

# CEFLegal

## Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 256 | Mayo 2022

ISSN: 2697-1631

### **Contratación de la innovación**

Antonio Serrano Acitores

### **Imputación de responsabilidad**

Juan Panisello Martínez

### **La poligamia, el islam y los derechos fundamentales**

Nagore Embeita Izaguirre

### **Administración, ciudadanía y digitalización**

Laura Iturrate Aresté

y María Isabel Fuentes Sánchez





# CURSOS

## MAYO/JUNIO 2022

**MODALIDADES: PRESENCIAL Y TELEPRESENCIAL**

### CONTABILIDAD Y FINANZAS

- Análisis de estados financieros
- Contabilidad de instrumentos financieros
- Contabilidad práctica
- Due diligence financiera en la adquisición de empresas
- Excel aplicado a la gestión empresarial y financiera
- Gestión de costes y control del resultado interno
- Inversión inteligente en criptomonedas
- Perfeccionamiento profesional para el controller
- Planificación financiera y control Presupuestario

### LABORAL Y RECURSOS HUMANOS

- Avanzado en gestión de nóminas
- Derecho laboral
- Despidos
- Diseño y gestión de modelos de empresa saludable
- Excel para recursos humanos
- Gestión de nóminas y seguros sociales
- Gestión de políticas retributivas
- Valoración de puestos, registro y auditoría retributiva

### JURÍDICA

- Due diligence legal en la adquisición de empresas

### TRIBUTACIÓN

- Consolidación fiscal
- Experto en el impuesto sobre sociedades
- Gestión fiscal de patrimonios
- Impuesto sobre la renta de no residentes
- IVA: 100 preguntas para conocer el impuesto
- IVA experto (aspectos avanzados y problemáticos)
- La prorrata general, especial y la regularización de los bienes de inversión en el IVA
- Nueva normativa del IVA del comercio electrónico y las ventas por internet
- Suministro inmediato de información (SII) y facturación

### MARKETING Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS

- Analítica web y redes sociales
- Excel para profesionales y directivos
- Gestión de redes sociales en la empresa (community manager)
- Lanza tu propio comercio electrónico desde 0
- Power BI
- Robótica y digitalización para perfiles no tecnológicos
- SEO y SEM: marketing en buscadores

# Revista CEFLegal

Núm. 256 | Mayo 2022

## 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 asesor

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

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Dolores Bardají Gálvez. Profesora titular de Derecho Civil. ESADE

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

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

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

Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero. Profesor titular de Derecho Mercantil. Universidad de Vigo

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

Alicia González Alonso. Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional. UAM y letrada del TC

Sara González Sánchez. Profesora titular de Derecho Mercantil. Universidad CEU Cardenal Herrera Oria

Carlos Gómez Asensio. Profesor de Derecho Mercantil. Universidad de Valencia

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

José Damián Irazo Cerezo. Magistrado del TSJ de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo

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

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

Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas. Catedrático de D. Mercantil. Universidad CEU San Pablo

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

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

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

Linda Navarro Matamoros. Profesora de Derecho Mercantil. Universidad de Murcia

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

Fabio Pascua Mateo. Catedrático acreditado de Derecho Administrativo. UCM

Juan Antonio Xiol Ríos. Magistrado del Tribunal Constitucional

## Edita

Centro de Estudios Financieros

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

# Revista CEFLegal

## Redacción, administración y suscripciones

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

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: [info@cef.es](mailto:info@cef.es)

Suscripción anual (2022) (11 números) 175 € en papel / 90 € en digital

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

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

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

## Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: [revistacef@cef.es](mailto:revistacef@cef.es)

Edición digital: [www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm](http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm)

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:



## Imprime

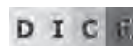
Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

## Indexada en



© 2022 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

*La Editorial a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).*

# Revista CEFLegal

ISSN: 2697-1631  
ISSN-e: 2697-2239

## Sumario

### Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

#### Civil-mercantil

- La contratación de la innovación entre las universidades y las empresas en tiempos de incertidumbre 5-34  
*Innovation contracting between universities and business in times of uncertainty*  
Antonio Serrano Acitores
- Causalidad e imputación de responsabilidad 35-58  
*Causality and imputation of liability*  
Juan Panisello Martínez
- La poligamia, el islam y los derechos fundamentales. Visión bajo el prisma europeo y estatal 59-76  
*Polygamy, islam and fundamental rights. Vision under the European and state prism*  
Nagore Embeita Izaguirre
- Requisitos que exige la homologación judicial de la sentencia extranjera (Comentario a la STS de 14 de marzo de 2022) 77-82  
Casto Páramo de Santiago

#### Constitucional-administrativo

- Los retos tecnológicos de la Administración: oportunidades y riesgos 83-112  
*The technological challenge of public bodies: risks and opportunities*  
Laura Iturrate Aresté y María Isabel Fuentes Sánchez

## Casos prácticos

### Civil

Límites del orden público procesal en la anulación del laudo Adelaida Medrano Aranguren	113-120
Determinación de los apellidos de un recién nacido y la posibilidad del cambio José Ignacio Esquivias Jaramillo	121-127

### Administrativo

Competencias municipales. Derecho de información de los concejales sobre los plenos. Responsabilidad patrimonial. Contratos administrativos y responsabilidad disciplinaria Julio Galán Cáceres	128-150
--	---------

Normas de publicación	151-152
-----------------------	---------

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



# La contratación de la innovación entre las universidades y las empresas en tiempos de incertidumbre

**Antonio Serrano Acitores**

*Abogado, doctor en Derecho y CEO de Spacetechnies*

[antonio.serrano.acitores@aserranoalberca.com](mailto:antonio.serrano.acitores@aserranoalberca.com) | <https://orcid.org/0000-0003-3364-4219>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Antonio Ortí Vallejo, doña Dolores Bardají Gálvez, don Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero, don Carlos Gómez Asensio, doña Sara González Sánchez, doña Pilar Gutiérrez Santiago, don Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas y doña Linda Navarro Matamoros.

## Extracto

Nos encontramos en los primeros días de la cuarta revolución industrial, revolución que se caracteriza por la confluencia simultánea de numerosas tecnologías exponenciales, como el *big data*, la inteligencia artificial o el *blockchain*; tecnologías emergentes, en definitiva, que están cambiándolo todo como nunca antes en la historia de la humanidad.

Por otra parte, vivimos tiempos difíciles, tiempos de incertidumbre, toda vez que la crisis de la covid-19 ha asestado un golpe durísimo a nuestra manera de vivir.

Así las cosas, la innovación debe ser nuestra respuesta frente al cambio, frente a la incertidumbre. Para ello, es importante que las universidades, desplegando su función de transferencia del conocimiento, se relacionen con el tejido productivo –con las empresas– y se articulen relaciones.

**Palabras clave:** contratación de la innovación; artículo 83 de la LOU; creatividad.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

**Cómo citar:** Serrano Acitores, A. (2022). La contratación de la innovación entre las universidades y las empresas en tiempos de incertidumbre. *Revista CEFLegal*, 256, 5-34.





# Innovation contracting between universities and business in times of uncertainty

Antonio Serrano Acitores

## Abstract

We are in the early days of the fourth industrial revolution, a revolution characterised by the simultaneous confluence of numerous exponential technologies, such as big data, artificial intelligence and blockchain; emerging technologies, in short, that are changing everything as never before in the history of humanity.

On the other hand, we are living in difficult times, times of uncertainty as the covid-19 crisis has dealt a severe blow to our way of life.

Innovation must therefore be our response to change, to uncertainty. To this end, it is important that universities, deploying their knowledge transfer function, relate to the productive fabric –to companies– and that contractual relationships are established between the two to promote innovation, research and development.

**Keywords:** innovation contracting; article 83 of LOU; creativity.

**Citation:** Serrano Acitores, A. (2022). La contratación de la innovación entre las universidades y las empresas en tiempos de incertidumbre. *Revista CEFLegal*, 256, 5-34.





## Sumario

1. Incertidumbre y cuarta revolución industrial
  2. La innovación como clave para afrontar la incertidumbre
    - 2.1. ¿Qué es la innovación? Concepto y características
    - 2.2. Tipos
    - 2.3. La difusión de la innovación
  3. La contratación de la innovación entre las universidades y las empresas
    - 3.1. La labor de transferencia de conocimiento de las universidades
    - 3.2. La investigación y la innovación en el contexto de la LCTI
      - 3.2.1. Medidas de impulso
      - 3.2.2. La valorización y transferencia de conocimiento
      - 3.2.3. Los contratos sujetos al derecho privado
    - 3.2. Los contratos de investigación y desarrollo regulados en el artículo 83 de la LOU
      - 3.2.1. Normativa reguladora y naturaleza jurídica
      - 3.3.2. Tipología
      - 3.3.3. Distinción entre las figuras jurídicas de contrato y convenio
  4. Negociación y firma de los contratos de investigación y desarrollo del artículo 83 de la LOU
    - 4.1. Introducción
    - 4.2. Procedimiento habitual de celebración de contratos de investigación y desarrollo del artículo 83 de la LOU
      - 4.2.1. Contacto inicial con la empresa o entidad demandante de los servicios
      - 4.2.2. Solicitud de autorización de compatibilidad para la ejecución de los trabajos
      - 4.2.3. Negociación y firma del contrato
      - 4.2.4. Ejecución y finalización del contrato
  5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



## 1. Incertidumbre y cuarta revolución industrial

«Todo fluye, todo cambia, nada permanece». Esta cita de Heráclito de Éfeso no puede ser más cierta en la actualidad, porque, claramente, todo está cambiando a una velocidad vertiginosa y muchas veces, debido a nuestro día a día, a nuestras rutinas, a nuestras preocupaciones, no nos damos cuenta.

En efecto, la tecnología lo está transformando absolutamente todo. Así:

- a) El *email* ha desbancado al correo postal.
- b) WhatsApp ha destruido el negocio de SMS de las compañías de telefonía.
- c) Netflix ha conseguido que no queden casi videoclubes y que menos gente vaya al cine.
- d) Google ha cambiado la forma de obtener información.
- e) AirBnb está causando grandes dolores de cabeza a los dueños de los hoteles.
- f) Las redes sociales han hecho muchísimo daño a los medios de comunicación.
- g) Facebook mata poco a poco a los portales de contenido.
- h) Twitter condiciona la actividad política.
- i) El currículum vitae está siendo sustituido por LinkedIn.
- j) Instagram está remplazando a las revistas de moda y creando modelos e *influencers*.
- k) Tinder ha cambiado la forma de ligar.
- l) Las empresas de televisión están en riesgo por culpa de YouTube.
- m) Los *smartphones* están acabando con las cámaras de fotografía.
- n) Uber y Cabify han puesto en pie de guerra a los taxistas.

- ñ) BlaBlaCar hace la vida imposible a las compañías de transporte, sobre todo a las de autobuses.
- o) El *car sharing* está perjudicando seriamente la compraventa de vehículos.
- p) Waze es el sustituto perfecto y mejorado del GPS.
- q) Wikipedia ha fagocitado las enciclopedias y diccionarios.
- r) Amazon tiene en jaque a grandes superficies como El Corte Inglés.
- s) El *blockchain* amenaza a los bancos.
- t) El *big data*, la inteligencia artificial y la robótica van a destruir muchos puestos de trabajo, toda vez que todas las tareas susceptibles de ser automatizables se automatizarán.

Y es que la revolución digital ya está aquí y no es opcional, o cambias o te cambian. O te adaptas y te diferencias o eres barato y, por tanto, sustituible. Pero, ¿en qué consiste esta cuarta revolución industrial que está alterando absolutamente todo y que está incrementando sustancialmente los niveles de incertidumbre?

Tenemos que comprender que, efectivamente, nos encontramos en los primeros días de la cuarta revolución industrial, revolución que se caracteriza por la confluencia simultánea de numerosas tecnologías exponenciales como el *big data*, la inteligencia artificial, el *blockchain*, la computación cuántica, el internet de las cosas (*IoT*), la robótica, la realidad virtual, la ciberseguridad y biometría, la nanotecnología, la biotecnología, las impresoras 3D, el *building information modeling* (BIM), los vehículos autónomos y los drones, entre otras.

Mientras que las organizaciones y la sociedad en general se mueven con una velocidad de cambio lineal, todas estas tecnologías evolucionan de manera exponencial, esto es, cada año multiplican su potencia respecto al año anterior. Así, el ritmo exponencial de desarrollo de las tecnologías emergentes está cambiándolo todo como nunca antes en la historia de la humanidad.

Esto se debe, por una parte, a que se están produciendo numerosos avances tecnológicos simultáneamente; y, por otra, al hecho de que muchas de estas tecnologías se construyen unas sobre la base de otras. De este modo, en todas las industrias, las tecnologías de aceleración se están cruzando y están cambiando drásticamente la forma en que vivimos, trabajamos e interactuamos. En definitiva, esta revolución representa una convergencia de capacidad tecnológica, inteligencia y conectividad que gira en torno al nuevo paradigma de la información o los datos como el petróleo del siglo XXI.

En efecto, el paradigma de la información, creado como resultado de la ley de Moore y de otras fuerzas fundamentales que influyen en el mundo digital, están acelerando y haciendo escalar exponencialmente el metabolismo de los productos, las compañías y las industrias.

Ello ha sido posible, entre otras cosas, gracias a las seis des de las que hablaba Peter Diamandis (21 noviembre de 2016), a saber:

1. Digital (*digitized*): todo lo que se puede digitalizar –es decir, que se puede representar con unos y ceros– se convierte en accesible y, por tanto, resulta fácil de compartir y distribuir por ordenador. De este modo, todo lo digital asume el mismo crecimiento exponencial que el de la informática.
2. Distorsionado (*deceptive*): las tendencias exponenciales no se detectan en los primeros días. El crecimiento es engañosamente lento hasta que comienza a ser medido en números enteros.
3. Disruptivo (*disruptive*): las tecnologías digitales superan a los modelos no digitales anteriores tanto en eficacia como en coste, lo que perturba significativamente a los mercados existentes para un producto o servicio.
4. Desmonetizado (*demonetized*): a medida que la tecnología se vuelve más barata, a veces hasta el punto de ser gratuita, el dinero se elimina cada vez más de la ecuación.
5. Desmaterializado (*dematerialized*): la necesidad de productos físicos voluminosos o caros de un solo uso –radio, cámara, GPS, vídeo, teléfonos, mapas, etc.– desaparece a medida que estos productos se incorporan a los *smartphones*.
6. Democratizado (*democratized*): una vez que una cosa o activo es digitalizado, más personas pueden tener acceso a los mismos. De este modo, todo el mundo puede acceder a potentes tecnologías, proporcionando a individuos y entidades la posibilidad de implementar el siguiente gran avance.

Como se ve, la era digital supone mucho más que tener una web y una tienda *online* en diferentes idiomas. Ser nativo digital no consiste en tener un iPad y estar suscrito a una cuenta de Netflix.

Así las cosas, si bien el cambio es una constante universal que siempre ha estado ahí, ahora mismo y como consecuencia de esta revolución, la velocidad con la que el cambio sucede es cada vez mayor y más difícil de gestionar.

En efecto, todos estos cambios están teniendo un impacto natural en la forma en que creamos y gestionamos las empresas, las Administraciones, las universidades y nuestras vidas. No se trata solo de hacer lo que ya hacemos mejor, más rápido o más barato. Por el contrario, es la tecnología en sí misma la que nos está dando la capacidad de construir negocios, Administraciones, universidades y vidas fundamentalmente diferentes.

A ello hay que añadirle que mientras escribo estas líneas vivimos tiempos difíciles, tiempos de incertidumbre. La crisis de la covid-19 ha asestado un golpe durísimo a nuestra manera de vivir. La salud está en riesgo, la economía global ha colapsado y nuestras libertades

se están viendo restringidas como consecuencia de los estados de alerta y emergencia que se están declarando en los diferentes países.

La crisis institucional también es evidente. Las Administraciones públicas hacen lo que pueden, pero no saben cómo afrontar esta problemática con éxito. El miedo está llevando a la sociedad a adoptar comportamientos discriminatorios e incluso racistas. La desglobalización parece haber empezado y las consecuencias económicas pueden llegar a ser desoladoras, similares a las que se dieron después de la Segunda Guerra Mundial. Esta vez, sin embargo, el enemigo es invisible.

En la época de la edición genética, de la inteligencia artificial, del *blockchain*, del *big data*, de la computación cuántica y de otras tecnologías disruptivas nos creíamos dioses. En la época de las tecnologías exponenciales nos creíamos invencibles y casi inmortales y lo que verdaderamente ha resultado exponencial ha sido el aumento de las infecciones. Nuestra vulnerabilidad como seres humanos se ha vuelto a poner de manifiesto.

Nos encontramos ante un nuevo cisne negro, una situación que parecía imposible que sucediera, que ha trastocado nuestra existencia y que hará que nada vuelva a ser igual.

Sin embargo, no debemos afrontar esta situación desde la desesperanza. Al revés, hay que convertirse en líderes y darnos cuenta de que la innovación debe ser nuestra respuesta frente al cambio; nuestra solución frente a la incertidumbre. Innovación que debe ser entendida como una actitud, como una mirada diferente y la voluntad de hacer las cosas cada día un poco mejor (Navarro, 31 de diciembre de 2020).

Y es que el contexto tecnológico y de incertidumbre actual hace la innovación más necesaria que nunca. Las ya mencionadas nuevas tecnologías, como la robótica, la nanotecnología o el *machine learning* fuerzan a todas las industrias a una evolución constante.

Adviértase, además, que la pandemia de la covid-19 ha impulsado a muchas organizaciones a innovar para sobrevivir. Es más, puede afirmarse sin temor a equivocación el efecto multiplicador que ha tenido la crisis sanitaria y económica del coronavirus en la transformación digital de muchas industrias. Ciertamente, como consecuencia de esta pandemia, la digitalización de la economía se ha acelerado aún más: la educación *online*, el teletrabajo, la telesalud y el incremento del comercio electrónico, entre otras cosas, se han incrementado durante los años 2020 y 2021 a niveles que ni nos hubiéramos podido imaginar.

Sea como fuere, y si bien la aguda incertidumbre que rodea a la pandemia eventualmente retrocederá, es probable que continúe la tendencia de décadas de creciente incertidumbre.

En definitiva, para prosperar en un mundo cada vez más incierto, las organizaciones deben ser capaces de innovar rápidamente, no solo ahora, sino después de que esta crisis desaparezca. Aquellos que sean más maduros en materias como la investigación y desarrollo, la innovación y la transformación digital se van a encontrar con grandes ventajas competitivas (Schatsky, 2020).

Por ende, siendo tan importante la innovación para los años venideros, creemos que es importante que las empresas, como entes dinámicos y con capacidad para adaptarse rápidamente a los cambios, se relacionen con el capital intelectual proveniente del mundo universitario y fomenten así la investigación, el desarrollo y la innovación.

Ese y no otro es el propósito de este trabajo: entender cómo se pueden articular contratos de derecho privado entre partes tan variopintas, pero a la vez tan complementarias, como las empresas y las universidades en materia de innovación. De este modo, y tras explicar en qué consiste la innovación, en el mismo abordaremos la contratación de la innovación entre la universidad y la empresa, destacando la función de la primera en materia de transferencia del conocimiento y explicando en detalle la negociación y firma de los contratos de investigación, desarrollo e innovación que celebran las universidades con el tejido empresarial de nuestro país.

## 2. La innovación como clave para afrontar la incertidumbre

### 2.1. ¿Qué es la innovación? Concepto y características

El fundador de Apple, Steve Jobs, afirmaba con rotundidad que «la innovación distingue a los líderes de los seguidores».

En consecuencia, conviene que nos aproximemos a este concepto. Así, etimológicamente, la palabra innovar proviene del latín *innovare*, pudiendo distinguir el prefijo *in-*, en el sentido de «estar en», y el concepto *novus*, es decir, «nuevo». De este modo, en una primera aproximación podríamos definir «innovar» como estar en lo nuevo.

En esta línea, el diccionario de la Real Academia Española define «innovar» en su primera acepción como «mudar o alterar algo, introduciendo novedades».

De igual forma, el mismo diccionario al definir «innovación» incluye dos acepciones que debemos considerar, a saber:

- a) En su primera acepción señala que es la «acción y efecto de innovar».
- b) Y en su segunda acepción, acercando el concepto al tráfico mercantil y empresarial, indica que la innovación es la «creación o modificación de un producto, y su introducción en un mercado».

Siendo válidas las anteriores definiciones, creemos que se quedan un poco escasas para lo que verdaderamente implica la innovación a día de hoy. En efecto, no es una definición completa desde el momento en el que, entre otras cosas, la innovación no tiene por qué limitarse a productos, sino que puede aplicarse a la hora de crear servicios e incluso para modificar o desarrollar nuevos procesos.

En nuestra opinión, para poder definir la innovación tenemos que partir de un estadio previo, a saber, la creatividad. De este modo, aunque son muchos los que confunden los dos términos, lo cierto y verdad es que:

- a) No son lo mismo.
- b) A pesar de no ser lo mismo, sin creatividad no puede existir la innovación.

Sentados los anteriores parámetros, podemos definir la creatividad como el proceso o capacidad para generar una idea.

En este sentido, todos somos capaces de generar ideas, de imaginar y de soñar. Sin embargo, para hablar de innovación tenemos que ir un paso más allá: hay que bajarlas del mundo de las ideas a la realidad; hay que ejecutarlas e implantarlas. En definitiva, la innovación consistiría en la adopción y utilización de una idea, es decir, la innovación es la creatividad puesta en marcha.

Otro error bastante frecuente al tratar de definir a la innovación es la de considerarla como palabra sinónima la tecnología. Es cierto que la confusión puede resultar comprensible, toda vez que el desarrollo de cualquier tecnología implica innovación. Lo que ocurre es que no sucede lo mismo en el sentido contrario, es decir, no toda innovación tiene por qué ser tecnológica, pues, como avanzábamos antes, podemos innovar, por ejemplo, en un procedimiento o en la manera de implementar una determinada tarea sin implicar la aplicación de un desarrollo tecnológico.

En cualquier caso, lo que resulta evidente es que la implementación de una auténtica innovación por parte de una organización en el sentido de incorporar una novedad significativa en su industria va a generarle a la propia organización una clara ventaja competitiva.

Ahora bien, el criterio para calificar una novedad como auténtica innovación no puede ser simplemente que el elemento resulte novedoso para la empresa o el emprendedor que comienza a aplicarlo. En efecto, para poder calificarlo como innovación deberemos evaluar la novedad, por un parte, comparándola con el estado actual de técnica y de la tecnología a nivel de toda la industria o sector; y, por otra parte, analizando las posibilidades reales que facilita ese elemento novedoso para que la organización pueda construir sus ventajas estratégicas en esa industria.

## 2.2. Tipos

Como bien ha señalado el profesor López de Pedro (2020), para entender mejor cómo sucede la innovación en el ámbito de los negocios, solemos utilizar dos criterios: el grado de novedad y el objeto de la innovación.



Así, en primer lugar, el grado de novedad que supone un avance es algo relativo, que suele resultar difícil de evaluar claramente, salvo en casos muy excepcionales. Por este motivo, y para evaluar con una cierta coherencia el grado de novedad que supone un avance, solemos diferenciar entre:

- a) Innovación radical: el avance tecnológico supone una ruptura muy brusca en relación con el nivel tecnológico que ha predominado hasta ahora en la industria.
- b) Innovación incremental: el avance tecnológico supone un salto gradual, pues implica una clara continuidad, respecto a los productos o maneras de actuar que han predominado hasta ahora en la industria.

En segundo lugar, si tomamos como criterio el objeto de la innovación, podemos distinguir entre:

- a) Innovación de producto: la empresa o el emprendedor desarrolla un bien o servicio que resulta nuevo en el mercado.
- b) Innovación de proceso: la empresa realiza alguna de sus actividades de manera muy diferente a la manera como la han venido realizando el resto de empresas de la industria.
- c) Innovación en el modelo de negocio: la novedad consiste en una manera novedosa de realizar todo el conjunto de las actividades o de interpretar el negocio.

Por otra parte, en la actualidad, y como consecuencia de la revolución digital, un tipo de innovación que ha cobrado un gran protagonismo es el de la innovación disruptiva (*disruptive innovation*).

Presentada originalmente por Christensen (1997), esta noción describe aquellos casos en los que una empresa lanza al mercado un nuevo bien o servicio, que resulta mucho más barato y más sencillo de adquirir para los potenciales clientes, y que está asociado a la aplicación, por parte de la empresa, de un nuevo modelo de negocio que implica, para esa empresa y respecto a los modelos de negocio que están aplicando otras empresas en su entorno específico, unas claras ventajas a la hora de generar más valor y reducir los costes.

Aplicando las tipologías anteriores, podríamos caracterizar a las innovaciones disruptivas como innovaciones radicales que tienen la característica de afectar tanto al producto y a los procesos como al modelo de negocio.

Finalmente, también debe tenerse en cuenta otro fenómeno de gran trascendencia en materia de innovación, como es el de la innovación abierta.

En efecto, la *open innovation* o innovación abierta es un término acuñado por el profesor Chesbrough, con el que se propone una nueva estrategia de innovación mediante la cual

las empresas «se abren» para cooperar con profesionales y organizaciones externas para el desarrollo de nuevas soluciones, productos o servicios. Ello supone combinar el conocimiento interno de la empresa con el conocimiento externo (por ejemplo, de universidades, centros de investigación o *startups* disruptivas) para desarrollar e implementar proyectos estratégicos de I+D+i. En definitiva, es un sistema que incorpora la inteligencia colectiva.

Adviértase que históricamente las empresas han ejecutado la innovación internamente y de manera cerrada (*closed innovation*), gestionando únicamente los conocimientos y recursos materiales y humanos de la propia organización. Así, en este modelo los proyectos solo podían desarrollarse en el interior de la compañía y acabar en su propio mercado.

Lo que propone la innovación abierta es enriquecerse con elementos externos, de tal forma que los proyectos pueden generarse tanto dentro como fuera de la organización. Es más, pueden incorporarse tanto al principio como en fases intermedias del proceso de innovación, y pueden alcanzar el mercado a través de la misma compañía o a través de otras empresas (licencia de patentes, transferencia de tecnología, etc.) (Chesbrough, 2006).

## 2.3. La difusión de la innovación

Entendida así la innovación, las preguntas lógicas a formularse son las siguientes: ¿cómo se difunden las nuevas ideas, procesos o productos? ¿Por qué y a qué velocidad se mueven a través de las diferentes culturas, sociedades y canales de comunicación?

Y es que si bien antiguamente la innovación tenía connotaciones claramente negativas, bordeando en ocasiones con la herejía, con la llegada de la Ilustración y el auge de la ciencia y de la industrialización que se inicia en el siglo XIX, la difusión de la innovación se convirtió en una cuestión de gran importancia para muchos autores.

Ello es perfectamente lógico si se tiene en cuenta que se ha convertido en gran objeto de deseo por las organizaciones e incluso por entidades superiores, como los Estados, ya que innovación suele implicar crecimiento económico, desarrollo empresarial y personal y, en definitiva, prosperidad y avance.

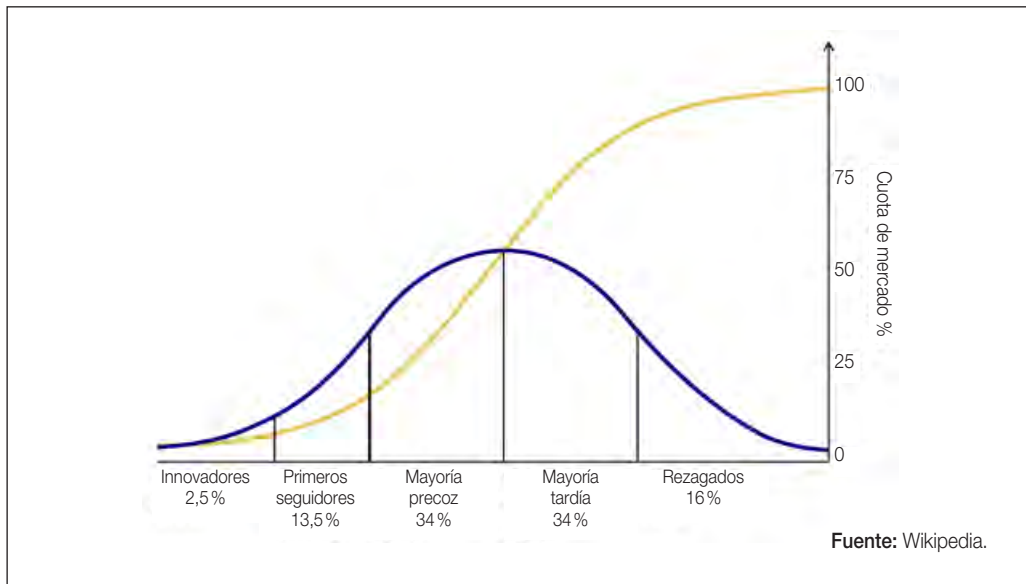
Eso ha generado un especial interés en el hecho de explicar cómo una innovación es comunicada mediante ciertos canales a través del tiempo y entre los miembros de un sistema social, de modo que esa nueva idea llegue a ser aceptada entre los miembros de una particular red social (Morell Ramos, 2019).

Así las cosas, la difusión de la innovación es una teoría sociológica que tiene por objeto explicar cómo, por qué y a qué velocidad se mueven las nuevas ideas (y tecnologías) a través de las diversas culturas (Difusión de innovaciones, 2021).

Los primeros autores en investigar dicha difusión fueron el sociólogo francés Gabriel Tarde y los antropólogos alemanes y austriacos Friedrich Ratzel y Leo Frobenius a finales del siglo XIX (Burrage Dixon, 1928). Su idea aplicada inicialmente a la epidemiología en términos de influencia-interna fue formulada por H. Earl Pemberton (1936) y adquirió especial auge gracias a la publicación por parte de Everett Rogers (1983) en 1962 de su obra titulada *Diffusion of Innovations*.

En definitiva, de lo que se trata es de explicar cómo una innovación es comunicada o difundida a través de determinados canales, a lo largo del tiempo, entre los miembros de una comunidad o sistema social y cómo esta «nueva idea» es aceptada y divulgada entre sus miembros de la red social.

Como bien explica Morell Ramos (2020), la idea central de Rogers es que la difusión de la innovación es un proceso que se produce a través de un sistema social. Como se muestra en la figura siguiente, el sistema tiene cinco segmentos «adoptantes» que se ajustan a una distribución normal. Los segmentos se mueven de izquierda a derecha a lo largo del tiempo en orden de adopción: (1) innovadores, (2) primeros seguidores, (3) mayoría precoz, (4) mayoría tardía y (5) los rezagados.



Los grupos se mueven en esta progresión porque cada grupo tiene atributos que lo hacen más (o menos) abierto a los cambios.

