una determinación en su curso. ¿Se quiere mejorar esa función prestacional o satisfacer intereses espurios, corporativos, funcionariales, de control, de ahorro presupuestario...? En ese caso, ¿qué ha primar?

Tomando como elementos de juicio un par de criterios y conceptos constitucionalmente asentados, lógicamente entrelazados entre sí, ratificaremos esta apreciación de la manera siguiente:

- *La tutela judicial efectiva* estaría asegurada solamente en las funciones que la legislación procesal dejara encomendadas privativamente a jueces y magistrados. En ellas, la satisfacción del derecho fundamental del artículo 24.1 de la CE se prestaría a pleno rendimiento atendiendo a los operadores jurídicos que la dispensan, así como al conjunto de prerrogativas de las que se adornan, teleológicamente orientadas justamente al reforzamiento de tal derecho. Así lo impone la definición constitucional de jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial –*supra*–, erigidos en baluartes y garantes de los derechos ciudadanos, en un auténtico poder de control o contrapoder envuelto en las armas que el integral sometimiento al derecho les brinda.

La actividad de jueces y magistrados en el desarrollo de estas fases a ellos reservadas *ope legis* entroncaría con los postulados constitucionales de su naturaleza «judicial» y «efectiva» para el justiciable. Jueces y magistrados administran Justicia, colman una tutela estrictamente conceptuable como judicial y efectiva al

amparo del tenor del artículo 117.1 de la CE<sup>14</sup>, es decir, fundida con una función jurisdiccional en sentido restringido y riguroso.

- *La potestad jurisdiccional* (art. 117.3 CE) podría justificar las infladas capacidades intraprocesales del LAJ. El precepto en cuestión endosa el ejercicio de la potestad jurisdiccional «exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». La distinción entre potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) y función jurisdiccional (art. 117.1 CE, *supra*) es sutil pero sólida, siendo la primera más amplia que la segunda, comprendiéndola como si la potestad jurisdiccional fuera un círculo concéntrico que rodea a otro a modo de núcleo que constituye la función jurisdiccional.

Obviamente, pues, el LAJ u otros funcionarios al servicio de la Administración de Justicia pueden participar de funciones encadenables a la potestad jurisdiccional (cfr. arts. 476, 477, 478 LOPJ en relación con los cuerpos de Gestión procesal y Administrativa, Tramitación Procesal y Administrativa y Auxilio Judicial, respectivamente). Otra cosa bien distinta es en qué condiciones ello es posible o directamente realizable. Ese marco sostenedor impregnará los poderes concretos que la legislación defina como propios de esos funcionarios no juzgadores. En estos casos, la tutela que potencialmente se preste tal vez resulte efectiva, pero en ningún caso será judicial. Al contrario, la dispensa una autoridad o funcionario gubernativo (art. 440 LOPJ y toda su normativa de desarrollo concordante): se trata de una tutela administrativa que solamente es judicial en apariencia formal, por reglarse en leyes que presuntamente son rituarías en su integridad además de leyes en sentido formal (reserva de ley tajante, art. 117.3 *in fine* CE).

Todavía más, de una manera indirecta (mas no por ello menos contundente e inequívoca), nuestro TC ya ha dejado clara una doctrina sobre un concreto particular que, en realidad, es extrapolable a la deficiencia sistémica que venimos apuntando. Veamos rápidamente el contenido de las resoluciones en que se plasma y exterioriza la referida doctrina.

---

<sup>14</sup> «El Derecho Procesal hace posible la actuación del Ordenamiento jurídico que tiene por finalidad llevar a cabo la llamada función jurisdiccional. Para entendernos: una cosa es la jurisdicción definida en los arts. 117 de la Constitución y 2 LOPJ como potestad y otra muy diferente es el ejercicio de la misma que se concreta funcionalmente a través de la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por medio de Juzgados y Tribunales jurisdiccionales [...] hacer posible la función jurisdiccional a través de un sistema de garantías procesales que haga posible en todo momento e hipótesis de patología la tutela judicial efectiva [...]. El proceso es garantía en tanto en cuanto funcionalmente –ejercicio funcional de la jurisdicción– afianza y protege, según el referente constitucional, el tráfico de los bienes litigiosos [...]. El proceso es compromiso constitucional porque la Constitución garantiza que [...] el proceso de la función jurisdiccional pueda funcionalmente amparar los derechos de todos los ciudadanos [...]. La garantía procesal en su vertiente funcional se justifica porque se ampara en base a la existencia de la tutela judicial efectiva» (Lorca Navarrete, 19 de octubre de 2007).

## A) STC 58/2016, de 17 de marzo

Esta resolución fue dictada teniendo por objeto la regulación implementada por la Ley 13/2009 en la LJCA. Se trata de la primera de las nulidades que se declaran por contrariar a la CE normas jurídico-procesales engarzadas a ese paradigma de organización jurisdiccional-procesal, que pivotó sobre «la defectuosa configuración de un concreto régimen de recursos que impide la tutela de derechos fundamentales por los órganos de la Jurisdicción ordinaria» (Yáñez Evangelista y Stefel Moreno, 12 de mayo de 2016). Se enjuició la constitucionalidad del artículo 102 bis apartado 2.º párrafo 1.º de la LJCA, que prevenía que contra un decreto que resolviera un previo recurso de reposición frente a una diligencia de ordenación no cabía interponer recurso alguno.

El TC declaró la inconstitucionalidad del precepto referido, estimando expresamente la proscripción por imperativo constitucional del criterio que estriba en que las decisiones procesales que pueda ir adoptando el LAJ, con respaldo en la normativa procesal, sean capaces de lastrar al complejo y salvaguardado contenido del artículo 24.1 de la CE, vedando de alguna manera que «jueces y magistrados, como primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro Ordenamiento jurídico [la] dispensen», en concomitante armonía con «el principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional o principio de reserva de jurisdicción [...] derivado del principio de independencia judicial garantizado por el art. 117.1 CE» (FJ 3.º y 4.º). En parámetros de constitucionalidad, supone una exigencia insalvable que permanezca salvaguardada la posibilidad de que toda resolución del LAJ dictada en el curso del proceso contencioso-administrativo «pueda ser sometida al control del Juez» (FJ 4.º). De sustraerse legislativamente al justiciable semejante posibilidad, nos hallaríamos más que probablemente ante «una desatención del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE» (FJ 5.º).

Ya que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva conlleva imperativamente una tutela prestada por jueces y magistrados independientes, queda drásticamente prohibido que el legislador «excluya de manera absoluta e incondicionada la posibilidad de recurso judicial» contra ciertas resoluciones procesales del LAJ (FJ 6.º). Lo contrario «supondría admitir la existencia de un sector de inmunidad jurisdiccional –destáquese y reténgase suficientemente– [...] lo que constituiría una patente violación del derecho a la tutela judicial efectiva [...] lesiva –del mismo– y del principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional» (FJ 6.º).

## B) STC 72/2018, de 21 de junio

En esta resolución, se enjuició un supuesto análogo al anteriormente referido a la proscripción de recurso frente a una resolución del LAJ regulado en esta ocasión en el artículo 188, apartado 1.º, párrafo 1.º, del LRJS. La argumentación de la que se sirvió el TC fue prácticamente idéntica a la esbozada, coadyuvando en consecuencia a un rotundo reforzamiento de la línea doctrinal emprendida. En concreto, «la clave de la cuestión planteada

reside [...] en determinar [si] la previsión [enjuiciada] es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que garantiza el art. 24.1 CE y con el principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional consagrado por el art. 117.3 CE» (FJ 2.º), singularmente habida cuenta que no «es descartable la eventualidad de que existan supuestos en que la decisión del Letrado de la Administración de Justicia excluida por el legislador del recurso de revisión ante el Juez (...) concierna a cuestiones relevantes en el marco del proceso, que atañen a la función jurisdiccional reservada en exclusiva a Jueces y Magistrados [...] a quienes compete dispensar» en exclusiva el tantas veces mencionado derecho fundamental del art. 24.1 CE (FJ 3.º).

Considerando la perentoria y no cercenable legislativamente exigencia constitucional de evitar la existencia de espacios de inmunidad jurisdiccional, frontalmente opuestos a la vigencia del derecho fundamental en juego *–supra–*, privando al justiciable de «su derecho a que la decisión procesal [del LAJ] sea examinada y revisada por quien está [privativamente] investido de jurisdicción (léase, por el juez o tribunal), lo que constituiría una patente violación del derecho a la tutela judicial efectiva», se concluyó la inconstitucionalidad del precepto indicado.

### C) STC 34/2019, de 14 de marzo

En esta ocasión se analizan los procedimientos de honorarios de abogado y cuenta de procurador reglados por los artículos 34 y 35 de la LEC. Una vez más, el TC insiste en realzar una idea nuclear que sustenta toda la línea doctrinal que de forma indudable se ha trazado:

Son los Jueces y Magistrados quienes ejercen en exclusiva la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE); en última instancia, se pretende garantizar que toda resolución del Letrado de la Administración de Justicia en el proceso pueda ser sometida al control del Juez o Tribunal, lo que resulta una exigencia ineludible del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE, así como en los textos internacionales sobre derechos fundamentales y libertades ratificados por España (art. 10.2 CE) (FJ 5.º).

En el supuesto particularmente tratado ahora, la LEC prevenía que contra el decreto que en su curso determinara los honorarios a satisfacerse al profesional afectado no cupiera recurso de revisión ante el juez. Se razona por el TC que esta resolución del LAJ no acarrea un mero «impulso o agilización procesal, sino la resolución de un incidente en el seno de un proceso» en sentido estricto, léase, una decisión de fondo (FJ 6.º). Desde ese prisma, el legislador consideró que el LAJ supone sin duda un «órgano no investido de función jurisdiccional», con independencia de proclamar su condición de operador jurídico sobradamente cualificado, quien ponderaría «la adecuación de la minuta a la actuación profesional del letrado», decidiendo «sobre los derechos del abogado frente a la parte que le ha encar-

gado su defensa» con determinación de «la cuantía de lo adeudado» e imposición de «su cumplimiento obligado» (FJ 6.º).

En consecuencia, mediante este diseño operado en la LEC, al LAJ «se le atribuyen facultades decisorias sobre cuestiones sustantivas [aspecto sumamente cuestionable a destacar] como su propia competencia, el pago, la existencia de pactos relativos a los honorarios, la propia corrección de estos, su prescripción o, incluso [...] la caducidad del procedimiento principal del que trae causa» (FJ 6.º). Si se otorga de manera tan integral el conocimiento de este tipo de procedimientos al LAJ, lo que en relación de causalidad evita la intervención en su curso de la autoridad judicial, lo que se está realmente efectuando es la vertebración de «un procedimiento en el que se dirimen derechos y obligaciones entre las partes que quedan totalmente al margen de la actividad propiamente jurisdiccional [sic] y que, además, al no haber recurso alguno, no puede ser objeto de revisión [he aquí el aspecto medular de la cuestión], para tutelar los derechos e intereses en presencia por ningún órgano propiamente jurisdiccional». Consiguientemente, se impide «la posibilidad de una tutela de derechos e intereses legítimos que la Constitución quiere que sea siempre [reténgase] dispensada por los jueces y tribunales, creando un sector de inmunidad que no se compadece con el art. 24.1 CE» (FJ 6.º). Bien, conforme ya se intuye, «la exclusión del recurso frente al decreto priva del acceso al control jurisdiccional de una decisión adoptada en el seno de un proceso por un órgano no investido de función jurisdiccional [el LAJ] y da lugar al inicio del procedimiento de ejecución, prescindiendo de ese control y excluyendo a la parte de la posibilidad de impugnación contra la decisión [del LAJ], cuando según reiterada doctrina de este tribunal el derecho a obtener de los jueces y tribunales una resolución razonada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE (por todas, STC 8/2014, de 27 de enero, FJ 3.º)» (FJ 7.º).

En definitiva, se trata una vez más de evitar que dentro de los linderos del proceso, como categoría y mucho más allá del detalle procedimental específico en presencia en cada supuesto, se generen los tantas veces referenciados recintos de inmunidad jurisdiccional. Ello, por tanto, conduce al TC a la declaración de inconstitucionalidad del correspondiente inciso legal (párrafo tercero del art. 34.2 LEC, al que remite el párrafo segundo del art. 35.2 LEC; así como inciso «y tercero» del meritado párrafo segundo del art. 35.2 LEC).

#### D) STC 15/2020, de 28 de enero

El objeto de enjuiciamiento en este supuesto consiste en «determinar si el artículo 454 bis 1, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil [...] en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva [...] por crear un espacio inmune al control jurisdiccional de determinadas decisiones del Letrado de la Administración de Justicia» (FJ 1.º). El precepto en estudio dispuso que «contra el decreto resolutivo de la reposición –de otra previa reso-

lución del LAJ, diligencia de ordenación o decreto no definitivo, ex art. 451.1 LEC– no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión, necesariamente, en la primera audiencia ante el Tribunal tras la toma de la decisión, y si no fuera posible por el estado de los autos, se podrá solicitar mediante escrito antes de que se dicte la resolución definitiva para que se solvete en ella». Además, el artículo en cuestión se integraba en el capítulo I («De los recursos: disposiciones generales») del título IV («De los recursos»), del libro II de la LEC, esto es, tiene vocación de generalidad, de aplicabilidad potencial, a salvo prevenciones especiales –y por tanto preferentes en su consideración–, a la totalidad de los procedimientos civiles y mercantiles.

Ha de reseñarse que se indica de manera bastante tajante que «no merece reproche de inconstitucionalidad la opción tomada por el legislador, en el marco del modelo de oficina judicial que diseñó la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, desarrollada posteriormente en las diversas normas procesales de cada uno de los órdenes jurisdiccionales», que reconoce se halla centrada en «distribuir la toma de decisiones en el proceso entre Jueces y Magistrados, por un lado, y Letrados de la Administración de Justicia, por otro» (FJ 2.º). Subjetivamente, no consideramos correcta esta proclamación, que rehúye escurridizamente la entrada en el núcleo duro del problema estructural y axiológico de la constitucionalidad de la reforma comentada, pues es evidente que aplicaciones singularizadas de este paradigma sí están resultando totalmente inconstitucionales. ¿Por qué no valorar que ello se produzca justamente por un error general del modelo *per se*? Aun con esta forzada sanación paradigmática que brinda el TC, se razona que «ya que son los Jueces y Magistrados quienes ejercen en exclusiva la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado [...] debe quedar garantizado que toda resolución del Letrado de la Administración de Justicia pueda ser sometida al control del Juez o Tribunal». Ello es así habida cuenta que tal posibilidad de recurso ante la autoridad judicial «constituye una exigencia ineludible del derecho a la tutela judicial efectiva [...]. Por tanto, queda vedado que el legislador excluya de manera absoluta e incondicionada [sic] la posibilidad del recurso judicial contra los decretos [...] ya que entenderlo de otro modo supondría admitir la existencia de un sector inmune a la potestad jurisdiccional, lo que no se compadece con el derecho a la tutela judicial efectiva y conduce a privar al justiciable de su derecho a que la decisión procesal del Letrado de la Administración de Justicia sea examinada y revisada por quien está investido de jurisdicción –reálcese, e interprétese a contrario: el LAJ no lo está–, esto es, por el juez o tribunal, lo que constituiría una patente violación [sic] del derecho a la tutela judicial efectiva» (FJ 2.º).

Respecto al elemento particularizante que se sumaba al análisis de constitucionalidad del artículo 454 bis 1, párrafo primero, de la LEC, el TC entiende que la constitucionalmente impreterible garantía de control judicial «puede establecerse tanto de modo directo, a través del recurso de revisión [...] como indirectamente –es el caso de los decretos del LAJ resolutorios del recurso de reposición contra sus propias decisiones–, mediante la posibilidad de que su objeto, aun no siendo recurrible en revisión ante el Juez o Tribunal pueda ser sometido de una manera real y efectiva a la consideración de los titulares de la potes-

tad jurisdiccional dentro del proceso a través de instrumentos o remedios alternativos al régimen de recursos» (FJ 2.º). En este último supuesto, con todo, es preciso «descartar la eventualidad de que existan supuestos en los que la decisión del Letrado de la Administración de Justicia excluida por el legislador del recurso de revisión [...] concierna a cuestiones relevantes en el marco del proceso, que atañen a la función jurisdiccional reservada en exclusiva a Jueces y Magistrados [...] a quienes compete dispensar la tutela judicial efectiva sin indefensión que a todos garantiza el art. 24.1 CE» (FJ 2.º, nuevamente); ergo si las decisiones que se toman autónomamente por el LAJ no son recurribles ante el jurisdicente, se provocaría esa indefensión constitucionalmente proscrita y no se brindaría verdaderamente una tutela *judicial* tal cual exige nuestra Norma fundamental, sin que el legislador procesal pueda contrariar válidamente esa voluntad normativa y positivamente vinculante.

Razonando la constitucionalidad del precepto objeto de la resolución que se comenta, el TC vuelve a servirse de los argumentos que ya ha ido pautando en el ramillete de resoluciones a las que venimos haciendo mención. Concretamente, el art. 454 bis 1.º, párrafo primero, LEC «no permite descartar la eventualidad de que existan supuestos [...] en los que la decisión del Letrado de la Administración de Justicia concierna a cuestiones relevantes en el marco del proceso que atañen a la función jurisdiccional» monopolio de los juzgadores los cuales, sin embargo, «quedan excluidos por el legislador del recurso directo de revisión ante los titulares de la potestad jurisdiccional» (FJ 3.º).

Se concluye que «el precepto cuestionado vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva [...] ya que ha creado un régimen de impugnación de las decisiones de los Letrados de la Administración de Justicia generador de un espacio inmune al control jurisdiccional –en sentido contrario, insistimos, la labor pretendidamente procesal de los LAJ no lo sería, lo que corrobora esa ruptura de la inevitable e inveterada unicidad del concepto «procesal»–. En coherencia con ello, se debe declarar la inconstitucionalidad y nulidad» del artículo referenciado, precisando «que, en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, el recurso judicial procedente frente al decreto [...] resolutorio de la reposición ha de ser el directo de revisión al que se refiere el propio artículo 454 bis LEC».