Evidentemente, los innovadores son los más abiertos, mientras que los rezagados son los menos. Con la excepción de los innovadores, cada grupo adopta una innovación obser-

vando experiencias del grupo de referencia adyacente. A medida que se acumulan observaciones y testimonios favorables, la adopción se propaga a través de todo el sistema social.

Dentro de un sistema social, la relación entre los innovadores y los primeros seguidores es diferente de cualquier otra pareja adyacente. Esto se debe a que los innovadores tienden a estar sustancialmente fuera de la corriente principal. Se sienten atraídos por ideas basadas en la curiosidad intelectual y su pasión hacia ellas. De este modo, tienen la paciencia y resistencia para una amplia fase de prueba y error, así como de experimentación.

En consecuencia, los innovadores poseen una afinidad natural con los primeros seguidores ya que estos últimos tienen curiosidad intelectual y paciencia. Sin embargo, a diferencia de los innovadores, los primeros seguidores tienden a tener una influencia significativa en el sistema social. Su motivación no es simplemente estar al día, sino obtener una ventaja competitiva, sobre sus compañeros o para mantener su *statu quo*. En definitiva, los primeros seguidores tienden a ser ambiciosos (Henderson, 2018, p. 395).

De esta forma, con la excepción de los innovadores, la decisión de adoptar una innovación se basa principalmente en las experiencias observadas por el grupo de referencia adyacente. O lo que es lo mismo, la imitación y la copia juegan un papel mucho más importante que el razonamiento analítico o abstracto a la hora de adoptar una innovación.

Finalmente, debe advertirse que aunque en ocasiones determinadas innovaciones tardan en implementarse como consecuencia del peso que puede tener la naturaleza del sistema social, lo cierto y verdad es que una vez que se adopta finalmente, no tiene un carácter temporal ni se convierte en una moda pasajera, sino que suele ser asumida de forma masiva y llega a asentarse mucho más de lo que quizá se espera inicialmente.

En cualquier caso, de lo que no cabe ninguna duda es de que siendo tan importante la innovación y su difusión para lidiar con la incertidumbre, resulta fundamental articular los mecanismos jurídicos que permitan proteger y fomentar los resultados que de la misma se obtengan, fruto de la colaboración entre las empresas y las universidades. A ello dedicaremos las siguientes páginas.

### **3. La contratación de la innovación entre las universidades y las empresas**

#### **3.1. La labor de transferencia de conocimiento de las universidades**

La especial importancia en el desarrollo de la innovación por parte de las Universidades a través de sus funciones de docencia, investigación y transferencia de conocimiento resulta hoy en día a todas luces evidente.

Es más, la función de transferencia de conocimiento ha generado un marco específico de contratación de la innovación a través del artículo 83 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (en adelante, la LOU), que vamos a explicar en los siguientes apartados apoyándonos en gran medida en dos excelentes documentos, que han resultado fundamentales para nuestro estudio, a saber: en primer lugar, la *Guía informativa básica sobre los contratos de prestación de servicios regulados en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Universidades*, elaborado por la Universidad de Jaén (s. f.); y, en segundo lugar, el cuaderno técnico elaborado por la Red OTRI de la CRUE (2010), titulado *La I+D bajo contrato. Aspectos jurídicos y técnicos*.

Así las cosas, las universidades han ido evolucionando a lo largo de la historia adaptándose en cada momento a las necesidades que surgían para la sociedad. De este modo, además de su función originaria de impartir conocimiento a través de la docencia, en el siglo XIX se le incorporó la función de la investigación, añadiéndose la de transferencia del conocimiento a lo largo del siglo XX.

Sin perjuicio de la evidente importancia de las funciones de docencia e investigación, la transferencia de conocimiento cada vez ha ido adquiriendo más relevancia, toda vez que ha permitido a la universidad acercarse al tejido industrial y empresarial de la economía de los países, colaborando con el mismo, generando nuevos conocimientos y transfiriéndolos a la sociedad para hacerla cada día un poco mejor.

Sobre esas premisas, en el año 1983 se aprueba en nuestro país la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de reforma universitaria (en adelante, la LRU), comenzando una nueva época para las universidades españolas.

Así, en el título primero de la LRU, en particular en su artículo 11, se reconoce por primera vez en España en una norma la función de transferencia de las universidades, posibilitando a los investigadores universitarios la realización de trabajos científicos, técnicos o artísticos, así como el desarrollo de cursos de especialización a demanda de entidades externas a la universidad.

Sobre esta base, en el año 1986 se aprueba la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica y, justo a continuación, se da inicio el primer Plan Nacional de I+D (1988-1991), poniéndose en funcionamiento el programa de creación de oficinas de transferencia de resultados de investigación (en adelante, OTRI), consideradas como estructuras de mediación que tienen encomendadas las tareas de dinamización de las relaciones entre el entorno académico y el productivo, para potenciar el aprovechamiento por parte de este último de las capacidades de I+D y los resultados de la actividad investigadora universitaria.

En definitiva, con estos pasos lo que se buscaba era conseguir que la investigación y el conocimiento generado en las universidades llegasen al entorno socioeconómico para enriquecerlo y mejorarlo.

Con posterioridad, y debido a la evolución natural de toda sociedad, así como de la velocidad a la que se han ido generando nuevos conocimientos, procesos y desarrollos tecnológicos, han tenido lugar dos hitos normativos fundamentales que deben ser destacados:

- a) La LRU fue sustituida por la LOU. Así, el artículo 11 de la LRU fue sustituido por el artículo 83 de la LOU con la misma finalidad que su predecesor, es decir, posibilitar y articular la realización, por parte de los profesores universitarios, de trabajos de carácter científico, técnico, artístico o actividades de formación, a demanda de las entidades públicas y privadas.

De este modo, los contratos del artículo 83 se convierten en una herramienta muy útil para implementar la transferencia de conocimiento desde las universidades a la sociedad.

- b) La aprobación de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante, la LCTI), en la que se pone de manifiesto cómo la generación de conocimiento en todos los ámbitos, su difusión y su aplicación para la obtención de un beneficio social o económico son actividades esenciales para el progreso de la sociedad española, cuyo desarrollo ha sido clave para la convergencia económica y social de España en el entorno internacional.

Es más, en esta línea será la propia LCTI la que definirá la naturaleza jurídica y el régimen aplicable a los contratos del artículo 83 de la LOU.

De este modo, en las siguientes páginas abordaremos, en primer lugar, el papel de la investigación y la innovación en el contexto de la LCTI; y, en segundo lugar, centraremos nuestra atención en comprender en qué consiste el contrato de investigación y desarrollo regulado en el artículo 83 de la LOU, así como sus principales características.

## 3.2. La investigación y la innovación en el contexto de la LCTI

### 3.2.1. Medidas de impulso

Tal y como señala en su artículo 1, la LCTI tiene por objeto establecer el marco para el fomento de la investigación científica y técnica y sus instrumentos de coordinación general, con el fin de contribuir a la generación, difusión y transferencia del conocimiento para resolver los problemas esenciales de la sociedad.

De este modo, su objeto fundamental consiste en la promoción de la investigación, el desarrollo experimental y la innovación como elementos sobre los que ha de asentarse el desarrollo económico sostenible y el bienestar social.

Para ello, en su artículo 33 desarrolla una serie de medidas de impulso para la ciencia, la tecnología y la innovación.

Así, en el apartado 1 de dicho artículo 33 indica claramente que los agentes de financiación del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación impulsarán la participación activa de los agentes públicos de ejecución en el desarrollo de la investigación y en la implantación de la innovación para estimular la investigación de calidad y la generación del conocimiento y su transferencia, así como para mejorar la productividad y la competitividad, la sociedad del conocimiento y el bienestar social a partir de la creación de una cultura empresarial de la innovación.

Para ello, se propone el siguiente marco general de medidas:

- a) Medidas para el fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación, como el establecimiento de mecanismos para la colaboración público-privada en proyectos estables de investigación científica, desarrollo e innovación, o el fomento de la generación de nuevas empresas de base tecnológica y científica.
- b) Medidas para fomentar la inversión en actividades de investigación, desarrollo e innovación y estimular la cooperación entre las empresas y entre estas y los organismos de investigación, mediante fórmulas jurídicas de cooperación, tales como las agrupaciones de interés económico y las uniones temporales de empresas en las que los colaboradores comparten inversión, ejecución de proyectos o explotación de los resultados de la investigación.
- c) Medidas para la valorización del conocimiento, que incluirán la potenciación de la actividad de transferencia, desde los agentes públicos de ejecución a través de las oficinas de transferencia de resultados de investigación, y desde los parques científicos y tecnológicos, los centros tecnológicos y otras estructuras dinamizadoras de la innovación, así como el fomento de la cooperación de los agentes públicos de ejecución con el sector privado a través de los instrumentos que establece el ordenamiento jurídico y, en particular, mediante la participación en sociedades mercantiles en los términos previstos en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, con el objeto de favorecer la diversificación empresarial y la transformación de los resultados de la investigación científica y técnica en desarrollo económico y social sostenible. También se impulsarán medidas de transferencia del conocimiento no orientadas a la comercialización o a la explotación mercantilizada, como la creación de espacios públicos comunes.
- d) Medidas para el desarrollo de la transferencia inversa de conocimiento, que incluirán la puesta de manifiesto por los agentes del sector productivo de sus necesidades, con el fin de contribuir a orientar las líneas y objetivos de investigación de los centros de investigación, de cara a alcanzar un mayor impacto socio-económico.
- e) Medidas que impulsen la capacitación e incorporación de recursos humanos especializados en ciencia, tecnología e innovación en el sector empresarial, así como la articulación de un sistema de calidad en ciencia, tecnología e innovación que promueva la innovación entre los agentes económicos.



- f) Medidas para la difusión de los recursos y resultados de la investigación científica, el desarrollo y la innovación para su utilización por todos los agentes del sistema, así como para su protección.
- g) Medidas para el apoyo a la investigación y la innovación, tales como el establecimiento de los programas de información y apoyo a la gestión necesarios para la participación en los programas de la Unión Europea u otros programas internacionales; la creación de infraestructuras y estructuras de apoyo a la investigación y a la innovación; el impulso de los centros tecnológicos, centros de apoyo a la innovación tecnológica, parques científicos y tecnológicos, y cualesquiera otras entidades que desarrollen actividades referidas a la generación, aprovechamiento compartido y divulgación de conocimientos. Para ello se utilizarán instrumentos destinados al fortalecimiento y desarrollo de sus capacidades, a la cooperación entre ellos y con otros organismos de investigación, o la potenciación de sus actividades de transferencia a las empresas; o al apoyo a la investigación de frontera.
- h) Medidas para el apoyo a los investigadores jóvenes.
- i) Medidas para el apoyo a la joven empresa innovadora.
- j) Medidas para la inclusión de la perspectiva de género como categoría transversal en la ciencia, la tecnología y la innovación, y para impulsar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en todos los ámbitos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.
- k) Medidas que refuercen el papel innovador de las Administraciones públicas a través del impulso de la aplicación de tecnologías emergentes.
- l) Medidas para la promoción de unidades de excelencia. La consideración como unidad de excelencia podrá ser acreditada por el Ministerio de Ciencia e Innovación con el objetivo de reconocer y reforzar las unidades de investigación de excelencia, que contribuyen a situar a la investigación en España en una posición de competitividad internacional, tanto en el sector público como en el privado, bajo la forma de centros, institutos, fundaciones, consorcios u otras.
- m) Medidas para el fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación de entornos, productos y servicios y prestaciones dirigidos a la creación de una sociedad inclusiva y accesible a las personas con discapacidad y en situación de dependencia.
- n) Medidas para la promoción de la cultura científica, tecnológica y de innovación.

En cualquier caso, las medidas indicadas se adecuarán a sus fines y se desarrollarán sobre la base del principio de neutralidad, según el cual el ámbito de aplicación de las medidas será general y no cabrá discriminación por razón de la adscripción de los agentes o por su forma jurídica (art. 33.2 LCTI).

### 3.2.2. La valorización y transferencia de conocimiento

Por otra parte, para la LCTI la generación de conocimiento no solo ha de ser puesta en valor, sino que además se debe favorecer su transferencia a la sociedad. De recordárnoslo se encarga su artículo 35 cuando señala, en primer lugar, que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la valorización, la protección y la transferencia del conocimiento con objeto de que los resultados de la investigación sean transferidos a la sociedad. En este mismo contexto se fomentará la transferencia inversa de conocimiento en proyectos liderados por el sector empresarial en colaboración con las entidades de investigación para el desarrollo de objetivos de mercado basados en los resultados de la investigación (art. 35.1 LCTI).

En este sentido, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 35.2 de la LCTI, la valorización, entendida como la puesta en valor del conocimiento obtenido mediante el proceso de investigación, alcanzará a todos los procesos que permitan acercar los resultados de la investigación financiada con fondos públicos a todos los sectores, y tendrá como objetivos:

- a) Detectar los grupos de investigación que realicen desarrollos científicos y tecnológicos con potenciales aplicaciones en los diferentes sectores.
- b) Facilitar una adecuada protección del conocimiento y de los resultados de la investigación, con el fin de facilitar su transferencia.
- c) Establecer mecanismos de transferencia de conocimientos, capacidades y tecnología, con especial interés en la creación y apoyo a empresas de base tecnológica.
- d) Fomentar las relaciones entre centros públicos de investigación, centros tecnológicos y empresas, en especial pequeñas y medianas, con el objeto de facilitar la incorporación de innovaciones tecnológicas, de diseño o de gestión, que impulsen el aumento de la productividad y la competitividad.
- e) Fomentar las relaciones entre centros de investigación, personal de investigación y empresas.
- f) Crear entornos que estimulen la demanda de conocimientos, capacidades y tecnologías generados por las actividades de investigación, desarrollo e innovación.
- g) Estimular la iniciativa pública y privada que intermedie en la transferencia del conocimiento generado por la actividad de investigación, desarrollo e innovación.

Finalmente, en este contexto, el artículo 35.3 de la LCTI reconoce expresamente el importante papel que deben desempeñar los parques científicos y tecnológicos como lugares estratégicos para la transferencia de resultados de investigación a los sectores productivos.

### 3.2.3. Los contratos sujetos al derecho privado

Tras refrendar la importancia de la valorización y transferencia de resultados, el artículo 36 de la LCTI explica la aplicación del derecho privado a los contratos relativos a la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación.

Así, se rigen por el derecho privado aplicable con carácter general, con sujeción al principio de libertad de pactos, y podrán ser adjudicados de forma directa, los siguientes contratos relativos a la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación, suscritos por los organismos públicos de investigación de la Administración General del Estado, las universidades públicas, las fundaciones del sector público estatal y otras entidades dedicadas a la investigación y dependientes de la Administración General del Estado:

- a) Contratos de sociedad suscritos con ocasión de la constitución o participación en sociedades.
- b) Contratos de colaboración para la valorización y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación.
- c) Contratos de prestación de servicios de investigación y asistencia técnica con entidades públicas y privadas, para la realización de trabajos de carácter científico y técnico o para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación.

Es aquí donde, como ahora veremos, debemos encuadrar los contratos de investigación y desarrollo del artículo 83 de la LOU. No obstante, en el caso de que el receptor de los servicios sea una entidad del sector público sujeta a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, la LCSP), esta deberá ajustarse a las prescripciones de la citada ley para la celebración del correspondiente contrato.

## 3.2. Los contratos de investigación y desarrollo regulados en el artículo 83 de la LOU

### 3.2.1. Normativa reguladora y naturaleza jurídica

De lo expuesto hasta el momento, se deduce claramente que los contratos de investigación y desarrollo constituyen uno de los mecanismos (sin duda el más habitual) existentes para facilitar la función de transferencia de las universidades al entorno productivo y potenciar, así, la innovación.

En efecto, a través de este valioso instrumento se posibilita no solo la utilización y el aprovechamiento de las capacidades científicas y técnicas de los investigadores universitarios por parte de la sociedad, sino que también permite la interrelación del mundo universitario con el tejido productivo y empresarial de la economía española generando, sin duda, sinergias y produciéndose un enriquecimiento entre ambas partes.

Así las cosas, el marco jurídico de los contratos de investigación y desarrollo (también identificados en muchos casos como contratos de prestación de servicios) se construye sobre la base de cuatro escalones normativos (Universidad de Jaén, s. f., p. 3):

a) El primer escalón normativo lo encontramos en el artículo 83 de la LOU sobre la colaboración de la universidad con otras entidades o personas físicas, y a cuyo tenor:

1. Los grupos de investigación reconocidos por la Universidad, los Departamentos y los Institutos Universitarios de Investigación, y su profesorado a través de los mismos o de los órganos, centros, fundaciones o estructuras organizativas similares de la Universidad dedicados a la canalización de las iniciativas investigadoras del profesorado y a la transferencia de los resultados de la investigación, podrán celebrar contratos con personas, Universidades o entidades públicas y privadas para la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico, así como para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación.

2. Los Estatutos, en el marco de las normas básicas que dicte el Gobierno, establecerán los procedimientos de autorización de los trabajos y de celebración de los contratos previstos en el apartado anterior, así como los criterios para fijar el destino de los bienes y recursos que con ellos se obtengan.

3. Siempre que una empresa de base tecnológica sea creada o desarrollada a partir de patentes o de resultados generados por proyectos de investigación financiados total o parcialmente con fondos públicos y realizados en Universidades, el profesorado funcionario de los cuerpos docentes universitarios y el contratado con vinculación permanente a la Universidad que fundamente su participación en los mencionados proyectos podrán solicitar la autorización para incorporarse a dicha empresa, mediante una excedencia temporal.

El Gobierno, previo informe de la Conferencia General de Política Universitaria, regulará las condiciones y el procedimiento para la concesión de dicha excedencia que, en todo caso, solo podrá concederse por un límite máximo de cinco años. Durante este periodo, los excedentes tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo y a su cómputo a efectos de antigüedad. Si con anterioridad a la finalización del periodo por el que se hubiera concedido la excedencia el profesor no solicitara el reingreso al servicio activo, será declarado de oficio en situación de excedencia voluntaria por interés particular.

- b) El segundo escalón lo ocupa el Real Decreto 1930/1984, de 10 de octubre, por el que se desarrolla el artículo 45.1 de la LRU, que fija una normativa básica estatal, vinculante y común para todas las universidades, en materia de criterios de concesión de la compatibilidad y límites retributivos del profesorado.
- c) El tercer peldaño normativo lo ocuparía la regulación específica establecida por cada universidad en sus respectivos estatutos.
- d) Finalmente, el último escalón estaría integrado por los acuerdos normativos o de desarrollo estatutario adoptados por cada universidad.

Ahora bien, la normativa anteriormente citada evita pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de este tipo de contratos, limitándose a precisar cuál es su objeto: «La realización de trabajos de carácter científico, técnico y/o artístico así como el desarrollo de actividades específicas de formación».

Es por ello que durante algún tiempo no ha existido unanimidad en la doctrina con respecto a la naturaleza jurídica de estos contratos, existiendo unas posturas a favor de su consideración como contratos privados de la Administración y otras a favor de su consideración como contratos administrativos especiales.

Como ya hemos visto, la LCTI ha venido a despejar las dudas con respecto a la naturaleza jurídica de estos contratos, señalando en su artículo 36 c) que se rigen por el derecho privado aplicable con carácter general, con sujeción al principio de libertad de pactos, y podrán ser adjudicados, de forma directa, los siguientes contratos relativos a la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación, suscritos por los organismos públicos de investigación de la Administración General del Estado, las universidades públicas, las fundaciones del sector público estatal y otras entidades dedicadas a la investigación y dependientes de la Administración General del Estado: «Los contratos de prestación de servicios de investigación y asistencia técnica con entidades públicas y privadas, para la realización de trabajos de carácter científico y técnico o para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación».

Ahora bien, y como también hemos visto, en el caso de que el receptor de los servicios sea una entidad del sector público sujeta a la LCSP, esta deberá ajustarse a las prescripciones de la citada ley para la celebración del correspondiente contrato.

### 3.3.2. Tipología

Encuadrado el contrato en el marco del derecho privado, resulta claro también que el objeto de este tipo de contratos lo constituyen aquellas prestaciones o servicios que las partes se obligan a dar o prestar.

De este modo, y sobre la base del principio de la autonomía privada propio de los negocios jurídicos bilaterales, podrán contratarse cualesquiera prestaciones de servicios o trabajos de carácter científico, técnico o artístico, así como el desarrollo de cursos de especialización, siempre y cuando no sean contrarios a la ley, a la moral o al orden público.

Ello nos lleva a la posibilidad de configurar infinitos contratos. Sin embargo, en la práctica podemos encontrar una serie de tipologías que se van repitiendo constantemente. Así, las tipologías de contratos del artículo 83 de la LOU más comunes, en función de su objeto, son las siguientes (Universidad de Jaén, s. f., pp. 9 y 10):

- a) Contrato para realización de un proyecto de I+D+i: en esta categoría se encuadran los trabajos creativos llevados a cabo de forma sistemática para incrementar el volumen de los conocimientos científico-técnicos y el uso de esos conocimientos para solucionar determinados problemas o derivar nuevas aplicaciones.

El criterio básico para diferenciar la investigación y desarrollo de otras actividades es la existencia de un elemento apreciable de novedad y la resolución de una incertidumbre científica o tecnológica.

De esta manera, la investigación y desarrollo aparecen cuando la solución de un problema no resulta evidente para alguien que está perfectamente al tanto del conjunto de conocimientos y técnicas básicas habitualmente utilizadas en el sector de que se trate.

- b) Contrato para la realización de actividades de asesoramiento y asistencia técnica: este acuerdo implica la aplicación de las capacidades del personal investigador (conocimientos y técnicas aplicadas en el sector científico correspondiente) para la satisfacción de una determinada demanda planteada desde el sector productivo.

En definitiva, nos encontramos ante prestaciones de carácter eminentemente intelectual reflejadas, por ejemplo, en proyectos técnicos, estudios, informes, planes, actividades de dirección, asesoramiento, certificaciones, análisis o ensayos, entre otras muchas.

En consecuencia, a través de esta tipología la universidad se obliga a desarrollar un servicio de consultoría, la emisión de una opinión o la exposición de un diagnóstico por parte de un investigador, o de un equipo de investigación, especializado en la materia de interés del tercero contratante.

En estos casos no se prevé la generación de nuevo conocimiento.

- e) Contrato de apoyo tecnológico: en este caso nos referimos a aquel contrato mediante el que la universidad se compromete a la aplicación de conocimientos científicos ya existentes y medios de la propia universidad a la resolución de una necesidad práctica del tercero contratante.

Al igual que en el supuesto anterior, no se prevé la generación de nuevo conocimiento.

- d) Contrato para ejecución de trabajos de carácter artístico: en este caso, se busca la colaboración de la universidad para a través del arte y la estética poder representar un concepto, un estilo o una visión particular.

El objeto de estos contratos englobará, por ende, la pintura, la escultura, la fotografía, el cine, la música, el arte digital, la literatura..., en definitiva, el arte en cualquiera de sus expresiones o manifestaciones.

- e) Contrato para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación: se trata de aquel contrato mediante el cual la universidad se compromete a la organización e impartición de cursos de especialización, formación y perfeccionamiento solicitados por empresas y organismos para sus trabajadores.

### 3.3.3. Distinción entre las figuras jurídicas de contrato y convenio

En muchas ocasiones se utilizan los términos «contrato» y «convenio» como expresiones sinónimas en ambos sentidos (convenio de contrato y contrato de convenio), ya que la definición de ambas es común en parte, al referirse a pactos o acuerdos suscritos entre personas y entidades (Universidad de Jaén, s. f.).

Sin embargo, desde un punto de vista estricto, son figuras distintas. Ello lo demuestra el hecho de encontrar distintos acomodos normativos. Así, los convenios administrativos encuentran soporte normativo, con carácter general, en los artículos 47 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y, con carácter especial, en el artículo 34 de la LCTI. Sin embargo, los contratos se sustentan, de una parte, en el ámbito de los contratos del sector público, en la LCSP; de otra parte, en el sector privado, en la normativa de obligaciones y contratos del derecho civil y mercantil; y de otra, en el ámbito universitario en el artículo 83 de la LOU.

Y es que mientras que en el contrato son esenciales las condiciones de reciprocidad y equivalencia de las obligaciones que se constituyen (se da alguna cosa o se presta algún servicio a cambio de recibir otra cosa o servicio), en el convenio estos elementos no son determinantes, ya que las obligaciones que se constituyen entre las partes no deben tener obligatoriamente el carácter compensatorio y recíproco propio de la relación contractual, pudiendo limitarse a establecer un marco en el que las partes, de mutuo acuerdo, definan un protocolo de cooperación futura (convenio marco de colaboración), o fijen las condiciones de colaboración para la consecución de un objetivo concreto y común (convenio específico de colaboración), sin que se constituya entre las mismas una relación de prestación de servicios.

De acuerdo con estas consideraciones, y como bien explica la Universidad de Jaén, las colaboraciones constituidas al amparo de lo dispuesto en el artículo 83 de la LOU se deberían formalizar con carácter general a través de la figura del «contrato», ya que mediante las mismas, los departamentos, institutos, grupos de investigación, o el profesorado a tra-



vés de los mismos, se obligan a prestar un servicio determinado a cambio de una contraprestación (precio o compensación equivalente). Existe una voluntad expresa de prestar un servicio a cambio de recibir una compensación adecuada.

Sin embargo, la figura del convenio de colaboración responde más a la idea de consecución de un interés común entre dos o más personas o entidades que a la de contraposición de prestaciones entre las partes. La utilización de la figura del convenio para regular la colaboración en actividades de investigación será más apropiada cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que las partes que suscriben el convenio tengan un interés común en llevar a cabo un proyecto de investigación de manera conjunta. Esto ocurrirá cuando con los resultados científicos del proyecto se dé satisfacción a las necesidades de cada una de las partes, de acuerdo con sus objetivos y fines.
- b) Que el objeto del convenio no se traduzca en prestaciones y contraprestaciones entre las partes, es decir, que el objeto no sea la ejecución de un proyecto de investigación a cambio de un precio o contraprestación determinada, sino en la ejecución conjunta del proyecto, de tal forma que todas las partes contribuyen a su desarrollo poniendo en común los datos, conocimientos y elementos personales y materiales con los que cuentan.
- c) Que el proyecto genere un resultado científico del que se vayan a beneficiar todas las partes colaboradoras y del que hagan o puedan hacer uso todas ellas (Universidad de Jaén, s. f., pp. 11 y 12).

Por tanto, los convenios de colaboración que no cumplen los anteriores requisitos quedan directamente excluidos del artículo 83 de la LOU, ya que, en definitiva, no regulan ninguna relación de prestación de servicios. De este modo, los fondos que pudiera recibir la universidad en el contexto de este tipo de acuerdos deben tratarse de manera semejante al que se da a las subvenciones, y, por ende, no procede ni la emisión de factura ni la inclusión del impuesto sobre el valor añadido.

Ahora bien, no es menos cierto que en la práctica resulta bastante habitual la utilización del calificativo de convenio a determinados pactos o acuerdos mediante los que se constituye una relación típica de prestación de servicios (se da alguna cosa o se presta algún servicio a cambio de recibir una contraprestación).

Sin embargo, al margen de la denominación asignada, y sobre la base del principio de irrelevancia del *nomen iuris* (esto es, las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son), estos «convenios» deberán tratarse igual que los contratos de prestación de servicios regulados en el artículo 83 de la LOU. De tal forma, los fondos que se pudieran ingresar en la universidad en desarrollo de este tipo de pactos (que se califican como convenio, pero que amparan una relación de prestación de servicios) serán considerados como pre-

cio por los servicios prestados, siendo, en este caso, obligatorio emitir factura, así como repercutir el porcentaje correspondiente en concepto de impuesto sobre el valor añadido.

En definitiva, podemos concluir que lo realmente relevante para determinar la naturaleza jurídica de un determinado pacto o acuerdo (y, por lo tanto, el régimen jurídico aplicable) no será el nombre o calificativo que le atribuyamos al mismo (contrato o convenio), sino su objeto. De esta forma, será preciso verificar si el acuerdo propuesto constituye o no una relación de prestación de servicios para determinar el régimen jurídico aplicable (Universidad de Jaén, s. f., pp. 11 y 12).

## **4. Negociación y firma de los contratos de investigación y desarrollo del artículo 83 de la LOU**

### 4.1. Introducción

Como hemos visto en el epígrafe anterior, los contratos de prestación de servicios de investigación y desarrollo previstos en el artículo 83 de la LOU constituyen una herramienta orientada a facilitar la función de transferencia del conocimiento de las universidades al entorno productivo.

En efecto, a través de este instrumento se pueden utilizar y aprovechar las capacidades científicas y técnicas de los investigadores de las universidades por parte de las empresas y de la sociedad en general, coadyuvando en la implementación, promoción y desarrollo de la ciencia, la investigación científica y técnica y la innovación, que persiguen tanto nuestro artículo 44.2 de la Constitución española como la LCTI.

De este modo, si bien en el epígrafe anterior nos hemos centrado en analizar cuestiones más teóricas de los contratos de investigación y desarrollo del artículo 83 de la LOU, como son su marco normativo o su naturaleza jurídica, en el presente nuestro propósito es el contrario, es decir, buscaremos ser extremadamente prácticos, de tal forma que abordaremos el procedimiento habitual para celebrar este tipo de contratos tan valiosos en el fomento de la innovación.

### 4.2. Procedimiento habitual de celebración de contratos de investigación y desarrollo del artículo 83 de la LOU

#### 4.2.1. Contacto inicial con la empresa o entidad demandante de los servicios

El contacto inicial entre la empresa o entidad demandante de los servicios y el profesor de la universidad responsable de su ejecución puede presentar una casuística de lo más variada.

En efecto, el contacto puede producirse bien a través del conocimiento personal de un profesor con la empresa interesada, o bien se puede dar a raíz de la actividad de fomento de la transferencia de resultados de la investigación desplegada por las OTRI, canalizada, por ejemplo, a través de reuniones o visitas con empresas, la difusión selectiva de la oferta científico-tecnológica de la universidad, la participación en congresos, ferias o eventos de carácter tecnológico, o la organización de mesas de transferencia de tecnología, entre otras.

Lo que está claro es que en esta primera etapa resulta fundamental confirmar el efectivo interés de la empresa en contratar, bien determinados servicios de carácter científico, técnico o artístico, bien el desarrollo de una actividad específica de formación, así como la viabilidad de la ejecución de los citados trabajos por parte del personal académico de la universidad.

Por otra parte, conviene valorar si es necesario la firma de un acuerdo previo de confidencialidad. En este sentido, será recomendable la firma del mismo si se va a producir algún tipo de intercambio de información sensible entre las partes, tales como conocimientos técnicos o ideas con un fuerte contenido innovador, planos o diseños.

Asimismo, y en pura lógica, en esta fase es habitual proporcionar a la empresa interesada un presupuesto orientativo con el coste de los trabajos y servicios que se desarrollarían por parte de la universidad.