No parece descabellado estimar que, considerando la proyección general y no ceñida a modalidades procedimentales concretas del precepto, la nulidad del artículo 454 bis 1.º, párrafo 1.º, de la LEC cuenta con aptitud para provocar un efecto mucho mayor que el que aparentemente esboza la STC analizada someramente. ¿Se queda el TC corto, eventualmente, en el alcance de su reproche constatado de no ajuste a la constitucionalidad de esta pertinaz línea legislativa? Más allá de los fallos específicamente adoptados por el TC, la cuestión tiene indudable enjundia y precisa conjugar valores desde luego no fácilmente armonizables (impostada agilidad sin comprometer una tutela efectiva verdaderamente judicial, es decir, brindada monopolísticamente por la autoridad judicial). El TC ha ratificado que no caben componendas o soluciones mágicas e imaginativas apoyadas en simplificaciones como la descarga real de volumen de trabajo del juzgador a costa de crear paradigmas legales que, como se ratifica, no son constitucionalmente válidos.

Se ha insistido probablemente en un aspecto concreto, de los más reseñables, todo sea dicho, de los que determina todo el carácter problemático de esta reforma. Pero, a nuestro entender, simplemente se señala la punta de un iceberg que luego se obvia. El vicio específico de constitucionalidad que se ha detectado y resuelto por el TC no nace espontáneamente, desagregado de un contexto que lo gesta y abona. Su razón última radica en un diseño procesal inadecuado, ya no solamente en un enfoque puramente académico o dogmático, sino práctico, que demuestra su aptitud lesiva a un derecho fundamental constitucionalizado desde el momento en que se amputa que se preste por la autoridad judicial de forma integral, ergo dejando de ser lo que la CE predefine que ha de ser<sup>15</sup>. Y si así se obra, vetando esta fiscalización a determinaciones de los administrativizados, jerarquizados y no independientes LAJ, se incurre en vicio de inconstitucionalidad<sup>16</sup>.

Indudablemente, el paradigma legislativo reposa y se yergue sobre una fractura que, conceptual y ontológicamente, tiene una muy difícil asimilación: la quiebra de la unicidad del proceso. Y, lo que es realmente relevante, ¿acaso ello no tiene consecuencias sobre una tutela que ha de ser judicial, que ha de obtenerse con el seguimiento del curso y vereda auténticamente procesal?<sup>17</sup> La doctrina del TC sobre la proscripción de espacios procesales de inmunidad a la fiscalización por la judicatura demuestra que sí. Si la tutela que brinda en sede procesal el LAJ no es judicial, procesal en sentido estricto, se reconoce que es más bien gubernativa, procesal en un sentido muy laxo, inexactamente particularizado y gubernativizante (de ahí la necesidad de que pueda ser revisada por el juez; en caso contrario quedaría amputada). ¿Se logra entonces esa agilización, rapidez, descarga de trabajo del juzgador? ¿No se traba o impide si las coordenadas en que se articula no son constitucio-

<sup>15</sup> «Los dos rasgos principales del nuevo sistema procesal son su desjudicialización y su deslegalización. La combinación y estrecha interrelación entre ambos fenómenos permite hablar, en general, de una marcada administrativización del proceso [...]. Al Juez se le aísla cuidadosamente, de modo que quede lo más desconectado posible del proceso, y este se entrega no a una persona o funcionario, sino a un organismo colectivo: la Oficina judicial [...]. Una Justicia sin jueces [...] [Además, se implementa] una tramitación procesal burocrática [...] impracticable sin su batería de órdenes, circulares, instrucciones y todo tipo de rescriptos emanados de la superioridad» (Benito Llopis-Llombart, 2017, pp. 89-98).

<sup>16</sup> «Tal y como quedó redactada la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, esta previsión mencionaba ya la existencia de un recurso frente a las diligencias de ordenación en lugar de la posibilidad de su revisión a que se refería su precedente [...], art. 289 LOPJ, antes de la reforma de 2003. Sin embargo, en el esquema de 2009 la resolución del recurso frente a las diligencias de ordenación correspondía al propio Secretario judicial y no al Juez o Ponente, como a pesar de todo seguía previendo la Ley Orgánica. En fin, la cuestión ha sido resuelta por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, estableciéndose ya que las diligencias de ordenación y los decretos serán recurribles en los casos y formas previstos en las leyes procesales (art. 456.4 LOPJ)» (Hinojosa Martínez, 2018, p. 153).

<sup>17</sup> Por tanto, se sustrae la dirección del proceso a los titulares de la misma, que son los jueces y tribunales. Ello choca claramente con que el proceso tiene una naturaleza íntegramente judicial, ergo ningún trámite debería realizarse en él sin que pudiera ser controlado por un órgano judicial. «La distribución de competencias entre el Juez o Tribunal y el Secretario judicial [...] es incompatible con dicha naturaleza, como lo es también desvincular por completo al Juez de la Oficina judicial» (Pérez Morales, 25 de junio de 2010).

nalmente correctas; si el proceso está convertido en mero procedimiento administrativo? La aparente revolución apreciada consiste, en fin, en desapoderar a los jueces de *lo procesal*, y en acotar su participación en el curso del procedimiento a momentos puntuales, a resolver aquello en lo que no ha podido intervenir y que le viene dado y hecho por una estructura que se pretende autónoma desde su burocrática jerarquización.

Pese al refulgente vicio que se ha detectado, la línea legislativa, aun en un periodo tan tormentoso como el que nuestra política nacional refleja en estos últimos lustros con penulares mayorías parlamentarias y subsiguientes gobiernos de dispar –y antagónico– signo, se ha mantenido incólume. Y así se intuye que se perseverará si, por ejemplo, echamos un vistazo a los proyectos que se hallaban en trámite parlamentario antes de la precipitada e imprevista conclusión de la anterior legislatura (proyecto de Ley orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia para la implantación de los tribunales de instancia y las oficinas de justicia en los municipios; o el proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia) o se repasa el tenor de las previsiones que arbitra el indicado Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

## 4. Apuntes críticos y conclusivos

De cuanto se ha venido exponiendo, podemos formular algunas ideas finales.

### A) El LAJ no es un juez de lo procesal

No es correcto afirmar que el LAJ, en sus funciones de ordenación y dirección del procedimiento que se le traspasan legalmente, constituya una suerte de *juez de lo procesal*. El argumento en cuestión resulta plenamente falaz y dolientemente anticonstitucional. En un Estado de derecho que efectivamente lo es no cabe ninguna figura rubricada realmente como juez que no cuente por rasgo definitorio de su estatuto con su independencia, su única y directa sumisión a la ley. Y, como ya hemos comprobado, la figura del LAJ en el despliegue de estas tareas queda absolutamente transida, integralmente empapada por su némesis, por el antónimo que implica la vigencia a máximo nivel rector del principio orgánico y operativo de dependencia jerárquica. De hecho, propugnar semejante catalogación lo que provoca es un efecto contrario (cuya producción, se insiste, ya se ha constatado): la disolución de la unicidad del proceso en un campo de batalla en que pugnan dos latidos antitéticos sobre él y, en fin, la desmembración de una institución que ha de ser única y exclusivamente judicial habida cuenta su constitucionalización en cuanto apanero, sendero y herramienta que en régimen de monopolio permite la dispensación del derecho fundamental contemplado por el artículo 24.1 del CE. Tramitar también es juzgar, la adopción de decisiones interlocutorias condiciona y enfila el destino final del proceso con que satisfacer ese derecho referido. Actuar de otra manera solamente atestigua la inviable y anticonstitu-

cional desjurisdiccionalización de lo procesal, una reconfiguración (a la baja y a mínimos) de la labor judicial y, por tanto, un achicamiento de los contornos que haya de cubrir la función jurisdiccional. ¿De veras se fortifica una tutela judicial y efectiva así? ¿Acaso el control judicial ha de ceñirse a la decisión final y ser ello suficiente, o no habrá de extenderse integralmente a la tramitación procesal, pues sin duda esta condiciona decisivamente aquella? Trazar divisorias artificiosas no resiste un análisis mínimamente sensato y riguroso sin derruirse por su propia falsedad. Dividir en inverosímiles diapositivas separadas lo que no admite esa parcelación desemboca en todos los efectos lesivos que se han apuntado. Esta repartición de funciones decisorias, en semejante marco estructural, nada aporta a una mejor gestión de los procesos. Al contrario, los enturbian.

## B) El ejercicio del derecho de huelga (por un funcionario administrativo) afecta al proceso (instrumento de un poder del Estado para colmar una función constitucionalizada)

Resulta a nuestro entender evidente que el error cometido y mantenido por el legislador en estos últimos lustros al implementar un modelo procesal contrario a principios y valores constitucionales, presidido por esa suerte de erogación funcional de lo que es una unidad, se manifestó a pleno rendimiento con la paralización de la actividad jurisdiccional, al menos en gran parte, mientras el colectivo de LAJ ejerció su derecho de huelga.

Detengámonos en este aspecto, pues no deja de encerrar en sí una pugna de derechos fundamentales que habrá que ponderar adecuadamente.

Por supuesto, el artículo 28.2 de la CE no excluye a los funcionarios públicos del ámbito en que se reconoce a los trabajadores el derecho de huelga, aunque con la limitación conocida consistente en que su ejercicio haya de ser respetuoso y congruo con el establecimiento de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. No descubrimos nada recordando la insuficiencia e inadecuación del marco normativo de desarrollo del ejercicio de este derecho fundamental, pues seguimos esperando 45 años después la promulgación de la respectiva ley orgánica que satisfaga este objetivo. Ciertamente, en otros países de nuestro entorno, analizando la regulación de esta figura en óptica de derecho comparado, no se reconoce el derecho de huelga a los funcionarios públicos (Alemania, Suecia, Bélgica, Estados Unidos, etc.), pero desde el momento en que aquí sí se hace, el objeto de análisis ha de partir de esta realidad.

Lo que resulta palmario es que el ejercicio de los derechos no puede ser absoluto o ilimitado (cfr. art. 7 del Código Civil). De producirse un supuesto, como el presente, de colisión o conflicto de derechos, a mayor abundamiento en este caso de naturaleza fundamental, habrán de ponderarse los mismos y gradarlos, establecer una graduación jerárquica entre ellos (STS, Sala 3.<sup>a</sup>, Sec. 7.<sup>a</sup>, de 21 de marzo de 1996). Particularmente, en el caso que se estudia, ha de valorarse de forma agudizadamente señera que el derecho de huelga busca

la protección de intereses individuales (aquí, de índole profesional en una relación funcional), mientras que el derecho a la tutela judicial efectiva, por definición, ampara intereses generales (p. ej., STS, Sala 3.ª, Sec. 6.ª, de 21 de septiembre de 2000). Podríamos decir, entonces, que los perjuicios que indudablemente dimanen de la dilación de los procedimientos provocados por la paralización de la actividad jurisdiccional a resultados del ejercicio por los funcionarios respectivos de su derecho de huelga escapan de los mínimos constitucionalmente inatacables del ejercicio de una función del Estado que acaba exteriorizando, prestacionalmente, en uno de sus poderes, un servicio público.

Este esquema legislativamente activado, pues, que entrega poderes procesales a un funcionario administrativo, permite constatar la devaluación del instituto procesal desde tales coordenadas. Una parte señera de *lo procesal*, camino inevitable para la consecución de la tutela judicial –parcialmente– efectiva, es susceptible de ser paralizado a resultados del ejercicio de un derecho fundamental por parte de ese operador jurídico.

A día de hoy, con base en todo lo comentado, y como a buen seguro reflejan las enormes consecuencias que ha provocado el ejercicio de su derecho de huelga por los LAJ, a quienes se les encomiendan tareas parajurisdiccionales, no está asegurada una integral garantía judicial de los derechos subjetivos tal cual parece es el deseo y trazo constitucional. Y semejante realidad queda al albur de externalidades (un conflicto laboral de un cuerpo de funcionarios con el ministerio del cual dependen orgánicamente y, en práctica totalidad, funcionalmente si se hallan jerarquizados) inaceptables, que jibarizan el contenido básico de diversos aspectos cosidos al artículo 24.1 de la CE (sin ir más lejos, la no causación de dilaciones indebidas, añadidas a las que la maquinaria judicial del Estado ya soporta endémica y estructuralmente). Justamente la propagación de *lo ejecutivo* a terrenos que no le pertenecen, postizos, colonizados sin causa, añade estos disturbios, estas agrandadas interferencias.

### C) La necesaria redefinición funcional del LAJ

Cabe plantearse, acto seguido, cuál ha de ser *de lege ferenda* la posición del LAJ en el engranaje de una Administración de Justicia que verazmente suponga garantía de los derechos subjetivos, una vez descartada su capacidad para esa ordenación integral del proceso desde el momento en que el legislador, como rasgo distintivo y prácticamente definitorio, le ofrece el principio de dependencia jerárquica (y desde luego no ha hecho ningún atisbo de redireccionarlo hacia la imprescindible independencia en estas tareas que le haría potencial copartícipe parcial en lo procesal, sin afección constitucional lesiva).

Esas funciones han de adecuarse a ese marco orgánicamente implementado y a la realidad, no partir de una serie casi infinita de tareas dispares, a veces aparentes o ficticias, o de mera autorización material de lo que otros integrantes de la Administración de Justicia van realizando de forma autónoma, aspecto incluso reconocido legalmente desde el mo-

mento en que desarrollan «tareas procesales propias» directamente confiadas *ex lege* (cfr. art. 476.1 LOPJ para los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal). ¿Precisan el resto de operadores jurídicos realmente de esta autorización o las responsabilidades propias y la tecnología que se utiliza con sus indudables ventajas de precisión y exactitud ya son esa suerte de visto bueno final?

Efectivamente, las nuevas tecnologías desdibujan un esquema arcaizante en lo funcional que leyes que pretenden ser innovadoras mantienen seguramente por pura inercia histórica y que refuerzan vacuamente las responsabilidades del LAJ, dejando de lado las procesales en las que late ese invalidante vicio originario al que venimos haciendo referencia. Pensemos en las notificaciones telemáticas: si son realizadas mediante el sistema informático Lexnet, que asevera plenamente las mismas, y son efectuadas con plenas garantías por los funcionarios judiciales de los cuerpos generales (art. 475 LOPJ), ¿qué intervención del LAJ es precisa si ni tan siquiera materialmente es quien las ejecuta? La autenticidad de ese acto de comunicación judicial así practicado no reposa en una firma del LAJ (que, de hecho, ya ha firmado la resolución o despacho que es lo que posteriormente se notifica por ese conducto, dos momentos diferentes cronológicamente ordenados), sino en la fiabilidad misma de la aplicación informática que al efecto se utiliza y que acredita, en última instancia, la llegada a su destinatario de esa comunicación judicial.

Pues bien, desde estos mimbres que se esbozan, propugnamos una redefinición de sus funciones, que no sean artificiosas, testimoniales, meramente nominativas, ni solapadas a las de la autoridad judicial, luego insertas en el ámbito de la Administración instrumental de Justicia pero sin alcanzar, de ninguna manera, la función jurisdiccional que constitucionalmente no les puede pertenecer, mucho menos en unas coordenadas de dependencia orgánica y funcional como las que los presiden; sin maniqueísmos legislativos que hagan creer que hacen y son lo que no pueden hacer ni ser ni les corresponde, ni detraer esfuerzos inversores en medios personales y materiales desde la ficción de que estos operadores jurídicos se encargarían de labores que descargarían la tarea judicial, lo que se ha demostrado que es incierto si no caben en lo jurisdiccional espacios inmunes y afóticos a la revisión y conocimiento por parte de jueces y tribunales ex artículo 24.1 de la CE.

Así pues, proponemos que las funciones del LAJ, en cuyo desarrollo contarían con la inestimable e imprescindible colaboración –y en tantas ocasiones autoría material que el LAJ simplemente autoriza *a posteriori* con su firma– del resto de cuerpos generales de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia de los que, ontológicamente, forman un eslabón más –el superior ciertamente, con ejercicio de liderazgo y dirección de esos equipos que en conjunto constituyen–, habrían de ser las siguientes:

- En el **ámbito procesal**, para que se produzca un ajuste riguroso a los postulados constitucionales que enjuague cualquier riesgo dañoso a los cánones exigibles en que deba dispensarse el derecho a la tutela judicial efectiva, habría de procederse a la práctica de una reducción funcional acorde a lo ajeno de lo procesal de su

naturaleza orgánica (dependencia del Poder Ejecutivo, externo al Judicial, a quien de hecho llega a fiscalizar jurisdiccionalmente, art. 106.1 CE). Por tanto, su labor en estos lares habría de quedar estrictamente ceñida únicamente a dos laderas. De una parte, lo concerniente a la pura *ordenación formal* del procedimiento –razón de ser de la modalidad de resolución que erige la diligencia de ordenación–, es decir, la dación al curso procesal del destino que, en los distintos jalones a recorrer, pudiera predeterminar *absolutamente* la ley procesal sin atisbo de duda o de alternatividad –en sentido positivo o negativo, o incluso mixto– en la determinación a brindar (formulaciones del tipo «presentado escrito de... se dará traslado por cinco días a la contraparte para alegaciones», «transcurrido el plazo se remitirán las actuaciones a...»). Al no haber otra posibilidad que la que legalmente se predefine, produciéndose esa automaticidad aplicativa de la norma ayuna de cualquier plausible interpretación que desembocara en soluciones eventualmente dispares, esta tarea sería pacíficamente entregable al LAJ. De otra, en consonancia con las prevenciones genéricas del artículo 455 de la LOPJ, le competiría una eficaz y eficiente labor de *dación de cuenta* a la autoridad judicial de la realización de cualquier actuación o acaecimiento de alguna situación con relevancia procesal que exigiera su pronunciamiento ulterior (transcurso de plazos de alegaciones con el resultado que sea de ver, presentación de escritos, realización de comparecencias, etc.). Asimismo, sería conveniente que retuvieran algunas tramitaciones y resoluciones incidentales, siempre y cuando no existiera oposición que abriera, por supuesto, la vía al pleno conocimiento judicial (tasaciones de costas, liquidaciones de daños, perjuicios o intereses, etc.); así como la *conciliación* pre e intraprocesal.