#### 4.2.2. Solicitud de autorización de compatibilidad para la ejecución de los trabajos

Tras verificarse en la etapa anterior el efectivo interés de la empresa o entidad, y confirmada la viabilidad de la ejecución de los servicios a prestar por la universidad, el profesor responsable de la dirección y coordinación de los trabajos debe presentar ante la OTRI una solicitud de autorización de compatibilidad.

Dicha solicitud se presentará utilizando el modelo normalizado que cada universidad haya establecido al efecto.

Como es lógico, a continuación la OTRI revisará dicha solicitud con el fin de verificar si la misma cumple con todos los requisitos legales.

Verificada la solicitud, o subsanadas, en su caso, las irregularidades detectadas, la OTRI solicitará la conformidad del departamento o departamentos a los que se adscriben los investigadores implicados en la prestación de los servicios y notificará al profesor responsable la resolución de compatibilidad para la ejecución de los trabajos reclamados, así como para la firma del contrato y el código de centro de gasto asignado al expediente a efectos contables.

### 4.2.3. Negociación y firma del contrato

Con la información recabada en las anteriores fases y facilitada a través de los impresos y formularios de solicitud de autorización de compatibilidad, y teniendo en cuenta las particularidades de los servicios a prestar o trabajos a ejecutar, la OTRI preparará un borrador de contrato que remitirá al investigador responsable de la actividad para su revisión y conformidad.

De esta forma, una vez consensuado el borrador con el investigador responsable, se remitirá el documento a la empresa interesada a fin de obtener también su beneplácito.

Lo lógico, durante todo este proceso de negociación e intercambio de borradores con los términos y condiciones del contrato, es que la OTRI de la universidad preste apoyo y asesoramiento al investigador responsable.

Y decimos que es lo lógico porque para negociar y redactar un contrato de investigación y desarrollo es necesario contar con el apoyo de personas con conocimientos técnicos y jurídicos. En este sentido, conviene tener presente que el contrato bajo el artículo 83 de la LOU, a pesar de estar previsto en este artículo, es un contrato atípico, es decir, en la norma no se describen los derechos y obligaciones de las partes, sino que se basan en el principio de autonomía privada recogido en el artículo 1255 del Código Civil, pudiendo pactarse lo que se estime oportuno, siempre y cuando no sea contrario a la ley, a la moral o al orden público.

Por otra parte, al tratarse de una prestación de servicios, se ha de recalcar que, en la mayoría de los casos, nos encontramos ante un contrato de medios o de diligencia y no de resultados, de manera que la obligación principal de los investigadores no será alcanzar un resultado, sino desarrollar una actividad de investigación sobre la base de su conocimiento científico y obrando con diligencia y buena fe.

Es por ello fundamental reflejar lo anterior con claridad en la memoria técnica que se incorporará al contrato a modo de anexo, evitando, por ende, incluir compromisos que no se puedan cumplir.

Como bien ha indicado la Red OTRI, para lograr una buena preparación de la negociación, puede ser muy útil emplear algunas técnicas que resultan de gran ayuda. Una de las más usadas es el establecimiento de objetivos a distintos niveles.

Los niveles básicos sobre los que se fijan los objetivos son tres: objetivos que nos gustaría conseguir (G), objetivos que pretendemos conseguir (P) y objetivos que tenemos que conseguir (T).

Estos son los llamados objetivos GPT, que tienen que elaborarse con nitidez y precisión en la fase de preparación de la negociación.

Se prepara por tanto una propuesta específica para cada uno de los niveles indicados. En la preparación se prevé comenzar planteando los objetivos G, e irse moviendo paulatinamente hacia los objetivos P, procurando no tener que hacer concesiones hasta aproximarse a los objetivos T, ya que estos son considerados como la última carta del juego.

De cualquier modo, si los negociadores se han visto obligados a llegar a este nivel de objetivos, y no hay incluso en ese punto posibilidad de un acuerdo, es el momento en que les interesa romper la negociación, porque los costes calculados de seguir cediendo en algunos de los puntos son superiores a las ventajas derivadas de continuar las relaciones.

Para prever todos estos movimientos en el proceso de negociación, hay que intentar averiguar cuál puede ser el GPT de la otra parte, con base en la información que sobre ellos hayamos recopilado, y esto puede ser tan importante como preparar el propio GPT.

Una vez consensuado el texto definitivo del contrato entre las partes, se procederá a la gestión de su firma. Uno de los ejemplares se deberá depositar en la OTRI, que facilitará una copia escaneada al profesor responsable de la actividad (Red OTRI de la CRUE, 2010, pp. 23 y ss.).

#### 4.2.4. Ejecución y finalización del contrato

Firmado el contrato, el profesor o el equipo de investigación de la universidad dará comienzo a la prestación de servicios, ejecutando los trabajos programados, adecuando los mismos tanto a las condiciones técnicas fijadas como a los plazos acordados.

En cualquier caso, resulta fundamental respetar la tramitación que cada universidad fije de los gastos anudados a la ejecución de los trabajos, tales como las compras de material (fungible o inventariable), el pago de dietas u otro tipo de retribuciones.

En la misma línea, la OTRI se encargará de la supervisión y control de los diferentes pagos derivados de cada contrato, emitiendo asimismo las correspondientes facturas tras confirmar su pertinencia el profesor responsable. De igual modo, la OTRI será la encargada de seguir y reclamar el pago de las facturas generadas.

Asimismo, y mientras el contrato en cuestión permanezca vigente, la OTRI prestará su ayuda al profesor responsable del contrato si se produjera alguna incidencia o modificación significativa, tales como la resolución unilateral del contrato por incumplimiento de la otra parte, la resolución anticipada por mutuo acuerdo, la modificación de los términos del contrato para adaptarlo a nuevas circunstancias sobrevenidas, etc.

Ejecutados los trabajos previstos y manifestada la conformidad con los mismos por parte de la empresa o entidad demandante, la OTRI procederá entonces a la liquidación final del contrato, emitiendo la última factura por el importe pendiente de pago y archivando a continuación el expediente.

Finalmente, tanto el investigador responsable como el resto de colaboradores podrán solicitar de la OTRI la emisión de un certificado que acredite su participación en los trabajos o servicios desarrollados en el marco del contrato de investigación y desarrollo (Universidad de Jaén, s. f., p. 21).

En definitiva, gracias a estos contratos y a las OTRI en su labor de enlace entre la universidad y su entorno socioeconómico, no solo se potencia la innovación, la investigación y el desarrollo, sino que, además, se impulsa adecuadamente la colaboración entre los grupos de investigación de la universidad y las empresas e instituciones para promover acciones de I+D+i y de transferencia de conocimiento.

## 5. Conclusiones

Como resultado de nuestro estudio, se realiza ahora una exposición ordenada y resumida de las principales premisas y conclusiones alcanzadas en este trabajo de investigación:

- a) La innovación suele implicar crecimiento económico, desarrollo empresarial y personal y, en definitiva, prosperidad y avance.
- b) De este modo, para prosperar en un mundo cada vez más incierto como consecuencia tanto de la cuarta revolución industrial como de la crisis sanitaria y económica de la covid-19, las organizaciones deben ser capaces de innovar rápidamente.
- c) Así, aquellos que sean más maduros en materias como la investigación y desarrollo o la innovación y la transformación digital se van a encontrar con grandes ventajas competitivas.
- d) Para ello, resulta de vital importancia articular los mecanismos contractuales oportunos para que las universidades, desplegando su función de transferencia del conocimiento, puedan colaborar con las empresas impulsando así la innovación y protegiendo la misma.
- e) En definitiva, gracias a los contratos previstos en el artículo 83 de la LOU y a las OTRI en su labor de enlace entre la universidad y su entorno socioeconómico, no solo se potencia la innovación, la investigación y el desarrollo, sino que, además, se impulsa adecuadamente la colaboración entre los grupos de investigación de la universidad y las empresas e instituciones para promover acciones de I+D+i y de transferencia de conocimiento que planten la semilla de una sociedad más abierta, más plural, más innovadora y, por tanto, más próspera.

## Referencias bibliográficas

- Burrage Dixon, R. (1928). *The Building of Cultures*.
- Chesbrough, H. (2006). Open innovation. *Harvard Business Review*.
- Christensen, C. M. (1997). *The Innovator's Dilemma*. Harvard Business School.
- Diamandis, P. H. (21 de noviembre de 2016). The 6 D'S. *Diamandis Blog*. <https://www.diamandis.com/blog/the-6ds>
- Difusión de innovaciones. (2021). En *Wikipedia*. [https://es.wikipedia.org/wiki/Difusi%C3%B3n\\_de\\_innovaciones](https://es.wikipedia.org/wiki/Difusi%C3%B3n_de_innovaciones)
- Henderson, W. D. (2018). Innovation Diffusion in the Legal Industry. *Dickinson Law Review*, 122.
- López de Pedro, J. M. (2020). *La innovación a través del modelo de negocio* [Apuntes del Máster Executive en Derecho Digital y Tecnología]. Centro de Estudios Garrigues.
- Morell Ramos, J. (2019). Breve historia de la innovación legal: anticipando el futuro a través del pasado. En M. Barrio Andrés (Dir.), *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía* (pp. 73-79), Wolters Kluwer.
- Navarro, E. (31 de diciembre de 2020). Lo mejor del 2020. *Expansión*.
- Pemberton, E. (1936). The Curve of Culture Diffusion Rate. *American Sociological Review*, 1(4).
- Red OTRI de la CRUE (2010). La I+D bajo contrato. Aspectos jurídicos y técnicos. *Cuadernos técnicos*, 3.
- Rogers, E. (1983). *Diffusion of Innovations*. Free Press.
- Schatsky, D. (2020). *Incertidumbre e innovación a toda velocidad*. Deloitte Insights. <https://www2.deloitte.com/ec/es/pages/strategy/articles/incertidumbre-e-innovacion-a-toda-velocidad-.html>
- Universidad de Jaén. (s. f.). *Guía informativa básica sobre los contratos de prestación de servicios regulados en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Universidades*. [http://otri.ujaen.es/sites/default/files/contracto\\_art\\_83/Guia%20Informativa%20Basica%20contratos%20UJA.pdf](http://otri.ujaen.es/sites/default/files/contracto_art_83/Guia%20Informativa%20Basica%20contratos%20UJA.pdf)





# Causalidad e imputación de responsabilidad

**Juan Panisello Martínez**

*Abogado*

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

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Antonio Ortí Vallejo, doña Dolores Bardají Gálvez, don Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero, don Carlos Gómez Asensio, doña Sara González Sánchez, doña Pilar Gutiérrez Santiago, don Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas y doña Linda Navarro Matamoros.

## Extracto

La importancia que en la práctica se atribuye al requisito de la causalidad contrasta con el desconcierto existente acerca de los criterios de imputación en virtud de los cuales hay que determinar si en un caso concreto dicha causalidad concurre o no. Si bien se acostumbra a considerar la causalidad como el criterio de imputación de daños más importante –si no el único–, no es menos cierto que la causalidad, entendida como causalidad de hecho, es solo uno de los muchos criterios utilizados para imputar responsabilidad por daños.

**Palabras clave:** causalidad; imputación; responsabilidad; daños.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

**Cómo citar:** Panisello Martínez, J. (2022). Causalidad e imputación de responsabilidad. *Revista CEFLegal*, 256, 35-58.



# Causality and imputation of liability

Juan Panisello Martínez

## Abstract

The importance attached in practice to the requirement of causality contrasts with the confusion over the imputation criteria under which it is necessary to determine whether or not such causality is present in a particular case. While it is customary to regard causality as the most important –if not the only– criterion of imputation of damages, it is no less true that causality, understood as a causality in fact, is only one of the many criteria used to impute liability for damages.

**Keywords:** causality; imputation; liability; damages.

**Citation:** Panisello Martínez, J. (2022). Causalidad e imputación de responsabilidad. *Revista CEFLegal*, 256, 35-58.



## Sumario

1. Consideraciones generales
  2. La causalidad y la imputación objetiva
  3. Los criterios de delimitación de la imputación objetiva
    - 3.1. La causalidad directa e inmediata
    - 3.2. La causalidad adecuada
    - 3.3. Criterios de inadecuación causal
      - 3.3.1. El riesgo general de la vida
      - 3.3.2. La prohibición de regreso
      - 3.3.3. El incremento del riesgo
      - 3.3.4. El fin de protección de la norma
      - 3.3.5. La provocación
  4. Daños recíprocos con incertidumbre causal en el ámbito de la circulación
  5. Culpa y causalidad en una hipótesis de esfera óptima de responsabilidad
  6. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas



## 1. Consideraciones generales

La relación de causalidad entre el hecho que se estima productor del daño y este, es decir, que haya una relación de causa a efecto entre uno y otro, es uno de los requisitos esenciales para que proceda la indemnización por daños. Y para que proceda la indemnización no basta en puridad con la existencia de esa relación de causalidad, es preciso además la prueba del mismo.

En el examen de la relación de causalidad, si bien a primera vista pudiera parecer sencillo de realizar, un análisis detallado evidencia la enorme dificultad que envuelve determinar con exactitud cuál ha sido la causa material de un daño concreto, como sucede en muchos casos de responsabilidad civil médica, donde se evidencia una multiplicidad de acontecimientos que puede ocasionar daños al paciente, que inclusive pueden ser consecuencia natural de la dolencia o lesión que motivó el tratamiento.

Concernirá al tribunal optar entre una innumerable serie de hechos para establecer cuál de ellos tiene la eficacia de causa del daño. Esta labor no es fácil, situación que se puede apreciar en el surgimiento de un numeroso conjunto de teorías que procuran establecer a cuál de todas las condiciones se debe conceder la condición de causa.

Las teorías usualmente empleadas en el derecho de daños tienden a dar al nexo causal un significado empírico o natural, en virtud del cual se considera que una persona ha causado un daño cuando su actuación forma parte de la cadena de acontecimientos que dan como resultado fáctico ese daño. No obstante, esa concepción tradicional no es capaz de explicar la función que en la práctica desempeña realmente el nexo causal. En primer lugar, porque esa causalidad no siempre es necesaria para que surja la responsabilidad. Hay supuestos en los que una persona responde de un daño que no ha causado o que probablemente no ha causado en ese sentido empírico, como pueden ser, entre otros, los de responsabilidad por el hecho de un tercero, responsabilidad por la pérdida de una oportunidad, responsabi-

lidad por omisión, responsabilidad presunta o responsabilidad de las personas que forman parte de un grupo por los daños causados por un miembro indeterminado del mismo (García Amando, 2015). En segundo lugar, la existencia de causalidad tampoco es un requisito suficiente para que se desencadene la responsabilidad, porque, en determinadas ocasiones, las personas que han causado un daño en ese sentido fáctico, incluso mediando negligencia, no son consideradas causantes del mismo a los efectos de tener que resarcirlo. Ese criterio fáctico, en la práctica, resulta modulado o, más bien, sustituido por otros de índole jurídica, como pueden ser, entre otros, los criterios de imputación objetiva, causa eficiente, causa adecuada, causa próxima o causa hipotética (García-Ripoll, 2008, pp. 68 y ss.; Salvador Coderch y Fernández Crende, 2006, pp. 4-10).

El paradigma de imputación de daños a sujeto que no los había causado es el caso del envenenamiento por aceite de colza, en el que la mayor condena del siglo XX se decidió al margen de la relación de causalidad (Salvador Coderch y Fernández Crende, 2006, p. 2). La tragedia del aceite de colza, que causó la muerte de más de 3.000 personas<sup>1</sup>, se inició en la década de los setenta del siglo XX.

Aunque la razón del desencadenamiento de la enfermedad nunca fue aclarada, se condenó criminalmente a los responsables de la manipulación del aceite de colza desnaturalizado con anilina, para usos industriales, y de su desvío al consumo humano, como autores, entre otros delitos, de un delito contra la salud pública, así como civilmente<sup>2</sup>. No obstante, y a pesar de los pronunciamientos de las responsabilidades civiles, los responsables resultaron ser insolventes. Ante esta situación de insolvencia de los responsables, los herederos de las víctimas mortales y muchos otros perjudicados articularon esfuerzos en busca de una nueva resolución penal que responsabilizara a algún funcionario y, subsidiariamente, a la Administración para hacerle pagar una indemnización. El pleito posterior fue resuelto por la Audiencia Nacional<sup>3</sup> y, en casación, por el Tribunal Supremo que imputó *in extremis* a un funcionario de Aduanas y, subsidiariamente, al Estado<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Noticia disponible en el periódico ABC, sección Historia. Madrid. Recuperado el 2 septiembre de 2020, de [https://www.abc.es/historia/abci-tragedia-olvidada-aceite-colza-envenenamiento-mato-mas-3000-personas-201907160029\\_noticia.html?ref=https://www.google.com](https://www.abc.es/historia/abci-tragedia-olvidada-aceite-colza-envenenamiento-mato-mas-3000-personas-201907160029_noticia.html?ref=https://www.google.com)

<sup>2</sup> STS de 23 abril de 1992 (rec. núm. 3654/1990).

<sup>3</sup> SAN de 24 de mayo de 1996.

<sup>4</sup> STS de 26 de septiembre de 1997 (rec. núm. 2569/1996).

Básicamente los hechos fueron los siguientes. El ordenamiento español permitía la importación de aceite de colza para la industria, pero prohibía destinarlo a uso alimenticio para así proteger la producción nacional de aceite de oliva. Para evitar que el aceite de colza fuera destinado a uso alimenticio era obligatoriamente «desnaturalizado» con ricino. Debido el aumento de precio y las dificultades de localización del ricino, industriales del sector solicitaron autorización para sustituirlo por aceites de más bajo coste –aceite mineral nafténico o aceite de anilina–. El Laboratorio Central de Aduanas informó de que no veía inconveniente en acceder a lo solicitado, ya que el aceite de colza podía desnaturalizarse indistintamente con aceite mineral nafténico o bien con aceite de anilina, en sustitución del aceite de ricino, que era el

La causalidad nunca llegó a probarse, solo se presumió a partir de indicios. Se condenó al antiguo director del Laboratorio Central de Aduanas y al jefe de la Sección de Importación de los Productos Agrícolas y Transformados de la Dirección General de Política Arancelaria e Importación por una imprudencia temeraria consistente en haber autorizado la desnaturalización de aceite de colza con anilina. La sentencia declaró, además, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Ambos funcionarios fueron el eslabón que permitió aferrar las arcas del Estado. Sin embargo, las disposiciones que regulaban las competencias del laboratorio dejaban bien claro que Estas tenían como único objeto clasificar las sustancias para determinar su tratamiento fiscal, su arancel, pero no perseguían velar por la sanidad pública<sup>5</sup>. La sentencia buscó y encontró responsables principales y subsidiarios para resolver un problema muy grave de asistencia social (Paredes Castañón, 1998).

Ante las dificultades de la concepción tradicional para establecer si una determinada acción u omisión imprudente es susceptible de haber causado un resultado dañoso, la jurisprudencia indica que para distinguir entre causalidad –«causalidad material»– e imputación objetiva –«causalidad jurídica»–, «no basta con la constancia de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado o atribución del resultado, lo que en la determinación del nexo de causalidad se conoce como causalidad material y jurídica»<sup>6</sup>.

La relación de causalidad se convierte de este modo en un elemento necesario, pero no suficiente, para la imputación objetiva del resultado. Para imputar un daño a la conducta de un sujeto debe analizarse, en primer lugar, si dicha conducta ha sido la causa del resultado –la determinación de la relación de causalidad– para, seguidamente, verificar si se dan todos los elementos necesarios para poder imputárselo objetivamente –la imputación objetiva–. La relación de causalidad es una cuestión de hecho, controlable de manera excepcional en casación, mientras que la imputación objetiva es un problema jurídico, donde afloran los juicios de evaluación y legales, revisable en casación (Arcos Vieira, 2005, p. 18). Poder distinguir entre causalidad e imputación objetiva resulta necesario para mejorar la

---

producto hasta ahora utilizado. Y que los desnaturalizantes propuestos, también indico, podían identificarse fácilmente y hacían el aceite de colza inapropiado para la alimentación. No obstante, uno de los industriales invirtió el proceso de desnaturalización para así poder vender luego a buen precio el aceite resultante como comestible, pero algo relacionado con los procesos de refinado o de almacenamiento y transporte del aceite desnaturalizado falló, provocando la muerte de cientos de personas y que miles quedaran gravemente afectadas.

<sup>5</sup> Artículo 1 del Real Decreto 1915/1979, de 29 de junio, por el que se regula el régimen de tráfico de perfeccionamiento activo, prototipo, para la importación de determinadas materias primas lácteas y fosfatos y la exportación de quesos fundidos (BOE núm. 186, de 4 de agosto de 1979).

<sup>6</sup> STS de 30 de noviembre de 2011 (rec. núm. 737/2008), y en análogo sentido SSTS de 24 de mayo de 2004 (rec. núm. 7192/2000), 11 de junio de 2008 (rec. núm. 458/2001), 9 de octubre de 2008 (rec. núm. 4934/2000 [NCJ047749]), 5 de marzo de 2009 (rec. núm. 224/2004), 6 de abril de 2010 (rec. núm. 35/2006 [NCJ052700]) y 15 de julio de 2010 (rec. núm. 1993/2006 [NCJ053635]).

eficiencia del derecho de daños, reduciendo la inseguridad jurídica que caracteriza a este sector del derecho (Pantaleón Prieto, 1990, p. 1.565).

## 2. La causalidad y la imputación objetiva

Uno de los requisitos de la responsabilidad civil es que exista un nexo causal entre la conducta activa u omisiva del sujeto a quien se imputa un daño y el resultado dañoso. Cuando entre la conducta y el resultado exista una relación de causa-efecto claramente delimitada resultará relativamente sencillo probar el nexo causal. En cambio, en los supuestos que resulte más complicado probar que una conducta ha causado un determinado daño, habrá que acudir a criterios o reglas que posibiliten la imputación del daño a un sujeto (Ruda González, 2003, p. 2). En los sistemas de responsabilidad por culpa, la causalidad continúa siendo uno de los problemas más controvertidos y de más difícil delimitación, debido en esencia al solapamiento entre la imputación causal y la imputación subjetiva (Reglero Campos, 2006b, pp. 340 y 341).

En los últimos años un creciente sector de la doctrina especializada a la hora de abordar la causa del daño considera que la existencia de nexo causal requiere no solo la relación física de causalidad entre unos hechos y un daño –causalidad física–, sino también que tales hechos puedan ser imputados objetivamente al sujeto para que este deba indemnizar el daño –causalidad jurídica– (Díez-Picazo y Ponce de León, 1999, pp. 341-345; Acevedo Prada, 2013, p. 82). Por su parte la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo empezó a aplicar esta doctrina a finales de los años noventa<sup>7</sup>, si bien la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ya había recogido esta doctrina con anterioridad<sup>8</sup>. Según Arcos Vieira (2005, p. 22), la jurisprudencia civil también se va haciendo eco de esta distinción, si bien se muestra más insegura. Y como indica Reglero (2006b, p. 347), se detecta un esfuerzo por escindir ambos elementos.

Para verificar si existe el primer elemento, es decir, la relación causa-efecto material, entre los hechos y el daño, se acude a la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine que non* (Arcos Vieira, 2005, pp. 27 y ss.). En cuanto al segundo elemento (la imputación objetiva) deben aplicarse criterios jurídicos, los denominados *criterios de imputación objetiva*, a fin de determinar si se puede imputar objetiva o causalmente el daño, o

<sup>7</sup> SSTS de 30 de abril de 1998 (rec. núm. 616/1994), 29 de diciembre de 2000 (rec. núm. 3602/1995 [NCJ039124]), 23 de febrero de 2001 (RJ 2001\2549), 2 de marzo de 2001 (rec. núm. 323/1996 [NSJ009338]), 21 de octubre de 2005 (rec. núm. 1039/1999 [NCJ042715]) y 26 de julio de 2006 (rec. núm. 3442/1999 [NCJ050038]).

<sup>8</sup> SSTS de 20 de mayo de 1981 (RJ 1981\2247), 5 de abril de 1983 (RJ 1983\2242), 11 de febrero de 1987 (RJ 1987\1241), 17 de noviembre de 1987 (RJ 1987\8532) y 9 de febrero de 1990 (RJ 1990\1359), entre otras.

si, por el contrario, existe alguna circunstancia que libere de responsabilidad al demandado, pese a ser su conducta una de las que intervinieron materialmente en la causación del daño (Reglero Campos, 2006b, pp. 348 y ss.).

El mayor problema que presenta la relación causal estriba en que, generalmente, en la realización de un hecho concurre una pluralidad de causas directas o indirectas que constituyen un antecedente indispensable para la causación de la conducta generadora de daño (Reglero Campos, 2006b, p. 341). Además, en ocasiones es difícil establecer el origen de una cadena causal física, debido a que la combinación ilimitada de posibilidades hace que no todos los supuestos de búsqueda en la relación causal aparezcan dotados de claridad para el intérprete. Esta dificultad en identificar la causalidad física hace que deba combinarse con la causalidad jurídica para imputar la producción del daño a una o varias causas físicas (Acevedo Prada, 2013, p. 82).

En todo caso, lo que conviene resaltar es que en la indagación causal que se lleva a cabo en el derecho de daños existen unas cuestiones que son empíricas y otras que son normativas. Las primeras se resuelven con pruebas y las segundas apelando a criterios jurídicos. El examen de la causalidad no se limita a verificar la conexión fáctica entre la acción del agente y el daño de la víctima –cuestión de hecho–. Además se acude a criterios jurídicos para decidir si el resultado, fácticamente ligado a la acción del demandado, puede serle atribuido –cuestión normativa–. En general, la lejanía causal, la imprevisibilidad o el hecho de que la acción solo haya adelantado en el tiempo un resultado inevitable cuentan como razones para limitar o suprimir, según el caso, la responsabilidad. Este problema –que en el derecho continental es abordado por la llamada *causalidad adecuada* y en el derecho anglosajón por la doctrina de la *proximate cause*– no tiene ninguna vinculación con la investigación causal en sentido estricto (Pantaleón Prieto, 1990, pp. 1.561 a 1.563).

### 3. Los criterios de delimitación de la imputación objetiva

#### 3.1. La casualidad directa e inmediata

Uno de los primeros criterios de imputación casual utilizados es el de la *causalidad directa e inmediata del daño –in iure non remota causa, sed proxima spectatur–*. Con arreglo a este parámetro, para que el daño pueda ser imputado causalmente al agente, lo único que se exige es que el nexo causal no haya sido roto por la interferencia de otra serie causal ajena a la anterior (Díez-Picazo y Ponce de León, 1999, p. 337).

Se citan con frecuencia en esta materia dos pronunciamientos del Tribunal Supremo (SSTS de 21 de marzo de 1959 y 25 de enero de 1965), que abordan supuestos de daños sufridos por personas sometidas a una determinada intervención quirúrgica, que con posterioridad adquirieron una infección, causa inmediata de los daños. Se nos viene a indicar que



los daños no nacieron de la causa remota de la operación, sino de la próxima y eficiente –la infección–, que en este caso no es imputable a los médicos (Cossío Corral, 1966, p. 534 y 535).

En la actualidad, probablemente, el Tribunal Supremo se hubiera pronunciado declarando la responsabilidad de los médicos o, en su caso, del centro hospitalario, pues la citada teoría no resulta idónea para la mayoría de los casos que puedan plantearse. Por otro lado, la teoría de la causa inmediata resulta inservible si se entiende esta desde un punto de vista meramente temporal, sobre todo porque con ella se desprejarían antecedentes causales anteriores cuya incidencia en el resultado final puede ser de igual o mayor intensidad que el inmediato. En un caso de rotura de la caja de cambios de un camión y vertido de aceite a la calzada, el vehículo que le seguía tuvo que maniobrar para evitar la mancha, motivo por el cual atropelló a un peatón. La causa inmediata del atropello lo constituyó la maniobra del conductor del turismo. La causa mediata el vertido de aceite. El Tribunal Supremo consideró que ambas circunstancias constituyeron antecedentes causales del accidente, y que ambas fueron eficientes para producir el resultado dañoso. La doble imputación causal exigía acudir a la imputación subjetiva, operación en la que se declaró la responsabilidad del propietario del camión por el deficiente estado de conservación del mismo<sup>9</sup>.

La búsqueda de criterios que permitan un más adecuado título de imputación causal y la generalización de sistemas objetivos ha desplazado esta teoría de la causalidad directa e inmediata a favor de teorías que propugnan que del conjunto de hechos antecedentes ha de considerarse causa, en sentido jurídico, solo aquellos hechos de los cuales quepa esperar la producción de un resultado, como sucede con la llamada teoría de la causalidad adecuada (Reglero Campos, 2006b, p. 349).

### 3.2. La causalidad adecuada

Más consolidación ha logrado la teoría de la causalidad adecuada, también conocida por la jurisprudencia como causalidad eficiente<sup>10</sup>. En un plano físico o material parte de la equivalencia de las condiciones; en un plano jurídico considera que no todos los antecedentes causales de un resultado dañoso tienen la misma relevancia. Esta teoría se asienta sobre la base de juicios de probabilidad, tomando en consideración aquellas situaciones en las que el hecho es consecuencia probable del hecho enjuiciado, teniendo también en cuenta las circunstancias que concurren en el caso concreto (Reglero Campos, 2006b, pp. 348 y 349). Ello hace que del conjunto de hechos antecedentes habría que considerar como causa en sentido jurídico –con potencialidad suficiente para la imputación del daño– solo

<sup>9</sup> STS de 13 de febrero de 1999 (rec. núm. 2266/1994).

<sup>10</sup> SSTS de 17 de octubre de 2012 (rec. núm. 595/2010), 15 de diciembre de 2010 [rec. núm. 1118/2007 [NCJ054291]], 31 de marzo de 2010 (rec. núm. 310/2006), 29 de octubre de 2008 (rec. núm. 1899/2001), 24 de julio de 2008 (rec. núm. 1899/2001 [NSJ026603]), 27 de junio de 2005 (rec. núm. 325/1999 [NCJ049983]) y 5 de diciembre de 2002 (rec. núm. 1298/1997), entre otras.

aquellos hechos de los cuales quepa esperar *a priori*, y según criterios de razonable seguridad o de verosimilitud estadística –juicio de probabilidad–, la producción de un resultado (Yzquierdo Tolsada, 2001, p. 191).