Igualmente, se abogaría por suprimir un sistema incomprensible, que se mantiene en gran parte a nuestro juicio por pulsión histórica ya no justificable, de doble firma de las resoluciones judiciales. Sin duda, las sentencias son dictadas únicamente por la autoridad judicial. Otro tanto sucede, de forma idéntica, con autos y providencias. ¿Qué razón de ser, entonces, se puede sostener para que el LAJ también deba firmarlas? ¿No resultan suficientemente autenticadas por la firma de la autoridad judicial que las confeccione directamente, minute su redacción por el funcionario respectivo o valide la que previamente tal operador jurídico haya elaborado y puesto a su disposición electrónica, en un sistema de gestión procesal informático con suficientes garantías de veracidad e inalterabilidad de su contenido? Lo único que puede implicar esa redundancia es mayor retraso y dilaciones si tales firmas no se producen, como usualmente suele suceder en la práctica, de forma lo más coetánea posible. Cuestión aparte sería la autorización de publicar alguna de esas resoluciones judiciales (sentencias, eminentemente, pero también otras como pudiera ser un auto que concluyera el curso procesal). Desde luego, el LAJ sería responsable de ese paso y de la diligencia que al efecto se formulara. Pero la misma no se integra en esa resolución, es perfectamente independiente de ella y, claro está, en nada puede condicionar su contenido material (fundamentación jurídica y determinación adoptada en derecho).

Otro tanto similar sucede en materia de notificaciones. El tenor del artículo 152.1 de la LEC, al prever que los actos de comunicación deban realizarse bajo la dirección –no materialmente, entonces– del LAJ no tiene justificación en el seno y desenvolvimiento de una tramitación mayoritariamente electrónica de los procedimientos. Dictada una resolución, firmada y autenticada por la autoridad competente, es el funcionario respectivo quien directamente procede a notificarla por conductos informáticos –pensemos en el sistema Lexnet, *supra*–. La veracidad de la notificación, y su correcta realización, deviene plena e incuestionable desde el momento en que se produce dentro de esos contornos dotados de suficientes garantías de su verosimilitud e integridad, autorizados por la firma electrónica y habilitación previa con que tales funcionarios cuentan. Por tanto, ningún papel ostenta el LAJ en este terreno, y esa especie de dirección legalmente indicada no deja de suponer mera ficción vacía de contenido. No es precisa su intervención ni una fe pública redundante que el propio sistema informático otorga *per se ipso*. Y, todavía más, de no realizarse los actos de comunicación judicial informáticamente, sino de forma presencial –emplazamientos iniciales al demandado, citaciones personales a testigos o peritos...–, el funcionario respectivo (Cuerpo de Auxilio Judicial) cuenta con capacidad legal de certificar las actuaciones practicadas (cfr. art. 478 LOPJ), que hace asimismo innecesaria cualquier participación en su desarrollo del LAJ. Se concluiría que el acopio de funciones vacías o carentes de sentido ha de ser corregido y ajustado a la realidad actual de las cosas y a las tecnologías disponibles y en uso.

- Sus labores relativas a la **fe pública judicial** han de mantenerse y reforzarse en tanto garantía apegada al curso procesal, pero reconfigurándose claramente en orden a centrarse en donde las tecnologías que la proveen materialmente no intervienen, pues de ser así, como se ha tenido ocasión de exponer anteriormente, la intervención del LAJ únicamente produce una suerte de autorización *ex post facto* de lo que ya se ha realizado y en lo que, verdaderamente, no ha intervenido directamente, por lo que ese paso no puede ser capaz de lastrar o condicionar el curso procedimental. De otra manera, se ha relativizado su fuerza en unos aspectos y habría de fortificarse en otros. Así, por ejemplo y en esta línea, el LAJ debería estar personalmente presente en el condicionante jalón procesal que constituye el otorgamiento de un apoderamiento *apud acta*. No parece lógico, dada la relevancia procesal de este elemento, que el mismo sea sin más elaborado en la oficina, firmado por el otorgante y ulteriormente validado informáticamente por el LAJ. Exponer y explicar al poderdante el contenido y alcance de ese acto ha de ser exclusiva, personal e indelegable función del LAJ (poder general o especial, facultades incluidas y excluidas, etc.), *mutatis mutandis* con lo que se efectúa en un otorgamiento notarial de un poder.
- En materia de **jurisdicción voluntaria**, se aboga por un reforzamiento igualmente significativo de las tareas del LAJ, asumiendo en su integridad tramitación y resolución de expedientes (a salvo sus ulteriores recursos de revisión frente a los

decretos que las saldaran), con la salvedad de aquellos en que se hallen implicados intereses que deban ser tutelados por la autoridad judicial (menores, personas con discapacidad, estado civil). En este ámbito, pues, incluyendo lo relativo a conciliación y, potencialmente, mediación, se estima sensatamente adecuado el esquema que traza la LJV.

- El **Registro Civil**, habida cuenta su marcada naturaleza extrajurisdiccional y agudamente gubernativa, con dependencia total del Ministerio de Justicia y de la doctrina que pautó el cualificado centro directivo que constituye la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, es un entorno en el cual resulta atinado y propicio reforzar la labor del LAJ, hasta el punto de convertirle en un jurista especializado en su régimen jurídico y llevanza. Se considera muy adecuada la atribución al LAJ de la condición de encargado del Registro Civil y de las subsiguientes tareas y responsabilidades sin cortapisas en su desarrollo, así como en todas sus exteriorizaciones, en los términos que prevé la disposición adicional segunda de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, esencial servicio público para la dación de seguridad jurídica en todo lo que atañe a la persona física y sus estados civiles (cfr. su art. 4 y la materia inscribible en el mismo).
- Se aprecia un relevante bloque material, constituido por **la protección de datos personales** que profusamente se vuelcan, generan y utilizan constantemente en el ámbito de la Administración de Justicia en el desenvolvimiento de sus labores, conectadas con las previsiones de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, y a cuya gestión, cuidado y responsabilidad el LAJ se hallaría a nuestro entender especialmente llamado por su cualificación técnico-jurídica, en aras de salvaguardar las prevenciones que tal norma implanta respecto al aludido derecho fundamental (cfr. sus arts. 25, 26 o 28 y ss. ). Así, se personalizaría e individualizaría dentro de ese engranaje abstracto de la Administración de Justicia a un operador jurídico concreto encargado y responsable de la llevanza de todos cuantos aspectos tuvieran que ver con este campo.
- Desde otro eje en perspectiva, convendría un reforzamiento de sus **labores auxiliares**, anejas a lo jurisdiccional, organizativas, de supervisión... que, como ya hemos señalado precedentemente, distan de poder ser consideradas superfluas o irrelevantes y que realmente son medulares. Un control y despliegue de estas tareas perezoso, inadecuado, retardado, sin la dedicación y cautela minuciosa exigibles, es capaz de entorpecer y perjudicar por esas deficiencias de soporte y estructura la propia marcha de un órgano judicial. Y no es factible, a nuestro juicio, que se releguen o se las abandone porque el LAJ se centre en estas tareas procesales que se le confían en los desgraciados términos que hemos indicado. Un seguimiento y control minucioso de entrada de escritos, de resoluciones pendientes de adoptar, de los señalamientos de vistas y juicios realizados y las actuaciones que precisan (citaciones, notificaciones, despachos que requieran documental y que deban obrar cumplimentados... sus recordatorios sistemáti-

cos en caso de inexistencia o no respuesta...) que eviten reiteradas suspensiones frustrantes para los justiciables, son aspectos fundamentales de los que habría de encargarse con todo detenimiento el LAJ.

Otro tanto puede suceder con la estadística judicial. Nos parece desafortunado considerarla una simple formalidad a repasar y remitir al término de los trimestres de turno. Su seguimiento continuado es quien permite, dentro del órgano, diagnosticar y solventar disfunciones (retardos, pendencia elevada en determinados negociados, etc.). Y, con vistas al exterior, constatar al Consejo General del Poder Judicial y a las Administraciones prescricionales respectivas si se cumplen o rebasan módulos de carga de trabajo, si son necesarios refuerzos en medios personales dentro de los dispares cuerpos funcionariales o de autoridades judiciales, si urge la creación de nuevas unidades judiciales, etc.

Todas estas tareas son importantes, y se hallarían sensiblemente mejor cubiertas si pudieran ser atendidas con mucho más detenimiento, continuidad y minuciosidad por el LAJ.

#### D) Colofón: una perentoria reconstrucción de la garantía judicial y armónica a la CE de los derechos subjetivos

Urge *de lege ferenda* resolver este desaguisado. No con operaciones improvisadas o de mero maquillaje que ahonden en la huida del verdadero proceso, del proceso judicial, de la garantía judicial de los derechos subjetivos. Y en esa ubicación, inesquivable constitucionalmente, no puede jugar un papel señero un LAJ que es un funcionario administrativo (como demuestra sin atisbo de dudas que ejercite un derecho de huelga incuestionable, pese a que esclerotiza el desarrollo de un poder del Estado y la dispensación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva), por cualificado que se halle técnico-jurídicamente (aspecto que no se cuestiona, por supuesto), a quien se le entregan competencias inadecuadas a su definición orgánica, en un volumen enorme –inabarcable y no susceptible de ser cumplimentado, por supuesto– aun en su disparidad, bajo la excusa de encabezar una burocrática oficina judicial que se pretende autónoma pero que no puede serlo (solamente ha de erigir una estructura de auxilio a las órdenes de la autoridad judicial, única titular de la función jurisdiccional). Está en juego un modelo que respete sin rémoras ni disfuncionalidades internas en su trazo los mínimos constitucionalmente implantados en pos de la consecución de una veraz garantía de los derechos subjetivos. Y en ese camino no hay atajos cuya invalidez (y perjuicio al justiciable) no acabe por demostrarse más pronto que tarde.

## Referencias bibliográficas

- Alfárez Moral, D. (2001). *Visión administrativa del Secretario judicial: derechos, deberes y régimen disciplinario*. Estudios jurídicos, Cuerpo de Secretarios judiciales, vol. VI. Ministerio de Justicia.
- Banacloche Palao, J. (1998). El Libro Blanco de la Justicia y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. *Diario La Ley*, 4507.
- Banacloche Palao, J. (2009). El proyecto de Nueva Oficina judicial: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado? *Diario La Ley*, 7251.
- Banacloche Palao, J. (2015). La organización de la Oficina judicial y las funciones atribuidas a los Secretarios judiciales. En *Coherencias e incoherencias de las reformas del proceso civil*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Benito Llopis-Llombart, M. de. (2017). Justicia o burocracia. *Cuadernos Civitas*.
- Blanco Soto, M. C. (21 de enero de 2010). La nueva estructura (o desestructura) del proceso. La admisión de la demanda en el proceso civil (Ley 13/2009, de 3 de noviembre). *Diario La Ley*, 7325.
- Colomer Hernández, I. y Álvaro Montero, Á. (2010). El núcleo de la reforma: la función jurisdiccional y la actuación de los Secretarios. En *Las reformas en el Ordenamiento procesal. Análisis de la Ley Orgánica 1/2009 y de la Ley 13/2009*. Aranzadi-Thomson-Reuters.
- Cordón Moreno, F. (2004). El derecho a obtener la tutela judicial efectiva. En la obra *Derechos procesales fundamentales*. CGPJ, Escuela Judicial.
- Díez-Picazo, L. M.<sup>a</sup> (1992). Notas de Derecho Comparado sobre la independencia judicial. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34.
- Escudero Moratalla, J. F. y Casas Soler, G. (2001). Evolución histórica de una profesión jurídica: el Secretario judicial. *Revista Secretarios Judiciales*, 43.
- García-Miguel García-Rosado, M. (2000). *Ley de Enjuiciamiento Civil-Ley de Procedimiento Laboral: Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso laboral*. Estudios Jurídicos, Cuerpo de Secretarios judiciales, vol. IV. CEJAJ, Ministerio de Justicia.
- Garrido Carrillo, F. J. (2008). *La Oficina judicial. Análisis de su nuevo diseño*. Tirant lo Blanch.
- Garrido Carrillo, F. J. (2011). *La fe pública judicial y la documentación de los actos judiciales en la Administración de Justicia digitalizada*. Wolters Kluwer.
- Gutiérrez Lucas, C. E. (2010). Las nuevas funciones del Secretario judicial tras las reformas procesales derivadas de la nueva Oficina judicial. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 21.
- Hinojosa Martínez, E. (2018). *Los medios de impugnación en el proceso contencioso-administrativo*. Bosch-Wolters Kluwer.
- Jimeno Bulnes, M. (2006). Los nuevos Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 9.
- López Guerra, L. (2009). La Justicia como derecho ciudadano. Algunas cuestiones actuales. *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones públicas*, 5.
- Lorca Navarrete, A. M.<sup>a</sup> (19 de octubre de 2007). El proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución). *Diario La Ley*, 6803.
- Lorca Navarrete, A. M.<sup>a</sup> (s. f.). *La ejecución de las resoluciones judiciales, otros servicios comunes*. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos.



- Martín Contreras, L. (1988). *Pasado, presente y futuro del Secretario judicial*. III Jornadas de Fe Pública Judicial.
- Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V. (2008). *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch.
- Pérez Morales, M. G. (25 de junio de 2010). Las reformas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigentes desde el 4 de mayo de 2010 (1). *Diario La Ley*, 7432.
- Picó i Junoy, J. (2012). *Las garantías constitucionales del proceso*. Bosch.
- Río Fernández, L. del. (2009). Independencia judicial y poder político. En *Independencia judicial: Problemática ética*. Dykinson.
- Sáez Lara, C. (2004). *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*. Thomson-Civitas.
- Yáñez Evangelista J. y Stefel Moreno, A. (12 de mayo de 2016). Reflexiones sobre la STC (pleno) de 17 de marzo de 2016. Bases para la proyección de su doctrina en el orden civil. *Diario La Ley*, 8760.

**Eduardo Sánchez Álvarez.** Doctor en Derecho. Profesor universitario y funcionario de carrera al servicio de la Administración de Justicia, habiendo servido en juzgados de primera instancia e instrucción (con competencias en materia de violencia sobre la mujer, mercantil, social y penal). <https://orcid.org/0000-0003-0794-4875>

# Protección de datos personales por un posible comportamiento negligente de una notaria

Comentario a la STS de 27 de noviembre de 2023

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)*

[jesquivias1959@gmail.com](mailto:jesquivias1959@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

Esta destacada sentencia del Tribunal Supremo, con ponencia en el Exmo. Sr. don Rafael Sarazá Jimena, contiene un estudio muy detallado, más que de la vulneración del derecho al honor reclamado, de la infracción –negada– de la normativa de protección de datos que podría haber afectado al honor por un comportamiento negligente de una notaria que facilita copia íntegra de una escritura de compraventa a un tercero (BBVA). Un tercero que pretende ejecutar un préstamo hipotecario. Lo importante aquí es determinar si hubo interés legítimo en el solicitante (BBVA) para que el notario pudiera hacer un juicio de ponderación y emitir la copia pedida, sin vulnerar el artículo 24 del Reglamento Notarial, ni los preceptos 44.2 e) y 44.3 g) de este.

Lógicamente, la casación se centra en la infracción de los artículos 18.4 y 20.1 de la CE (sobre la protección del dato y el honor) y el 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Pero cometiendo el error de no distinguir entre persona física y jurídica, ni individualizar los derechos que se entienden vulnerados (como se verá).

Para una mejor comprensión vamos a resumir los hechos:

La representación procesal de los actores (una persona física y otra jurídica) entienden que el notario ha podido vulnerar los derechos fundamentales al honor, intimidad personal, propia imagen y protección de datos de carácter personal de los demandantes, por facilitar copia íntegra a un tercero (BBVA) de la escritura de compraventa, de fecha 12 de julio de 2013, número 463 de su protocolo. Copia de escritura que contenía datos bancarios, fotografías, DNI, pasaportes, etc. La escritura hacía referencia a la venta de la mitad de una finca propiedad de dos personas, comprada por los actores en su día. Con motivo de una disputa entre el BBVA y los vendedores por la existencia de una hipoteca previa sobre esa mitad transmitida, el banco, que se había subrogado en la posición de Catalunya Bank, SA (como sucesora de esta), de donde venía el derecho de crédito, interpone demanda ordinaria sobre incumplimiento de contrato, vencimiento de cuotas impagadas, y otras acciones (especialmente la de ejercicio de derecho de hipoteca constituida en garantía del contrato de financiación) contra los transmitentes de la finca y la mercantil como tercero poseedor. El BBVA obtiene así la copia de la escritura de compraventa de la notaria, porque considera que precisa de unos datos para ejercitar la demanda. La notaria la extiende de su protocolo a favor del banco por entender que existe un interés legítimo. Siendo el motivo principal de la demanda de los actores que la revelación de los datos es innecesaria, sin que decayera el derecho al previo consentimiento, con vulneración del secreto profesional; porque para conseguir la información pertinente habría bastado con la petición de una nota simple informativa (o de un certificado registral).

Hecho el anterior planteamiento, los motivos de casación fueron dos:

Primero: Infracción del artículo 18.4 y 20.1 de la Constitución. Error en la aplicación del artículo 224 del Reglamento Notarial y doctrina jurisprudencial que lo interpreta. Infracción del artículo 5 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. E infracción por inaplicación del artículo 44.2 e) y 44.3 g).