No obstante, salvo en los casos de causalidad por conducta omisiva, en las que en la imputación objetiva entran en juego tanto el juicio de previsibilidad como el de exigibilidad, ha de tenerse en cuenta que el juicio de previsibilidad, como criterio que define una hipotética representación mental del agente sobre las eventuales consecuencias de su conducta, no constituye un elemento de la relación causal, sino de la imputación subjetiva (Díez-Picazo y Ponce de León, 1999, p. 336; Cossío Corral, 1966, pp. 536 y ss.). Así, en un caso en el que la imputación objetiva es clara, pero no hay imputación subjetiva por el juicio de previsibilidad, relativo a un incendio de vehículo por causas desconocidas, que se propaga a otros y a un edificio adyacente, el Tribunal Supremo se pronunció en el sentido de que no puede apreciarse que la actitud del propietario del vehículo donde se originó el incendio hubiera sido negligente, pues era del todo imprevisible que un vehículo en estado normal o usual de conservación y de no excesiva antigüedad se incendiara a consecuencia de un cortocircuito o de cualquier otro motivo que el sujeto ignoraba por completo<sup>11</sup>. No obstante, en ocasiones, se confunden los planos de la imputación objetiva y el juicio de previsibilidad, como sucedió en unos casos de accidente en el que el daño se imputa al agente, dada su previsibilidad, al indicar que debe responderse por los daños cuya causación era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos; es decir, cuando se trata de daños previsibles<sup>12</sup>.

La jurisprudencia civil, siguiendo a la penal<sup>13</sup>, ha adoptado de forma prácticamente unánime la doctrina de la causalidad adecuada, distinguiendo entre relación causal e imputación objetiva, adoptando de forma casi unánime el criterio de la causalidad adecuada, orillando otras fórmulas que reclamaban el criterio del buen sentido judicial, debido a la insuficiencia de criterios doctrinales concluyentes<sup>14</sup>. Si bien este cambio ha comportado un innega-

<sup>11</sup> STS de 10 de octubre de 2000 (rec. núm. 2971/1995).

<sup>12</sup> SSTS 1064/1994, de 23 de noviembre (rec. núm. 2836/1991) y 1050/1994, 23 noviembre, ambas del mismo día y del mismo MP Jaime Santos Briz. En expresión de ambas resoluciones: «riesgos perfectamente previsibles y evitables que encajan en la omisión de la diligencia según las personas y las circunstancias concurrentes».

<sup>13</sup> En cuanto a la jurisprudencia penal, sirva a modo de ejemplo el pronunciamiento que después de distinguir entre relación causal e imputación objetiva, alude a los criterios que deben servir para llevar a cabo la imputación, señalando como más frecuente el de la adecuación, sin perjuicio de la existencia de otros, «como el de la relevancia, el de la realización del peligro inherente a la acción base, o los del incremento o disminución del riesgo, o el del fin de protección de la norma; estos últimos –dice– discutidos, pero esclarecedores en materia como la de la causalidad, cuya conceptualización doctrinal sigue en evolución». (STS de 5 de abril de 1983 [RJ 1983\2242]).

<sup>14</sup> SSTS de 4 de marzo de 1988 (RJ 1988\1553), 10 de febrero de 1988 (RJ 1988\935), 30 de septiembre de 1985 (RJ 1985\4485), 18 de abril de 1985 (RJ 1985\1770), 5 de marzo de 1984 (RJ 1984\1198) y 14 de julio de 1983 (RJ 1983\4224), entre otras.

ble avance respecto de la situación anterior (Cavanillas Múgica, 1988, pp. 383-386), no ha sido bastante para construir una doctrina congruente sobre la cuestión causal al utilizar, en ocasiones, fórmulas que mezclan sin orden cuestiones tan dispares como pueden ser la relación causal, su prueba o la imputación objetiva y la subjetiva<sup>15</sup>.

### 3.3. Criterios de inadecuación causal

Junto a los criterios de la causalidad directa y de la causalidad adecuada existen otros criterios cuya utilidad se centra en la delimitación negativa o en la exclusión de la imputación objetiva, más que en la determinación positiva de la imputación causal (Pantaleón Prieto, 1990, pp. 1.561 y ss.; Díez-Picazo y Ponce de León, 1999, pp. 346 y ss.; Yzquierdo Tolsada, 2001, pp. 194 y ss.; Salvador Coderch y Fernández Crende, 2006, pp. 10 y ss.).

#### 3.3.1. El riesgo general de la vida

Con arreglo al criterio del riesgo general de la vida, el daño debe ser soportado por quien lo sufrió. Las personas vivimos en sociedades que se caracterizan por la división del trabajo y por diferentes maneras de interacción entre quienes las componemos. Y esa división del trabajo, así como la posibilidad infinita de relación entre las personas, solo resultan posibles si estamos dispuestos a reconocer que muchas conductas arriesgadas están efectivamente permitidas y que, por lo tanto, el agente no habrá de responder cuando el riesgo creado se concrete en un accidente que cause daños a terceras personas (Salvador Coderch y Fernández Crende, 2006, pp. 10 y 12). El problema reside en determinar qué hechos, actos o actividades pueden considerarse incluidos en ese riesgo general de la vida. Díez-Picazo y Ponce de León (1999) ilustra esta idea con el ejemplo de que no se puede imputar objetivamente a quien causó lesiones leves a otro los daños que este haya sufrido en un accidente de circulación en que se vio envuelto el taxi que lo transportaba al hospital (p. 346).

La jurisprudencia nunca ha llegado al extremo de erigir el riesgo en fuente única de la responsabilidad regulada en el artículo 1.902 del CC, pues este exige inequívocamente la intervención de culpa o negligencia en el sujeto cuya acción u omisión cause el daño<sup>16</sup>. A modo de ejemplo, en un accidente doméstico por la caída de una señora en el pasillo de la casa de unos amigos al pisar un juguete con ruedas, el Tribunal Supremo se pronuncia indicando que «han de excluirse del ámbito del artículo 1.902 del CC los pequeños riesgos

<sup>15</sup> SSTS de 30 de junio de 2000 (rec. núm. 2575/1995 [NCJ044884]), 1 de abril de 1997 (rec. núm. 1501/1993), 24 de enero de 1995 (rec. núm. 3188/1991), 13 de febrero de 1993 (núm. 86/1993 [NCJ047181]) y 27 de octubre de 1990 (RJ 1990\8053), entre otras.

<sup>16</sup> SSTS 31 de octubre de 2006 (rec. núm. 5379/1999 [NCJ045452]) y 22 de febrero de 2007 (núm. 149/2007).

que la vida obliga a soportar, el *riesgo general de la vida* o los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida», y que «en el ámbito doméstico son fácilmente imaginables acciones u omisiones culposas o negligentes de los anfitriones para con sus invitados, como por ejemplo servir una comida sin haberse preocupado de que este en buenas condiciones o no haber reparado antes de la visita defectos del material aislante de los cables eléctricos exteriores o a la vista».

Pero ello no significa –continúa el Tribunal Supremo– «que absolutamente todas las situaciones hipotéticamente peligrosas sean merecedoras de imputación objetiva si el peligro es remoto y aquellas entran dentro de la normalidad de un hogar», a lo que añade que «la contemplación del caso fortuito en el art. 1105 CC, configurándolo como suceso que no hubiera podido preverse, significa que no toda desgracia determina necesariamente que alguien deba responder de ella porque, como se señalaba al principio, *la vida comporta riesgos por sí misma*»<sup>17</sup>.

También en un caso de daños sufridos por un viandante al tropezar con manguera de pequeño tamaño colocada en la vía pública para el riego habitual de jardines, el Tribunal Supremo señala que en este caso «no solo resulta discutible la existencia de culpabilidad por parte de los trabajadores de la empresa, sino que en el caso falta la causalidad en su secuencia jurídica o de posibilidad de atribución del daño, porque la caída sufrida no puede imputarse a la conducta de los trabajadores, sino que opera la regla excluyente –criterio de valoración de "imputación objetiva"– del "riesgo general de la vida" [...]. Y si no hay causalidad, [...] no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo u objetivada»<sup>18</sup>.

Otros pronunciamientos que acogen el criterio del riesgo general de la vida se refieren a lesiones en el ojo a la espectadora de un partido de fútbol a consecuencia de un balonazo durante los ejercicios de los jugadores previos al partido<sup>19</sup>; lesiones resultantes del ejercicio gimnástico realizado por un alumno bajo la supervisión del profesor, considerando que son la realización de un «riesgo natural» que no puede generar responsabilidad civil<sup>20</sup>; o relativos a caídas en establecimientos abiertos al público, en los que el Tribunal Supremo exonera a sus titulares, dado que no se trata de actividades y lugares que generen especial riesgo<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> STS de 17 de julio de 2007 (rec. núm. 2727/2000).

<sup>18</sup> STS de 2 de marzo de 2006 (rec. núm. 2654/1999 [NCJ047734]).

<sup>19</sup> STS de 7 de marzo de 2018 (rec. núm. 2549/2015 [NSJ058438]).

<sup>20</sup> STS de 17 de febrero de 2009 (rec. núm. 155/2004 [NCJ048811]).

<sup>21</sup> SSTS de 6 de febrero de 2003 (rec. núm. 1375/1997), 30 de octubre de 2002 (rec. núm. 1190/1997 [NCJ037782]), 28 de marzo de 2000 (rec. núm. 1745/1995 [NCJ044610]), 14 de noviembre de 1998 (rec. núm. 1576/1994 [NCJ044550]) y 12 de julio de 1994 (rec. núm. 1668/1991).

### 3.3.2. La prohibición de regreso

Con arreglo a la doctrina de la prohibición de regreso desde que se comprueba una intervención dolosa o gravemente imprudente de un tercero, se impide retroceder hasta el agente que desencadenó el curso causal, aunque la conducta de este hubiera sido condición *sine qua non* del daño. Si se produce esa intervención, ya no resulta posible imputar el daño al causante remoto.

Se trata de hipótesis en las que hay una irrupción de un nuevo curso causal en el ya iniciado por la conducta del eventual responsable o en el seno de su actividad, que da lugar a un resultado que con aquella conducta o esta actividad no se hubiera alcanzado o bien hubiera sido diferente al finalmente acaecido. En el ejemplo propuesto por Díez-Picazo y Ponce de León (1999) se indica que hay responsabilidad del que tiene bajo su custodia una cosa determinada si como consecuencia de haber abandonado la custodia, un tercero la roba o se apodera de ella (p. 347).

La prohibición de regreso ha sido utilizada por la jurisprudencia en supuestos de consentimiento informado del ámbito médico-sanitario<sup>22</sup>, de una caída de un menor en un edificio en rehabilitación<sup>23</sup> o en un supuesto de un pequeño incendio iniciado en la churrería de un hotel, que se propagó de forma incontrolada, debido a que unos desconocidos habían colocado allí abundante material explosivo. Con absolución del propietario del establecimiento, el Tribunal Supremo declaró que «dentro ya de la teoría de la causalidad adecuada o eficiente [...] cabe estudiar el problema de la interrupción del nexo causal por la intervención de un tercero, respecto del cual es unánimemente aceptado que, en los supuestos en que la intervención es dolosa o intencionada y no viene determinada por la del agente inicial, es decir, se opera de manera libre, se producirá una auténtica interrupción del nexo, determinativa de una irresponsabilidad de este último»<sup>24</sup>.

Pero debe tenerse en cuenta que una conducta dolosa o negligente que irrumpa un primer curso causal no da lugar en todo caso a la falta de imputación objetiva a quien dio origen a ese primer curso causal, porque una circunstancia decisiva para esa falta de imputación es que la primera causa no fuera empíricamente adecuada para producir el resultado. En este sentido la jurisprudencia viene declarando inaplicable la prohibición de regreso en un concreto ámbito, que es el de la responsabilidad de los auditores. En estos casos el criterio de la prohibición de regreso se aplica cuando hay una interrupción del curso causal mediando la conducta dolosa o gravemente imprudente de tercero (en este caso, los administradores), de modo que no se puede «regresar» desde el tercero que intervino causando dolosa

<sup>22</sup> STS de 20 de mayo de 2011 (rec. núm. 124/2008).

<sup>23</sup> STS de 24 de octubre de 2003 (rec. núm. 3976/1997).

<sup>24</sup> STS de 11 de marzo de 1988 (RJ 1988\1961).

o culposamente el daño hasta el agente cuyo acto u omisión propicio la cadena causal, por más que hubiera podido ser la condición *sine qua non* del daño. Tampoco puede aceptarse que los informes de auditoría no son por sí mismos susceptibles de causar daño alguno, ya que conduciría a la exclusión de responsabilidad derivada el ejercicio de la función de auditoría, pues siempre serían otras actuaciones las directamente causantes del daño. No puede desconocerse que el artículo 11.1 de la Ley de auditoría de cuentas proclama la responsabilidad de los auditores para el caso de incumplimiento de sus obligaciones, debido a la posición de «garante» que la ley les atribuye en relación con el reflejo fiel de la situación patrimonial de las cuentas de las empresas auditadas, con claros efectos para las propias empresas y para los terceros<sup>25</sup>.

Otra excepción respecto al criterio de la prohibición de regreso son las reclamaciones de daños por infracciones del derecho de defensa de la competencia, en concreto en materia de responsabilidad de empresas infractoras por los sobrecostes derivados de ilícitos anticompetitivos y soportados por sujetos que se encuentran en niveles inferiores de la cadena de suministro –compradores indirectos–. Abarca tanto los casos de la propia cadena de suministro de la empresa infractora como, en el caso de compradores de la cadena de suministro, las empresas competidoras que, sin ser haber incurrido en infracción del derecho de defensa de la competencia, han incrementado su precio como consecuencia de la conducta anticompetitiva de la infractora (Olmedo Peralta, 2014, pp. 107 y ss.).

Los compradores indirectos están legitimados para reclamar los daños sufridos como consecuencia del sobrecoste soportado por la conducta anticompetitiva de la empresa o empresas infractoras. La consecuente responsabilidad de esas empresas frente a los compradores indirectos constituye una excepción respecto los criterios generales de la causalidad jurídica o imputación objetiva, en concreto respecto al criterio de la prohibición de regreso. En este sentido, la legitimación de los compradores indirectos permite reclamar los daños soportados como consecuencia del sobrecoste directamente a la empresa responsable de la conducta anticompetitiva, en lugar de quedar dicha reclamación circunscrita a la contraparte contractual directa de la víctima del daño. Lógicamente ello supone una ampliación del concepto de relación de causalidad del ordenamiento jurídico interno, en virtud del respeto al principio de efectividad del derecho comunitario de la competencia<sup>26</sup>.

### 3.3.3. El incremento del riesgo

Con arreglo al criterio del incremento del riesgo no puede imputarse a una determinada conducta un concreto evento dañoso, si este hubiera ocurrido igualmente sin ese acto u omisión (Díez-Picazo y Ponce de León, 1999, p. 348).

<sup>25</sup> STS de 5 de marzo de 2009 (rec. núm. 224/2004).

<sup>26</sup> STJUE (Sala Quinta) de 5 de junio de 2014 (TJCE 2014\213), asunto C-557/12, *Kone AG* (NCJ058504).

Para la aplicación de este criterio de exclusión de la imputación objetiva no es suficiente la mera posibilidad de que el evento dañoso se hubiera producido igualmente, sino que debe existir una certeza prácticamente absoluta de que así hubiera sido. Se encuentra en supuestos como el del atropello de una persona que por su grave intoxicación etílica se interpuso en la trayectoria de un camión que estaba realizando una maniobra de marcha atrás en trabajos de explotación minera. El Tribunal Supremo, acercándose a la aplicación de este criterio de incremento del riesgo, consideró irrelevante para la prevención del accidente que el conductor del camión careciera del certificado prescrito en el artículo 117 del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, habida cuenta de que el conductor tenía permiso de las clases A1, A2, B1 y D2<sup>27</sup>.

Otro supuesto, en el que se aplica el criterio del riesgo, es el relativo a los daños sufridos por una persona como consecuencia de la inhalación de emanaciones de gas. Aquí el Tribunal Supremo absolvió a la entidad instaladora demandada, al descartar que la causa eficiente del siniestro pudo «haber sido la omisión de una inspección reglamentaria que debería haber sido practicada a lo largo de un período de cuatro años, durante el cual la instalación del calentador no había tenido lugar, pues dicha inspección no habría permitido comprobar las graves irregularidades de la instalación del aparato que consistían [...] en que el regulador del consumo del calentador no funcionaba adecuadamente y en la carencia de conducto para la evacuación de humos de la dependencia en que había sido situado, produciéndose, por ello, una acumulación de monóxido de carbono que llegó a ser inhalado por la señora M.»<sup>28</sup>.

Sin embargo, en otros supuestos en los que el Tribunal Supremo ha tenido la posibilidad de aplicar el criterio del riesgo ha declarado la existencia de una relación de causalidad entre la conducta y el hecho dañoso. Así se observa en un supuesto de fallecimiento de un bañista en una piscina municipal que carecía de vigilante. El ayuntamiento demandado alegaba que en las circunstancias bajo las que ocurrieron los hechos –el bañista se encontraba en el agua con varios amigos, sumergiéndose bruscamente sin que estos se percatasen–, el ahogamiento se hubiera producido igualmente, aunque hubiera habido vigilante. Casando la sentencia de la Audiencia, el Tribunal Supremo declaró que «en modo alguno puede reputarse conclusión lógica la de que un vigilante profesional, atento por razón de su misión a percatarse de los accidentes que pudieran ocurrir en la piscina, no pudiera darse cuenta en un tiempo prudencial de lo acaecido al hijo de los actores recurrentes»<sup>29</sup>.

En otro supuesto de caída de dos trabajadores en una caldera con agua hirviendo, que era 20 centímetros más baja de lo que disponían las ordenanzas vigentes, la empresa ale-

<sup>27</sup> STS de 8 de octubre de 1998 (rec. núm. 1537/1994 [NCJ044017]).

<sup>28</sup> STS de 27 de diciembre de 2002 (rec. núm. 1772/1997).

<sup>29</sup> STS de 5 de marzo de 1984 (RJ 1984\1198).



gaba que en las condiciones en que se produjo el hecho dañoso este hubiera sucedido igualmente, aunque la caldera tuviera la altura reglamentaria. El Tribunal Supremo acabó señalando que «al ser estas ordenanzas de carácter técnico y redactadas conforme a enseñanzas de esa índole y según la experiencia industrial, es lógico pensar que al establecer una altura determinada y no otra, tendrá una motivación en consonancia con esa "praxis"»<sup>30</sup>.

Tanto en los supuestos de responsabilidad objetiva como en los supuestos de responsabilidad subjetiva, la conducta activa u omisiva o la actividad del sujeto eventualmente responsable no ha supuesto un incremento del riesgo de que acaezca el hecho dañoso. Este se hubiera producido de todas maneras. Sin embargo, en los casos que concurren dos causas a la producción del evento dañoso, y cualquiera de las dos tenga, por sí sola, entidad suficiente para producirlo –causa en sentido jurídico–, ambos cursos causales son imputables, y todas las personas deben responder, sin que puedan ser absueltas sobre la base de que el daño se hubiera producido igualmente sin su conducta (Reglero Campos, 2006b, pp. 358-359).

### 3.3.4. El fin de protección de la norma

Otro criterio de inadecuación causal es el del denominado «fin de protección de la norma en la que se fundamenta la responsabilidad», según el cual no pueden ser objetivamente imputados a la conducta del autor aquellos resultados dañosos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda basarse la responsabilidad del demandado. En consecuencia, solo debe haber imputación causal cuando la situación de la que deriva el daño tiene su origen en la transgresión por el demandado de una norma que imponga un deber o una obligación de seguridad (Díez-Picazo y Ponce de León, 1999, p. 348).

Este criterio se empleó en un litigio en el que varios obreros que estaban trabajando en domingo murieron como consecuencia de la explosión de una fábrica de municiones cercana al lugar del trabajo. El Tribunal Supremo consideró que la infracción de las normas sobre descanso laboral por el empresario no era suficiente para imputarle causalmente los daños, puesto que tales normas persiguen un fin de descanso y no de seguridad. Las normas que imponen el descanso dominical no tienen por finalidad preservar la integridad física de los trabajadores que realizan tareas en un punto próximo a un polvorín que explota en domingo<sup>31</sup>.

Pero es necesario tener presente que para la correcta aplicación del criterio denominado *el fin de protección de la norma* es preciso comprobar cuándo una norma cumple una función de seguridad y cuándo una función de otra naturaleza. Esta distinción puede observarse en un ámbito en el que es especialmente importante la obligación de seguridad para

<sup>30</sup> STS de 25 de mayo de 1987 (RJ 1987\3580).

<sup>31</sup> STS de 22 de febrero de 1946 (RJ 1946\253).



una de las partes en una relación, como es el transporte de personas. En la temprana STS de 30 de enero de 1951<sup>32</sup> se enjuiciaron las lesiones de unos viajeros que se transportaban en un vehículo dedicado al transporte de mercancías. Considerando que la norma que prohíbe este tipo de transporte tiene como función proteger la competencia desleal frente a las empresas destinadas al transporte de viajeros, se estableció que no eran imputables al transportista las lesiones sufridas por los viajeros en un vehículo de transporte de mercancías en un accidente de circulación. Sin embargo, para Reglero Campos (2006b, p. 362), la norma infringida es una norma de seguridad, pues está destinada a evitar el mayor riesgo que supone el transporte de personas en tales condiciones, y a pesar de ello el Tribunal Supremo absolvió al conductor, pero no por consideraciones causales, sino por el carácter fortuito del accidente. Téngase en cuenta que no existía a la sazón una norma como el vigente artículo 1.1 de la LRCSCVM. No obstante, debió haberse declarado la responsabilidad del conductor por transportar personas en unas condiciones de mucho mayor riesgo que las propias de vehículos habilitados para tal actividad.

Aunque la jurisprudencia civil no es homogénea en este sentido, en algunas ocasiones el criterio del fin de protección de la norma se señala expresamente como criterio de decisión. Así, por ejemplo, en un caso de una explosión en una vivienda por manipulación de insecticida fumigante adquirido para desinfección de la misma, el criterio del fin de protección de la norma se manejó explícitamente para afirmar que los defectos de etiquetación de un producto, al no estar relacionados con la utilización inadecuada que dio lugar a una explosión, no permiten imputar objetivamente los daños patrimoniales resultantes al fabricante. Las normas de envasado del desinfectante no informaban adecuadamente de los riesgos de intoxicación. Sin embargo, la causa eficiente del resultado no fue por una deficiente información, sino por la culpa exclusiva de la compradora, lo cual rompe cualquier nexo causal respecto de las responsabilidades de los demás demandados, puesto que las advertencias formuladas en ella eran suficientes para advertir del peligro existente y permitir al usuario formarse una opinión fundada sobre la seguridad que ofrecía el producto, y el fin de protección de la norma de las advertencias ausentes estaba dirigido a evitar intoxicaciones por contacto, inhalación o ingestión, pero no la inflamación de la sustancia, que estaba debidamente informada y que fue a la postre la que materializó el riesgo del resultado<sup>33</sup>.

En otras ocasiones, si bien se resuelve en consonancia con este criterio, no se señala el mismo como fundamento del fallo de manera expresa. En este sentido, en un caso de fallecimiento de un trabajador por el derrumbamiento de estructuras producido con ocasión de unas obras no autorizadas, el Tribunal Supremo consideró que, sin perjuicio de las sanciones administrativas que podía comportar el hecho de haber iniciado la obra sin la oportuna licencia, no es posible «imputar de forma objetiva al promotor la responsabilidad por

<sup>32</sup> RJ 1951\90.

<sup>33</sup> STS de 21 de noviembre de 2008 (rec. núm. 2915/2001 [NCJ048353]).

el accidente causado, puesto que este comportamiento no es suficiente, por sí solo, para atribuir la causalidad jurídica»<sup>34</sup>.

### 3.3.5. La provocación

El criterio de la provocación permite imputar los daños sufridos por una persona, o causados por esta a un tercero en el intento de salvar su vida, su integridad física o sus bienes, o la vida, integridad física o bienes de un tercero, al que culpablemente creó la situación de peligro cierto sobre los bienes jurídicos mencionados (Salvador Coderch y Fernández Crende, 2006, p. 16). Recogiendo un primer ejemplo propuesto por Díez-Picazo y Ponce de León (1999), si una persona resulta lesionada como consecuencia de una persecución a un delincuente, los daños derivados de las lesiones se imputarán objetivamente al delincuente que huía, siempre que la persecución haya sido provocada por la conducta irrazonable del delincuente, atendida la condición del perseguidor –policía–. Otra hipótesis puede ser la de quien ocasiona un accidente de circulación en el que resulta incendiado un vehículo que explota: responderá de la muerte de quien fallezca cuando pretendía salvar a un menor atrapado en ese vehículo; sin embargo, no responderá por la muerte de una persona que intentaba salvar unas maletas (pp. 347-348).

El principio o teoría de la provocación –según el cual permite imputar los daños al que culpablemente creó la situación de peligro– se ha aplicado en casos en que una persona resulta dañada en el ejercicio de su profesión. Aquí se emplea para excluir la imputación objetiva al causante de una daño cuando un profesional (un socorrista de protección civil, un bombero, un policía, etc.) interviene en un curso causal, en el ejercicio ordinario de su profesión, que por su naturaleza implica riesgos. En estos casos los daños que se deriven de su desempeño profesional y que padezca el mismo profesional, como regla general, no pueden ser imputados al autor que dio lugar a la situación que motivó la intervención de la víctima, sino al propio riesgo especial inherente a la profesión.

El Tribunal Supremo, en un caso en el que falleció un bombero con ocasión de su intervención en apagar un incendio, afirmó:

Es cierto que en el incendio está el origen del daño pero el nexo causal que relaciona la muerte del bombero con esta fuente de riesgo desaparece desde el momento en que inicia las labores propias de extinción y el propietario del inmueble queda al margen de actividad desarrollada en su interior, sin posibilidades de control de ningún tipo. La responsabilidad del propietario no debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por el incendio que motivó la intervención de la víctima. El riesgo que esta persona crea se traslada al ámbito de responsabilidad de

<sup>34</sup> STS de 15 de enero de 2008 (rec. núm. 2374/2000 [NCJ042182]).

la víctima, que controla y asume esta fuente de peligro en el ejercicio ordinario de su profesión, con lo que el curso causal se establece entre el ejercicio profesional de este riesgo voluntariamente asumido y el daño producido por el fuego, con la consiguiente obligación de soportar las consecuencias de su actuación. Y si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo u objetivada necesaria para que el demandado deba responder, pese al desgraciado y lamentable accidente sufrido por parte de quien pone su trabajo al servicio de la comunidad<sup>35</sup>.

#### **4. Daños recíprocos con incertidumbre causal en el ámbito de la circulación**

En el ámbito de los daños ocasionados con motivo de la circulación de vehículos a motor en el artículo 1 de la LRCSCVM se establece un doble régimen de imputación de responsabilidad. En materia de daños personales el conductor solo quedara exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos a la culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. Y cuando se trata de daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1902 y siguientes del CC.

Las respectivas pretensiones de resarcimiento por daños personales y por daños materiales quedan, pues, sujetas a distintos presupuestos constitutivos en lo relativo al régimen de responsabilidad del conductor demandado y, por tanto, de distribución de la carga de la prueba. En el caso de daños corporales el conductor demandado incurre en una responsabilidad objetiva atenuada, o responsabilidad por riesgo, lo que equivale a una responsabilidad sin culpa, pudiendo exonerarse si prueba la culpa exclusiva del perjudicado o la concurrencia de fuerza mayor. En cambio, en los supuestos de daños materiales se requiere la concurrencia del elemento subjetivo de la culpa del conductor, por lo que incumbe al perjudicado probar que el daño producido es consecuencia de la culpa o negligencia del otro conductor.

En los supuestos de daños personales debidos a colisión recíproca de vehículos, a falta de prueba del concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicado, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reunida en pleno, en sentencia de 10 de septiembre de 2012, resolvió en el sentido de que ambos conductores abonarán el 100 % de los daños personales reclamados y acreditados por la otra parte<sup>36</sup>. Esta solución, como indica Marín Castán (2021), es

<sup>35</sup> STS de 18 de marzo de 2014 (Roj: STS 981/2014).

<sup>36</sup> STS de 10 de septiembre de 2012 (rec. núm. 1740/2009 [NCJ057543]).

acorde con la exclusión de responsabilidad únicamente por la conducta o negligencia del perjudicado –culpa exclusiva del perjudicado– [LRCSCVM art. 1] y coherente además con la máxima protección de las víctimas de los accidentes de tráfico, ya que de otra forma el conductor de cada vehículo no sería íntegramente indemnizado por sus lesiones (o sus familiares en caso de fallecimiento) con cargo al seguro obligatorio del otro (p. 30).

Con posterioridad la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reunida en pleno, en sentencia de 27 de mayo de 2019, completa esta doctrina jurisprudencial para los supuestos de daños materiales. El régimen de la responsabilidad civil no se funda ya en el principio de solidaridad social de protección a las víctimas de los accidentes de tráfico, sino en el de la culpa o negligencia del conductor causante del daño. Así, en los supuestos de versiones contradictorias de las partes con incertidumbre casual cada conductor ha de asumir la indemnización de los daños del otro vehículo en un 50 %<sup>37</sup>.

La STS de 10 de septiembre de 2012 determina el mismo efecto para los daños personales de los conductores y de sus acompañantes. Los daños personales de cada conductor y acompañantes son compensados, en la cuantía correspondiente según el baremo, por la aseguradora de la responsabilidad civil del otro conductor. El conductor del vehículo A es objetivamente responsable de la totalidad de los daños personales del conductor y acompañantes del vehículo B, y el conductor del vehículo B es objetivamente responsable de los daños personales de conductor y acompañantes que viajaban en el vehículo A. En ambos casos, los daños personales de conductor y acompañantes del vehículo B, cuya indemnización es a cargo del vehículo A, son compensados por el seguro obligatorio de responsabilidad civil del conductor del vehículo A, y a la recíproca con los daños personales del conductor y acompañantes del vehículo B. Se produce plena compensación con arreglo al baremo a todas las víctimas, y el riesgo de estos daños personales será absorbido por las aseguradoras, lo cual es una asignación deseable de riesgo (Gómez Pomar, 2019, pp. 7 y 8).

En cuanto a los daños en los bienes, la STS de 27 de mayo de 2019 tiene como efecto que, de los daños materiales asociados al vehículo conducido por A, la mitad hayan de ser indemnizados por el conductor del vehículo B, que serán cubiertos por su seguro obligatorio de responsabilidad. El efecto recíproco se producirá en relación con los daños materiales ligados al vehículo de B. Esta solución reconduce la mitad de los daños materiales de la colisión al seguro obligatorio de responsabilidad civil del otro vehículo. Como indica Gómez Pomar (2019), de no canalizarse a través de la responsabilidad civil del otro conductor, los daños materiales no encontrarían compensación o únicamente en lo cubierto por el seguro de daños propios del vehículo (p. 8).

<sup>37</sup> STS de 27 de mayo de 2019 (rec. núm. 2999/2016 [NCJ064046]).

Con las soluciones adoptadas por el Tribunal Supremo se optimizan los niveles de compensación de daños y de asignación eficiente de riesgos. La citada jurisprudencia cumple una conveniente función distributiva, porque existe un seguro obligatorio que pagará los costes de la incertidumbre causal y porque las aseguradoras ya han descontado esta contingencia de incertidumbre en el cálculo de la prima. Además, culpa y causalidad confluyen al límite.