Segundo: Infracción del artículo 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Infracción que se comete por la Sentencia de apelación al considerar esta resolución judicial que la actuación de la demandada en autos, consistente en facilitar todos los datos obrantes en la escritura de compraventa, tales como copia del DNI, copia del pasaporte, número de cuenta bancaria, no supone una vulneración de derechos fundamentales de los recurrentes, en el presente recurso de casación, ni entraña, por tanto, la existencia de una intromisión ilegítima en el ámbito de protección del derecho fundamental al honor delimitado por la citada Ley Orgánica.

Como hemos apuntado más atrás, llama la atención lo siguiente:

Es difícil precisar cuál fue el derecho o derechos fundamentales que los demandantes consideran vulnerados por la expedición por la notaria demandada de una copia autorizada de una escritura pública de su protocolo, y cómo resultan afectados los derechos de que es titular la persona física y aquellos de que es titular la persona jurídica.

Ya el fiscal lo advirtió en su informe, pues los derechos fundamentales tienen su individualidad como también la persona física o jurídica perjudicada. De los motivos, por tanto, no se extrae cuál es el derecho fundamental o quién la persona física o jurídica afectada. Si falta la concreción la persona física demandante (y el derecho vulnerado), menos aún estará el de la sociedad «que carece de rasgos físicos». Por tanto, la sentencia ya pone de manifiesto unos errores que afectan a los requisitos intrínsecos de todo recurso de casación, a la adecuada técnica casacional que se requiere de origen.

Por otro lado, la alegación relativa a la intimidación de una sociedad cuando se sabe que carece de este derecho fundamental no es más que la evidencia de un nuevo error en la formulación del interesante recurso interpuesto. Luego, la sentencia del Tribunal Supremo se adentra en una nueva observación, por lo demás obvia: que las personas jurídicas no son titulares del derecho fundamental a la protección de datos (art.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, y art. 1 del Reglamento [UE] 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016). Sin que se predique, por tanto, intimidación o protección de datos de esta, pues el extinto artículo 1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, señalaba:

La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar (actual 1.a de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

Al invocarse en la sentencia la jurisprudencia sobre el honor, que protege el buen nombre o la reputación, el Tribunal Supremo no ve relación alguna «entre ese honor vulnerado, la expedición y entrega al acreedor hipotecario, titular de la hipoteca constituida sobre la finca de la que los demandantes son copropietarios, de la copia de la escritura pública de compraventa en la que aparecen como compradores de dicha finca». Es decir, no establece una relación entre escarnio y entrega de una copia de escritura que lesione la dignidad de las actoras.

Aparte de esto, si hubiera que delimitar la intimidad del dato protegido con respecto al honor, que no es el caso en esta sentencia, podríamos acudir a la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional (Primera), de 11 de febrero de 2013, núm. 29/2013, que nos

recuerda que «la función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad» (STC 144/1999, de 22 de julio), en cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. Porque, como añade la STC 292/2000, «el constituyente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 CE no solo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto»; añadiendo en el fundamento jurídico 5 que «la peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental, tan afín como es el de la intimidad, radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran».

Asimismo, la sentencia que se invoca en el recurso sobre la inclusión de datos en el fichero de morosos como un supuesto análogo al de vulneración del honor por la expedición de una copia de escritura no es de recibo. Claramente se dice que no es aplicable al caso, «pues ser comprador de un inmueble (o de una parte indivisa del mismo) no constituye una conducta deshonrosa, esté o no hipotecado el inmueble». La confusión, además, parece referirse también a no saber si se cuestiona la conducta de la señora notaria por vulnerar la protección de datos o, además, el honor. Si no se vulnera el honor, y así lo razona la sentencia, lo que nos queda es analizar la conducta de la notaria al proporcionar la copia en relación con la protección de datos, advirtiendo que la mercantil no es nunca titular del derecho a la protección de datos, solo lo son las personas físicas.

Podemos citar, a título ilustrativo, otra sentencia del Tribunal Supremo sobre el uso inocuo de los datos como criterio de valoración y como complemento de los argumentos de la que se comenta: Para valorar si la difusión del/de los dato(s), circunscrita a un procedimiento judicial de reclamación para reclamar cantidades o para la ejecución de hipotecas, tiene entidad suficiente como para considerar que el reproche de los actores adquiere relevancia constitucional, es comprobar si la actuación desplegada por el BBVA en el seno del procedimiento ordinario resulta lesiva; porque si se concluye que el comportamiento procesal ha sido correcto por la simple aportación de la escritura pública, este dato para la valoración tiene su trascendencia. Cuestión distinta sería otro uso posterior de la información contenida en la escritura al margen de la actuación judicial en concreto. Así parece sugerirlo la siguiente STS núm. 809/2023, de 26 de mayo:

La cesión de los datos de una persona física a entidades de recobro con la sola y única finalidad de que puedan gestionar la reclamación de una deuda no constituye una intromisión ilegítima en el honor de la persona afectada, salvo que, como señala con acierto el fiscal, las gestiones que realicen vayan acompañadas

de circunstancias lesivas para su dignidad al desplegarse actuaciones o hacer uso de medios que la lastimen menoscabando o perjudicando su honor, lo que en el presente caso no ha ocurrido, al limitarse la entidad recurrida, como también destaca el fiscal, a contratar empresas de reclamación de deudas que se dirigieron al recurrente con tal finalidad y a través de comunicaciones escritas formalmente correctas.

Bien es cierto, reiteramos, que la sentencia comentada excluye la invocada por el recurrente sobre morosidad por considerarse que no es adecuada, no aplicable al caso; sin embargo, el razonamiento sugiere que la utilización de la información para un fin distinto del que corresponde o para el que se ha autorizado la copia podría valorarse a los efectos de la posible vulneración del derecho fundamental.

Continuando con el comentario, es importante ilustrar sobre las distintas normas que han sido tenidas en cuenta para el análisis y la solución:

- El artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, vigente al momento de producirse los hechos, establecía que «el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo». (Actual art. 5.2 LOPD Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).
- El artículo 11.1 establecía que «los datos de carácter personal objeto del tratamiento solo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado». (Actual art. 6).
- El número 2 del a) del mismo precepto exime del consentimiento «cuando la cesión está autorizada en una ley».
- El artículo 44.1 g) establecía que se consideraban infracciones graves: «La vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal incorporados a ficheros que contengan datos relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales, Hacienda Pública, servicios financieros, prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito, así como aquellos otros ficheros que contengan un conjunto de datos de carácter personal suficientes para obtener una evaluación de la personalidad del individuo».
- El artículo 2.º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, nos dice:

«No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso».

- El artículo 17.1 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 establece que «el notario redactará escrituras matrices, intervendrá pólizas, extenderá y autorizará actas, expedirá copias, testimonios, legitimaciones y legalizaciones y formará protocolos y libros-registros de operaciones».
- El artículo 224.1 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el reglamento de la organización y régimen del notariado, establece: «Además de cada uno de los otorgantes, según el artículo 17 de la Ley, tienen derecho a obtener copia, en cualquier tiempo, todas las personas a cuyo favor resulte de la escritura o póliza incorporada al protocolo algún derecho, ya sea directamente, ya adquirido por acto distinto de ella, y quienes acrediten, a juicio del notario, tener interés legítimo en el documento».

Pues bien, en esta normativa se ubica el estudio y de ella se extrae el pronunciamiento desestimatorio del recurso de casación.

Un paso más adelante, que sirve de argumento para la desestimación, nos recuerda que es de especial interés saber que los protocolos notariales pertenecen al Estado y son de titularidad pública, sin perjuicio del carácter de archiveros que tiene los notarios (art. 20 Ley Orgánica 15/1999, y art. 1.4 y anexo IV de la Orden JUS/484/2003, de 19 de febrero, por la que se regulan los ficheros automatizados de datos de carácter personal del Cuerpo de Notarios). También se nos dice que, conforme al artículo 19 de la Ley Orgánica 15/1999 se regula «de forma diversa la reclamación de esta indemnización, en función de que se trate de ficheros públicos o privados». Todo esto significa que, de no exigirse a la Administración pública responsabilidad previa por los daños que pudo ocasionar la expedición de la copia de la escritura de compraventa, al no existir una presunción de ella, no se ha articulado una denuncia autónoma sobre protección de datos, «sino vinculada o entrelazada con una denuncia de una vulneración de los derechos al honor, intimidad y propia imagen».

A partir del punto 6 de la fundamentación de la sentencia del Tribunal Supremo empieza a argumentar todo lo relativo a la protección de datos y los demás artículos indicados en el primer motivo del recurso de casación. Entramos en él:

Cuando el motivo de casación invocación la infracción de los artículos 44.2 e) y 44.3 g) de la LOPD, se está refiriendo a los procedimientos administrativos sancionadores, a fin de dilucidar si hubo infracción de la ley leve, grave o muy grave. Aquí, sin embargo, se trata de saber si se ha vulnerado el derecho fundamental, no si ha habido una infracción administrativa. Y sucede que de la invocación de estos preceptos no se deduce ninguna vulneración, porque «el solicitante de la copia autorizada, BBVA, no era otorgante de la escritura; dicho

solicitante ignoraba si de la misma se derivaba algún derecho en su favor (como habría sucedido si los compradores hubieran asumido también la obligación personal de pagar el préstamo o parte del mismo); y se consideró por la notaria demandada que el solicitante de la expedición de la copia de la escritura de compraventa tenía un interés legítimo en el documento». El interés esencial para autorizar la copia referida que se colige tras el juicio ponderado correcto realizado por la notaria.

Antes de comentar el razonamiento del interés en la copia del BBVA no está de más ilustrar sobre la mayor o menor intensidad de protección según el dato que se solicite. La STS (Civil), Sec. 1.ª, de 22 de septiembre de 2020, núm. 483/2020, rec. núm. 1203/2019, nos recuerda:

Conforme al principio general de que los datos serán únicamente recogidos, tratados y transmitidos a terceros con el consentimiento del afectado, con las excepciones legalmente previstas, se considera que solamente algunos pertenecen al acervo más íntimo del individuo, que nuestra legislación clasifica en tres grupos: a) ideología, religión y creencias; b) origen racial, salud y vida sexual; y c) comisión de infracciones penales o administrativas.

Se trata de datos especialmente protegidos para preservar esa esfera más profunda de la personalidad. Pero fuera de esos ámbitos, la difusión de un dato no supone necesariamente vulneración del derecho fundamental a la intimidad. Por consiguiente, en el acervo de los datos más íntimos del individuo no se hallan los del contrato de compraventa, sin eludir que la persona jurídica tiene un ámbito de protección del honor más restringido y sin que le sea aplicable la LOPD.

Dicho lo anterior, la sentencia insiste en que el interés justifica la ponderación realizada y la aportación de la copia de la escritura. No solo se trata de una demanda de reclamación de cantidades presentada por el BBVA. El banco no tenía solo por objeto la mera reclamación, pues poco después interpuso la demanda ordinaria que acumulaba la realización de la hipoteca. Tampoco sirve argumentar que se pudo designar archivo o protocolo... (art. 265.2 LEC) para obtener la copia o certificación, porque la notaria está facultada para proporcionar lo que se pide si hay un interés legítimo, como se ha dicho. Por tanto, BBVA tenía el documento que necesitaba y no había por qué pedirlo al juzgado.

El interés se valoró adecuadamente, pues atendió a la naturaleza jurídica de los actos documentados en la escritura, que, al ser patrimoniales, no pertenecen a la esfera de la intimidad, a diferencia de lo que ocurriría, por ejemplo, como se subraya en la sentencia, si se tratara de un testamento. Que al acreedor le pueda interesar si ha habido subrogación hipotecaria por el tercero o conocer los acuerdos entre el comprador o transmitente, etc. parece lógico. No es obligatorio pedir la designación de archivos cuando es lícito que, por el notario, de encontrar base legal y razones de peso, proporcione la copia que eluda la ne-

cesidad de impetrar el auxilio judicial dentro del procedimiento ordinario posterior. No es una obligación lo que de suyo es procesalmente facultativo; por ello, el Supremo hace referencia a la no necesidad de pedir lo que ya se tiene.

En definitiva, no hay vulneración del derecho fundamental al honor, no hay dato que se haya proporcionado a falta de interés legítimo y sí existió una falta de individualización de derechos vulnerados o de concreción de los mismo con relación a los actores. Tampoco es correcto decir que se ha infringido la especial protección de los datos personales de una persona jurídica. Finalmente, faltó la reclamación previa administrativa de unos daños no cuantificados ni pedidos, razón por la cual se anuda indebidamente la indemnización al honor.

# El segundo control de oficio de abusividad de cláusulas en ejecución

**Adelaida Medrano Aranguren**

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid (España)  
an.medrano@poderjudicial.es | <https://orcid.org/0000-0003-4740-6836>

## Enunciado

El 23 de julio de 2018 la entidad LTD presentó demanda de procedimiento monitorio de pago contra Alexis, reclamando un total de 5.774,84 euros en virtud de la cesión de dicha deuda por Servicios Financieros Pérez EFC, SA. En dicha demanda presentaba el contrato de tarjeta *revolving* con el consumidor y una certificación de la deuda emitida por la reclamante, donde desglosaba la cantidad reclamada en «Capital impagado: 5.517,27 euros; Comisiones y gastos de reclamación: 257,53 euros», sin ningún certificado contable que respalde la certificación unilateral realizada por la requirente y sin certificación alguna de la cedente respecto a dicha deuda. Igualmente, sin desglosar los conceptos contractuales que entrañaba el capital impagado.

El día 17 de diciembre de 2018, la parte requirente, LTD, y la parte requerida, Alexis, tuvieron trámite para formular alegaciones «sobre el posible carácter abusivo de las cláusulas de intereses, gastos y comisiones», a lo que esta respondió: «Renunciamos a la partida reclamada inicialmente en concepto de comisiones y gastos por reclamación extrajudicial (257,53 €), fijándose así la cantidad reclamada en 5.517,27 euros correspondiente únicamente al «capital impagado» por el demandado, y ello de conformidad con lo que se acredita con el certificado de deuda expedido por mi mandante, que se acompañó con nuestra petición inicial de demanda», y sin que el consumidor realizara alegación alguna.

Habiendo declarado LTD, que únicamente reclama el capital, se dictó el 1 de marzo de 2019 diligencia de ordenación acordando la continuación del procedimiento, y se concluyó este mediante decreto de fecha 9 de julio de 2019, el cual servía como título de ejecución en la demanda ejecutiva presentada el 16 de diciembre de 2021, reclamando 5.517,27 euros como principal, iniciándose la ejecución de título judicial.

La experiencia demuestra que la ausencia de certificación de la entidad financiera cedente y de documento contable justificativo de la deuda reclamada puede generar la ocultación de conceptos contractuales eventualmente abusivos, en virtud de los cuales se reclama y en los cuales no hay certificado contable que dé respaldo financiero alguno a la deuda requerida. De hecho, en nuestro caso la certificación establece «capital impagado», que no necesariamente se corresponde con el principal. Por ese motivo, cabe sospechar que esa cuantía no ha sido objeto de desglose, donde se aprecie el principal y otros conceptos contractuales acreditados por un extracto contable emitidos por la entidad financiera cedente. De esa forma, el control de abusividad ha sido realizado sin disponer de todos los datos necesarios.

Por ese motivo, se dio traslado a las partes sobre la posibilidad de realizar control de abusividad en esta fase de ejecución del proceso y la de elevar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la compatibilidad de dicho control con la normativa europea. LTD contestó que no se había causado indefensión alguna al consumidor durante el proceso monitorio y que ya había habido un control de abusividad, por lo que no procedía realizarlo nuevamente en fase en ejecución, ya que ello «supondría la directa infracción del principio de preclusión de los actos procesales con la correspondiente inseguridad jurídica». Alexis contestó que la «Directiva 93/13/CEE establece la máxima protección a los consumidores, no distinguiendo fase principal o de ejecución para la aplicación de la misma, debiendo en consecuencia procederse a un nuevo análisis de la posible existencia de cláusulas abusivas, aunque se oponga al contenido de la normativa nacional».

A partir del relato precedente, ¿es posible llevar a cabo este segundo control de abusividad de las cláusulas en fase de ejecución del título ejecutivo? ¿Es ello posible y acorde con la Directiva 93/13/CEE?

Cuestiones planteadas:

- Control de oficio de las cláusulas abusivas.
- Opciones legales de segundo control de oficio en fase de ejecución civil, y su compatibilidad con la normativa comunitaria.
- Jurisprudencia en la materia.

## Solución

El caso planteado guarda cierta vinculación con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de mayo de 2022 (asunto C-600/19, NormaCEF NCJ066164) y en ella se planteaba la cuestión respecto a una cláusula de vencimiento anticipado en el ámbito de una ejecución hipotecaria que no fue apreciada en el momento de dictar el auto de

ejecución. En esa cuestión prejudicial se planteaba si el principio de eficacia de las normas de protección del consumidor instauradas en la Directiva 93/13/CEE del Consejo de Estado, de 5 de abril de 1999, en particular la no vinculación de las cláusulas abusivas, prevenida en el artículo 6 de la mencionada directiva, es compatible con los efectos de cosa juzgada, preclusión, y con la determinación de un momento final o último del proceso de ejecución en el que ya no es posible plantear abusividad alguna, sin perjuicio de que el consumidor pueda defender sus derechos en un posterior proceso declarativo. La diferencia de la cuestión que ahora se plantea frente a la anterior es que, al contrario que en el anterior, donde el control se preveía dentro del mismo procedimiento, nos encontramos ante un título ejecutivo de carácter judicial, lo que implica que, para su dictado, hubo un procedimiento previo donde se realizó el control de abusividad previsto con carácter preceptivo por ley.

También el caso planteado guarda cierta vinculación con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de febrero de 2016 (asunto C-49/14, NormaCEF NCJ060916), y en ella se planteaba la situación por la cual no se pudo plantear ningún control de cláusulas abusivas, por cuanto la normativa española no contenía previsión alguna en los procesos monitorios y si debía realizarse en fase de ejecución, pese al carácter de cosa juzgada del título proveniente del proceso monitorio. La diferencia de esta cuestión con la anteriormente resuelta es que en aquel momento no existía control de abusividad en el ámbito del proceso monitorio. En la actualidad sí existe dicho control, el cual se incorporó a la normativa procesal española en el artículo 815.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC) mediante Ley 42/2015, de 5 de octubre, y se ha realizado de oficio en este procedimiento.