## 5. Culpa y causalidad en una hipótesis de esfera óptima de responsabilidad

Las reflexiones expuestas hasta aquí deberían hacer sospechar que la relación de causa a efecto entre una acción y un daño, por sí misma, no juega un papel determinante en la imputación de la responsabilidad civil, evidenciando razones de eficiencia en los supuestos de responsabilidad sin «causalidad material» y de «causalidad material» sin «causalidad jurídica». Además, en una sociedad donde la información es por lo general imperfecta, resulta más eficiente que solo se impute un resultado dañoso a una conducta cuando la realización de esta incrementa *ex ante* la probabilidad de que el daño se produzca. Lo decisivo ya no es haber causado un daño, sino haber creado cierto riesgo de que este se produjera (Doménech Pascual, 2005, p. 69).

Partiendo de una concepción instrumentalista de la causalidad, Shavell (1980) no se pregunta sobre el impacto directo de la exigencia de conexión fáctica sobre los incentivos del agente dañador para tomar medidas (pp. 463 y ss.). En su lugar, observa que la exigencia de causalidad produce el efecto inmediato de limitar el alcance de la responsabilidad. Los agentes solo tienen la obligación de reparar algunos de los daños que son consecuencia de sus acciones, y ello puede ser positivo por dos motivos. Por un lado, porque limitar el ámbito de la responsabilidad reduce los costes administrativos, es decir, aquellos asociados con el uso del proceso judicial para cobrar una indemnización. Y, por otro lado, porque la limitación de responsabilidad puede traer efectos económicos deseables cada vez que una responsabilidad más amplia genere incentivos para no abandonar actividades socialmente beneficiosas. Aunque debe tenerse en cuenta también que esa limitación del ámbito de la responsabilidad hace que el agente dañador pierda algunos de sus incentivos para comportarse diligentemente y que no tenga ninguna razón para evitar ciertos daños que, en otras circunstancias, evitaría. A fin de cuentas, que sea eficiente reducir el alcance de la responsabilidad de esta manera dependerá de que la magnitud de los daños generados por la medida no supere al ahorro en costes administrativos. Un sistema óptimo intentaría lograr un equilibrio entre estos dos factores.

El establecimiento de la esfera óptima de responsabilidad –el conjunto de daños de los que una persona debe responder– debería llevarse a cabo ponderando los costes y los beneficios de excluir o incluir un daño en esa esfera. Como explica Doménech Pascual (2019), incluir un determinado tipo de daño en la esfera óptima de responsabilidad civil resultará eficiente si posibilita la adopción de precauciones que permitan reducir el riesgo de que el

daño se produzca. La causalidad material constituye un requisito previo de la citada inclusión, pues una medida preventiva que no hubiera evitado cierto tipo de daños no reduce el riesgo de que estos tengan lugar. De ahí también que aquellos daños causados de hecho por una negligencia que, sin embargo, no incrementó *ex ante* la probabilidad de ocasionar daños de ese tipo tampoco deban incluirse dentro de la referida esfera de responsabilidad. En ambos casos, dicha inclusión podría desincentivar a los potenciales causantes de realizar actividades socialmente beneficiosas (pp. 16-17).

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

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

En cambio, la regla de la responsabilidad por culpa con causalidad distorsiona en menor medida los incentivos de los potenciales causantes para que adopten la diligencia óptima y exigible. En el supuesto de que la conducta no alcance la diligencia óptima y exigible, solo se responsabiliza al demandado de los daños que hubiera podido evitar adoptando el estándar de diligencia exigible. La asimetría entre los errores por defecto y por exceso se elimina o al menos se reduce de manera considerable. Manteniéndose constantes el resto de las variables, ambos tipos de errores tienen el mismo coste, por lo que los potenciales causantes no tienen incentivos para tomar de manera sistemática precauciones demasiado costosas e ineficientes, con el fin de evitar, sobre todo, los errores por defecto. Si la dili-

gencia adoptada es inferior a la considerada óptima, no se responderá por todos los daños, solo se responderá de los daños que se produzcan entre la diligencia adoptada y la exigible. Si la diligencia adoptada es superior a la considerada óptima, cabe entender que el coste esperado de la eventual responsabilidad es muy próximo al que comporta la elevación de la diligencia por encima de la socialmente deseable (Doménech Pascual, 2019, p. 189).

## 6. A modo de conclusión

El significado y el cometido de la relación de causalidad tiene una mejor comprensión desde el marco de las conductas socialmente deseables que desde las teorías y categorías empleadas usualmente en el discurso del derecho de daños.

Resulta deseable distinguir entre causalidad y negligencia, pues un concepto no implica el otro.

En una sociedad cada vez más robotizada y con más riesgos, la regla de la responsabilidad por culpa con causalidad resulta más eficiente que la de la responsabilidad por culpa sin causalidad.

## Referencias bibliográficas

- Acevedo Prada, R. D. (2013). Una mirada a la responsabilidad civil española: el régimen subjetivo. *Revista Científica Guillermo de Ockham*, 11(2), 79-8.
- Arcos Vieira, M. L. (2005). *Responsabilidad civil: nexos causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*. Aranzadi.
- Cavanillas Mújica, S. (1987). *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*. Aranzadi.
- Cossío Corral, A. (1966). La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del Derecho español. *Anuario de Derecho Civil*, 3, 527-554.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1999). *Derecho de daños*. Civitas.
- Doménech Pascual, G. (2005). La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 125, 65-99.
- Doménech Pascual, G. (2019). Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. En especial, del Derecho de daños. *InDret*, 2.
- García Amado, J. A. (2015). Sobre causalidad y otros mitos doctrinales en la responsabilidad por daño extracontractual. *Almacén de Derecho*.
- García-Ripoll Montijano, M. (1999). Comentario al artículo 118. En M. Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo IV. Edersa.

- Gómez Pomar, F. (2019). La posición del Tribunal Supremo sobre el coste de los accidentes de tráfico y la incertidumbre. *InDret*, 3.
- Marín Castán, F. (2021). Jurisprudencia consolidada y vigente del Tribunal Supremo en los pleitos por daños. En M. J. Herrador Guardia (Dir.), *Derecho de daños* (pp. 17-51). Lefebvre-El Derecho.
- Olmedo Peralta, E. (2014). Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (*umbrella pricing*). Una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la Competencia. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 15, 107-130.
- Pantaleón Prieto, A. F. (1990). Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. En VV. AA., *Centenario del Código Civil*, vol. II (pp. 1561 a 1591). Centro de Estudios Ramón Areces.
- Paredes Castañón, J. M. (1998). Función de control de riesgos y responsabilidad penal por imprudencia: la responsabilidad personal de los altos cargos de la Administración en el «Caso de la Colza». *Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales*. Aranzadi (BIB 1998\1067).
- Reglero Campos, L.F. (2006a). Los sistemas de responsabilidad civil. En L. F. Reglero Campos (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil* (pp. 211-248). Aranzadi.
- Reglero Campos, L. F. (2006b). El nexo causal. Las causas de exoneración de la responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas. En L. F. Reglero Campos (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil* (pp. 339-549). Aranzadi.
- Ruda González, A. (2003). La responsabilidad por cuota de mercado a juicio. *InDret*, 3.
- Salvador Coderch, P. y Fernández Crende, A. (2006). Causalidad y responsabilidad. *InDret*, 1.
- Schäfer, H. B. y Ott, C. (1991). *Manual de análisis económico del Derecho civil*. Tecnos.
- Shavell, S. (1980). An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts. *Journal of Legal Studies*, 9(3), 463-516. <https://www.journals.uchicago.edu>.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Dykinson.





# La poligamia, el islam y los derechos fundamentales. Visión bajo el prisma europeo y estatal

**Nagore Embeita Izaguirre**

*Profesora investigadora*

*Departamento de Economía y Gestión.*

*Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea*

[nagore.embeitia@ehu.eus](mailto:nagore.embeitia@ehu.eus) | <https://orcid.org/0000-0003-0740-9776>

## Extracto

Este artículo analiza la ley islámica en el ámbito específico de una de las cuestiones de mayor trascendencia religiosa en el derecho de familia, la poligamia. Su posible incompatibilidad con los principios y valores de nuestro ordenamiento jurídico, y la necesaria salvaguarda de los derechos de la mujer y del menor, nos lleva a aplicar el concepto de orden público atenuado.

Se intentará analizar si el matrimonio poligámico debe ser rechazado por ser una institución contraria al orden público, al vulnerar el principio de igualdad y no discriminación entre sexos.

**Palabras clave:** ley islámica; poligamia; derechos de la mujer; discriminación.

Fecha de entrada: 15-12-2021 / Fecha de aceptación: 24-01-2021

**Cómo citar:** Embeita Izaguirre, N. (2022). La poligamia, el islam y los derechos fundamentales. Visión bajo el prisma europeo y estatal. *Revista CEFLegal*, 256, 59-76.



# Polygamy, islam and fundamental rights. Vision under the European and state prism

Nagore Embeita Izaguirre

## Abstract

This article analyzes Islamic law in the specific field of one of the matters of greatest religious significance in family law, polygamy. Its possible incompatibility with the principles and values of our legal system, and the necessary safeguarding of the rights of women and children, prompts us to apply the concept of attenuated public order.

An attempt will be made to analyze whether polygamic marriage should be rejected as an institution contrary to public order by violating the principle of equality and non-discrimination between the sexes.

**Keywords:** islamic law; polygamy; women's rights; discrimination.

**Cómo citar:** Embeita Izaguirre, N. (2022). La poligamia, el islam y los derechos fundamentales. Visión bajo el prisma europeo y estatal. *Revista CEFLegal*, 256, 59-76.



## Sumario

1. Consideraciones iniciales
  2. La poligamia en el ordenamiento jurídico español
  3. La poligamia y los derechos fundamentales
  4. La eventual legalización de la poligamia en España: realidad o mito
  5. Consideraciones finales
- Referencias bibliográficas



## 1. Consideraciones iniciales

Nos encontramos ante una sociedad multicultural en la que uno de los mayores desafíos, incluido el de nuestro derecho, es afrontar e integrar el escenario que deriva de la rápida evolución desde una cierta uniformidad cultural-religiosa hacia un paisaje de diversidad en el que el islam ha hecho notar su presencia. La posibilidad de la convivencia entre ambas culturas se asienta sobre dos pilares: la aceptación de un mínimo común definido en materia de derechos humanos y, junto a él, el respeto y la integración de la diversidad.

Y ante este escenario, cabe recordar que *per se* el derecho internacional se formó sobre la base de los intereses y concepciones de los Estados de cultura europea, y ante dicha premisa, la multiculturalidad, en cierta forma erosiona el carácter eurocéntrico del ordenamiento, y ante dicha relativización solo cabe buscar soluciones para integrar de una forma ordenada y pacífica la sociedad multicultural.

Ante el entorno mencionado, la figura de la poligamia aparece como una figura potencialmente atentatoria al orden público, pudiendo tener su fundamento en el supuesto enfrentamiento a la moralidad pública, la dignidad de la mujer y, sobre todo, el principio de igualdad de trato y no discriminación que la Constitución española establece en su artículo

14. Pero se debe analizar si el hecho de prohibirla puede ir en contra del derecho a la libertad religiosa, también constitucionalmente reconocido (Lema Tomé, 2003).

Parece que, desde el ámbito del derecho internacional, existe cierta repulsa a la poligamia, en el sentido de entenderla contraria al orden público (Monéger, 1990). Así se observa cómo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se convierte en uno de los textos principales a tener en cuenta, al haber sido su contenido incorporado al Tratado de Lisboa. Aun cuando no contiene una referencia expresa a la poligamia, en ella se establece que la dignidad humana es inviolable, debiendo ser respetada y protegida, y que ello pudiera conllevar la incompatibilidad de su admisión.

Tal y como destaca la profesora Cervilla Garzón (2019, p. 247), la poligamia se coloca en un plano de igualdad con otros delitos particularmente graves, en cuanto a situaciones que merecen un particular rechazo, lo que manifiesta que, de existir un orden público a nivel comunitario, es sin duda contrario a esta situación.

Asimismo, y en cuanto al posible ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en caso de matrimonios poligámicos, la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003<sup>1</sup>, en el artículo 4.4 sobre el derecho a la reagrupación familiar determina que «en caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge».

El mencionado es otro ejemplo más de que la poligamia se considera contraria al orden público comunitario (Ghassan Ascha, 1997).

A nivel internacional, diversos pactos y declaraciones han reafirmado el necesario posicionamiento de hombres y mujeres en situación de igualdad jurídica. En tal sentido se manifiestan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>2</sup>, que en su artículo 3 establece que:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23.4, establece que:

<sup>1</sup> DOUE núm. 251, de 3 de octubre de 2003, pp. 12-18.

<sup>2</sup> BOE núm.103, de 30 de abril de 1977, pp. 9.343-9.347.

Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Y en el sentido indicado, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 16 establece que:

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

Por ello, resulta claro el manifiesto rechazo de la desigualdad entre el hombre y la mujer y los mecanismos de protección para evitar dichas desigualdades.

También es de destacar el contenido de la Resolución del Parlamento Europeo «sobre la inmigración femenina: papel y situación de las mujeres inmigrantes en la Unión Europea»<sup>3</sup>, en la cual se insta Estados miembros a que velen porque todos los actos violentos cometidos contra mujeres y niños, en particular los matrimonios forzados, la poligamia o la mutilación genital femenina, entre otros, sean objeto de sanciones eficaces y disuasorias.

Sobre el contenido de esta resolución es también significativa la respuesta dada en el Parlamento Europeo a preguntas sobre las acciones emprendidas en el marco de la Unión Europea sobre la poligamia y la situación de las mujeres y niños afectados por ella<sup>4</sup>, afirmandose, en relación con la situación de los niños, la necesidad de tener siempre en cuenta su mejor interés, aun cuando no forma parte de su jurisdicción la adopción de reglas sobre el régimen matrimonial.

En el sentido indicado tenemos la pregunta parlamentaria escrita de Cristiana Muscardini (UEN) a la Comisión el 14 de mayo de 2008(E-2691/08), en la que se preguntaba sobre la elaboración de un estudio sobre la poligamia y la situación de las mujeres con una posible intervención de los Estados miembros para evitar la comisión de abusos contra las mujeres islámicas y garantizar el respeto en virtud de la legislación de nuestros países. Pues bien, la respuesta del Parlamento Europeo fue la siguiente<sup>5</sup>:

<sup>3</sup> 2006/2010 (INI).

<sup>4</sup> E-3321/10, efectuada por Marielle de Sarnez de forma escrita.

<sup>5</sup> La respuesta original está en francés, por lo que esta es una traducción propia, aproximada al texto original.

La Comisión considera que la lucha contra la violencia contra la mujer debe convertirse en una prioridad en la actividad policial en todos los países europeos. En este contexto la Comisión apoya plenamente el trabajo del Parlamento en este ámbito, del que es miembro Su Señoría. Como el objetivo más importante en este ámbito es la protección de todas las mujeres en la Unión Europea y en nuestras relaciones exteriores, la Comisión, dentro del alcance de sus poderes, continuará tomando todas las medidas apropiadas para combatir cualquier abuso sufrido por las mujeres. La Comisión no tiene jurisdicción para adoptar normas sobre los términos del matrimonio, por lo tanto, ella no tiene la intención de estudiar la poligamia.

Esto es, parece que la intención de protección de los derechos humanos, entre ellos, la discriminación de la mujer, está perfectamente identificada y avalada por la institución europea, pero a la hora de la puesta en práctica de normas o al menos directrices sobre medidas de adopción para paliar dicha discriminación, Europa da marcha atrás en temas de «índole casera», como pudiera ser la problemática de la poligamia, dejando la regulación en manos de los Estados miembros.

Es más, la mencionada parlamentaria, Cristiana Muscardini, vuelve nuevamente con otra pregunta parlamentaria el 20 de abril de 2009, E-2706/2009, en relación con el problema que suscita la libre circulación de las personas, dado que esta podría conllevar la desaparición de una serie de prohibiciones previstas en la Ley por motivos de seguridad y orden público, aludiendo al caso de que un inmigrante que obtenga la ciudadanía europea y se reúna con todas sus esposas podría posibilitar *de facto* la poligamia en Europa.

Sobre la base de dicha reflexión, la Sra. Muscardini llega a afirmar que<sup>6</sup>

aceptar que la poligamia es el producto de una cultura, en vez de una elección machista cómoda e interesada, equivaldría a aceptar lo que tan hipócritamente se afirma acerca de la mutilación genital femenina, a saber, que se trata de una tradición cultural, y no de un atentado contra el derecho de las mujeres a su integridad física y psíquica.

Y ante dicha afirmación su pregunta es si no considera la Comisión que debería prohibirse expresamente la poligamia.

Pues bien, la Comisión, representada por el Sr. Barrot, en su respuesta de 26 de mayo de 2009<sup>7</sup>, vuelve a no querer entrar en el fondo del asunto respecto a la prohibición co-

<sup>6</sup> La lengua original de la pregunta es el italiano. Publicado en el DOC 189 de 13 de julio de 2010.

<sup>7</sup> Publicada de DOC 189 de 13 de julio de 2010.



munitaria de la poligamia, señalando que el derecho comunitario no exige que los Estados miembros reconozcan plenamente los matrimonios polígamos contraídos legalmente en un país cuando estos puedan estar en conflicto con su ordenamiento jurídico.

Por ello, se observa que a nivel comunitario parece que la poligamia se considera contraria al orden público comunitario, pero sin el soporte documental normativo que así lo establezca como tal, dejando nuevamente a cada Estado miembro que solucione el problema ante la poligamia.

## 2. La poligamia en el ordenamiento jurídico español

A nivel estatal, el ordenamiento jurídico español lleva a concluir que la poligamia es contraria al orden público, bien desde el punto de vista constitucional, porque atentaría contra el artículo 14, al conllevar a una situación de desigualdad de trato entre hombres y mujeres, así como contra el artículo 9 de la Constitución, que insta a los poderes públicos para que la igualdad de los individuos sea real y efectiva. Asimismo, el Código Civil español establece en su artículo 462 que no pueden contraer matrimonio los que están ligados con vínculo matrimonial, siendo en tal caso el matrimonio considerado como nulo (art. 73.2 Código Civil).

Por otra parte, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, prohíbe la reagrupación de más de un cónyuge en territorio español, aunque su ley personal permita esta modalidad matrimonial (art. 17).

Y, para terminar, como exponente claro a la repulsa que esta situación produce al ordenamiento jurídico español, se tipifica como delito en el Código Penal, en su artículo 217, «el que contrajere segundo o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste el anterior».

Así se ha manifestado la jurisprudencia española, en la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 4 de febrero de 2019<sup>8</sup>, que recoge lo establecido por el Tribunal Supremo en su sentencia, Sala Tercera, Sección 6.ª, de 19 de junio de 2008 (rec. núm. 6358/2002):

«Esta Sala hubo de afrontar ya un caso similar de denegación de concesión de la nacionalidad española por la poligamia del solicitante. Se trata de la STS de 14 de julio de 2004. Se sostuvo entonces que no hay discriminación en consi-

<sup>8</sup> ECLI:ES:AN:2019:465.



derar que el polígamo no satisface el requisito del "suficiente grado de integración en la sociedad española" del art. 22.4 CC, ya que no es lo mismo residir en España –algo que solo se podría prohibir al polígamo si una ley española así lo previese–, que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas».

No toda situación personal extraña al ordenamiento jurídico español implica necesariamente un insuficiente grado de integración en nuestra sociedad. Sin embargo la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que aparentemente repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (art. 12.3 CC); entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia, y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquellas a estos.

Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un «suficiente grado de integración en la sociedad española». (En el mismo sentido, Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, Sentencia de 20 octubre 2014, rec. núm. 826/2013; Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, Sentencia de 16 de diciembre de 2014, rec. núm. 1103/2013; Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2013, rec. núm. 136/2011).

Por el contrario, el Código de Familia de Marruecos permite la poligamia<sup>9</sup>. En efecto, el varón en este caso (porque se admite solo la poliginia, esto es, el hombre), puede contraer válido matrimonio simultáneamente hasta con cuatro esposas, de acuerdo con el derecho marroquí, tal y como destacan los autores M. C. Foblets y M. Loukili (2006)<sup>10</sup>: la poligamia no ha desaparecido; el varón, en efecto, puede contraer válido matrimonio simultáneamente hasta con cuatro esposas en el derecho marroquí.

Entonces, tenemos las dos realidades que coexisten en un país como España, donde el flujo migratorio marroquí es muy importante en los últimos años. Tal y como hemos destacado anteriormente, el derecho español no admite la poligamia e incluso está recogida

<sup>9</sup> El texto de la *Mudawwana* (<http://www.icafe.com/docs/estrangeria/documents/fmarr>).

<sup>10</sup> También Labaca Zabala (2008).

como delito prohibido y castigado por el artículo 217 del Código Penal español. Este artículo, dentro del capítulo de matrimonios ilegales, recoge que «el que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior [...] y establece una la pena de prisión de seis meses a un año».

Para Moretón Toquero (2001), el tipo penal de bigamia incluiría los supuestos de bigamia y poligamia. Así, tenemos que actualmente la bigamia es una auténtica reliquia del derecho penal. Ahora bien, si se tiene en cuenta el principio de intervención mínima del derecho penal, sería conveniente analizar si por el hecho de que exista una sanción civil de nulidad, y en virtud del bien jurídico tutelado, si tiene cabida la tutela penal o bastaría con la mera tutela civil.

Así, la intervención del derecho penal ha ido descendiendo, y se ha ido avanzando en el camino de la despenalización en delitos como el adulterio. Como manifiesta el profesor Quintero Olivares (2016), que cuestiona la intervención jurídico-penal y sitúa el límite en que debería estar bajo la tutela jurídico-penal en situaciones en que se vulneren derechos subjetivos concretos. E, incluso, cabría pensar en una despenalización completa, pese a su raigambre histórica, porque los derechos de los terceros de buena fe estarían tutelados conforme a la legislación civil.

El ordenamiento jurídico español considera que la poligamia genera una situación de desigualdad entre hombres y mujeres contraria al artículo 14 de la Constitución de 1978. El derecho de familia español arranca, en efecto, del principio básico de la monogamia matrimonial, de modo que la poligamia atenta contra la dignidad constitucional de la mujer<sup>11</sup>.

En esta línea, la DGRN entiende que «un matrimonio poligámico [...] atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer» (RDGRN [27.<sup>a</sup>] de 23 de enero de 2015 [matrimonio de senegalés], RDGRN [28.<sup>a</sup>] de 23 de enero de 2015 [matrimonio de ciudadano de Gambia], RDGRN [2.<sup>a</sup>] de 6 de febrero de 2015 [matrimonio poligámico de ciudadana de Gambia], RDGRN [33.<sup>a</sup>] de 6 de febrero de 2015 [matrimonio poligámico en Senegal], entre otras muchas)<sup>12</sup>.

Asimismo, el derecho español no admite la celebración de un matrimonio poligámico ante autoridades españolas, puesto que la aplicación de la ley extranjera (Ley nacional del contrayente, art. 9.1 CC), que permite en teoría la celebración de dichos matrimonios, resulta frontalmente contraria al orden público internacional español.

<sup>11</sup> SAN CA de 5 de abril de 2011 [JUR 2011\134086].

<sup>12</sup> Vid. RDGRN [27.<sup>a</sup>] de 23 de enero de 2015 [BIMJ 19 de agosto de 2015]; RDGRN [33.<sup>a</sup>] de 6 de febrero de 2015 [BIMJ 19 de agosto de 2015]; RDGRN [2.<sup>a</sup>] de 6 de febrero de 2015 [BIMJ de 19 de agosto de 2015].

A mayor abundamiento, tampoco se admite la validez en España de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero, puesto que admitir en España el efecto constitutivo de estos matrimonios produce, también, resultados contrarios al orden público internacional español (art. 12.3 CC).

En España, aun a pesar de que en la actualidad existe una gran apertura en la nueva configuración de familia, tal y como lo señala H. Muir Watt (2001)<sup>13</sup>, ciertos modelos de familia no tienen cabida, tal y como recoge el autor Campliglio (1990, 2008, 2011 y 2012)<sup>14</sup>, dado que no se ajustan a los valores que marca la Constitución.

Esos modelos de familia no ajustados a los ejes constitucionales pueden ser perfectamente válidos y legales en otros países. Sin embargo, cuando los particulares invocan en España los efectos jurídicos de un matrimonio poligámico (= un modelo de familia «no occidental») se produce una contradicción valorativa, tal y como señala Bucher (2000)<sup>15</sup>.

Un matrimonio celebrado en el extranjero es válido en España si se ajusta a la ley que regula su celebración en cuanto a la capacidad nupcial (art. 9.1 CC: ley nacional de cada contrayente), consentimiento matrimonial (de nuevo art. 9.1 CC: ley nacional de cada contrayente) y forma del matrimonio (arts. 49 y 50 CC). Es decir, un matrimonio celebrado en otro país es válido en España si respeta los requisitos legales establecidos por las leyes a las que remiten las normas de conflicto españolas. Eso significa que, en principio, si el segundo matrimonio (poligámico) del ciudadano marroquí se ha ajustado a la ley a la que remite el artículo 9.1 y el 49-50 del CC, que es la ley marroquí, deberá ser reconocido y tenido por válido en España.

### 3. La poligamia y los derechos fundamentales

Con carácter general, la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>16</sup>, reconoce a los extranjeros el disfrute de los derechos y libertades recogidos en el título I de la Constitución, y determina que su ejercicio ha de realizarse «en condiciones de igualdad con los españoles» (art. 3.1).

<sup>13</sup> También Calvo Caravaca (2001, pp. 11-22).

<sup>14</sup> También D. Cohen. (1989). *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français*. RCDIP, 451-483.

<sup>15</sup> Similares consideraciones en Bucher (2004).

<sup>16</sup> Publicado en el BOE núm. 10 de 12 de enero de 2000.

Sin embargo, el mismo precepto inmediatamente puntualiza que su interpretación debe hacerse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)<sup>17</sup> y demás tratados internacionales vigentes para España en esta materia, y recoge que los extranjeros no podrán alegar «la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas» (art. 3.2).

En este escenario se puede analizar el problema que la poligamia suscita desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si partimos de que el matrimonio poligámico constituye una manifestación de los derechos a la libertad religiosa y a la vida familiar, su ejercicio debe respetar los límites impuestos por otros principios básicos, como es, en el ordenamiento jurídico español, la igualdad de los cónyuges en el ámbito matrimonial (art. 32 CE).

Así, desde un carácter general, el derecho a la igualdad sí posee la condición de derecho fundamental (art. 14 CE), y nuestros tribunales se han mostrado rotundos a la hora de aplicarlo en el ámbito matrimonial. Al respecto, hay que señalar que el TEDH, si bien admite como constitutivos de «núcleo familiar» diversos vínculos (matrimonios y parejas de hecho), deja en manos de cada Estado el reconocimiento de determinados matrimonios, como los poligámicos y los homosexuales.

El Tribunal de Estrasburgo admite como constitutivos de vida familiar diversos vínculos, tanto jurídicos como fácticos, protegiendo tanto al matrimonio como a las parejas de hecho. Sin embargo, establece que determinadas modalidades, como los matrimonios poligámicos u homosexuales, dependerán de su reconocimiento en el Estado demandado (Soto Moya, 2008). Según su razonamiento, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950<sup>18</sup> no rechaza la poligamia, que puede entenderse incluida en el concepto de «vida familiar» (art. 8), pero el tribunal reconoce la facultad de los Estados de preservar su cultura monógama, por considerarlo un fin legítimo incluido en el de la protección de la moral o los derechos y libertades de otros.

En consecuencia, los Estados no están obligados a reconocer el matrimonio poligámico, pero pueden optar por incluirlo en su ámbito de protección a la familia matrimonial monógama. La regulación del matrimonio constituye una materia que entra dentro de sus com-

<sup>17</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

<sup>18</sup> Publicada en el BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999 la Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

petencias legislativas, por lo que puede prohibir la poligamia y no están obligados por el convenio a reconocer los matrimonios poligámicos si los consideran contrarios a su orden jurídico (García Rodríguez, 2002).

## 4. La eventual legalización de la poligamia en España: realidad o mito

La eventual legalización de la poligamia en España podría plantearse en el marco de nuestro actual sistema matrimonial, habida cuenta de su capacidad para integrar concepciones tan divergentes como las que progresivamente ha ido incorporando (matrimonio disoluble, matrimonio homosexual). Sin embargo, existe un obstáculo insalvable para la admisión en nuestro ordenamiento del matrimonio poligámico reconocido por las legislaciones islámicas: su carácter profundamente discriminatorio.

No cabe plantear la consagración legislativa de una institución solo permitida al varón, pues ello conculcaría el principio básico de igualdad de nuestro ordenamiento en general y nuestro sistema matrimonial en particular (arts. 1, 14 y 32 CE).

Desde esta óptica, es fácilmente previsible que semejante planteamiento igualitario del matrimonio poligámico no habría de ser bien recibido por los propulsores de su legalización, toda vez que sus demandas se dirigen únicamente a la modalidad de poligamia que consagran los ordenamientos islámicos, es decir, lo que estrictamente se denomina poliginia.

A la vista de lo cual, la colisión del matrimonio poligámico con nuestro orden público matrimonial quedaría estrictamente reducida a dos principios: el tan reiterado principio de la monogamia y el derecho a contraer matrimonio en condiciones de igualdad contenido en el artículo 32.1 de la CE (Orejudo Prieto de los Mozos, 2002, pp. 2-7).

Asimismo, para justificar el rechazo del matrimonio poligámico por el ordenamiento jurídico español se alegan motivos económicos y fiscales, tales como las ayudas que podrían llegar a optar las familias poligámicas ante la insuficiencia del salario laboral del esposo poligámico, las deducciones fiscales que se podría aplicar en el ámbito del IRPF o los incrementos de gastos de educación sanidad, o incluso las pensiones de viudedad que se verían abocadas a aumentar las partidas presupuestarias del gasto público.

En consecuencia, la negativa del Registro Civil a acoger los matrimonios poligámicos persiste aun cuando se acredite que el primer vínculo matrimonial haya sido ya disuelto en el momento de solicitar la inscripción, con independencia del motivo que haya producido dicha disolución.

El rechazo registral a estos matrimonios se basa, pues, en su nulidad radical, siendo indiferente a estos efectos que el primer matrimonio, válido a los ojos del ordenamiento español, esté inscrito o no en el Registro Civil. Además de coherente con los artículos 46.2 y 73.2 CC, esta postura tiene una función preventiva, puesto que una inscripción del segundo matrimonio cerraría definitivamente la puerta a la inscripción del primero, único válido para el ordenamiento español. Se trata, en esencia, de la aplicación estricta del principio de legalidad, que impide la inscripción de un matrimonio nulo<sup>19</sup>. En ocasiones, el rechazo registral al matrimonio poligámico va aún más allá, impidiendo la inscripción del propio polígamo como español, pese a haberle sido concedida la nacionalidad<sup>20</sup>.

Respecto a la jurisprudencia registral, parece haber cierta contradicción en la utilización del concepto de orden público. Así, a veces parece proteger el elemento esencial de «la dignidad constitucional de la mujer», impidiendo la inscripción registral de la poligamia. Sin embargo, a pesar de poder ser el matrimonio islámico igualmente atentatorio contra el derecho fundamental consagrado en el artículo 10 de la CE, sí puede acceder al Registro Civil, sin que en este caso lo impida la dignidad constitucional de la mujer, que también a menudo se ve conculcada por esta modalidad matrimonial.

Así, otra contradicción de la práctica registral española en materia de poligamia es que tiende a aceptar el repudio como forma válida de disolución del primer matrimonio con vistas a la inscripción del segundo; y a la inversa, rechaza dicha inscripción cuando no se haya acreditado el repudio efectivo de la primera esposa<sup>21</sup>.

En esta tesitura se encuentra en España el Tribunal Supremo ante la figura de la poligamia y su examen práctico. Nuestro alto tribunal está bailando entre dos aguas, en el sentido de si aplica o no en su integridad en España la ley marroquí que admite el matrimonio poligámico, que pudiera producir un daño a los principios jurídicos básicos sobre los que se asienta la convivencia y cohesión de la sociedad española. Por otro lado, si descarta completamente la aplicación del derecho marroquí designado por la norma de conflicto, y aplica, en su lugar, el derecho sustantivo español, conduce a resultados negativos. Pues bien, como ambas soluciones son negativas, el legislador español ha escogido «la solución menos perversa» (*the lesser of two evils; ex malis eligere minima*). Es el orden público internacional atenuado. El orden público solo interviene en la medida necesaria para garantizar los valores esenciales de la convivencia en sociedad, conforme a los principios y derechos

<sup>19</sup> RDGRN de 27 de octubre de 2006 (JUR 2008\54773).

<sup>20</sup> RDGRN de 14 de septiembre de 1994 (RJ 1994\8876), que confirma la negativa del juez del Registro Civil Central a practicar la inscripción de nacimiento de un marroquí que adquirió la nacionalidad española teniendo dos esposas marroquíes.

<sup>21</sup> RDGRN de 27 de abril de 1999 (RJ 1999\10147).

fundamentales previsto en el título I de la Constitución. En este sentido se ha reconocido por el más alto tribunal pensiones de viudedad por partes iguales a las dos esposas legítimas y simultáneas de un trabajador polígamo que residía en forma legal en nuestro país. Incluso, es de destacar que, existe un criterio definido por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social a través del que se reconoce la pensión de viudedad a las esposas simultáneas de polígamos marroquíes. Esto es, no se acepta el efecto nuclear del matrimonio poligámico, pero sí los efectos atenuados o periféricos que no atentarían directamente contra el orden público internacional.

## 5. Consideraciones finales

En el caso de los matrimonios poligámicos que han sido celebrados legalmente conforme a las leyes de su país y se solicita su reconocimiento ante el Estado español, el hecho de que por este se alegara, en aras de la salvaguarda del orden público internacional, que no se reconoce ningún efecto a este tipo de matrimonios, se podría genera una situación injusta.

Por ello, si se acepta la aplicación plena de la excepción de orden público internacional, lleva a la inaplicación de la ley determinada por las normas de conflicto españolas, provocando de esta manera situaciones injustas, concretamente cuando dicha institución sea válida a efectos del ordenamiento jurídico extranjero.

A pesar de ello, como ya lo hemos señalado, los tribunales españoles han ido más allá, por ejemplo, en casos de reconocimiento de pensión de viudedad por partes iguales a las dos esposas legítimas y simultáneas de un trabajador polígamo, por lo que de todo ello se concluye que, en ocasiones, los tribunales y demás órganos de nuestro país sí son sensibles al reconocimiento de ciertos efectos a los matrimonios polígamos celebrados en forma legal, con base en la ley personal de sus integrantes.

Dentro de los efectos jurídicos derivados de los matrimonios poligámicos, hay que distinguir entre los efectos nucleares, que son claramente contrarios al orden público español, y los efectos denominados como periféricos, cuya práctica no vulnera los principios jurídicos amparados por el orden público internacional español.

El reconocimiento de estos derechos se hace a través del «orden público internacional atenuado». Este sería necesario para permitir que ciertos efectos jurídicos derivados del matrimonio poligámico se hagan valer en España. En el sentido indicado, existen ciertos efectos jurídicos derivados de los matrimonios poligámicos que no serían contrarios al ordenamiento jurídico del Estado español, entre otros, los ya mencionados: a) la reagrupación familiar del segundo o ulteriores cónyuges, b) los derechos sucesorios de la segunda o ulterior esposa, c) el derecho de alimentos y pensión compensatoria posdivorcio

para el segundo y sucesivos cónyuges, d) la filiación de los hijos comunes, e) el régimen económico del matrimonio poligámico y f) el derecho a la pensión de viudedad por las distintas esposas.

Asimismo, ante una institución jurídica extranjera controvertida como pudiera ser el repudio o la poligamia, los correspondientes órganos jurisdiccionales habrán de enjuiciar, para decidir si va a ser o no operativa la cláusula de orden público internacional.

Y si el señalado reconocimiento lleva implícito una vulneración del derecho a la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el momento de la disolución del matrimonio, o de cualquier otro derecho humano fundamental (como es el caso del derecho a la dignidad de la persona), habrá de denegarse el reconocimiento solicitado (o, al menos, procederse a un reconocimiento parcial, denegando el reconocimiento de la pretensión jurídica concreta que produce dicha vulneración), sin que el órgano jurisdiccional pueda tener en cuenta otro tipo de circunstancias, ya que las mismas no pueden en ningún caso primar sobre el necesario respeto de los derechos humanos fundamentales. De este modo, se garantiza no solo el respeto de los derechos humanos fundamentales, sino, además, un cierto grado de seguridad jurídica.

Por todo ello, entiendo que la cohesión de la multiculturalidad solo podrá fundarse en un esfuerzo permanente contra las más diversas formas de exclusión social y en el reconocimiento del pluralismo de los individuos que caracteriza a nuestras sociedades, aceptando no solo su derecho a construir sus identidades en el ámbito privado, sino también en el espacio. No querer ver lo mencionado puede acabar generando políticas de homogeneización forzada que provoquen formas de radicalización de los grupos a los que se deniega el reconocimiento de su identidad particular (Belloso Martín y Julios Campuzano, 2008).

Convivir es aceptar, respetar y valorar en positivo la diferencia, sí, pero exige también un recíproco esfuerzo de adecuación a la sociedad en la que vives y que te acoge. La identidad de las naciones es más fuerte cuanto más apueste por ser abierta, integradora y respetuosa con sus diferencias interiores, porque una nación cívica debe basar su fuerza en una concepción inclusiva de la identidad, como sociedad de ciudadanos, que valora su pluralismo interno y su complejidad social (Aldecoa Luzarraga, 2000, p. 216).

Y ello supone aceptar que ciertas prácticas como la poligamia, el repudio, la ablación, las formas de discriminación de la mujer o la imposición de matrimonios no son admisibles sencillamente desde una óptica de protección de los derechos fundamentales. Y cuando hablamos de derechos humanos no existe una «occidentalización» de los mismos ni una supuesta supremacía de los valores de nuestra civilización: los derechos humanos han de ser los mismos en Kabul o en Berlín, en Damasco que en Roma.

No se trata, por tanto, de defender lo nuestro como algo mejor o superior que lo foráneo. La barrera, la frontera a la aplicación de esas prácticas debe situarse en la exigencia



del respeto a la dignidad de la persona, y debemos excluir toda forma de discriminación amparada en supuestas inercias históricas, y, por supuesto, con independencia de la nacionalidad.

## Referencias bibliográficas

- Aldecoa Luzarraga, F. (2000). *El sistema político internacional ante la globalización. Luces y sombras de la globalización*. Universidad Pontificia de Comillas.
- Belloso Martín, N. y Julios Campuzano, A. de. (2008). *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho? Pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*. Dykinson.
- Bucher, A. (2000). La famille en droit international privé. *RCADI*, 283, pp. 19-186.
- Bucher, A. (2004). *Le couple en droit international privé*. Helbing & Lichtenhahn,
- Calvo Caravaca, I. (2001). *Mundialización y familia*.
- Campiglio, C. (1990). Matrimonio poligámico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo. *RDIPP*, 853-908.
- Campiglio, C. (2011). Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato. *RDI*, 1.029-1.064.
- Campiglio, C. (2008). Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana. *RDIPP*, 43-76.
- Campiglio, C. (2012). Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar. *CDT*, 5-21.
- Cervilla Garzón, M. D. (2019). Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema español de Seguridad Social. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 11(1).
- Cohen, D. (1989). La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français. *RCDIP*, 451-483.
- Foblets, M. C. y Loukili, M. (2006). Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: Quelles implications pour les Marocains en Europe? *RCDIP*, 3, 521-555.
- García Rodríguez, I. (2002). La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia). En A. Rodríguez Benot (Dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al islam* (pp. 143-220). Cuadernos de Derecho Judicial, VIII. Consejo del Poder Judicial.
- Ghassan Ascha, M. (1997). *Polygamie et repudiation en islam. Justifications des auteurs arabo-musulmans contemporain*.
- Labaca Zabala, M. I. (2008). El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español. *Noticias Jurídicas*.
- Lema Tomé, M. (2003). Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España. *Migraciones Internacionales*, 2(2), 149-170.
- Monéger, F. (1990). La polygamie en questions. En j. c. p., *Doctrine*, 3460, La semaine juridique, Ed. G., 37.
- Moretón Toquero, A. (2001). *Matrimonios ilegales*. Bosch.



Orejudo Prieto de los Mozos, P. (2002). *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*. Aranzadi.

Quintero Olivares, G. (2016). *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. (10.<sup>a</sup> ed.). Aranzadi.

Soto Moya, M. (2008). Mujer inmigrante marroquí: reagrupación familiar. En *La situa-*

*ción jurídico-familiar de la mujer marroquí en España* (pp. 131-154). Instituto Andaluz de la Mujer.

Watt, H. M. (2001). Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (Aspects de Droit International Privé).

# Requisitos que exige la homologación judicial de la sentencia extranjera

Comentario a la STS de 14 de marzo de 2022

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

La sentencia seleccionada para comentar tiene indudable importancia, al tratarse de una situación que se tiende a dar en los procedimientos civiles, como es el procedimiento dirigido al reconocimiento y ejecución de una sentencia dictada en país extranjero.

El supuesto de la sentencia es el siguiente: la madre de un menor solicita el reconocimiento y ejecución de una sentencia dictada en Colombia, en cuya virtud atribuyó a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad, privando de ella al padre del menor. No consta en el procedimiento ante los jueces de Colombia la realización de concretas gestiones dirigidas a localizar al padre del menor. La madre inició el procedimiento, que recayó en un juzgado de familia de Madrid. Era en esta localidad en la que nació el menor donde vivían los padres que tenían la nacionalidad española. A requerimiento del juzgado reiteró que desconocía el paradero del padre del menor, por estar rotas la relaciones hacía tiempo. El menor además figuraba con nombre distinto al que constaba en la documentación del Registro Civil, siendo requerida para que aportara la resolución del Registro Civil del cambio del nombre del menor en España. Ello provocó que el juzgado de familia inadmitiera a trámite la solicitud, por no haber subsanado el defecto.

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 30 de abril de 2022).

La sentencia fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Madrid, a lo que se opuso el Ministerio Fiscal, al tratarse el reconocimiento interesado referido a un menor distinto del que aparece en el Registro Civil español. Asimismo manifestó que debía desestimarse el reconocimiento interesado, dado que el demandado no fue citado personalmente. La audiencia inadmitió la solicitud por no haberse dictado la sentencia cuyo reconocimiento se solicitaba con la citación personal, requisito de orden público, por tanto, de observancia ineludible.

Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, la actora presentó recursos extraordinarios por infracción procesal y casación. Respecto del primero, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto al acceso a la jurisdicción, así como por vulneración del artículo 218 de la LEC por incongruencia omisiva, el de casación por infracción del artículo 46 b) de la Ley de cooperación jurídica internacional y del artículo 27 referido al derecho a la educación.

En primer lugar, respecto del derecho a la tutela judicial efectiva referido al acceso a la jurisdicción debe decirse lo siguiente. Que el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, ha señalado reiteradamente que, para apreciar una indefensión vulneradora del artículo 24.1 de la Constitución española resulta necesario que la situación en que esta haya podido producirse no se haya generado por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio descuido, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia (sentencias 575/2014, de 27 octubre [NCJ059075]; 22/2017, de 17 de enero [NCJ062378], o 236/2020, de 2 de junio [NCJ064833], entre otras, con cita de la jurisprudencia constitucional).

El Tribunal Constitucional, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, ha manifestado que es de naturaleza prestacional y de configuración legal, de modo que solo puede ejercerse por los cauces que el legislador, respetando el contenido esencial del derecho, haya querido articular, pues es a él a quien le incumbe configurar el marco normativo en el cual ha de desarrollarse la actividad judicial, y más concretamente el proceso, en cuyo seno opera tal derecho fundamental directamente encaminado a la obtención de una respuesta motivada a las pretensiones ejercitadas por los litigantes (SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, y 195/2007, de 11 de septiembre [NCJ042394]). No obstante, con la finalidad de alcanzar la mayor eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva surge la correlativa obligación constitucional, que debe ser observada, por parte de los jueces y tribunales, de aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales, teniendo siempre en cuenta el fin perseguido por el legislador al establecerlos, y evitando cualquier exceso formalista que los convierta en meros obstáculos procesales impeditivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la CE, y así la sentencia del Tribunal Constitucional 69/1990 señala que «los Tribunales deben atender a un criterio teleológico, es decir, a una razonable ponderación del medio en que consiste el requisito y el fin que con él se persigue, evitando la preponderancia de lo que es solo instrumento con mengua de la finalidad última de la función jurisdiccional». Habrá de acudir a la técnica de la subsanación, que permita atender a la voluntad de cumplimiento, aplicable a los supuestos de irregularidades formales o vicios de escasa importancia, por cumplimiento defectuoso, debido a un

error o equivocación disculpable y no malicioso, que no genere consecuencias definitivas (SSTC 222/1982, de 25 de enero de 1983, y 95/1983, de 14 de noviembre).

Este principio aparece consagrado en el artículo 231 de la LEC, cuando dispone que «el Tribunal y el Letrado de la Administración de Justicia cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes», así como en el artículo 11.3 de la LOPJ, que recoge:

Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes.

En este sentido, la STS 298/2016, de 5 de mayo (NCJ061487), expone que «el Tribunal Constitucional ha entroncado la subsanación de este tipo de defectos con las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, que impide que las pretensiones de un litigante sean rechazadas con base en un defecto subsanable». Y todo ello sin perjuicio de la distinción entre acto omitido y acto defectuoso. En definitiva, los juzgados y tribunales deberán observar el principio de proporcionalidad, que impone un tratamiento jurídico distinto a los diversos grados de defectuosidad de los actos procesales, con criterios favorables a una tutela efectiva.

A dicho principio hace referencia la STC 107/2005, de 9 de mayo, cuando dispone que los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial, han de

llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando en sus decisiones la debida proporcionalidad entre la irregularidad cometida y la sanción que debe acarrear, y procurando, siempre que ello sea posible, la subsanación del defecto o irregularidad a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial.

[Y se añade que] debe atenderse a la entidad del defecto y a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, así como a su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso. E igualmente debe atenderse a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 41/1992, de 30 de marzo; 64/1992, de 29 de abril; 331/1994, de 19 de diciembre, y 145/1998, de 30 de junio).

Lo que no significa, sin embargo, incurrir en los excesos de un criterio antiformalista, que conduzca a prescindir de los requisitos establecidos por las leyes procesales, pero tampoco significa que quepa elevar cualquier defecto procesal a causa de inadmisión. En

definitiva, en la proporcionalidad está la solución y la guía en el derecho a la tutela judicial efectiva de rango constitucional.

Es oportuno recordar la consolidada doctrina constitucional, que sostiene que el derecho a acceder a los recursos legalmente establecidos, contrariamente al derecho a acceder a la jurisdicción, no nace directamente de la Constitución, sino que se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, reconocido en el artículo 24.1 de la CE, dentro de la configuración que reciba de las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso, siendo incluso posible que no existan, salvo en materia penal (SSTC 105/2006, de 3 de abril, FJ 3.º [NCJ041373]; 149/2015, de 6 de julio, FJ 3.º [NFJ059173], y 166/2016, de 6 de octubre, FJ 3.º [NCJ061731]).

En definitiva, el principio *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, cuando se trata de acceder a la jurisdicción, que en las sucesivas instancias, cuando se intentan utilizar los recursos de nuestro sistema procesal (SSTC 204/2012, de 12 de noviembre [NCJ057549], y 166/2016, de 6 de octubre [NCJ061731]).

Con estas consideraciones puede decirse que no se ha infringido el derecho que se dice vulnerado, sino que la existencia de un requisito de orden público, como es que la sentencia extranjera cuyo *exequatur* se interesa, se ha pronunciado en rebeldía del demandado, por lo que no pudo comparecer en el proceso ni actuar en el ejercicio de su derecho de defensa, y en este sentido es clave también el artículo 46.1 de la Ley de cooperación jurídica internacional cuando dispone que no se reconocerán las resoluciones extranjeras. Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cedula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.

También debe destacarse el artículo 54.4 de la mencionada ley cuando recoge que la demanda se ajustará a los requisitos del artículo 399 de la Ley de enjuiciamiento civil, y deberá ir acompañada del «documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cedula de emplazamiento o el documento equivalente».

De lo expuesto se debe concluir se puede decir que la decisión está plenamente amparada en la ley, por lo que el derecho a la tutela judicial es efectivo en su aspecto referido al acceso a la jurisdicción, que no fue vulnerado en ningún caso.

En lo que refiere a la incongruencia omisiva, según jurisprudencia reiterada (SSTS 61/2022, de 1 de febrero, y 611/2021, de 20 de septiembre), en el proceso civil rige el principio de justicia rogada, al que se refiere el artículo 216 de la LEC, y el de congruencia del artículo 218.1 de la LEC. El primero se suele identificar como la suma del principio disposi-

tivo y del principio de aportación de parte, y supone para el órgano judicial la exigencia de resolver los asuntos «en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales». La manifestación última de estos principios en el proceso civil es el deber de congruencia que, según recuerda la sentencia 611/2021, se viene entendiendo por la jurisprudencia como la necesaria correlación que ha de existir «entre los pedimentos de las partes, oportunamente deducidos, y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir (SSTS 548/2020, de 22 de octubre [NCJ065162]; 87/2021, de 17 de febrero, y 562/2021, de 26 de julio, entre otras muchas)», de forma que, como también reitera la 61/2022, el órgano judicial no pueda «otorgar cosa distinta a la solicitada, ni más de lo pedido, ni menos de lo resistido». También recuerda la sentencia 611/2021 que el principio de congruencia tiene su manifestación o proyección en segunda instancia en la regla «*tantum devolutum quantum appellatum* (se transfiere lo que se apela), conforme al cual el tribunal de apelación solo debe conocer de aquellas cuestiones que le han sido planteadas en el recurso, como establece el artículo 465.5 de la LEC».

También ha declarado que las sentencias desestimatorias no pueden incurrir en incongruencia, pues resuelven sobre todo lo pedido (STS 297/2018, de 23 de mayo [NCJ063470]), y respecto de las absolutorias solo serán incongruentes cuando la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el órgano judicial (STS 722/2015, citada por la 622/2019) y, en fin, que no hay incongruencia omisiva cuando el silencio judicial puede interpretarse razonablemente como desestimación implícita.

Parece claro que la sentencia recurrida en casación no es incongruente, sino que resuelve la petición realizada por la parte con respecto a los requisitos que exige el *exequatur* de sentencia extranjera, en concreto sobre un requisito que es que el procedimiento no se haya seguido en rebeldía, valorando las circunstancias del emplazamiento, y cuyo requerimiento no fue contestado por la apelante mediante la aportación de la documentación oportuna a la que se refiere la Ley de cooperación jurídica internacional en el artículo mencionado más arriba, resolviendo la cuestión con aplicación de los preceptos legales y los presupuestos exigidos.

En ese sentido debe decirse que el demandado no compareció por propia voluntad en el procedimiento, cuya sentencia pretende la parte que se homologue, sino que, por el contrario, no fue citado con todos los requisitos legales, impidiéndole intervenir en el proceso y defender sus derechos e intereses, por lo que la inadmisión fue correctamente acordada, al faltar el requisito necesario: permitir mediante la correcta notificación y emplazamiento intervenir en el proceso para poder ejercer los derechos que le correspondían.

Por último, en relación con la vulneración del derecho a la educación, resulta evidente, en primer lugar, que no se está en presencia de un procedimiento para el ejercicio de de-

rechos fundamentales, y en segundo lugar, que el ejercicio de ese derecho no precisa de la privación de la patria potestad, pues, en los casos de ausencia o imposibilidad del otro progenitor se atribuye al otro progenitor, y en los supuestos de separación se ejercerá por el progenitor con el que conviva el menor, sin que en el caso de la sentencia haya impedimento alguno para que la actora pueda matricular a su hijo en un centro escolar como representante legal de su hijo, y ello en aplicación de los artículos 156 y 154.2.º del Código Civil.

Por tanto, la sentencia recurrida en casación y por infracción procesal no hace sino aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo para desestimar el recurso presentado, por ser la resolución dictada por la audiencia provincial ajustada derecho.





# Los retos tecnológicos de la Administración: oportunidades y riesgos

**Laura Iturrate Aresté**

*Técnico superior de la Administración General de la Junta de Andalucía*

*Especialidad en gestión financiera*

*Experta universitaria en Administración pública*

<https://orcid.org/0000-0003-0587-0040>

**María Isabel Fuentes Sánchez**

*Diplomada en Trabajo Social por la Universidad de Salamanca*

*Personal laboral en excedencia de la Junta de Extremadura*

<https://orcid.org/0000-0003-1950-4172>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Juan Antonio Xiol Ríos, doña Lucía Casado Casado, don Gabriel Domenech Pascual, doña Alicia González Alonso, don José Damián Iranzo Cerezo y don Fabio Pascua Mateo.

## Extracto

En el presente trabajo se pretende reflexionar sobre la irrupción de las nuevas tecnologías, aceleradas en el contexto de pandemia, la respuesta de las Administraciones públicas antes esta realidad y el marco regulatorio al amparo del que han de desarrollarse las políticas públicas, con especial énfasis en los riesgos que de su desarrollo se puedan derivar para el conjunto de la ciudadanía, especialmente en la nueva forma de exclusión social que supone la brecha digital.

**Palabras clave:** exclusión; vulnerabilidad; desconexión; desigualdad.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

**Cómo citar:** Iturrate Aresté, L. y Fuentes Sánchez M.<sup>a</sup> I. (2022). Los retos tecnológicos de la Administración: oportunidades y riesgos. *Revista CEFLegal*, 256, 83-112.



# The technological challenge of public bodies: risks and opportunities

Laura Iturrate Aresté

María Isabel Fuentes Sánchez

## Abstract

This paper reflects on the rise of the new technologies, revved up in the pandemic context, the Public Bodies answer to that reality and the regulations framing the public policies, with an emphasis on the risk their implementation may bring on the citizens, specially in the new form of social exclusion the digital divide entails.

**Keywords:** exclusión; vulnerability; disconnection; inequality.

**Citation:** Iturrate Aresté, L. y Fuentes Sánchez M.<sup>a</sup> I. (2022). Los retos tecnológicos de la Administración: oportunidades y riesgos. *Revista CEFLegal*, 256, 83-112.



## Sumario

### Introducción

#### 1. La innovación tecnológica. Marco referencial

##### 1.1. El derecho a la igualdad

##### 1.2. El derecho a una buena Administración

##### 1.3. El ciudadano en el núcleo de las políticas públicas de innovación y la perspectiva ética en la orientación de los servicios públicos

#### 2. Los riesgos de la innovación tecnológica

##### 2.1. Nociones de exclusión social

##### 2.2. Brecha digital y exclusión social

##### 2.3. Brecha digital en España

#### 3. Conclusiones

#### Referencias bibliográficas



## Introducción

La revolución digital que comenzó hace décadas ha irrumpido en todos los sectores. Sin lugar a dudas, la crisis sanitaria que nos ha sobrecogido por el coronavirus SARS-CoV-2 ha obligado a acelerar el escenario de una Administración que debía ajustarse a las nuevas necesidades impuestas por el contexto de pandemia, y en que se ha hecho necesario un acercamiento digital a la ciudadanía.

Todos estos hechos que han acontecido, y que aún vivimos, han supuesto un desafío para el conjunto de la humanidad en todos los niveles, y a los efectos que nos ocupan, en la necesidad de una Administración más ágil, eficiente, garantista y accesible al conjunto de la ciudadanía sin excepción.

Desde que se declarase el estado de alarma la proliferación de normas y medidas ha sido incesante, en un contexto de confinamiento en el que la población no podía desplazarse por las restricciones de movilidad establecida, por lo que el recurso a internet ha sido crucial para mantener la información.

No en vano, la integración y adaptación al mundo digital ya se integraba en la agenda política de todos los gobiernos europeos, aunque la irrupción del coronavirus ha puesto en evidencia que las políticas desarrolladas en España no estaban a la altura para afrontar la magnitud a la que nos enfrentamos.

En el ámbito educativo, las escuelas cerraron, los niños y niñas tuvieron que ir a sus casas a mantener sus clases en un sistema de educación *online*, con los recursos, capacidades y habilidades de que cada uno disponía.

La Administración pública cesó la atención presencial y con ello se vio obligada a paralizar gran parte de su tramitación administrativa, mediante la suspensión de plazos adminis-

trativos y procesales, lo cual se llevó a efecto con la aprobación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, implantando a marcha forzada el teletrabajo en una Administración con una escasa digitalización.

En el ámbito sanitario, es claro el envite sufrido por los centros sanitarios de todos los niveles asistenciales, atención primaria y secundaria, que han teniendo que hacer frente a una presión asistencial desmesurada, con la necesidad de suspensión de gran parte de la actividad asistencial y mediante el diseño acelerado de nuevos circuitos y planes de contingencias para dar cobertura a una situación inédita, bajo nuevas fórmulas en sustitución de la atención presencial, cuando ha sido posible, o demorando en otros casos la asistencia.

Y en este contexto en el que aún vivimos inmersos cabe afirmar que ya no hay vuelta atrás y que la adaptación a un contexto digital no admite mayor dilación.

La pandemia ha demostrado que en pleno siglo XXI no hay cabida para un mundo sin digitalizar y que se trata de una necesidad de primer orden, con todos los retos que ello conlleva.

Desde el sector público y desde las Administraciones públicas, debe existir una obligación en liderar este proyecto y en perseguir una Administración ágil, eficiente, accesible y segura para todos los colectivos que conforman la ciudadanía.

Con ello se pretende conseguir una Administración que sirva de instrumento útil para la gestión de las políticas públicas y para la prestación de bienes y servicios públicos, a la par que la innovación tecnológica ha de ser un recurso desde la perspectiva de la planificación y evaluación, puesto que la ingente cantidad de datos de los que dispone la Administración pública ha de ser instrumento de planificación y evaluación de su actividad e introducir fórmulas de gobernanza que den mejor respuesta a los intereses generales y demandas de la sociedad.

Con todo ello, es anhelable un proyecto que consagre a una Administración ágil, eficiente y accesible con capacidad de planificar conforme a los datos disponibles, poniendo el acento en la importancia de garantizar un acceso universal a estos servicios, entendiendo ello como la verdadera capacidad de la ciudadanía de poder hacer uso de los nuevos medios que se ponen a su disposición.

## 1. La innovación tecnológica. Marco referencial

Cuando hablamos de innovar en la Administración, debemos centrar nuestra atención en cambiar y modificar los elementos existentes con el fin de mejorarlos; se trata de evolucionar hacia algo nuevo y romper los esquemas tradicionales en los que se ha enmarcado la relación Administración - ciudadanía.

Consiste en reformular las viejas estructuras y las formas de trabajar para dar cabida a la implantación de las nuevas tecnologías e ideas en la ordenación de las relaciones de la ciudadanía con la Administración, sin merma ni quiebra de derechos.

Así las cosas, los cambios han de encuadrarse en el conjunto del ordenamiento jurídico vigente y para su implantación es razonable que la misma se realice en condiciones de igualdad y en el marco del derecho a una buena Administración.

## 1.1. El derecho a la igualdad

Se trata de un derecho de primer orden y que goza de especial tutela en los Estados democráticos de derecho.

No en vano, se sitúa en el texto de nuestra Constitución entre el elenco de derechos fundamentales, que son aquellos derechos y libertades que posee toda persona por el solo hecho de ser tal, y que se encuentran reconocidos y garantizados por el ordenamiento jurídico.

Concretamente, el artículo 14 del texto de la Constitución es el que regula este derecho, y señala literalmente: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Cualquier vulneración de este derecho, sin que se justifique en una causa objetiva, es una transgresión, y en este aspecto, cuando nos referíamos a la importancia de la accesibilidad universal en el uso de los nuevos recursos tecnológicos, tenemos que señalar que los avances han de alinearse con el efectivo derecho a su realización y con el deber de proporcionar los recursos, capacidades y habilidades para que se hagan efectivos, sin discriminación de ninguna clase.

Así, resulta esencial que todas las personas en sus relaciones con la Administración tengan facilidad en el acceso a la información y asegurar la equidad en los servicios y prestaciones de carácter público, sin poner en riesgo el principio de igualdad, considerado desde una doble vertiente: el acceso propio a herramientas y recursos digitales y al concepto de alfabetización y capacitación digital, cuestiones en las que abundaremos más adelante.

En sede administrativa, encontramos algunas alusiones a este principio de igualdad en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, aunque de forma muy somera.

Así, en el preámbulo de la Ley 39/2015 se alude a la necesidad de garantizar el adecuado equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y la imprescindible salvaguarda de los derechos de los ciudadanos para que puedan ejercerse en condiciones básicas de igualdad.

Por su parte, la Ley 40/2015, en el artículo 140, y en sede de principios de relación interadministrativa, establece específicamente en la letra h) el principio de garantía e igualdad en el ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos en sus relaciones con las diferentes Administraciones.

El Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, introduce igualmente en su preámbulo el principio de accesibilidad (ya introducido por las anteriores leyes) mediante el diseño de servicios electrónicos que garanticen la igualdad y no discriminación en el acceso de las personas usuarias, con especial mención a las personas mayores y personas con discapacidad, estableciéndose asimismo en el artículo 2, letra b):

b) El principio de accesibilidad, entendido como el conjunto de principios y técnicas que se deben respetar al diseñar, construir, mantener y actualizar los servicios electrónicos para garantizar la igualdad y la no discriminación en el acceso de las personas usuarias, en particular de las personas con discapacidad y de las personas mayores.