Es también interesante traer aquí a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 junio de 2012 (asunto C-618/2010), la cual afirmó que la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una normativa de un Estado miembro examine de oficio *-in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición - apartado 57. La diferencia con nuestro caso actual es que en aquel momento el proceso monitorio no disponía de una regulación expresa como la actual que previera un control de oficio de la abusividad del contrato con un consumidor respecto de los conceptos contractuales reclamados en virtud del mismo.

Y finalmente, nuestro caso guarda cierta vinculación con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-453/18, NormaCEF NCJ064611), en la cual se consultaba sobre la documentación que podía recabarse a los efectos del control de abusividad en los procesos monitorios europeos. La diferencia con nuestro caso es que en aquella se interpretaba el Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo. La diferencia es que, en este caso, se cuestiona la compatibilidad de la normativa nacional con el principio de efectividad, al no prever la posibilidad de

recabar tales documentos en trámite de ejecución del título de un monitorio nacional; y se plantea la posibilidad de recabarlos en recto cumplimiento del deber de control de abusividad y de protección del consumidor por el principio de no vinculación de este a las cláusulas abusivas, así como al principio de eficacia del Derecho de la Unión.

La Directiva 93/13/CEE impone el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas que existan en los contratos con condiciones generales en los que sea parte un consumidor o usuario, tan pronto como el juez tenga conocimiento de las mismas, a fin de que estas no vinculen al consumidor, conforme el artículo 6.1 de la directiva. La Ley 42/2015, en su exposición de motivos, reconoció expresamente que lo que se resuelva sobre cláusulas abusivas en el ámbito del procedimiento monitorio no adquiere fuerza de cosa juzgada, sin embargo, sí entra en juego la preclusión. El control de cláusulas abusivas en el ámbito del procedimiento monitorio tiene lugar de oficio y con intervención de las partes antes del dictado de la resolución que opera como título ejecutivo.

La configuración actual del derecho español configura como clave esencial de la seguridad jurídica la imposibilidad de revisar las resoluciones firmes, cuál sería el decreto de finalización del proceso monitorio. El hecho de haber introducido de forma expresa el control de abusividad en el proceso monitorio, pero no en la ejecución de los títulos procesales dictados en el mismo, supone una reafirmación de que el control de abusividad debe practicarse en el proceso monitorio, de forma tal que el título ya no sea revisable. Es decir, se presume que ha habido una preclusión del momento de revisar, tanto de oficio como a petición de parte, de las cláusulas abusivas del contrato conforme al artículo 136 de la LEC, efecto preclusivo que viene a llamarse «cosa juzgada virtual».

Así, tras haberse realizado un primer control de abusividad y obteniendo un título ejecutivo firme y ejecutable, surge la duda de si en caso de que en el momento de la ejecución del mismo se sospecha o detecta que alguna cláusula no ha sido objeto del debido control de abusividad y exclusión, cabe un nuevo control y, en su caso, declaración de abusividad de una cláusula no detectada o no considerada abusiva en un primer control, o debe excluirse este nuevo control en aras de la seguridad jurídica, aun cuando sea en detrimento del principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas. Es decir, si una vez practicada una revisión de oficio de las cláusulas abusivas en el proceso monitorio y obtenido un título ejecutivo, se ha producido una preclusión de todo control posterior, o si el tribunal puede o debe volver a revisar de oficio, solicitando cuanta documentación precise, lo que ya revisó o lo que no revisó porque no resultaba claro el origen contractual de las cantidades reclamadas. En definitiva, lo que se plantea es si es contraria a la Directiva 93/13/CEE una preclusión en el control de abusividad en una ejecución dimanante de proceso monitorio que impida un nuevo control cuando el juez considere que hay cláusulas abusivas no detectadas o no declaradas abusivas en un momento inicial.

Por último, surge la duda sobre si es posible solicitar documentación adicional para reanalizar dicho control de abusividad, más allá del que establece el artículo 816 de la LEC y más

allá de la que se aportó en el momento de iniciar el proceso monitorio y realizar el control de abusividad en ese momento, entendiendo que, en caso de no ser posible requerir cuanta documentación sea precisa para dicho control, se podría estar obstaculizando el principio de efectividad del derecho de la Unión Europea.

El derecho de la Unión en esta materia es básicamente el siguiente: según el vicesimo-cuarto considerando de la Directiva 93/13/CEE, «los órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores».

Por su parte, el artículo 6, apartado 1, de esta directiva establece lo siguiente:

Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Y finalmente, a tenor del artículo 7, apartado 1, de la citada directiva:

Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

En cuanto al derecho español en esta materia, el artículo 136 de la LEC establece:

Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El Letrado de la Administración de Justicia dejará constancia del transcurso del plazo por medio de diligencia y acordará lo que proceda o dará cuenta al tribunal a fin de que dicte la resolución que corresponda.

A tenor del artículo 551, apartado 1, de la LEC:

Presentada la demanda ejecutiva, el Tribunal, siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título, dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma.

El artículo 556 de la LEC, titulado «Oposición a la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de los acuerdos de mediación», establece:

1. Si el título ejecutivo fuera una resolución procesal o arbitral de condena o un acuerdo de mediación, el ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, laudo o acuerdo, que habrá de justificar documentalmente. También se podrá oponer la caducidad de la acción ejecutiva, y los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público. La oposición que se formule en los casos del apartado anterior no suspenderá el curso de la ejecución.

La LEC fue modificada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, y conforme a ella el artículo 815, apartado 4, de la LEC modificada dispone:

Si la reclamación de la deuda se fundara en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el Letrado de la Administración de Justicia, previamente a efectuar el requerimiento, dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible.

El juez examinará de oficio si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas estas, resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador.

De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas.

Si el tribunal no estimase la existencia de cláusulas abusivas, lo declarará así y el Letrado de la Administración de Justicia procederá a requerir al deudor en los términos previstos en el apartado 1.

El auto que se dicte será directamente apelable en todo caso.

El artículo 816 de la LEC modificada tiene el siguiente tenor:

1. Si el deudor no atendiere el requerimiento de pago o no compareciere, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto dando por terminado el proceso monitorio y dará traslado al acreedor para que inste el despacho de ejecución, bastando para ello con la mera solicitud, sin necesidad de que transcurra el plazo de veinte días previsto en el artículo 548 de esta Ley.

2. Despachada ejecución, proseguirá esta conforme a lo dispuesto para la de sentencias judiciales, pudiendo formularse la oposición prevista en estos casos, pero

el solicitante del proceso monitorio y el deudor ejecutado no podrán pretender ulteriormente en proceso ordinario la cantidad reclamada en el monitorio o la devolución de la que con la ejecución se obtuviere.

Desde que se dicte el auto despachando ejecución la deuda devengará el interés a que se refiere el artículo 576.

Se plantean las siguientes cuestiones de compatibilidad entre ambos ordenamientos: ¿Se opone el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE a que en la ejecución de un título proveniente de un proceso monitorio donde se realizó control de cláusulas abusivas se realice un nuevo control de oficio de cláusulas abusivas?

En caso de que no se oponga, ¿es contrario al artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE solicitar al ejecutante cuanta información complementaria precise el origen del importe de la deuda, incluido el principal y, en su caso, los intereses, las penalizaciones contractuales y otros importes, para realizar el control de oficio del carácter eventualmente abusivo de dichas cláusulas? ¿Se opone al artículo 7 de la directiva una normativa nacional que no contempla solicitar dicha documentación complementaria en la ejecución?

¿Se opone al principio de efectividad del derecho de la Unión Europea una normativa procesal nacional que impide o no prevé un segundo control de oficio sobre las cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución de un título procesal proveniente de proceso monitorio y se considera que pudieran existir cláusulas abusivas debido a un imperfecto o incompleto control de abusividad en el proceso previo donde se emitió dicho título ejecutivo?

En caso de que se oponga, ¿debe entenderse que respeta el principio de efectividad del derecho de la Unión Europea que el juez pueda requerir al ejecutante cuanta documentación sea necesaria que determine los conceptos contractuales integradores del importe de la deuda con el fin de realizar un control del carácter eventualmente abusivo de las cláusulas?

A este respecto, procede señalar, que el hecho de que el control del carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales se prevea únicamente en el proceso monitorio, y no en la fase de ejecución del decreto emitido al término de dicho proceso, no constituye, en sí mismo, una violación del principio de efectividad.

En efecto, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se garantiza la observancia de este principio cuando el sistema procesal nacional establece, en el procedimiento monitorio o en el procedimiento de ejecución del requerimiento de pago, un control de oficio del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato objeto de dichos procedimientos (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de febrero de 2016, Finanzmadrid, asunto C-49/14, NormaCEF NCJ060916).

Por otro lado, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del derecho y de las relaciones jurídicas como la recta admi-

nistración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos (sentencia de 17 de mayo de 2022, Ibercaja Banco, C-600/19, NormaCEF NCJ066164).

Por lo que respecta a la preclusión derivada de la expiración de determinados plazos procesales, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que los plazos razonables de recurso fijados, con carácter preclusivo, en interés de la seguridad jurídica no hacen imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión cuando son materialmente suficientes para que el consumidor pueda preparar e interponer un recurso efectivo (sentencia de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale, C-698/18 y C-699/18).

En nuestro caso, lo que suscita las dudas no es la duración del plazo concedido al consumidor para hacer valer, en el proceso monitorio, los derechos que le confiere la Directiva 93/13/CEE, sino el principio de preclusión aplicable cuando expira dicho plazo y, por tanto, la imposibilidad de que dicho órgano jurisdiccional examine, de oficio o a instancia del consumidor, el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales en el procedimiento de ejecución del requerimiento de pago.

A este respecto, procede recordar que, en el contexto de un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que el juez estaba obligado a examinar de oficio el carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contractuales al inicio de ese procedimiento, sin que ese control pudiera efectuarse en las fases posteriores de dicho procedimiento, el Tribunal de Justicia declaró que la protección de la Directiva 93/13/CEE solo queda garantizada si el juez nacional indica expresamente, en la resolución por la que se despacha la ejecución hipotecaria, que ha examinado de oficio el carácter abusivo de las cláusulas del título en que se basa el procedimiento de ejecución hipotecaria; que dicho examen, que debe motivarse al menos sucintamente, no ha puesto de manifiesto la existencia de ninguna cláusula abusiva, y que, si no formula oposición dentro del plazo establecido en el derecho nacional, el consumidor ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas (sentencia de 17 de mayo de 2022, Ibercaja Banco, asunto C-600/19, NormaCEF NCJ066164).

De la jurisprudencia también resulta que, en el supuesto de que, en un anterior examen de un contrato controvertido que haya concluido con la adopción de una resolución que haya adquirido fuerza de cosa juzgada, el juez nacional se haya limitado a examinar de oficio, a la luz de la Directiva 93/13/CEE, una sola o varias de las cláusulas de ese contrato, dicha directiva impone al juez que conozca del asunto en un procedimiento posterior la obligación de apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato. En efecto, en ausencia de ese control, la protección del consumidor resultará incompleta e insuficiente y no constituirá un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de ese tipo de cláusulas, en contra de lo que establece el artículo 7,

apartado 1, de esta directiva (sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, [NormaCEF NCJ062005]).

Por lo que respecta, en particular, a la fundamentación que debe proporcionar el juez que ha examinado el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, el Tribunal de Justicia ha declarado que dicha fundamentación debe permitir al órgano jurisdiccional que conoce de un recurso posterior identificar, por un lado, las cláusulas o partes de cláusulas que fueron examinadas a la luz de la Directiva 93/13/CEE en un primer procedimiento y, por otro lado, las razones, siquiera expuestas sucintamente, por las que el juez que conoció del asunto en ese primer procedimiento consideró que tales cláusulas o partes de las cláusulas no tenían carácter abusivo (véase, en este sentido, el auto de 18 de diciembre de 2023, Euro-bank Bulgaria, asunto C-231/23).

De lo anterior resulta que el control por el juez del carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales contenidas en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional es conforme con el principio de efectividad a la luz de la Directiva 93/13/CEE si, por una parte, se informa al consumidor de la existencia de ese control y de las consecuencias que conlleva su falta de actuación respecto a la preclusión del derecho a invocar el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales y, por otra parte, la resolución adoptada a raíz de dicho control está suficientemente motivada para permitir identificar las cláusulas examinadas en esa fase y las razones, siquiera sucintas, por las que el juez consideró que esas cláusulas no tenían carácter abusivo. La resolución judicial que cumpla dichos requisitos podrá tener como efecto impedir que se lleve a cabo un nuevo control del carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales en un procedimiento posterior.

Por consiguiente, habida cuenta de la jurisprudencia recordada, siempre que, por una parte, el consumidor haya tenido conocimiento de la existencia del control del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contractuales efectuado de oficio en el proceso monitorio y de las consecuencias que conlleva su falta de actuación y, por otra parte, el auto dictado por el juez al término de ese control esté suficientemente fundamentado, el control realizado por este en dicho proceso parece responder a la exigencia de efectividad, a la luz del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE, extremo que, no obstante, corresponde comprobar al órgano jurisdiccional.

Las conclusiones de todo ello son que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, a la luz del principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, como consecuencia de la preclusión, no permite al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago controlar, de oficio o a instancia del consumidor, el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato de crédito celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando ese control ya ha sido realizado por un juez en la fase del proceso monitorio, siempre que dicho juez haya identificado, en su resolución, las cláusulas que han sido objeto de tal con-

trol; haya expuesto, siquiera sucintamente, las razones por las que esas cláusulas no tenían carácter abusivo, y haya indicado que, de no ejercitarse en el plazo señalado los recursos previstos por el derecho nacional contra esa resolución, el consumidor ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de las citadas cláusulas.

Y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, a la luz del principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no permite al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago acordar de oficio diligencias de prueba con el fin de determinar los elementos de hecho y de derecho necesarios para controlar el eventual carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato de crédito celebrado entre un profesional y un consumidor cuando el control efectuado por el juez competente en la fase del proceso monitorio no se ajusta a las exigencias del principio de efectividad en lo relativo a esa directiva.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 1/2000 (LEC), arts. 136, 551, 556, 815 y 816.
- Directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), arts. 6 y 7.
- SSTJUE de 18 de febrero de 2016 (asunto C-49/14, NormaCEF NCJ060916), 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14, NormaCEF NCJ062005), 9 de julio de 2020 (asunto C-698/18 y C-699/18) y 17 de mayo de 2022 (asunto C-600/19, NormaCEF NCJ066164).

# Revocación de donación por ingratitud. Existencia de proceso penal finalizado con sentencia condenatoria del donante

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)*

[castoparamo@gmail.com](mailto:castoparamo@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0002-4591-1663>

## Enunciado

Por parte del demandante, donante, se interpuso una demanda de juicio ordinario instando la revocación de la donación que realizó a su esposa, referida a la mitad de un inmueble de su propiedad.

La demanda tiene como fundamento en que, una vez divorciados, la esposa interpuso una querrela contra el donante por delito societario y delito de apropiación indebida respecto de un dinero existente en una entidad bancaria extranjera de la sociedad de la que ambos eran titulares y de la que se apropió. La denunciante intervino como perjudicada y solicitó una pena superior a la del Ministerio Fiscal que, tras formular el escrito de acusación, interesaba una pena de prisión, multa e indemnización a la denunciante. La sentencia dictada por la audiencia provincial fue condenatoria.

El juzgado de primera instancia dictó sentencia absolutoria y absolvió a la demandada, manifestando que no es suficiente la interposición de denuncia o querrela para conseguir revocar la donación, que recurrida en apelación, la audiencia provincial estimó el recurso y por tanto la revocación interesada.

La demandada, donataria, interpone recurso de casación por entender que, al no dictarse sentencia condenatoria, no procede la revocación interesada, a lo que se opone el demandante por entender que es suficiente la imputación del delito.

Cuestiones planteadas:

1. Revocación de las donaciones.
2. La revocación por ingratitud.
3. Doctrina jurisprudencial.
4. Solución.

## Solución

### 1. Revocación de las donaciones

No es inhabitual este tipo de procedimientos en los que se instan la revocación de donaciones, pero aparecen en la realidad de los tribunales, que deberá ajustarse a alguno de los supuestos legales establecidos en los artículos 644 y siguientes del Código Civil, ya sea por supervivencia o superveniencia de hijos, o por ingratitud.

La revocación es, por tanto, el acto jurídico del donante por el que declara su voluntad de hacer cesar los efectos jurídicos de la donación efectuada, al darse las causas legalmente establecidas, procurando la recuperación del dominio de los bienes donados, o su valor, si hubieren sido enajenados. Su fundamento se encuentra en que el donatario realiza ciertos actos ilícitos penales o civiles, o que, aun sin ser ilícitos la generalidad de los casos, lo son para el del donatario por su relación con el donante y no sustituye a las posibles sanciones penales o civiles que pueda merecer la conducta del donatario, sino que se agrega a ellas.

En el presente caso que se propone se trata de un supuesto de revocación por ingratitud, ante la apertura y celebración de un proceso penal en el que se dicta sentencia condenatoria y en recurso se dicta sentencia absolutoria, y en el procedimiento civil se acuerda la revocación de la donación, de conformidad con el artículo 648.1.º y 2.º del CC y ello, aunque no existe condena penal.

Los hechos que se proponen consisten en la existencia de una sentencia desestimatoria de la revocación de la donación dictada por el juez de primera instancia, mientras que la audiencia provincial acoge el recurso de apelación y estima la revocación. El actor entiende que hay base suficiente para estimar la demanda de revocación de donación por ingratitud.

El Código Civil establece una serie de conductas graves, socialmente reprobables, que, de ser realizadas por el donatario, produce la revocación como efecto jurídico, siempre que se denuncie, se querelle o se persone en la causa ejercitando la acción penal.