Sin embargo, preocupa especialmente la protección de este derecho a la igualdad, por el riesgo de desigualdad social que el confinamiento ha puesto «sobre la mesa» sobre una transformación digital poco meditada y acompañada de una escasa capacitación del conjunto de la ciudadanía, que puede encontrar ante todo ello un paso más en la complejidad que de por sí ya arrastraban las relaciones entre la Administración y la ciudadanía.

Ilustramos ello con evidencias contrastadas en el periodo de confinamiento, pese a la escasez de estudios que hemos encontrado en términos analíticos de estos datos y que pueden resultar muy interesantes para establecer un diagnóstico y marcar una hoja de ruta en cuanto a la capacitación y dotación de medios para el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad, más allá de la implantación de soluciones carentes de proyección y coyunturales que no sean medibles ni sostenibles.

En materia de ayudas sociales, los datos oficiales publicados por el Imserso<sup>1</sup> en un estudio de la evolución de la gestión 2014-2020, de las pensiones no contributivas de la seguridad social y de las prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad, en el análisis de evolución de las solicitudes presentadas de pensiones no contributivas, modalidad jubilación e invalidez, revelaban que tras la elevada demanda producida en el primer año de vigencia de las PNC, sobre todo a partir de 1994, se producía una tendencia mantenida en el periodo 2014-2020, que registraba globalmente un descenso medio del 3,10 % anual, con leves aumentos en 2015 y 2016 y un notable incremento en el año 2019.

<sup>1</sup> <https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/evolges20142020.pdf>

Sin embargo, resalta el dato registrado en el año 2020, en pleno contexto de pandemia, con un descenso del 20,34 % de las peticiones de solicitud, que el propio informe vincula a la situación sanitaria motivada por la pandemia provocada a causa de la covid-19.

Resulta ilustrativo que en informe similar referente a los años 2015-2021<sup>2</sup> se pone de manifiesto la tendencia creciente de solicitudes de prestaciones no contributivas en el año 2021.

Ello invita a una reflexión acerca de las dificultades que han podido encontrar los posibles beneficiarios de las mismas para la presentación de solicitudes en un contexto marcado por la suspensión de la actividad presencial en las Administraciones públicas, y es razonable pensar que la presentación a través de medios telemáticos no es el sistema de elección más utilizado para este tipo de usuarios.

Similares circunstancias se pueden inferir del examen de la puesta en marcha del ingreso mínimo vital en el mes de junio de 2020, tras su aprobación mediante el Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo. Una norma que aprobaba una prestación, cuyo análisis y oportunidad había sido objeto de examen por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF) en el Estudio de los programas de rentas mínimas en España, y sin embargo sorprendía su aprobación precipitada, que ha precisado de ajustes normativos posteriores, revelando inicialmente una falta de contemplación real de las características de la población a la que se dirigía, puesto que según los datos de la Seguridad Social, a finales de agosto de 2020 apenas se había podido resolver un 20 % de las solicitudes presentadas.

Se realizaban así modificaciones en la norma y en las herramientas de gestión con introducción de modificaciones para eliminar el control de requisitos previos e introducción de elementos de interoperabilidad, a fin de evitar obligaciones a las personas solicitantes de las mismas, por ser información que ya obraba en poder de la Administración, como ha sido el cruce masivo de datos de titulares y beneficiarios de las solicitudes con los que obran en el padrón, para poder obtener la información padronal de forma automática y con ello aliviar que el ciudadano tenga que solicitar estos documentos a los municipios para su presentación.

La realidad es que la norma inicialmente aprobada reproducía muchos de los errores de la gestión de las rentas de inserción social autonómicas, que con diferente deriva en cada una de las comunidades autónomas han participado de un común denominador en cuanto a una complicada gestión, con multitud de requisitos a comprobar, que a la postre la hacen demasiado lenta y burocrática. En el informe de renta mínimas publicado por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, disponible en la página web del Ministerio<sup>3</sup>, se relacionan las diferentes normativas con cada uno de sus requisitos y se exponen los sistemas de información disponibles para la gestión de cada una de ellas, apreciándose que muchas

<sup>2</sup> <https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/evolges20152021.pdf>

<sup>3</sup> <https://www.msrebs.gob.es/ssi/familiasInfancia/ServiciosSociales/RentasMinimas.htm>



de ellas no integran la gestión en los sistemas de información propios de servicios sociales y tampoco se conectan con otros sistemas de información, como los de educación y empleo, con lo cual no se aprovechan los datos existentes, y con ello se impone una carga al administrado que para muchos de ellos es complicada de asumir por falta de habilidades, lo que lo excluye del sistema y genera vulnerabilidad.

La puesta en marcha del ingreso mínimo vital, por otra parte, ha sido un exponente de este factor de desigualdad en el acceso a los recursos tecnológicos, pues en el momento de su aprobación la petición de la prestación aludida requería el uso de algún dispositivo con acceso a red o datos móviles del que se debía disponer y saber utilizar, lo que ignora la situación de partida de parte de la población a la que se destina.

Es reseñable que, en el ámbito de gestión de algunas comunidades autónomas, se han sucedido reformas normativas urgentes para dar respuesta a las situaciones de falta de atención presencial en la Administración y a la realidad del colectivo en riesgo de exclusión social de acceso a dispositivos para la realización de trámites *online*.

Así, por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Andalucía, para la ayuda de la gestión de la renta mínima de inserción social de Andalucía, apostaba, en el contexto de alarma declarado, por una Administración de tipo más proactiva, con medidas adoptadas de oficio por la Administración para la gestión de las referidas prestaciones, en casos tasados, e incluso con habilitación a los trabajadores sociales de los servicios sociales comunitarios para la presentación de solicitudes en las modalidades de urgencia o emergencia social, en representación de la persona titular, por aplicación del Decreto-ley 10/2020, de 29 de abril, por el que se establecían medidas extraordinarias y urgentes de flexibilización administrativa en materia de ayudas en el ámbito del empleo y medidas complementarias con incidencia en el ámbito económico, local y social como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (covid-19). Este tipo de medidas de una Administración proactiva sería deseable que se incluyese en la hoja de ruta de las políticas de innovación a desarrollar y que no se limitasen a un periodo de urgencia como el experimentado en el confinamiento. Aprender de lo vivido para mejorar.

En el ámbito sanitario, se han implementado nuevas formas de atención telefónica y sistema de gestión de citas no presencial, con un deficitario conocimiento de la población del uso de los sistemas telemáticos para ello, lo que ha hecho que las diferentes Administraciones en sus páginas web de información hayan realizado baterías de preguntas frecuentes y respuestas para orientar a la ciudadanía en el uso de estas nuevas fórmulas, aun a sabiendas que hay un importante volumen de población que no dispone de medios de autenticación para el acceso a este tipo de servicios.

Otras dificultades en materia de atención sanitaria se han producido, por ejemplo, con el colectivo de personas sordas, que ante una atención médica telefónica se han encontrado excluidas del sistema, cuestiones que ya habían sido advertidas hace años en el Informe realizado por un equipo de investigación del Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé

de las Casas», al amparo de un convenio de colaboración con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales –Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familia y Discapacidad–, y la Universidad Carlos III de Madrid, que data del año 2005, bajo el título «El significado de la accesibilidad universal y su justificación en el marco normativo español» (MTAS, 2005), en el que ya se advertía de los obstáculos en el acceso a internet y la necesidad de desarrollar sistemas de voz-texto para personas sordas, que han visto mermada su atención médica, en el contexto de pandemia, por una restricción absoluta de la atención presencial.

En el ámbito de la educación, y según se recoge en el informe especial «Actuaciones ante la pandemia de Covid-19», presentado por el Defensor del Pueblo estatal en su comparecencia ante la Comisión Mixta de Relaciones con el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales (2020), el pasado 26 de noviembre de 2020, para explicar las quejas de los ciudadanos y las actuaciones de la institución durante la pandemia de la covid-19, se ponían de manifiesto las numerosas quejas a las que habían debido enfrentarse los docentes, los alumnos y sus familias, tras la suspensión de las actividades lectivas presenciales, que debieron continuar con una enseñanza *online*, para la que no se encontraban preparados y para la que muchos carecían de recursos, y de esta manera alertaba la Defensoría del Pueblo del compromiso que ello puede conllevar en cuanto al acceso a la educación en condiciones de igualdad y equidad. E igualmente se incide en la necesidad de mejorar las competencias digitales para promover la igualdad de oportunidades y en la dotación de más y mejores recursos al conjunto de la comunidad educativa.

En el ámbito de los servicios sociales se ha publicado un estudio en el mes de septiembre de 2020 por el Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP, 2020), bajo el título «Los Servicios Sociales ante la pandemia: Retos, desafíos y respuestas hacia la nueva normalidad», que realiza un monitoreo del impacto de la covid-19 sobre los servicios sociales, en el que se exponen las nuevas formas de atención que se han implantado en el confinamiento a través de la atención telefónica y otras soluciones arbitradas, como los correos electrónicos, disminuyendo de forma sustancial la atención presencial.

Se destaca del informe la necesidad que ha existido de recolocar a personal para poder seguir tramitando las ayudas económicas, y se cita literalmente:

Como nota positiva, se menciona por varias trabajadoras sociales que la situación de excepcionalidad hizo que se simplificaran los procedimientos para tramitar estas ayudas, especialmente en lo referente a la verificación de documentos –ya que no era posible llevar el original–. Ante la avalancha, para poder atender tanto a las de antes como a las nuevas personas demandantes, se ha partido de la confianza en la gente, se ha utilizado cualquier medio disponible o todos juntos (ej. fotos de documentos hechos con el móvil y enviados por WhatsApp) y con esa dinámica se ha logrado salir adelante. Sería importante analizar qué se puede mantener con esta mayor agilidad en la tramitación, y hasta qué punto la base de confianza funcionaria también en la normalidad.

Se culmina el informe con algunas notas de perspectiva de futuro, de las que destacamos, a los efectos que nos ocupan en el presente trabajo, la preocupación por los profesionales del trabajo social sobre la desconexión y falta de dispositivos en caso de un segundo confinamiento y el colapso de muchos organismos, como el SEPE y la Seguridad Social, para la tramitación de los procedimientos administrativos que tienen encomendados.

Y con carácter general, y sin cerrar el elenco de las múltiples situaciones vividas, la realidad es que el confinamiento ponía en evidencia que la Administración no estaba preparada para una respuesta ágil y eficiente y que la capacitación digital y el acceso a los recursos tecnológicos es una necesidad que hay que atender por la desigualdad que presenta, debiendo reflexionar sobre la influencia que todo ello ha tenido hacia los colectivos de personas más vulnerables.

Junto a este derecho de acceso a las relaciones en condiciones de igualdad y equidad, hay que poner el foco igualmente en el derecho que tiene el ciudadano a una buena Administración.

## 1.2. El derecho a una buena Administración

Nos aproximamos a este concepto de la buena Administración a través de la ponencia presentada en el año 2013 por el Defensor del Pueblo Europeo P. Nikiforos Diamandouros bajo el título «Buena administración, Estado de Derecho y ética: aspectos esenciales de la calidad de la democracia» (Diamandouros, 2013).

En dicho discurso, se sostiene que la calidad del Estado de derecho y de la democracia en las sociedades modernas depende, hasta cierto punto, de la calidad de la administración pública, y en este aspecto se invoca el concepto de la buena administración y su conformación a través de aspectos jurídicos y no jurídicos.

Con ello, junto al necesario ajuste de la legalidad de las Administraciones públicas en sus actuaciones, se integra la dimensión ética de la buena administración y la necesidad de crear una *cultura administrativa de servicio a los ciudadanos*.

Este hilo argumental es sostenido, en similares términos, por el profesor Jaime Rodríguez Arana (2013), que establece que

La buena Administración pública es un derecho de los ciudadanos, nada menos que un derecho fundamental, y, también, un principio de actuación administrativa. Los ciudadanos tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la Administración. Y la Administración está obligada, en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general.

Así, señala el autor que se ha de situar en el centro del sistema a la persona, con todos sus condicionantes, de forma que se permita a la ciudadanía ejercer en las mejores condiciones todos y cada uno de los derechos fundamentales.

Desde un punto de vista normativo, el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce la buena administración como el derecho de todas las personas a que se gestionen sus asuntos de forma imparcial y equitativa, dentro de un plazo razonable.

Nuestro texto constitucional alude a ello en diversos preceptos del texto articulado: el artículo 9.3, que proclama el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; el artículo 31.2, que señala los principios de economía y eficiencia, y el artículo 103.1, que propugna los principios de objetividad, coordinación y eficacia e impone a la Administración pública servir con objetividad a los intereses generales, de acuerdo a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Preceptos que invitan a innumerables obligaciones en la materia que nos ocupa: la eficacia, como remedio a la burocratización; la coordinación y cooperación entre las diferentes Administraciones como fórmulas necesarias para aliviar la carga a los ciudadanos; el sometimiento a la ley, esencial en el cumplimiento del principio de seguridad jurídica, y el concepto de acceso al ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad.

Las precitadas Leyes 39/2015 y 40/2015, antes aludidas, que derogan, entre otras, la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, trazan un panorama legislativo acorde a las nuevas tecnologías, con un claro mandato de simplificación de los procedimientos administrativos y eliminación de trabas, mediante el uso de la Administración electrónica y digital, y se propugna el alivio de la carga al administrado en sus relaciones con la Administración y una agilización del procedimiento.

Se trata de dos leyes que consagran el derecho de las personas a relacionarse con las Administraciones públicas mediante medios electrónicos, que simplifican el acceso a la Administración y que refuerzan el empleo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

En desarrollo de dichas normas, como referíamos anteriormente, se ha aprobado el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, que viene a concretar las previsiones legales de las leyes antes citadas y que pretende, entre otros aspectos, facilitar a los agentes involucrados en el uso de medios tecnológicos y su utilización efectiva, y establece como necesidad de primer orden la satisfacción del interesado en el uso de los servicios públicos digitales para garantizar sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones en sus relaciones con las Administraciones públicas. Con ello, prioriza el disponer de servicios

digitales fácilmente utilizables y accesibles, de suerte que la relación del interesado con la Administración sea fácil, intuitiva, efectiva, eficiente y no discriminatoria.

Con la aprobación del mencionado reglamento se establecen así cuatro grandes objetivos:

- Mejorar la eficiencia administrativa, con la implantación de una Administración electrónica e interoperable.
- Incrementar la transparencia y la participación ciudadana.
- Garantizar servicios digitales fácilmente utilizables, de forma que la ciudadanía pueda relacionarse con la Administración de una forma sencilla y fácil.
- Mejorar la seguridad jurídica con un desarrollo de las previsiones generales contenidas en las leyes anteriormente citadas.

Diseño normativo que requiere para su puesta en escena la necesaria planificación e inversión suficiente.

Sentado este marco normativo estatal, y sin perjuicio de profundizar más adelante en algunos detalles de los planes nacionales recientemente aprobados, nos interesa aludir al estado de la cuestión en el marco europeo, y alinear el tema que nos ocupa con los objetivos de desarrollo sostenible marcados por Europa.

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 25 de septiembre de 2015, bajo el título «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», la aprobación de 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que sustituyen a los Objetivos de Desarrollo del Milenio, que surgieron en el año 2000 como una iniciativa mundial para abordar grandes desafíos a los que ha de enfrentarse la humanidad.

Se trata de objetivos con alcance mundial y de aplicación universal, que se encuentran entre ellos interrelacionados, respecto de los que la pandemia ha evidenciado que aún queda mucho por hacer, y de la necesidad que hay de planificar las políticas públicas conforme a los mismos:

1. Erradicar la pobreza en todas sus formas en todo el mundo.
2. Poner fin al hambre, conseguir la seguridad alimentaria y una mejor nutrición, y promover la agricultura sostenible.
3. Garantizar una vida saludable y promover el bienestar para todos y todas en todas las edades.
4. Garantizar una educación de calidad inclusiva y equitativa, y promover las oportunidades de aprendizaje permanente para todos.

5. Alcanzar la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas.
6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos.
7. Asegurar el acceso a energías asequibles, fiables, sostenibles y modernas para todos.
8. Fomentar el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos.
9. Desarrollar infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible, y fomentar la innovación.
10. Reducir las desigualdades entre países y dentro de ellos.
11. Consegir que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.
12. Garantizar las pautas de consumo y de producción sostenibles.
13. Tomar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.
14. Conservar y utilizar de forma sostenible los océanos, mares y recursos marinos para lograr el desarrollo sostenible.
15. Proteger, restaurar y promover la utilización sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar de manera sostenible los bosques, combatir la desertificación y detener y revertir la degradación de la tierra, y frenar la pérdida de diversidad biológica.
16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.
17. Fortalecer los medios de ejecución y reavivar la alianza mundial para el desarrollo sostenible.

Cabe citar igualmente, en el marco europeo, la estrategia presentada por la Comisión Europea «Dar forma al futuro digital de Europa», que persigue una sociedad europea impulsada por soluciones digitales y que sitúa en un lugar preferente a las personas para la creación de una Europa abierta, justa, diversa, democrática y con confianza en sí misma y el programa de la Comisión Europea Europa Digital 2021-2027.

Y en esta línea, y tras el contexto de pandemia vivido, es ineludible mencionar el impulso de la Comisión Europea Next Generation EU, que incluye un nuevo Fondo de reconstrucción y resiliencia, que establece como una de sus prioridades el financiar inversiones relacionadas con la transformación digital.

Al amparo de este marco europeo el Gobierno de España había aprobado en junio de 2018 el Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030: Hacia una estrategia es-

pañola de desarrollo sostenible, en el que se detallan estos 17 objetivos y se establece la responsabilidad que tienen los gobiernos y las Administraciones públicas en la asunción de un liderazgo para impulsar los mismos en cada área de responsabilidad, situándose entre los grandes restos de los gobiernos cumplir y alcanzar los ODS, lo que implica políticas públicas y presupuestarias que incluyan indicadores de diagnóstico y de cumplimiento de los mismos.

Entre dichos objetivos de desarrollo sostenible encontramos algunos que se encuentran más vinculados con la innovación tecnológica y la necesidad de garantizar el acceso a los mismos de forma equitativa, siendo la realidad que todos ellos se encuentran interrelacionados.

Por ejemplo, el ODS 4 mandata un sistema de educación de calidad inclusiva y equitativa, y promover las oportunidades de aprendizaje permanente para todos, lo que implica desarrollar una educación con vocación universal que incluya la inclusión de todas las personas sin quiebra de derechos por motivos técnicos, sociales, económicos o por razón del territorio, como ha sucedido en el periodo de confinamiento.

Igualmente, el ODS 9 se centra en construir infraestructuras resilientes y fomentar la innovación, e incluye entre sus metas incrementar el acceso a la tecnología de la información y la comunicación y esforzarse por proporcionar acceso universal y asequible a internet. Así, en estos términos, el Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030, aprobado por el Gobierno de España, cita el acelerar la incorporación de la tecnología al servicio del bienestar de las personas, dando protagonismo a la innovación en seguridad, accesibilidad y sostenibilidad, y la importancia en la mejora de la cobertura de redes que ofrecen banda ancha móvil con mayores prestaciones, para transitar de la cobertura 4G al Plan Nacional 5G 2018-20, en desarrollo, consiguiendo que el país esté preparado para aprovechar al máximo las oportunidades del nuevo paradigma tecnológico.

Por su parte, para el cumplimiento del ODS 11, el Plan de acción nacional prevé el reto de la accesibilidad para la inclusión social y apunta a la oportunidad de realizar inversiones en accesibilidad, por los beneficios que se derivan para el conjunto de la ciudadanía, independientemente de si tienen o no una discapacidad.

Y para concluir estos ejemplos, traemos a colación el ODS 16 y el compromiso recogido en el Plan de acción nacional de desarrollar modelos de prestación de servicios abiertos, colaborativos y transparentes, en la línea de lo que impulsa el gobierno abierto, como una nueva forma de entender la gobernanza pública en el grueso de las instituciones. Y especialmente vuelve a incidir en que no es posible hablar de igualdad si existen diferencias entre los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos por cuestiones de orden material y práctico, y fija la necesidad de contemplar la adecuación de los nuevos retos de una Administración digital y transparente, en la que se ponga en el centro de atención a la ciudadanía.

Con todo ello, y citando al autor Carles Ramió (2021), es evidente que enfrentamos una década 2020-2030 que va a ser crucial, ya que todos los países del mundo han de enfren-

tarse a unos retos extraordinarios que precisan de instituciones públicas renovadas, innovadoras, eficaces, más abiertas y radicalmente democráticas.

Aludimos a otros instrumentos aprobados recientemente desde el Gobierno de la nación para afrontar estos retos, conjuntamente con el citado Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030:

El Plan España Digital 2025 se presenta como una de las palancas fundamentales para relanzar, entre otros objetivos, la reducción de la desigualdad y el aprovechamiento de todas las oportunidades que brindan las nuevas tecnologías, y da continuidad a estrategias y acciones ya emprendidas hace años en materia de digitalización y pivota en torno a cuatro ejes de acción:

1. El despliegue de redes y servicios para la conectividad digital.
2. La digitalización de la economía.
3. La mejora de la Administración electrónica.
4. La formación en competencias digitales.

Se establece en el mismo un conjunto de medidas que se agrupan en torno a diez ejes estratégicos, alineados a las políticas digitales marcadas por la Comisión Europea y que son relativos a los siguientes aspectos: a) la conectividad digital, b) el despliegue de la tecnología 5G, c) el refuerzo de las competencias digitales, d) el refuerzo de la capacidad española en ciberseguridad, e) el impulso de la digitalización de las Administraciones públicas, f) la aceleración de la digitalización de las empresas, g) la aceleración de la digitalización del modelo productivo, h) la mejora del atractivo de España como plataforma europea de negocio, trabajo e inversión en el ámbito audiovisual, i) el favorecer el tránsito hacia una economía del dato y j) el garantizar los derechos de la ciudadanía en el nuevo entorno digital con la meta de aprobar una carta de derechos digitales.

El Plan nacional de competencias digitales surge como desarrollo de uno de los 10 ejes prioritarios que vertebran el compromiso que recoge la Agenda Digital 2025, concretamente el relativo a reforzar las competencias digitales de las personas trabajadoras y del conjunto de la ciudadanía.

Con su aprobación se establece la senda para identificar y asegurar las medidas que permitan a la ciudadanía contar con las herramientas necesarias para adquirir y desarrollar competencias digitales.

El plan distingue siete líneas de actuación, medidas y objetivos estratégicos en los siguientes ámbitos: a) la capacitación digital de la ciudadanía, con especial énfasis en colectivos en riesgo de exclusión digital, b) la lucha contra la brecha digital de género, c) la digitalización



de la educación y desarrollo de las competencias digitales para el aprendizaje en la educación, d) la formación en competencias digitales a lo largo de la vida laboral, e) la formación en competencias digitales de las personas al servicio de las Administraciones públicas, f) el desarrollo de competencias digitales para las pymes y g) el fomento de especialistas TIC.

Con estas líneas, y con relación con las cuestiones que abordamos en este estudio, se persigue garantizar la inclusión social del conjunto de la ciudadanía, poniendo el acento en aquellos que tienen más riesgo de exclusión social, y se dibuja un escenario de competencias transversales a nivel estatal, autonómico y local, que han de implementar acciones que contribuyan a alcanzar estos retos.

Por último, traemos a colación Plan de digitalización de las Administraciones públicas 2021-2025, que define la estrategia en materia de Administración digital y servicios públicos digitales para el periodo señalado, con definición de objetivos estratégicos y medidas de acción, destacando de su preámbulo la advertencia hecha de que, pese al avance normativo y esfuerzo inversor, las relaciones digitales con la ciudadanía se muestran generalistas, atomizadas e impersonales, lo que dificulta el acceso a las prestaciones, servicios y ayudas para gran parte de la población y especialmente para aquellos más vulnerables.

### 1.3. El ciudadano en el núcleo de las políticas públicas de innovación y la perspectiva ética en la orientación de los servicios públicos

Delineado de forma sucinta el marco normativo y referencial en el que se ha de desarrollar la gestión pública para la implementación de esta revolución tecnológica, es oportuno retomar conceptos introducidos en párrafos precedentes al tratar el derecho a una buena administración, y resulta esencial traspasar su concepto jurídico para introducir otros aspectos no jurídicos, como es el de la humanización de la Administración.

Se plantean numerosos retos en esta década y es muy conveniente una reflexión ética sobre la forma de afrontar los mismos, sobre el papel de la digitalización y la innovación tecnológica, sobre el uso y tratamiento de los datos, velando por el respeto a los derechos y libertades de la ciudadanía, por un entorno digital seguro, y asegurando no perder la visión humana y colectiva de los problemas, que puede conducir a toma de decisiones sesgadas y que vulneren derechos de colectivos no contemplados.

Esencial es poner el centro de las políticas y decisiones públicas al ciudadano. Sobre ello, Andrés Pastor Bermúdez, en el estudio publicado por el INAP (2021) «Administración digital e innovación pública. Repensando la Administración Pública», abunda en esta necesidad e incide en el riesgo de ofertar servicios sin contar con la ciudadanía, e ilustra de forma gráfica la importancia de contar con el mismo en el diseño del recorrido que ha de

realizar el propio ciudadano, y define tres pasos a considerar: un primer paso, de conocer a quién nos dirigimos y distinguir entre los diferentes perfiles de usuarios; uno segundo, en entender lo que denomina «viaje del usuario» para visualizar los puntos de contacto con la Administración y poder mejorar las experiencias, y uno tercero, que se trataría de identificar los momentos decisivos y poder focalizar los esfuerzos en la organización del diseño.

Y así señala, con gran acierto, que el ciudadano puede ser la mayor fuente de innovación para las Administraciones públicas.

No en vano, el concepto del ciudadano-cliente viene estando presente en lo que se ha venido a llamar «nueva gestión pública», y está siendo incorporado en documentos oficiales, en el sentido de situar al mismo en el centro de las estrategias de servicios y prestaciones públicas, y en prestar verdaderos servicios al ciudadano para que puedan realizar y ejercitar sus derechos.

Rodríguez Arana (2013) reflexiona sobre la importancia de la centralidad en la persona y como ello es la primera y principal característica de una buena Administración pública, e introduce la dimensión ética, en la medida en que la Administración pública ha de estar orientada al bienestar integral de los ciudadanos y no ha de limitarse a la articulación de los procedimientos, aun siendo este uno de sus aspectos fundamentales.

Así establece, con gran acierto, que las TIC han de ponerse al servicio del ciudadano, para conseguir una Administración pública más humana que facilite el ejercicio de los derechos de las personas, sin dejar nadie atrás, y con especial cuidado de minimizar la brecha social.

La realidad es que la aprobación de las normas o estrategias por sí solas no pueden ser el objetivo y, por ello, hay que trabajar en su implementación, creando espacios de compromiso personal y profesional que se lideren por las Administraciones públicas y por su personal, lo cual implica, a su vez, una gestión del cambio en la cultura organizativa de las Administraciones, con lo que a los retos tecnológicos se suma el de la gestión del cambio del personal que trabaja en las Administraciones, mediante la implicación, compromiso, capacitación y medios técnicos para ello. Realmente si la Administración no se integra por personas con compromisos éticos y de servicio al interés general, resultará muy difícil alcanzar el concepto de buena administración.

Y con ello, señalamos que la ética de orientación al servicio de la ciudadanía ha de ser la premisa de actuación de la Administración pública y servidores públicos.

A tiempo estamos de implementar todo este marco de referencia de forma efectiva y planificada y que no queden como principios programáticos, vacíos de contenido y eficacia. Sería deseable implantar una cultura más proactiva por parte de la Administración, que brinde servicios para atender el interés general. La Administración es la que ha de acercarse al ciudadano para facilitarle sus relaciones con ella.

## 2. Los riesgos de la innovación tecnológica

### 2.1. Nociones de exclusión social

Nos ocupamos en este apartado de apuntar los riesgos que la innovación tecnológica conlleva, y de forma previa damos algunas pinceladas sobre la exclusión social, los motivos que llevan a ella, y los colectivos a los que más afecta, para luego hilar con la que creemos es la más nueva forma de exclusión, la exclusión de la sociedad de la información en una realidad que cambia a ritmo frenético.

Decíamos que la revolución tecnológica en la que nos encontramos inmersos ha supuesto un cambio en tantas facetas de nuestras vidas: en las relaciones sociales, en el ámbito laboral y en otros aspectos señalados en el primer epígrafe del documento.

Todos esos cambios, como suele ocurrir, no han sido asimilados de igual modo por las personas integrantes de la sociedad. Cada individuo se adapta a los cambios a un ritmo diferente, pero es más fácil dejarse llevar por ellos si se es parte de un sistema; se asimilan mejor siendo parte de un todo. Pero si de antemano ya se está excluido de ese sistema, de ese todo, el efecto es de «bola de nieve», es una vuelta de tuerca más que aún te deja más orillado.

Pasamos pues a hablar de la exclusión social. Para ello recurrimos a la definición de exclusión que hace el diccionario de la Real Academia Española: «Exclusión es la situación por la cual se impide a una persona contribuir y beneficiarse del progreso económico y social».

Por otra parte, el Libro Verde sobre la política social europea señala:

La Exclusión social hace especial hincapié en el carácter estructural de un proceso que excluye a parte de la población de las oportunidades económicas y sociales. El problema no reside tan solo en las disparidades entre los más favorecidos y los más desfavorecidos de la escala social, sino también en las que existen entre quienes tienen un lugar en la sociedad y los que están excluidos de ella (Comisión Europea, 1993).

La persona excluida llega a serlo por una variedad de factores: por una parte, aquellos que son del propio individuo, colaterales al mismo, que le son inherentes a su propio ser y que le suponen una situación concreta, nos referimos a factores del tipo: edad, sexo, etc. Frente a este tipo de factores la persona no puede hacer nada, no puede hacer ningún cambio. Y estos van a condicionarlo a la hora de afrontar y enfrentarse a otro tipo de factores de tipo externo, tales como: laborales, de vivienda, sociales, etc., propios del ambiente en que se desarrolla su existencia. Los primeros condicionan enormemente, los segundos, sobre todo en aquellas personas para las que concurren esos factores internos, pueden suponer un lastre.

Estar en exclusión o en riesgo de estarlo es una situación personal y familiar a la que se llega a veces casi por herencia, otras sin embargo por distintas razones, tales como: desempleo de larga duración, pérdida de relaciones familiares, estado de salud, etc. Salir del círculo de los excluidos no es fácil, pero tampoco es imposible, aunque sí es cierto, como hemos señalado, que las circunstancias que rodean a las personas son las que marcan su situación, y hay colectivos que, por sus características, son más sensibles, más vulnerables, y esto les hace ser generalmente los más afectados. Son los más dados a coexistir con la exclusión social por razones de tipo social, económica o incluso política. Nos estamos refiriendo, entre otros, a:

- Personas con discapacidad.
- Personas inmigrantes.
- Minorías.
- Personas sin techo.
- Mujeres.
- Personas desempleadas.
- Personas drogodependientes.
- Personas de la tercera edad.
- Jóvenes en busca de su primer empleo, o mayores de 50-55 a los que se considera menos válidos.
- Personas encarceladas y delincuentes.