En estos supuestos, inicialmente, el donante ha cometido un hecho delictivo, y el donatario incurre en causa de ingratitud, al accionar contra él.

### 2. La revocación por ingratitud

En el caso que se propone debe citarse así el artículo 648 del CC, que dispone que

también podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes:

1.º Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante.

2.º Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad.

Es cierto que el artículo 648.2 debe interpretarse respecto de aquellos delitos por los cuales pudiera resultar ofendido el donante en su gratitud, siendo bastante para producir el efecto revocatorio previsto en la norma, y no resulta necesario a tal efecto que se haya producido previamente una sentencia penal condenatoria, ni tan siquiera que el procedimiento penal se haya iniciado. Sin embargo, esta interpretación flexible deriva de la literalidad de la norma y tiene la delimitación causal que impone el precepto, en el sentido de que no basta una conducta que resulte solo social o éticamente reprobable, sino que tiene que revestir o proyectar caracteres delictuales, aunque no estén formalmente declarados como tales (STS de 18 de diciembre de 2012 [NormaCEF NCJ057889], con cita de la STS de 5 de diciembre de 2006 [NormaCEF NCJ047212]).

En la causa prevista en el n.º 2 del mencionado precepto, se viene a entender que la expresión «imputare» debe interpretarse como el hecho de descubrir el delito cometido por el donante o personarse en el procedimiento para que el donante sea castigado y conseguir más pena que la pedida por el Ministerio Fiscal, siempre y cuando el donatario sea titular de la acción en virtud de la cual se lleva a cabo la persecución judicial, como se menciona en la STS de 13 de mayo de 2010, rec. núm. 8/2006.

Por tanto, según estas consideraciones, debería realizarse una interpretación restringida, de manera que no procedería acordar la ingratitud por cualquier muestra de ingratitud del donatario, y además se deberían excluir aquellos supuestos en aquellos casos en que el delito imputado tenga como sujeto pasivo el propio donatario, y en el supuesto del caso que se propone, es la denunciante la que en calidad de perjudicada insta el procedimiento penal como perjudicada.

### 3. Doctrina jurisprudencial

Tiene establecido la doctrina jurisprudencial que las concretas causas de revocación de las donaciones por ingratitud que se regulan en el artículo 648 del CC son tasadas y de interpretación restrictiva (así se declara entre otras en las SSTS de 13 de mayo de 2000 [rec. de casación núm. 1205/1997] y de 20 de mayo de 2011 [rec. núm. 696/2008]). El supuesto previsto en el artículo 648.2 del CC exige que el donatario impute al donante alguno de los delitos que dan lugar al procedimiento de oficio o acusación pública.

El delito requiere, como condición de procedibilidad, de denuncia de la persona agraviada (o su representante), y son por tanto delitos semipúblicos que precisamente se contraponen a los delitos públicos que en términos del citado artículo 648.2 del CC dan lugar al procedimiento de oficio.

No obstante, puede entenderse que se refiere a procedimientos que puedan dar lugar a acusación pública, entre los que podrían subsumirse los procedimientos que tienen por objeto perseguir delitos semipúblicos, en los que, una vez removido el obstáculo de su procedibilidad, el representante público puede formular acusación, aunque el denunciante o querellante se aparte. Sin embargo, partiendo del carácter tasado de las causas de ingratitud y de su necesaria interpretación restrictiva, y a la vista de la redacción del precepto mencionado, la conjunción disyuntiva que recoge el Código Civil en el artículo 648.2 tiene, en este caso, una significación equivalente, aludiendo ambas expresiones al mismo concepto de procedimientos que dan lugar a procedimientos incoados de oficio en que se fórmula acusación pública y por tanto se refiere a aquellos que tienden a perseguir los delitos públicos, de modo que quedan excluidos los procedimientos que tienen por objeto la persecución de delitos semipúblicos, por lo que, en definitiva, una denuncia inicialmente formulada no tiene encaje en el supuesto de caso contemplado.

La STS de 13 de mayo de 2010 (rec. de casación núm. 1205/1997), más arriba mencionada, expone que

al dilucidar sobre la concurrencia de imputación de delito denunciado por una hija a su padre que dio lugar a la incoación de proceso penal y a la formulación de escrito de acusación por parte de la denunciante, cuyas actuaciones fueron declaradas nulas por concurrir en esta la falta de legitimación derivada del artículo 103.2 LECrim., declara el Alto Tribunal que «debe considerarse que la expresión "imputare" significa solo persecución judicial por medio de una acción de la que sea titular la persona donataria y, como en este caso, la hija donataria no podía ejercer la acción penal contra la donante, mal le podía imputar un delito, por carecer de legitimidad para hacerlo», lo que extrapolado al presente caso evidencia que no pudiendo el padre ejercitar la acción penal contra sus hijos donantes, ha de entenderse que tampoco puede entenderse que se produjera imputación de delito alguno por carecer de legitimación para ello. Por tanto, siendo esta la conclusión plasmada en la sentencia apelada no puede sino ser también confirmada en este extremo.

En efecto, en primer lugar, la sentencia 747/2012, de 18 de diciembre (Norma CEF NCJ057889), rechazó que hubiera quedado acreditada tanto la concurrencia de la causa de revocación por ingratitud del artículo 648.1.º del CC (la denuncia de la donante fue falsa), como la del artículo 648.3.º del CC (no hubo denegación de alimentos). En segundo lugar, la sentencia 422/2015, de 20 de julio (Norma CEF NCJ060411), en un caso en el que hubo por parte de la donataria «una bofetada al padre», e «insultos e injurias graves a la madre», admite la revocación de la donación hecha a la hija mediante una interpretación flexible del artículo 648.1.º del CC (que permite al donante revocar una donación por causa de ingratitud «si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante»); pero esta sentencia 422/2015 no deja de mencionar, para apreciar causa de revocación por ingratitud, la exigencia de que la «conducta socialmente reprobable reviste o proyecta caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante». Ello presupone, en

definitiva, que si bien el juez civil puede apreciar la causa de revocación del art. 648.1.º del CC sin que haya previa condena penal, no es libre para identificar como causa de revocación de la donación cualquier ingratitud ni cualquier comportamiento ofensivo para el donante.

En el presente litigio, se invoca como causa de revocación de las donaciones la recogida en el artículo 648.2.º del CC, que permite al donante revocar una donación por causa de ingratitud en el caso de que «el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad».

Es decir, el legislador permite al donante revocar una donación cuando el donatario le imputa un delito perseguible de oficio porque, cuando nos encontramos ante «delitos, cuya persecución debe instaurarse por el ministerio público, no está bien al donatario perseguir, sino más bien compadecer a su bienhechor»; y, aun en ese caso, la imputación de un delito al donatario no es causa de revocación por ingratitud si el delito se ha cometido contra el propio donatario porque, el derecho de vindicarse a sí mismo, o a las personas, cuya defensa le está encomendada por la ley, es anterior y preferente a todo otro derecho.

#### 4. Solución

Siguiendo la doctrina jurisprudencial en el caso propuesto, la causa de revocación de las donaciones es la recogida en el artículo 648.2.º del CC: permite al donante revocar una donación por causa de ingratitud en el caso de que «el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad».

El legislador permite al donante revocar una donación cuando el donatario le imputa un delito perseguible de oficio, porque «delitos, cuya persecución debe instaurarse por el ministerio público, y puede serlo por acción popular, no está bien al donatario perseguir, sino más bien compadecer a su bienhechor»; y, aun en ese caso, la imputación de un delito al donatario no es causa de revocación por ingratitud si el delito se ha cometido contra el propio donatario porque, como decía el mismo García Goyena «el derecho de vindicarse a sí mismo, o a las personas, cuya defensa le está encomendada por la ley, es anterior y preferente a todo otro derecho».

En el texto del caso se hace constar que la demandada presentó querrela, es decir, la incoación del procedimiento tuvo lugar por la actuación directa de la demandada, y además tuvo que intervenir en el juicio como testigo. Es decir, la demandada en el procedimiento civil tuvo un papel relevante que en el procedimiento penal, pues el mismo se inició tras el ejercicio de la acción penal mediante querrela, y al margen de otras pruebas ella testificó, teniendo una intervención importante porque su testimonio determinaba que el denunciado había cometido el delito del que era acusado, lo que integraba el supuesto del artículo 648.2.º del CC.

A la vista de los hechos del caso que se propone, no cabe apreciar la causa de revocación prevista en el artículo 648.2.º del CC, de acuerdo con los siguientes motivos:

- a) Los delitos por los que el donatario presentó denuncia contra los donantes requieren la presentación de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal; el Ministerio Fiscal solo puede denunciar cuando la persona agraviada «sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida», para proteger su interés (art. 296.1 CP); únicamente deja de ser precisa la denuncia del agraviado "cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas" (art. 296.1 CP), lo que no se ha planteado en el caso».

La doctrina española ha formulado diversas interpretaciones, así algunos autores entienden que basta la simple imputación y, para otros, es necesaria la denuncia, pero esta tesis olvida que el artículo 261.2 de la LECrim. establece que no están obligados a denunciar «los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive». Finalmente, otra parte de la doctrina considera que la expresión imputare consiste en la persecución judicial efectuada por el donatario al donante y, por ello, lo que genera ingratitud es la persecución del delito, no su simple imputación o denuncia.

La donataria se personó, por lo tanto, en el procedimiento como acusación particular a los efectos de ejercitar la acción penal dimanante del delito; y, en este caso, con una petición de condena más grave que la postulada por el Ministerio Fiscal.

- b) La cuestión relativa a si concurre la excepción a la apreciación de ingratitud constituida por la circunstancia de que el delito imputado «se hubiese cometido contra el mismo donatario»; y si tal expresión normativa exige el pronunciamiento condenatorio del donante para entender operativa la precitada causa de exclusión contemplada en el segundo inciso del artículo 648.2 del CP.

La donataria no ha de consentir que permanezcan impasibles cuando son víctimas o perjudicados por el delito cometido por el donante, o contra las otras personas vinculadas a las que se refiere el artículo 648.2 del CC.

El ordenamiento jurídico no les puede exigir una conducta de tal clase para no reputarlos ingratos, ni obligarles a sufrir pasivamente las consecuencias del delito para no incurrir en causa de revocación de la donación efectuada. El acto gratuito no puede imponer un deber ético de soportar hechos delictivos.

Es legítimo que la donataria actúe en defensa de sus derechos, aun cuando lo haga de forma activa, constituida en parte acusadora en un proceso penal. Por otra parte, aunque la infracción penal se cometiera contra la sociedad mercantil de la que ambos litigantes son socios a partes iguales, con respecto a la totalidad del capital, considerar a la demandada, como perjudicada por el delito, es una conclusión perfectamente racional en la exégesis del artículo 648.2 del CC.

Esta condición de perjudicada por el delito, aun cuando el sujeto pasivo del ilícito criminal sea una sociedad mercantil, en función de la composición del sustrato personal de la entidad, fue reconocida por la sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo 94/2023, de 17 de febrero. La demandada, igualmente en su condición de víctima, estaba legitimada para el ejercicio de la acción penal como acusación particular por el perjuicio patrimonial sufrido (STS 331/2023, de 10 de mayo, Sala 2.<sup>a</sup>). En momento alguno se le negó tal condición en el proceso penal en el que se personó como acusación particular.

- c) El artículo 648.2 CC no exige, expresamente, la condena del donante en el procedimiento criminal para que opere la exclusión de ingratitud. Ahora bien, tampoco puede ampararse en derecho una imputación falaz y sin fundamento de un delito contra el donante por parte de quien ostente la condición de donataria, lo que exige efectuar un juicio prudente de ponderación de las circunstancias que concurren.

En el caso que se propone se abrió un proceso penal y el Ministerio Fiscal, por su parte, ejercitó la acción penal y civil dimanante del delito.

No cabe negar la defensa de los derechos propios de la donataria, bajo la conminación de la pérdida de los bienes donados, como tampoco cabe amparar infundadas atribuciones de hechos delictivos. Del examen de las circunstancias concurrentes no existe causa de revocación, amén de que la revocación de un negocio jurídico, como es la donación, debe ser objeto de interpretación restrictiva. Además, por los delitos objeto de querrela por la donataria, el demandante fue condenado, por lo que concurre el supuesto del artículo 648.2 del CC.

No nos encontramos, por tanto, ante unos delitos denunciados por la donataria contra el donante, que dieron lugar a la incoación de un procedimiento penal contra el donante, que solicita ahora la revocación, y que finalmente se dictó sentencia firme condenatoria, por lo que no existe causa de revocación por ingratitud, porque para que esa conducta puede ser calificada así, debe ofender al donante en su gratitud, al encontrarnos en presencia de una causa tasada y de interpretación restrictiva. Por tanto, se respeta el principio de legalidad, ya que existe una sentencia penal condenatoria contra el donante, por lo que en el caso se desestimaría el recurso de casación interpuesto a la vista del precepto 648.2 del CC, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 644 y 648.
- SSTS, Sala Civil, de 13 de mayo de 2000; 5 de diciembre de 2006; núm. 189/2011, de 30 marzo; 20 de mayo de 2011; núm. 712/2012, de 18 de diciembre; núm. 812/2012, de 9 de enero de 2013; núm. 422/2015, de 20 de julio; y núm. 577/2019, de 5 de noviembre de 2022.

# Composición de un tribunal de selección de personal y licencia de actividad y patrimonio municipal del suelo

**Julio Galán Cáceres**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa*

*Profesor del CEF.- (España)*

[juliogalancaeres@hotmail.com](mailto:juliogalancaeres@hotmail.com) | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

## Enunciado

1. Don XXX se ha presentado a un concurso-oposición, convocado por el ayuntamiento y resuelto por el pleno, para el ingreso en una plaza de técnico general del mismo. A las pruebas selectivas se presentó también don LLL, quien finalmente obtuvo mayor puntuación que don XXX. La resolución definitiva de la prueba se publicó en el BOE y en el BOP en fecha 2 de enero.

Don XXX interpuso recurso de reposición impugnando la resolución con fundamento en que uno de los miembros que componían el tribunal había sido concejal, era amigo íntimo de don LLL y que, además, en la fase de concurso no se le habían computado los servicios prestados interinamente en otro ayuntamiento, incumpléndose así una de las bases de la convocatoria. Con tales argumentaciones, solicitaba la anulación de la resolución con retroacción del procedimiento al momento de constitución del tribunal. Igualmente, solicitaba como indemnización 12.000 euros por los daños morales sufridos.

El ayuntamiento no contestó expresamente al recurso y frente a la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto, interpuso recurso contencioso-administrativo sin valerse ni de abogado ni de procurador, ya que se trataba de cuestión de personal. En el mismo rebajó la pretensión indemnizatoria a 3.000 euros y, además, solicitó, igualmente, que el órgano jurisdiccional cambiara una pregunta del tipo test que entendía que estaba enunciada de forma confusa.

La Administración ignora quiénes serían las partes en ese proceso contencioso-administrativo.

La sentencia dictada en vía contencioso-administrativa no se pronunció sobre algunas alegaciones y pretensiones indicadas por la parte demandante, por lo que el recurrente se plantea interponer recurso contra la misma.

En otro orden de cuestiones:

- a) Se ha presentado en el Registro Electrónico del Ayuntamiento la solicitud de una persona discapacitada total para la apertura de una licencia de cafetería. El alcalde solicita a la secretaria-interventora que le informe sobre cómo actuar al respecto.

- b) Los concejales de la oposición solicitan a la secretaría informes de todo tipo y certificados y el alcalde pregunta a la secretaria-interventora en qué casos es obligatoria su emisión.
- c) Una empresa sociedad anónima ha solicitado al ayuntamiento la cesión de un terreno que forma parte del patrimonio municipal del suelo para la construcción y explotación de un centro de negocios que crearía bastante empleo y sería muy rentable, económicamente, para el municipio. El alcalde solicita a la secretaria-interventora que le informe sobre la viabilidad de la cesión y la duración, así como si sería posible constituir otro derecho real sobre dicho suelo con esa misma duración.

**2.** En una calle de la localidad existe una zanja de desagüe con su alcantarilla que, desde hace tiempo, cada vez que llueve con cierta intensidad se desplaza, quedando abierta y por la que el agua sale en cantidades importantes. Esta circunstancia había sido objeto de quejas escritas y orales, desde hacía más de un año, por parte de los vecinos más próximos a la misma porque el agua abnegaba tanto los locales de negocios como las viviendas situadas en la parte baja del inmueble, causando importantes daños materiales, advirtiendo que el día que lloviera con más intensidad se corría el riesgo de que se produjeran daños más graves, al menos, materiales, sin descartar los personales y solicitando que se adoptaran las obras y reformas pertinentes en el alcantarillado para prevenir esas circunstancias.

Cierto día del mes de julio, sobre las 9:00 horas, como consecuencia de una tormenta, volvió a llover en intensidad parecida a otras veces, pero dado el abandono de la infraestructura, en esta ocasión el agua desbordada invadió 3 locales comerciales y 3 viviendas construidas a ras del suelo, causando daños bastantes cuantiosos que exigían la realización de obras y el cambio de mobiliario y enseres que habían quedado inservibles.

Evacuada esa misma tarde el agua, el alcalde ordena realizar las obras necesarias en las viviendas y locales de negocios mediante la tramitación de emergencia, encargando a una empresa del ramo, sociedad de responsabilidad limitada, el inicio inmediato de las obras en las viviendas y locales de negocios y en el alcantarillado de esa zona de la localidad a fin de eludir similares situaciones en caso de nuevas lluvias. En el mismo acuerdo resuelve que, en aplicación del artículo 120.1, se afronten, de forma inmediata y con carácter preventivo, obras en pisos superiores para evitar que en futuras ocasiones puedan llegar a ser afectados por inundaciones.

Cuestiones planteadas:

### HECHOS 1

1. Comente si existe algún tipo de invalidez en los hechos que se narran en el primer párrafo.
2. ¿Es ajustado a derecho que haya recurrido a la vía contencioso-administrativa sin valerse de abogado ni de procurador? Si no lo fuese, ¿qué se debería hacer?

3. ¿Resulta procedente impugnar la irregular composición del tribunal calificador?
4. Indique quiénes serían las partes en ese proceso contencioso-administrativo y en qué condición actuarán. En caso de que hubiera más de un demandado, ¿qué debería hacer la Administración?
5. ¿Qué contenido deberá tener la sentencia en el recurso contencioso-administrativo planteado en cuanto al fondo, teniendo en cuenta el «suplico» de la demanda, respecto a si se estimarán las pretensiones del recurrente? Indique los fundamentos jurídicos.
6. ¿Qué efectos jurídicos tiene el hecho de que la sentencia, en su caso, no haya contestado todas las alegaciones y pretensiones contenidas en la demanda de don XXX?
7. ¿Qué recurso puede interponer el demandante si se produce el supuesto de que el órgano jurisdiccional no resuelve respecto a todas las pretensiones deducidas en la demanda y cuál será el motivo alegado?
8. ¿Qué deberá informar la secretaria-interventora al alcalde sobre que un incapacitado total puede ser titular de licencia para una cafetería?
9. Los concejales de la oposición solicitan a la secretaria informes de todo tipo y certificados. ¿En qué casos es obligatoria su emisión?
10. ¿Podría cederse de forma gratuita, por un plazo de 50 años, un terreno del patrimonio municipal del suelo para la construcción de un centro de negocios?

## HECHOS 2

1. ¿Era competencia del alcalde declarar la tramitación de urgencia para las obras?
2. Enumere los extremos que, en su opinión, debe hacerse constar en el acuerdo del órgano de contratación a que se refiere el artículo 120.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP).
3. ¿Fue ajustado a derecho que, en este caso, se acordara la tramitación de emergencia?
4. ¿Se pueden dictar, de forma sucesiva, actos que resulten complementarios a dicho efecto? Si es así, ¿con qué condición o requisito?
5. ¿Desde cuándo se computará el plazo en el que, como máximo, debe iniciarse la ejecución de las prestaciones necesarias para remediar el acontecimiento producido y considerar cumplido el requisito temporal que prevé el artículo 120.1 c) de la LCSP?
6. ¿Resulta ajustado a derecho que acuerde, igualmente, que se realicen, de forma inmediata y con carácter preventivo, obras en pisos superiores para evitar que en futuras ocasiones puedan llegar a ser afectados por inundaciones?

## Solución

### HECHOS 1

1. Comente si existe algún tipo de invalidez en los hechos que se narran en el primer párrafo

a) Competencia para dictar la resolución resolutoria del concurso-oposición

El artículo 21 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL), considera competencia del/de la alcalde/alcaldesa:

g) Aprobar la oferta de empleo público de acuerdo con el presupuesto y la plantilla aprobados por el pleno, aprobar las bases de las pruebas para la selección del personal y para los concursos de provisión de puestos de trabajo y distribuir las retribuciones complementarias que no sean fijas y periódicas; h) Desempeñar la jefatura superior de todo el personal y acordar su nombramiento y sanciones, incluida la separación del servicio de los funcionarios de la corporación y el despido del personal laboral, dando cuenta al pleno, en estos dos últimos casos, en la primera sesión que celebre. Esta atribución se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 99.1 y 3 de esta ley.

Por lo tanto, la competencia para resolver el concurso-oposición correspondía al alcalde y no al pleno, constituyendo esta invasión de competencia un vicio de nulidad del artículo 47.1 b) al tratarse de un acto dictado por órgano manifiestamente incompetente. Ahora bien, no viene de más comentar que, en algunas ocasiones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido que si el alcalde emitió el voto en el mismo sentido que lo hizo la mayoría del pleno, el acto será válido.

b) Ajuste a derecho de la composición del tribunal

En relación con la composición del tribunal del concurso oposición, el artículo 60 del Estatuto Básico de la Función Pública aprobado por Real Decreto-ley 5/2015 señala que

1. Los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre.
2. El personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección.

Por tanto, el tribunal estaba indebidamente formado porque el concejal no debió tomar parte, en ningún caso, del mismo, por lo que, en principio, concurre el vicio de nulidad contemplado en el artículo 47.1 e) al haberse vulnerado las reglas esenciales de formación de

voluntad del órgano colegiado. Pero también es de indicar, como en el caso anterior, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido que si el voto del concejal en la resolución de la cuestión no tuvo incidencia alguna y el resultado hubiere sido el mismo, el acto sería válido.

c) Ajuste a derecho del procedimiento de selección utilizado

Respecto al procedimiento seguido para el ingreso a través de concurso-oposición, el artículo 61.6 del Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), señala que los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición, que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación.

Por su parte, el artículo 61.2 de Real Decreto 364/1995, por el que se aprueba el reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración general del Estado, señala que el ingreso del personal funcionario se llevará a cabo a través de los sistemas de oposición, concurso-oposición o concurso libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. La oposición será el sistema ordinario de ingreso, salvo cuando, por la naturaleza de las funciones a desempeñar, sea más adecuada la utilización del concurso-oposición y, excepcionalmente, del concurso.

De manera que, al no seguir el sistema ordinario, la oposición debería tener de base legal haber utilizado otro sistema, como es el de concurso-oposición. De no existir esa base legal y razones para ello, estaríamos en presencia de otro vicio de nulidad del artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC), consistente en prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

2. ¿Es ajustado a derecho que haya recurrido a la vía contencioso-administrativa sin valerse de abogado ni de procurador? Si no lo fuese, ¿qué se debería hacer?

No es ajustado a derecho porque el artículo 23.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), señala que podrán «no obstante, comparecer por sí mismos los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se refieran a cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles».

Por lo tanto, observamos que se exige la condición de funcionario público. Es evidente que don XXX era un aspirante que todavía no tenía la condición de funcionario público y añadimos que, aunque formalmente la tuviera (imaginemos que lo que recurre es haber quedado por debajo del otro aspirante en el supuesto si hubieran existido dos plazas para cubrir –lo que discute en este caso–), es un acto basado en la infracción del procedimiento seguido para obtener dicha condición de funcionario, nada relativo a la defensa de sus derechos estatutarios.

Ante esta situación, el artículo 45 de la LJCA dispone:

1. El recurso contencioso-administrativo se iniciará por un escrito reducido a citar la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso, salvo cuando esta ley disponga otra cosa.

2. A este escrito se acompañará: a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo juzgado o tribunal, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión a los autos.

[...]

3. El secretario judicial –o el letrado de la Administración de justicia– examinará de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. Si estima que es válida, admitirá a trámite el recurso. Si con el escrito de interposición no se acompañan los documentos expresados en el apartado anterior o los presentados son incompletos y, en general, siempre que el secretario judicial (letrado de la administración de justicia) estime que no concurren los requisitos exigidos por esta ley para la validez de la comparecencia, requerirá inmediatamente la subsanación de los mismos, señalando un plazo de 10 días para que el recurrente pueda llevarla a efecto y si no lo hiciera, el juez o tribunal se pronunciará sobre el archivo de las actuaciones.

### 3. ¿Resulta procedente impugnar la irregular composición del tribunal calificador?

Nada impide que el interesado pueda impugnar, junto con el acto definitivo, cuantas irregulares haya observado a lo largo del procedimiento selectivo. Sin embargo, lo que hubiera procedido en este caso es que, con anterioridad a que finalizara el procedimiento administrativo, hubiere planteado la oportuna recusación (hay que recordar que la composición del tribunal se publica en los diarios oficiales), siempre y cuando acreditara la concurrencia de la causa que alega –amistad íntima–, conforme a los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), puesto que tuvo la oportunidad de hacerlo, conociendo la existencia de la presunta causa de resolución; al no hacerlo así, el acto se convirtió en consentido, por lo que se impedía que pudiera hacer valer esta circunstancia en un recurso posterior cuando no la hizo valer en la tramitación del procedimiento que era su momento. Cuestión distinta será si tuvo conocimiento de la amistad íntima, con posterioridad a dictarse la resolución del procedimiento y, antes de transcurrir el plazo para recurrir, en cuyo caso, acreditando esta circunstancia en este sentido, nada impediría que pudiera utilizar esto como argumento del o de los recursos planteados. De cualquier forma, señala la LRJSP que los actos dictados por aquellos en quienes concurra causa de abstención por recusación, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que incurran, no suponen por sí mismos la invalidez de aquellos.

En conclusión:

- Debería haberlo alegado en la tramitación del procedimiento (salvo que no hubiera tenido conocimiento de la causa posteriormente a la resolución). Este incidente puede promoverse en cualquier momento de la tramitación del procedimiento y, además, provocaría la suspensión del mismo.
- Tendría que demostrar que, de existir el vínculo de la amistad íntima, es esta circunstancia la que ha llevado al órgano resolutorio a tomar la decisión que tomó, siendo esencial del criterio, voto u opinión del resto de los miembros del tribunal.

4. Indique quiénes serían las partes en ese proceso contencioso-administrativo y en qué condición actuarán. En caso de que hubiera más de un demandado, ¿qué debería hacer la Administración?

En el proceso contencioso-administrativo actuarían:

- La parte demandante, que será don XXX, destinatario del acto administrativo que se impugna.
- Como parte demandada: la Administración autora del acto, a tenor del artículo 21.1 a) de la LJCA.
- Como parte demandada, asimismo (codemandado), don LLL, que puede verse afectado por la sentencia que dicte el tribunal al amparo del artículo 21.1 b) de la citada ley.
- Como partes demandadas, igualmente, al amparo de idéntico precepto y supuesto que el anterior, el resto de los aspirantes que hubieren intervenido en el procedimiento de concurso-oposición, puesto que en la pretensión que ejercita don XXX se contiene que se anule toda la resolución y se retrotraiga el procedimiento al momento en que debió constituirse el tribunal, luego también pudieran verse afectados por la resolución.

Como en este caso existe una pluralidad de demandados que se pueden ver afectados por la resolución del recurso (art. 21 LJCA), el artículo 49 del mismo texto legal dispone que

la resolución por la que se acuerde remitir el expediente se notificará en los 5 días siguientes a su adopción a cuantos aparezcan como interesados en él, emplazándoles para que puedan personarse como demandados en el plazo de 9 días.

Hay que señalar que la comparecencia es voluntaria, pero tienen el derecho a ser emplazados y tenidos por codemandados a fin de que puedan alegar cuanto pueda convenirle a sus derechos e intereses legítimos.

5. ¿Qué contenido deberá tener la sentencia en el recurso contencioso-administrativo planteado en cuanto al fondo, teniendo en cuenta el «suplico» de la demanda, respecto a si se estimarán las pretensiones del recurrente? Indique los fundamentos jurídicos

Ha incurrido en un doble error al plantear en el «suplico» de la demanda estas cuestiones:

- a) Respecto a la indemnización solicitada, variando la cantidad respecto a lo pedido en el recurso de reposición. Esto se contradice con el principio de preclusión o de los recursos administrativos. Según este principio, el demandante ha de reproducir en su demanda las pretensiones deducidas en vía administrativa, puesto que la función revisora de los órganos jurisdiccionales respecto de la actividad de la Administración sometida a enjuiciamiento impide que aquellos resuelvan cuestiones no resueltas en vía administrativa.
- b) Por otra parte, debemos señalar que en absoluto concurrirían los requisitos exigidos para estimar la pretensión de indemnización planteada en concepto de responsabilidad patrimonial. En primer lugar, porque ya hemos dicho que carece de razón respecto a la pretensión de que se retrotraigan las actuaciones para el nombramiento de un nuevo tribunal debido a la presunta amistad de uno de los miembros con el aspirante que consiguió la plaza, puesto que fue culpa suya no plantear en su momento la recusación de dicho miembro del tribunal, con la salvedad de que no hubiere tenido conocimiento de la causa de recusación hasta después de dictarse la resolución y antes de transcurrir el plazo para interponer el recurso.
- c) Por otra parte, ningún daño moral se produce cuando no se tiene razón, como acabamos de señalar, en el fondo de la cuestión y, por otra parte, aun teniendo razón, podrá reclamar indemnización en los conceptos retributivos que hubiere perdido si hubiera debido ser seleccionado él, pero estos son daños patrimoniales o económicos, en ningún caso puede estimarse que se ha producido la aflicción precisa para que proceda indemnización por daños morales.
- d) No concurren los requisitos exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, especialmente el daño individualizado y evaluable económicamente, como exige el artículo 32.2 de la LRJSP, amén del resto de requisitos.
- e) El recurso de reposición ha solicitado una cuestión nueva no planteada previamente, cual es que se redacte una pregunta del test. Es evidente que la actuación del órgano jurisdiccional, en este caso, tiene una función revisora por excelencia, por lo que no debe reformarse, alterarse ni adicionarse a la pretensión peticionada que no se discutieran en vía administrativa y que ni siquiera se formularon en ella. De esta forma, el previo pronunciamiento administrativo de la cuestión actúa como antesala de su posterior enjuiciamiento jurisdiccional. Lo que sí es posible es que el demandante alteró los fundamentos jurídicos aducidos ante la Administración, de tal suerte que el escrito de demanda, dejando intacta la cuestión

suscitada, pueda albergar razones y fundamentos diversos a los expuestos en el expediente administrativo, con base en los cuales puede obtener la invalidez de los actos o disposiciones recurridos. Por eso, resulta fundamental delimitar el contenido de la resolución que se impugna, así como el objeto del recurso que ha de ser revertido, objeto que no es el acto administrativo que se impugna, sino las pretensiones que se deduzcan en relación con él (art. 1.1 LJCA).

A tenor del artículo 71.2 de la LJCA, el órgano jurisdiccional revisará la actuación de la Administración, pero sin sustituir la discrecionalidad de la Administración por la discrecionalidad del juez.

6. ¿Qué efectos jurídicos tiene el hecho de que la sentencia, en su caso, no haya contestado todas las alegaciones y pretensiones contenidas en la demanda de don XXX?

Establece el artículo 33 de la LJCA que «los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición». Es el llamado «principio de congruencia procesal».

Si la sentencia hubiera omitido contestar alguna de las alegaciones o pretensiones formuladas por la demandante, debemos distinguir lo siguiente: con respecto a las alegaciones aducidas por las partes para argumentar sus pretensiones, no es necesaria la respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas; respecto de las pretensiones, la exigencia de la congruencia de la sentencia se muestra con todo rigor. Dicho de otro modo: la sentencia no tiene por qué contestar «una por una».

Las alegaciones en que se fundamente la demanda o el recurso que resuelvan, sin que la omisión de la contestación suponga vicio alguno de la sentencia, pues entre los requisitos para que pueda entenderse viciada una sentencia por haber omitido algún pronunciamiento que le es debido se encuentra el que lo omitido se refiera a «pretensiones» y no dé meros argumentos o alegaciones que apoyen la pretensión.

Por tanto, la conexión debe producirse entre las pretensiones y el fallo de la sentencia; y las pretensiones se explicitan en el suplico de los escritos fundamentales (escrito de interposición del recurso y suplico de la demanda) y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos, no exigiéndose que la mencionada relación responda una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible.

Ahora bien, cuestión distinta es cuando la sentencia no contesta alguna de las pretensiones del demandante. En este caso se produciría una incongruencia omisiva entre el fallo de la sentencia y el suplico de la demanda, por eso habrá que estar a lo pedido de forma específica y si se deja de resolver alguna de las pretensiones solicitadas por las partes, existe la referida incongruencia omisiva siempre cuando el silencio judicial no puede razo-

nablemente interpretarse como desestimación tácita, por lo que el fallo ha de adecuarse a las pretensiones y planteamientos de las partes de conformidad con la regla de que el juez debe juzgar conforme a lo alegado y probado por las partes.

7. ¿Qué recurso puede interponer el demandante si se produce el supuesto de que el órgano jurisdiccional no resuelve respecto a todas las pretensiones deducidas en la demanda y cuál será el motivo alegado?

El artículo 81.1 a) de la LJCA no admite recurso de apelación cuando la cuantía no exceda de los 30.000 euros y el artículo 81.2 e) establece que siempre cabrá recurso de apelación sobre «las –sentencias– que, con independencia de la cuantía del procedimiento, sean susceptibles de extensión de efectos».

En este sentido, el artículo 110.1 de la LJCA señala que

En materia [...] de personal al servicio de la Administración pública [...], los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurren las siguientes circunstancias [...].

Pero, como ya hemos indicado, este procedimiento no puede ser considerado materia de personal porque se trata de un proceso selectivo, sin más, y el recurrente no era funcionario público todavía.

El artículo 42 de la LJAC señala

1. Para fijar el valor económico de la pretensión se tendrán en cuenta las normas de la legislación procesal civil, con las especialidades siguientes:

a) Cuando el demandante solicite solamente la anulación del acto, se atenderá al contenido económico del mismo, para lo cual se tendrá en cuenta el débito principal, pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad, salvo que cualquiera de estos fuera de importe superior a aquel.

b) Cuando el demandante solicite, además de la anulación, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o cuando solicite el cumplimiento de una obligación administrativa, la cuantía vendrá determinada:

Primero. Por el valor económico total del objeto de la reclamación si la Administración pública hubiere denegado totalmente, en vía administrativa, las pretensiones del demandante.

[...]

Se reputarán de cuantía indeterminada los recursos dirigidos a impugnar directamente las disposiciones generales, incluidos los instrumentos normativos de pla-

neamiento urbanístico, los que se refieran a los funcionarios públicos cuando no versen sobre derechos o sanciones susceptibles de valoración económica, así como aquellos en los que junto a pretensiones evaluables económicamente se acumulen otras no susceptibles de tal valoración.

[...].

Es cierto que aquí se especifica una cuantía en concepto de indemnización (3.000 €), que es en lo que ha valorado el perjuicio económico, pero también es cierto que plantea la anulación de la resolución del tribunal del concurso-oposición, por lo que sería aplicable el apartado b) antes visto.

De todo ello se deduce que no parece que quepa el recurso de apelación contra la sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo, que es el que debió dictar sentencia (art. 8 LJCA).

Respecto a la posibilidad de recurso de casación, el artículo 86 dispone que cabrá recurso de casación contra

1. Las sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo y las dictadas en única instancia o en apelación por la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

En el caso de las sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo, únicamente serán susceptibles de recurso las sentencias que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos.

En nuestro caso, no parece, en principio, que fuera la sentencia gravemente dañosa para los intereses generales ni, a tenor del artículo 110 de la LJCA, era susceptible de extensión de efectos.

8. ¿Qué deberá informar la secretaria-interventora al alcalde sobre que un incapacitado total puede ser titular de licencia para una cafetería?

Como es sabido, las licencias se otorgan, salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero, como actos reglados para los que, a los efectos de la concesión de la licencia de actividad, es irrelevante quién la solicite ante el ayuntamiento. Ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.1 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de servicios de las corporaciones locales.

Ahora bien, realizada la puntualización anterior, la LPAC dice, en su artículo 3, que

Tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad

para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.

Aunque desconocemos el alcance de la resolución judicial que declara la incapacidad total, el artículo 760 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC), dispone que

La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.

Por lo tanto, lo que procede es que se requiera a los tutores legales la presentación de la sentencia por la que declara la incapacidad y, a la vista de la misma, resolver sobre la titularidad de la licencia para cafetería.

9. Los concejales de la oposición solicitan a la secretaría informes de todo tipo y certificados. ¿En qué casos es obligatoria su emisión?

La cuestión que nos ocupa se refiere a la solicitud por parte de miembros de la corporación (en este caso de la oposición) de dos tipos de documentos que se inscriben directamente en las atribuciones propias de los secretarios de la Administración local; cuales son la función de asesoramiento legal preceptivo a la que se refiere el real decreto, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional y la de fe pública (art. 2).

El régimen legal para el desempeño de tales funciones cuando los miembros de las corporaciones locales (sean o no sean del equipo de gobierno o de la oposición) solicitan directamente del secretario, tanto todo tipo de informes como de certificaciones, se contiene en lo establecido en el artículo 54 del Real Decreto legislativo 781/1986 (Texto Refundido de Régimen Local), artículos 173 y 204 a 207 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF) y en los antes citados artículos 2 y 3 del Real Decreto 1174/1987.

De la normativa expuesta se concluye que los secretarios de la Administración local no están obligados a informar a petición de cualquier concejal (repetimos que es indiferente que pertenezca al grupo político que sea), nada más que en los casos en que así lo ordene el alcalde o cuando lo solicite un tercio de los concejales con antelación suficiente a la celebración de la sesión del pleno en que hubiere de tratarse el asunto correspondiente o siempre que se trate de asuntos para cuya aprobación se exija una mayoría especial.

Los concejales interesados en el informe deberán dirigirse no al secretario, sino al alcalde, exponiendo las razones por las que se solicita el informe. El alcalde resolverá lo que

estime oportuno, comunicándolo así a los solicitantes y al secretario, en el caso de que se acceda la emisión de informe por parte de este.

No se nos oculta que el cumplimiento de los anteriores requisitos nunca o casi nunca deja satisfechos a los concejales que solicitan informes de secretaría; pero esto es lo que establece la normativa aplicable y así debe hacérselo saber a los miembros de la corporación.

Por lo que se refiere a las certificaciones, solicitadas asimismo por los miembros de la corporación, hemos de advertir que se trata de una función exclusiva de los secretarios. Y hay que tener en cuenta que tanto el artículo 77 de la LRBRL, como el artículo 14.1 del ROF establecen el derecho de los corporativos para obtener del alcalde cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función; dentro de lo que cabe, las certificaciones de acuerdos o documentos que sean necesarios para el ejercicio de la función concejal, en cuanto dichas certificaciones exterioricen por escrito el contenido de los documentos, de forma esta que goza evidentemente de mayor predicamento doctrinal y legal.

El régimen para expedición de certificaciones se contiene en los artículos 204 a 207 del ROF y puede resumirse de la siguiente forma:

- Corresponde su emisión al secretario, salvo precepto expreso que disponga otra cosa.
- Deben referirse a actos, resoluciones y acuerdos de los órganos de gobierno de la entidad local, así como todos los documentos que existan en las distintas dependencias.
- Deberán ser solicitadas por escrito a la alcaldía, que en su caso dictará orden de expedición.
- En la certificación librada por el secretario deberá hacerse constar el visto bueno del alcalde para significar que el secretario que la expide o autoriza está en ejercicio del cargo y que su firma es auténtica.
- Las certificaciones han de ir rubricada al margen por el jefe de la unidad que corresponda y llevarán el sello de la corporación.
- Es conveniente consignar, al cierre de las certificaciones, los datos de quien las solicita y los fines para los que se expide, con lo que se evitan hipotéticos abusos del derecho que no son amparables por la ley (p. ej., el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo), como prevé el artículo 7 del Código Civil.

10. ¿Podría cederse de forma gratuita, por un plazo de 50 años, un terreno del patrimonio público del suelo para la construcción de un centro de negocios?

Si atendemos a la configuración con la que la legislación urbanística española ha concebido a los patrimonios públicos del suelo, debemos señalar que estos componen un

instrumento para la reserva de terrenos en donde localizar determinadas operaciones de especial interés público, contribuyendo a relajar las tensiones del mercado inmobiliario y, en especial, el de vivienda. Así se refleja en la noción que sobre este tipo de suelo regula el artículo 51 del Real Decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, especificando que tiene la finalidad de regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística.

Así, el patrimonio público del suelo es una institución de carácter intervencionista que pretende servir de contrapunto a la tendencia natural del mercado del suelo y con ello facilitar el acceso a la vivienda, a la vez que permitir otros usos de carácter social.

El artículo 52.1 del TRLS señala que

podrán ser destinados también a otros usos de interés social, de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística, solo cuando así lo prevea la legislación en la materia especificando los fines admisibles, que serán urbanísticos, de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural, o de carácter socioeconómico, para atender las necesidades que requiera el carácter integrado de operaciones de regeneración urbana.

Por otro lado, debemos atender a la percepción que el artículo 51.1 del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana hace a este tipo de suelo como un patrimonio separado del resto de los municipales afectados a unos fines determinados. Esta afección no significa que adquiera la condición de dominio público, puesto que carece de las notas características de estos bienes y su destino normal es la enajenación. Es decir, se trata de bienes patrimoniales con un carácter «estanco» que solo deben destinarse a unos determinados y concretos fines, pero cuyo régimen de utilización no dista de cualquier otro tipo de bien patrimonial y, por lo tanto, susceptible de ser cedido con las limitaciones propias de su naturaleza.

Si atendemos a la cuestión planteada, en ella se desprenden varios interrogantes: si el destino de un centro de negocios es compatible con la naturaleza de este tipo de suelo y si es posible hacerlo en régimen de cesión durante un plazo de 50 años.

Sobre la primera cuestión, se entiende por actuaciones que deben ser contempladas en ese concepto de interés social, entre las que se encuentran todas aquellas que sean generadoras de empleo y actividad económica. Ahora bien, para admitir este destino se precisa que estos terrenos no provengan de las cesiones obligatorias y gratuitas de aprovechamiento urbanístico, previstas estas en la legislación básica.

Por lo anterior, no cabe duda de que el establecimiento de un centro de negocios, en sí mismo considerado, supone la creación o mantenimiento de empleo, así como el ejercicio o promoción de una concreta actividad económica, pero entendemos que no cabría ser conforme con el destino del patrimonio público del suelo porque es dudoso que se cumpla lo

exigido en la última frase del citado precepto: «para atender las necesidades que requiera el carácter integrado de operaciones de regeneración urbana». De cualquier forma, habría que examinar la legislación autonómica en materia urbanística para ver qué entiende por esa expresión y qué destinos caben dentro de la misma sobre el patrimonio municipal del suelo.

Con respecto la cesión del bien, si fuera posible, el artículo 109.2 del Reglamento de bienes de las entidades locales señala que

Los bienes inmuebles patrimoniales no podrán cederse gratuitamente sino a entidades o instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, así como a las instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro. De estas cesiones también se dará cuenta a la autoridad competente de la comunidad autónoma.

Por tanto, la cesión a cambio de un precio sería posible.

Respecto a la duración, se establece la de 50 años. Pues bien, ni el Reglamento de bienes de las entidades locales, ni la Ley 33/2003 de patrimonio de las Administraciones públicas establecen duración alguna. Serán las que pacten las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

Otro derecho real, en caso de que pudiera ser conforme al destino del patrimonio público del suelo, de constituir un derecho real de superficie previsto en el artículo 53 del TRLS, que señala:

1. El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas.

También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.

2. Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de esta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de 99 años.

El derecho de superficie solo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado.

3. El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie.

Aquí por el periodo de 50 años y sin que tenga condición alguna el momento de inicio de la construcción.

En cuanto a la utilidad pública de una asociación, hay que tener en cuenta Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, que regula en sus artículos 32 a 38 la declaración de utilidad. El artículo 32 determina que, a iniciativa de las correspondientes asociaciones, podrán ser declaradas de utilidad pública, concretando el precepto los requisitos a cumplir. El procedimiento de declaración de utilidad pública de una asociación se regula en los artículos 37 y siguientes de la ley orgánica antes citada, una vez declarada como tal figurará así en el Registro de Asociaciones, siendo aquí donde deberemos acudir para comprobar tal circunstancia.

## HECHOS 2

### 1. ¿Era competencia del alcalde declarar la tramitación de urgencia para las obras?

Depende del valor estimado del contrato. En este sentido, la disposición adicional segunda de la LCSP señala que

1. Corresponden a los alcaldes y a los presidentes de las entidades locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, los contratos de concesión de obras, los contratos de concesión de servicios y los contratos administrativos especiales, cuando su valor estimado no supere el 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de 6 millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a 4 años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.

2. Corresponden al pleno las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos mencionados en el apartado anterior que celebre la entidad local, cuando por su valor o duración no correspondan al alcalde o presidente de la entidad local, conforme al apartado anterior. Asimismo, corresponde al pleno la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales a los que se refiere el artículo 121 de esta ley.

Lo que ocurre, en el supuesto de tramitación de emergencia, es que según el artículo 120 a):

El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exis-

ta crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley general presupuestaria.

Por tanto, el valor estimado de los contratos se calculará en el expediente de contratación que debe incoar con posterioridad a remediar la situación de emergencia planteada. Por lo que, en principio, y dada la situación de excepcionalidad, puede el alcalde acordar lo que señala el artículo 120 a) antes señalado en el sentido de que

podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente.

Todo ello sin perjuicio de que, con posterioridad, si es competencia del pleno, este asuma la competencia para acordar lo preciso en el expediente de contratación.

2. Enumere los extremos que, en su opinión, debe hacerse constar en el acuerdo del órgano de contratación a que se refiere el artículo 120.1 de la LCSP

Los extremos que necesariamente deben hacerse constar por el órgano de contratación en el acuerdo a que se refiere la letra a) del artículo 120.1 de la LCSP son los siguientes:

- Justificación de la concurrencia de alguno de los supuestos que, taxativamente, establece el artículo 120.1: acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten a la defensa nacional.
- Justificación de la imposibilidad de utilizar otros procedimientos menos restrictivos de la libre concurrencia.
- Objeto del contrato.
- Importe económico.
- Empresa contratista (si se ha podido determinar en el momento de adoptar el acuerdo).

3. ¿Fue ajustado a derecho que, en este caso, se acordara la tramitación de emergencia?

No fue ajustado a derecho, en principio, pues la tramitación de emergencia requiere:

- Que se contrate lo estrictamente necesario para remediar el acontecimiento producido.

- Que la causa de emergencia no sea imputable al órgano de contratación.
- Que el inicio de las prestaciones se lleve a cabo en el plazo máximo de 1 mes desde el acuerdo del órgano de contratación.

En este caso, la causa de la emergencia fue imputable al órgano de contratación ya que tenía conocimiento del defectuoso funcionamiento del alcantarillado en esa zona, al menos desde hacía 1 año, y nada hizo para remediar el problema; había habido quejas de los vecinos sobre el problema y se habían producido ya situaciones similares en otros casos.

Por otra parte, dice el relato de hechos que se había procedido, de forma inmediata, a extraer el agua que inundaba los pisos y los locales de negocios, que era verdaderamente lo urgente a realizar respecto a las obras, mediante la tramitación de un procedimiento de urgencia del artículo 119 de la LCSP o bien acudiendo al procedimiento con negociación, con o sin publicidad, de los artículos 167 y 168 de la LCSP, con lo que podría afrontarse la realización de las obras de forma inmediata, sin necesidad de acudir a este procedimiento excepcional, cuya situación la ha provocado el mismo ayuntamiento que, pese a tener conocimiento de ello, no adoptó las medidas precisas para evitar lo que luego sucedió.

Por otra parte, para remediar esta situación puede acudirse de forma inmediata a otras Administraciones públicas y, sobre todo, a la diputación provincial para que preste la ayuda financiera y material precisa para afrontar la situación en aplicación de las competencias de estas señaladas en el artículo 36 de la LRBRL.

#### 4. ¿Se pueden dictar, de forma sucesiva, actos que resulten complementarios a dicho efecto? Si es así, ¿con qué condición o requisito?

Aun cuando lo normal y deseable en una interpretación rigurosa de la norma es que el acuerdo de la contratación de emergencia sea único y comprensivo de todos los aspectos esenciales descritos, podemos, no obstante, entender que se dicten sucesivos actos que resulten complementarios a dicho efecto, siempre que el tiempo que transcurra entre el que justifica la procedencia de recurrir al procedimiento de emergencia y el que concreta y ordena las actuaciones a ejecutar no cuestione la necesaria inmediatez en la ejecución requerida por el régimen excepcional regulado en el artículo 120 de la LCSP.

#### 5. ¿Desde cuándo se computará el plazo en el que, como máximo, debe iniciarse la ejecución de las prestaciones necesarias para remediar el acontecimiento producido y considerar cumplido el requisito temporal que prevé el artículo 120.1 c) de la LCSP?

El plazo de 1 mes, en el que, como máximo, debe iniciarse la ejecución de las prestaciones necesarias para remediar el acontecimiento producido y considerar cumplido el requisito temporal que prevé el artículo 120.1 c) de la LCSP, deberá computarse a partir de la fecha del

acuerdo en el que el órgano de contratación concrete las actuaciones a ejecutar, su importe y la empresa que deberá llevarlas a cabo, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente.

6. ¿Resulta ajustado a derecho que acuerde, igualmente, que se realicen, de forma inmediata y con carácter preventivo, obras en pisos superiores para evitar que en futuras ocasiones puedan llegar a ser afectados por inundaciones?

Esa parte del acuerdo que decide, igualmente, que se realicen, de forma inmediata y con carácter preventivo, obras en pisos superiores para evitar que en futuras ocasiones puedan llegar a ser afectados por inundaciones no es ajustada a derecho, en principio, pues no concurren las circunstancias a que se refieren el artículo 120 de la LCSP, en concreto; y no se ha producido ningún acontecimiento catastrófico que exija la adopción de la medida inmediata sino que como dice el relato de hecho: se van a hacer las obras de manera preventiva. Para ello, debe acudir a la tramitación ordinaria del expediente de contratación a que se refiere el artículo 116 de la LCSP, siendo admisible la tramitación del expediente de contratación de urgencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 119 de la LCSP, con los efectos que allí se indican.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 7.
- Ley Orgánica 1/2001 (reguladora del derecho de asociación), arts. 32 a 38.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 21 y 36.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 1, 2, 8, 19, 21 33, 42, 45, 49, 71, 86 y 110.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 760.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 3 y 47.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 23 y 24.
- Ley 9/2017 (LCSP), arts. 116, 119, 120, 167, 168 y disp. adic. segunda.
- Real Decreto legislativo 781/1986 (texto refundido del régimen local), arts. 173, 204, 205, 206 y 207.
- Real Decreto legislativo 5/2015 (EBEP), arts. 60 y 61.
- Real Decreto legislativo 7/2015 (texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana), arts. 51, 52 y 53.
- Real Decreto 1372/1986 (Reglamento de bienes de las entidades locales), art. 109.
- Decreto de 17 de junio de 1955 (Reglamento de servicios de las corporaciones locales), art. 12.
- Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 0003/2022.



## CURSOS DE **FORMACIÓN A MEDIDA PARA EMPRESAS**

### ✓ **Nos adaptamos a las necesidades formativas de la empresa**

Escuchamos las necesidades formativas de pequeñas, medianas y grandes empresas para ofrecer una propuesta global a medida, trabajando en estrecha colaboración para que sus planes de formación alcancen la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales. Adaptamos para ello los contenidos según sus necesidades específicas, atentos siempre a los horarios y ubicaciones geográficas que demanden.

### ✓ **Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)**

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente, o incluso desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a lo largo del año.

Nuestros datos  
desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA

+ 14.425

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 68.500

Profesionales formados

+ 342.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

# XXXIV PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS



## Modalidades

El CEF.- Centro de Estudios Financieros convoca, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 34.ª edición para las modalidades de:

- Tributación
- Contabilidad y Sostenibilidad
- Derecho del Trabajo y Seguridad Social

La 30.ª edición para la modalidad de:

- Recursos Humanos

La 21.ª edición para las modalidades de:

- Derecho Civil y Mercantil
- Derecho Constitucional y Administrativo

La 10.ª edición para la modalidad de:

- Educación y Nuevas Tecnologías

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación en las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

## Dotaciones económicas

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés. Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

## Lugar y plazo

Los trabajos se presentarán en la secretaría del CEF.- de Madrid: a la atención de Begoña Cob Montes, paseo del General Martínez Campos, 5. 28010, Madrid.

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección.

El plazo finaliza el día 3 de mayo de 2024, a las 20:00 horas.

## Información sobre las bases

Puede consultar las bases del premio visitando [www.cef.es](http://www.cef.es)