Pero las personas excluidas no responden a unas características que los identifica como colectivo, no siguen un patrón común, por el contrario, son un grupo muy diferente, heterogéneo y complejo, compuesto por multitud de situaciones, historias o circunstancias personales que comparten una característica común: están excluidos socialmente. Nos gustaría resaltar que aunque el contexto social es algo básico en esta cuestión, hay otro factor tan importante como este, que es el sentimiento subjetivo de exclusión. La falta de confianza, de afectividad, de autoestima, de expectativas, todo ello hace que se viva la situación como algo insuperable, irreversible y sin posibilidad de salida. Y podríamos destacar que dentro de los colectivos afectados, los más vulnerables por la exclusión son los hogares con menores y con jóvenes, por lo que puede suponer para ambos colectivos la transmisión intergeneracional de la situación.

Recogemos un párrafo del VIII Informe FOESSA (2019), que ilustra bien esta realidad y dice así:

Quando uno nace y se cría en un hogar con escasos bienes materiales y con ingresos reducidos aumentan las probabilidades de instalarse en el pantano de la

vulnerabilidad. De sus aguas pesadas se puede salir, pero cuesta tiempo y esfuerzo. Otras veces la ciénaga te atrapa y te succiona como un remolino hacia las profundidades de la estructura social. Si esa fuerza que te aspira hacia dentro es superior a la tuya, o si el tiempo corre en tu contra y cada vez estás más lejos de tus padres, entonces la desigualdad te empapa (te constituye) hasta convertir tu vida en una existencia penosa. Una parte significativa de la sociedad española no mira los escaparates, ni pasea por la calle. Diez de cada cien españoles viven una situación desesperada y otros 15 tampoco pueden llevar una vida digna de tal nombre. Esa cuarta parte de todos nosotros son personas que declaran que pasan muchas y serias dificultades para llegar a fin de mes. A esa porción preterida (o excluida) de la población cabe añadir los inseguros, que suman entre un 25 y un 30 por ciento, y dicen que acaban el mes con cierta dificultad.

Como señalábamos en el primer epígrafe de este documento, la pandemia ha supuesto un enorme desafío para nuestro país al igual que para cualquier otro, en cuanto al riesgo de incrementar las desigualdades sociales, en un contexto sin precedentes de crisis social y económica.

Nos queremos ahora centrar, como anticipábamos, en esta reciente forma de exclusión, que se ha puesto de manifiesto con ocasión de la pandemia cuando se ha tenido que recurrir a la interacción *online* prácticamente en todas las esferas de la vida cotidiana: relaciones con la Administración, compra y venta *online*, digitalización escolar, asistencia médica, etc., y que a su vez afecta con más virulencia a los colectivos generalmente excluidos, citados anteriormente.

Aunque era algo que ya se había constatado, ahora se ha puesto claramente de manifiesto lo que se ha denominado «brecha digital».

## 2.2. Brecha digital y exclusión social

La sociedad actual vive un continuo cambio tecnológico, los avances son continuos y suceden a un ritmo frenético. Esos cambios, que han venido para quedarse, no son asimilados del mismo modo por todos los colectivos sociales e impactan de lleno en las personas en exclusión social o en riesgo de estarlo.

Nuestra pretensión no es demonizar los avances tecnológicos, al contrario, pues los mismos suponen un cambio, una evolución. Pero sí nos gustaría reivindicar un acceso equitativo y universal a los mismos.

La cultura digital, las nuevas tecnologías, los medios y redes sociales están transformando de manera notable la configuración del mundo. El acceso y la capacidad de uso de las nuevas tecnologías han de ser las palancas de cambios de una realidad futura que es ya el presente.

La era digital en la que vivimos ha venido a traer nuevas formas de relación, a aumentar la conectividad social, así como a empoderar a las personas. Pero todas estas bondades se convierten en perjuicios para aquellos que no «se suban al carro» de esta voraz revolución tecnológica, para quienes bien sea por ausencia de recursos o bien de capacidades y habilidades quedan al margen de su influjo.

La denominadas TIC (tecnologías de la información y la comunicación) afectan a muchos aspectos de nuestra vida cotidiana: el trabajo, los estudios, la economía, la cultura, ... Se habla de la necesidad de la universalidad de internet, de internet para todos, y casi cada día se logra avanzar en este sentido, pero hay fracturas sociales que preexistían antes de las TIC y sobre las que estas pueden incidir de forma negativa, haciéndolas aún más notables.

Según los estudios realizados por Eurostat (Oficina de Estadística de la UE), la brecha digital hace referencia a la «distinción entre aquellos que tienen acceso a internet y pueden hacer uso de los nuevos servicios ofrecidos por la World Wide Web, y aquellos que están excluidos de estos servicios». Se trata, pues, de una diferenciación entre las personas según su capacidad para utilizar las TIC de forma eficaz y aquellas que no tienen acceso a las mismas, o teniéndolo, no saben utilizarlas.

Hay autores que prefieren la denominación «fractura digital», por entender que es eso lo que realmente significa. A veces se utiliza también el término «analfabetismo digital», haciendo alusión a la escasa o casi nula habilidad o capacitación de parte de la población para manejar las nuevas tecnologías. Y en algún caso la han denominado exclusión social tecnológica. Sea cual sea el término utilizado para referirse a ella, son tres los aspectos en los que debemos fijarnos para constatar su existencia y poder hacer una medición:

- Infraestructura: si existe o no una infraestructura de telecomunicaciones y redes.
- Accesibilidad: existe la posibilidad de acceder a los servicios que ofrece la tecnología.
- Formación: se poseen los conocimientos, capacidades y habilidades para el uso de la tecnología

La denominada brecha digital se produce tanto por la dificultad en el acceso a internet como por la carencia de habilidades para el uso y manejo de las redes sociales. Hoy en día, la utilización de teléfonos móviles de forma tan extendida ha posibilitado en gran medida el acceso a internet, aunque sigue existiendo la desigualdad, por la diferenciación en el ancho de banda y por la mayor o menor habilidad en el manejo de tareas digitales.

Identificar las causas de la brecha digital permite implementar políticas públicas que contribuyan a «achicarla» de manera más eficiente. Sería un error pensar que solo posibilitando el acceso a internet, a través de ordenadores personales, el problema queda resuelto.

to, obviando un aspecto mucho más importante como es la capacitación de los usuarios o la creación de contenidos culturalmente adecuados a cada contexto social.

Consecuencia de la brecha digital es la dificultad que encuentran algunos colectivos para el acceso a la información, lo que lleva a personas excluidas a un grado mayor de exclusión, lo que agrava su deteriorada situación social. Así, la falta de conexión a internet o la dificultad de acceso influyen exponencialmente en la exclusión social, ya que esa falta de información es por duplicado: por un lado, hay falta de información acerca de utilizar las TIC, y esto, a su vez, les obstaculiza el acceso a otra información que les sería de utilidad en su vida cotidiana.

La exclusión digital puede ser de diferentes tipos: tipo geográfico (zonas rurales, por ejemplo), en función de la edad (las personas más mayores ser sirven de internet en menor grado), de tipo económico (un nivel inferior de recursos lleva implícito una dificultad de acceso a la información y a entornos digitales), etc. Para minimizarla, se han de potenciar las oportunidades que brinda la digitalización, procurando al mismo tiempo minimizar sus riesgos (ciberseguridad). Pero la diferencia social existente entre personas que saben utilizar las TIC y las que no en muchos casos es un problema de actitud personal frente a los avances tecnológicos, hacia las nuevas tecnologías. No ser capaz de adaptarse a los constantes avances digitales lleva en muchas ocasiones a la ampliación de la desigualdad socioeconómica ya existente.

Desde las instituciones públicas se ha de trabajar por acortar esta brecha, puesta muy de manifiesto en la pandemia.

Hay ejemplos de ello: el programa Educa en Digital, fruto de un convenio entre el Ministerio de Educación y Formación Profesional, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y la entidad pública empresarial Red.es, con el objetivo de apoyar la transformación digital de la educación en España, y que nace de la necesidad de dar respuesta a una realidad que la emergencia sanitaria de la covid-19 ponía de manifiesto sobre el impulso que precisa el sistema educativo, y en general todo el paquete de medidas del plan, anteriormente citado, España Digital 2025.

### 2.3. Brecha digital en España

Los siguientes datos que exponemos, obtenidos del Indicador DESI (Índice de Economía y Sociedad Digital), publicado en junio de 2020, muestran el escenario en el año de la declaración de pandemia.

Este índice muestra el grado de competitividad de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) en lo relativo a la economía y sociedad digital. Utiliza y combina valores de 37 indicadores relacionados con cinco dimensiones: conectividad, capital humano, uso de servicios de internet, integración de la tecnología digital y servicios públicos digitales.

España pasa del puesto 4 al 2 en servicios públicos digitales, de la posición 17 a la 16 en capital humano, y de la 13 a la 11 en uso de servicios de internet. Mantiene la posición 5 en la dimensión de conectividad. En la dimensión de integración de tecnología digital, pierde una posición, pasando de la 12 a la 13.

En servicios públicos digitales, como vemos, España ocupa el segundo lugar en la UE, siendo la dimensión en la que España está mejor posicionada, muy por encima de la media de la UE. Esto refleja un alto nivel de interacción electrónica entre las Administraciones públicas y los ciudadanos. El 82 % de los usuarios de internet que necesitan presentar formularios utilizan los servicios de la administración electrónica.

En la dimensión de conectividad, el informe destaca que España está particularmente bien situada, ocupando un quinto puesto en lo que respecta a las redes de muy alta capacidad. El 80 % de los hogares españoles tiene cobertura de este tipo de redes frente al 34 % de la media de la UE. Destaca la implantación de la banda ancha fija de al menos 100 Mbps, que alcanza el 53 % de los hogares españoles. En cobertura de la red fija de muy alta capacidad (VHCN), España ocupa la cuarta posición, con un 89 % de los hogares con este tipo de cobertura, frente al 44 % de la media de la UE. España también se encuentra por encima de la media de la UE en cuanto a preparación en redes 5G.

Respecto al uso de servicios de internet, España ocupa el undécimo puesto (60,8), por encima de la media de la UE (58). El 88 % de los ciudadanos usa internet regularmente, descendiendo al 8 % el porcentaje de individuos que nunca han accedido a internet.

En cuanto a integración de tecnología digital, España ocupa el puesto 13: destaca respecto a la media de la UE en los indicadores sobre intercambio electrónico de datos, 43 % frente al 34 % de la media de la UE; uso de redes sociales por las empresas, 29 % frente a 25%; y comercio electrónico de las pymes, 19 % frente al 18 % de la UE. Pero está peor posicionada en el uso que las pymes hacen de la venta *online*, volumen de negocios procedentes de las ventas *online* o utilización de *big data*.

En lo referente a capital humano, esta es la dimensión en la que España obtiene peores resultados: hemos pasado del puesto 17 (2019) al 16 en 2020. Respecto a las habilidades digitales por encima del nivel básico, España se encuentra mejor posicionada: el 36 % de la población tiene este tipo de competencias frente al 33 % de la UE. Sin embargo, en las competencias digitales de al menos un nivel básico, la proporción de españoles (57 %) es ligeramente inferior a la media de la UE (58 %). También es inferior el porcentaje de españoles con conocimientos de *software* de al menos un nivel básico: el 59 % frente al 61 % de la UE.

Individuos que no han usado nunca internet en España: el 8,4 % frente al 9,5 % de la UE.

Si analizamos los datos, nos damos cuenta de que España está bien posicionada con respecto a la UE en la mayor parte de indicadores analizados, pero, a pesar del buen posicionamiento, aún queda camino por recorrer, puesto que, pese al volumen de procedi-



mientos digitalizados, muchos están infrautilizados, quizá porque el punto más débil de la digitalización en España sea el capital humano. Por ejemplo, el uso de los servicios públicos electrónicos resulta complejo para ciertos colectivos.

No tener la capacidad para utilizar y adaptarse a los constantes avances digitales supone una nueva forma de desigualdad y, como hemos mencionado, lleva a la ampliación de la desigualdad socioeconómica ya existente. Resulta fundamental que todas las personas tengan acceso a los medios necesarios para mejorar sus habilidades digitales, pues la digitalización ha venido para quedarse, y si es fundamental la alfabetización para desenvolverse en el mundo, ahora también lo es la alfabetización digital, para hacerlo en el mundo que las nuevas tecnologías nos brindan.

Del Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información (ONTSI), se extrae la siguiente información:

La brecha digital está muy determinada por la edad, pero también por el género (el 60 % de los desconectados son mujeres). De igual modo, la renta también es un factor clave, uno de cada tres hogares (31,5) con renta inferior a 900 €, no tiene acceso a internet, mientras que el 99 % de los hogares con renta superior a 2.500 € sí lo tienen, según el INE [Instituto Nacional de Estadística].

La pandemia ha puesto de relieve una brecha socioeconómica, las dificultades para proseguir sus estudios de aquellos que no disponen de dispositivos o de conexión a una red de internet, y también la de aquellos que no poseen las habilidades para enfrentarse a los retos que una sociedad digitalizada presenta. Nuestro país, dado el número de personas que no cuentan con las habilidades mínimas para relacionarse con el mundo digital, un 8,4 % de la población nunca ha utilizado internet, y un 57,2 % tiene habilidades digitales básicas o por encima de las básicas, tiene trabajo por realizar. Con el propósito de hacerlo lo mejor y más rápido posible, el Gobierno de España, en el marco europeo ha aprobado diferentes planes para hacer frente a la nueva era digital.

Explicamos algunos aspectos de la Agenda España Digital 2025 que más relación tienen con el epígrafe que nos ocupa, del total de los 10 ejes estratégicos que lo vertebran.

El tercer eje, denominado «competencias digitales», recoge el compromiso a trabajar para cerrar las nuevas brechas de desigualdad social por la falta de acceso o uso de internet, haciendo alusión a cómo la brecha digital de acceso y capacidad de uso de redes puede suponer, y así está siendo, una nueva causa de exclusión social, afectando especialmente a aquellos colectivos más vulnerables. Se denota también la preocupación por posibilitar la fijación de la población (ya sea joven o de edad avanzada) en las zonas menos habitadas o en declive demográfico, lo cual implica la disponibilidad de acceso a servicios en formato digital. Se habla de conectividad en un sentido amplio, para todos los territorios y colectivos. Se pretende, como una acción de Gobierno responsable e inclusiva, que las redes de telecomunicaciones lleguen y sean asequibles a toda la ciudadanía.

Tras las circunstancias excepcionales a las que nos ha abocado la pandemia covid-19, se ha visto que la educación a distancia es algo para lo que hay que estar preparado. Para ello, se pretende poner en marcha una serie de medidas: por ejemplo, en línea con el programa Educa en Digital, estudiar la posibilidad de poner al alcance de los colectivos más vulnerables bonos de conectividad social, cuyo objetivo será trabajar para alcanzar la integración.

Es cierto que la transformación digital, bien utilizada, mejora las condiciones de vida de los individuos, pero para ello son necesarias unas infraestructuras, la capacitación de las personas que garanticen un uso eficaz y responsable, así como que las mismas se sientan seguras a la hora de utilizarlas.

Proporcionar una formación en competencias digitales a la ciudadanía es un punto clave que hay que llevar a cabo desde el sistema educativo y que debe continuar a través de la formación continuada, tal y como recoge el Plan de Acción de Educación Digital de la Comisión Europea. Para ello, España Digital 2025 promoverá la universalización de las competencias digitales básicas. Se tendrá como objetivo que el alumnado adquiera competencias en digitalización, así como la capacidad para actualizarlas. Se va a poner especial interés en la formación de los colectivos que encuentran más dificultades para adquirir estas competencias (mayores, personas jubiladas, personas con bajos niveles de renta, personas residentes en zonas no urbanas). La meta es formar en habilidades básicas a 15 millones de personas, así como formar en habilidades digitales avanzadas a 7 millones de personas.

Este tercer eje se compone de los siguientes objetivos específicos:

- Mejorar las competencias digitales básicas de la ciudadanía y cerrar brechas entre colectivos.
- Dotar de competencias digitales avanzadas al alumnado y fomentar vocaciones digitales.
- Dotar a los trabajadores de las competencias digitales requeridas en el ámbito laboral.
- Atender la demanda de especialistas en tecnologías digitales.
- Reducir la brecha de género en materia de competencias digitales.

Así como del siguiente conjunto de medidas:

Competencias digitales:

**Educa en Digital.** El programa Educa en Digital consiste en un conjunto de acciones para apoyar la transformación digital del sistema educativo mediante la dotación de dispositivos, recursos educativos digitales, adecuación de las competencias digitales de los

docentes, y acciones que conlleven la aplicación de la inteligencia artificial a la educación personalizada.

**Plan Nacional de Competencias Digitales.** Un plan integral que pretende:

- Incrementar sustancialmente el nivel de competencias digitales básicas de los colectivos peor situados actualmente (mayores, personas con bajo nivel de ingresos y de estudios, áreas no urbanas y mujeres).
- Garantizar las competencias digitales avanzadas del alumnado al finalizar la educación secundaria.
- Formar a la fuerza laboral con los conocimientos digitales necesarios en sus puestos de trabajo y para el futuro laboral, aumentando su productividad y fomentando además el trabajo a distancia.
- Atender la demanda de especialistas digitales generalistas y avanzados en la economía española, prestando especial atención a la reducción de las brechas de género existente en todos ellos.

**Plan Uni-Digital.** Trata de dar impulso a los procesos de digitalización en la educación superior. Para ello, se prevé una serie de actuaciones de refuerzo y mejora de la infraestructura digital universitaria, fomento de las competencias digitales del profesorado o estímulo a la creación de polos de innovación formativa interuniversitaria impartida digitalmente.

En cuanto al otro eje que nos interesa reseñar, el quinto, «la transformación digital del sector público», se señala que si bien es verdad que España se sitúa entre los países más avanzados de Europa (ocupa el segundo lugar), en el desarrollo de la administración electrónica, según el índice de Economía y Sociedad Digital (DESI) 2020 de la Comisión Europea, es básico que esto vaya de la mano de la modernización y agilización de los procesos para que se logren unos servicios públicos eficientes y seguros al alcance de toda la ciudadanía.

Por parte de la población, se demandan unos servicios públicos más fáciles de usar, al tiempo que un mayor nivel de seguridad y de respeto al medio ambiente. Por ello, desde la Administración se trabaja para alcanzar los siguientes objetivos:

- Simplificar la relación de la ciudadanía con las Administraciones públicas: para ello es básico lograr un modelo de administración centrada en el ciudadano. Que trabaje por la automatización, lo que llevará a la simplificación y agilización de los procedimientos. Igualmente se debe trabajar para garantizar la accesibilidad para todos.
- Personalizar los servicios públicos digitales. Hacia un modelo Ciudadano 360°. Se procurará alcanzar unos servicios públicos accesibles, usables y en lo posi-

ble adaptados a las necesidades individuales. Minimizando la solicitud de datos en poder de las Administraciones públicas, las cuales interactúan a través de la interconexión.

- Integración de todas las Administraciones en la transformación digital del sector público. Se potenciará la participación de las distintas Administraciones en el proceso de transformación digital del sector público, a través de las conferencias sectoriales, como órganos de cooperación multilateral, facilitando la interoperabilidad de los servicios públicos. La Agenda España Digital 2025 debe ocuparse de que toda la ciudadanía y territorios del Estado se beneficien de la mejora en la prestación de los servicios públicos.
- Digitalización de los servicios prestados por la Administración General del Estado en el territorio. El fin es el de que dichos servicios se adapten a las necesidades de la ciudadanía residente en cualquier parte del territorio, valiéndose para ello de la descentralización de los servicios públicos que se presten.
- Actualizar las infraestructuras tecnológicas de las Administraciones públicas, avanzando hacia la consolidación, la seguridad y el respeto al medio ambiente. Se trata de mejorar el rendimiento de los equipos, aumentando su disponibilidad y seguridad. Esto permitirá reducir el consumo eléctrico y las emisiones contaminantes.
- Impulsar la digitalización de servicios públicos y la introducción de la inteligencia artificial en la articulación y ejecución de políticas públicas. Conseguir la digitalización inteligente de la Administración pública es el reto a alcanzar, trabajando en aras del bienestar de la ciudadanía, a través de la simplificación y automatización de los procesos.

Las medidas a desarrollar en este quinto eje son las siguientes:

- *App factory* para el desarrollo de servicios personalizados a la ciudadanía.
- Accesibilidad multiplataforma de los servicios públicos.
- Sistema centralizado de notificaciones electrónicas (SCNE) y sistema de interconexión de registros (SIR).
- Actualización de las infraestructuras tecnológicas del sector público.
- Puesto de trabajo de nueva generación.
- Mejora del marco regulatorio de la administración digital.
- Proyectos tractores para la digitalización de los servicios públicos.
- Laboratorio de innovación GobTechLab.

Todo un reto es el que se plantea en estos años venideros.

### 3. Conclusiones

Para cerrar el presente documento, nos permitimos dejar señaladas algunas conclusiones que, entendemos, han de estar muy presentes en el trabajo a liderar por las Administraciones públicas con la implicación de la ciudadanía:

- La digitalización es un proceso del presente y no del futuro.
- Aun cuando España destaca en digitalización de procedimientos, queda camino por recorrer en el uso de una administración pública digitalizada, y un punto en el que coinciden algunos expertos es en la necesidad de mejorar las relaciones de la Administración con la ciudadanía en materia digital.
- La complejidad de los trámites administrativos es una realidad en el acceso a las ayudas, prestaciones y servicios públicos, y no se puede obviar la existencia de diferentes perfiles de usuarios.
- Hay que evitar la digitalización de la burocracia administrativa.
- No hay una, sino varias brechas digitales: la territorial, la del ámbito educativo, la de habilidades digitales, etc.
- Hay que evitar que la digitalización aumente la desigualdad y la exclusión.
- Se debe educar para las nuevas necesidades digitales. En la era digital, quien queda al margen de la educación corre el riesgo de ser excluido de los beneficios del progreso.
- Se debe trabajar la concienciación social en el uso de medios digitales, evitando la desconfianza que pueda generar su uso para los ciudadanos.
- La tecnología debe trabajarse como algo transversal.
- La revolución digital impone una revolución educativa.
- La revolución digital debe centrarse necesariamente en las personas. Se debe garantizar que nadie se queda atrás en el proceso de cambio y que nadie resulta perjudicado. El objetivo es usar la transformación digital para favorecer la inclusión de todos los colectivos.
- Para asegurar la conexión entre formación y empleo, necesitamos nuevas formas de aprendizaje y capacidades digitales. Es básica la adecuación de la educación y la formación continua a la actual realidad digital.

Como punto y final de este trabajo, y conclusión final del mismo, queremos señalar que es básico focalizar la atención en la educación, tanto en su vertiente formal como no formal, dirigida a toda la ciudadanía, sin hacer ningún tipo de segregación. Solo así se conseguirá sacar el máximo rendimiento a las innumerables posibilidades que nos brinda

esta era de la digitalización. Solo así se logrará una sociedad más equitativa digitalmente para todos los ciudadanos. Una sociedad en la que la brecha digital sea vista como un reto superado.

## Referencias bibliográficas

- Comisión Europea. (1993). *Libro Verde sobre la política social europea*. <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/434c867b-615c-45bc-950b-2512022c2e8b>
- Defensor del Pueblo de las Cortes Generales. (2020). Actuaciones ante la pandemia de Covid-19. <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/actuaciones-ante-la-pandemia-covid-19/>
- Diamandouros, N. (2013). Buena administración, Estado de Derecho y ética: aspectos esenciales de la calidad de la democracia. <https://www.ombudsman.europa.eu/mt/speech/es/50715>
- Fundación FOESSA / Cáritas Española. (2019). Informe sobre exclusión y desarrollo social en España. <https://caritas-web.s3.amazonaws.com/main-files/uploads/sites/16/2019/05/Informe-FOESSA-2019-completo.pdf>
- INAP. (2020). *Los Servicios Sociales ante la pandemia: Retos, desafíos y respuestas hacia la nueva normalidad*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- INAP. (2021). *Administración digital e innovación pública*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- MTAS. (2005). *El significado de la accesibilidad universal y su justificación en el marco normativo español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Ramió, C. (Coord.). (2021). *Administración digital e innovación pública. Repensando la Administración Pública*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Rodríguez Arana, J. (2013). La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Revista Misión Jurídica*, 6(6), 23-56. <https://doi.org/10.25058/1794600X.60>

# Límites del orden público procesal en la anulación del laudo

**Adelaida Medrano Aranguren**

*Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

## Enunciado

La sociedad pública Acuamed adjudicó en el año 2009 a una UTE la «Obra de laminación y mejora del drenaje de la cuenca de la Rambla», suscribiéndose el oportuno «Contrato de ejecución de obras de laminación y mejora del drenaje de la cuenca de la Rambla el 21 de septiembre de 2009». Dicho contrato incluía en su cláusula 40 un convenio arbitral con sujeción de «todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente Contrato o relacionado con él, directa o indirectamente» a «arbitraje de derecho de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid».

El 6 de octubre de 2015 la UTE solicitó ante Acuamed la resolución del mencionado contrato, por haber permanecido la obra suspendida temporalmente más de seis meses por causa imputable a Acuamed, reclamando a su vez la correspondiente liquidación económica del contrato, sin perjuicio de los importes que pudiesen corresponder por la actualización e inclusión de nuevos conceptos y cantidades, en concepto de trabajos ejecutados y no certificados, indemnización de daños y perjuicios e intereses de demora por el pago de certificaciones de obra.

A falta de acuerdo entre las partes, el 8 de junio de 2017 la UTE formuló solicitud de arbitraje en derecho contra Acuamed, con el objeto de dirimir sobre varias cuestiones litigiosas y particularmente sobre la resolución del contrato, así como el pago de 6.900.094,46 euros por los trabajos ejecutados y no certificados y como indemnización de daños y perjuicios e intereses de demora por retraso en el pago de certificaciones de obra, sin perjuicio de la actualización de conceptos y cantidades.

Con fecha 6 de julio de 2017, la abogacía del Estado, en nombre y representación de Acuamed, registró escrito de contestación a la solicitud de arbitraje, con anuncio de reconvencción, rechazando la solicitud de arbitraje por estar los hechos siendo objeto de una investigación penal en un juzgado, y planteando la cuestión prejudicial penal en el proceso arbitral. La UTE rechaza la existencia de una cuestión prejudicial penal.

El tribunal arbitral, y así lo fundamenta en el laudo dictado, desestima la cuestión prejudicial penal planteada por la parte demandada, a la vista de la documental aportada al procedimiento y de la prueba testifical practicada. Admite que existe un procedimiento penal en curso, en el que se encuentra implicada la demandada Acuamed, en relación con la financiación derivada de determinados contratos, entre los que estaría el que sirve de base y título para la reclamación de la UTE demandante, investigándose al respecto a una serie de investigados, al menos dos, por presuntos delitos de falsedad en documento público, privado y mercantil (arts. 390, 392 y 395 del Código Penal).

El tribunal arbitral, en relación con el alcance de la investigación penal y a la vista de la documental aportada y la declaración de varios testigos, que recordemos están siendo investigados y por lo tanto amparados por el principio de presunción de inocencia y su derecho a no declarar o hacerlo sin obligación de decir la verdad, manifiesta al respecto que «el hecho de que la declaración de estas personas se haya ajustado o no a la realidad (como consecuencia de su condición de investigados) no tiene efectos determinantes en el tratamiento de la cuestión prejudicial penal».

Por otra parte, considera que si bien pudiera pensarse que la falsedad documental se extiende a documentación relevante, como las certificaciones de obra, ello no obstante, tal extremo no se ha podido constatar en forma alguna a lo largo del procedimiento. Señala que en la demanda se solicita la resolución del contrato por causa imputable a Acuamed, «pretensión que en principio no cabe considerar que está condicionada por un supuesto delito de falsedad documental de las certificaciones de obra». Por otra parte, de los títulos o conceptos por los que se reclama de Acuamed determinadas cantidades, el relativo a retrasos en el pago de certificaciones es el único que podría conectarse (aunque mínimamente) con una eventual investigación por supuesta falsedad documental de las certificaciones de obra, en referencia a una escollera, sobre la que se habrían certificado dos millones de euros, que ni estarían en el contrato ni habría sido debidamente ejecutadas. De ahí sigue el tribunal arbitral la consecuencia de que «no están conectados en forma alguna: obra ejecutada (certificada o no) reclamada en el procedimiento arbitral, frente a obra no ejecutada y sí certificada e investigada en el proceso penal».

Como resumen, se indica en el laudo: «Cabe establecer que la representación letrada de la parte Demandada no ha podido establecer ningún tipo de conexión entre la supuesta escollera certificada –y que nunca habría existido– y las unidades de obra y conceptos concretos que reclama la Demandante.» Y concluye: «Por todo lo expuesto, este Tribunal Arbitral estima que con la prueba aportada a los autos y con la información obtenida, resulta imposible establecer que exista la alegada conexión entre procedimientos y, mucho



menos, la influencia decisiva del proceso penal en el presente arbitraje, influencia decisiva que es requerida por la más reconocida jurisprudencia como condición inexcusable para acordar la suspensión por prejudicialidad penal».

Ante esta resolución arbitral, el abogado del Estado, en representación de Acuamed, ha promovido un recurso de anulación del laudo ante la Sala de lo Civil del TSJ de la comunidad autónoma, por entender que esta decisión arbitral vulnera el orden público.

Dicha Sala de lo Civil y Penal del TSJ ha estimado la acción de anulación por razones de vulneración de orden público procesal, en estos términos: para el planteamiento de la cuestión de prejudicialidad penal no es preciso, como resulta del artículo 40 de la LEC, que exista una calificación concreta de los hechos, que, por otra parte, corresponderá a las partes en el proceso penal, ni una acreditación de los hechos investigados, más propia de una fase posterior, la de enjuiciamiento, sino que basta con que existan indicios suficientes de criminalidad que determinen la incoación de unas diligencias penales y su investigación, lo que ocurre en el caso presente.

Como ya exponíamos, las exigencias del procedimiento penal en curso, que han determinado que el juzgado instructor, desde su soberana potestad, haya declarado secretas las actuaciones, limitan un más cabal y completo conocimiento de dichas actuaciones penales, a los efectos de perfilar, con la precisión que exige el tribunal arbitral, la conexión entre procedimientos y la influencia decisiva del penal sobre el arbitral. Limitación que se ha traducido en la, probablemente, insuficiente prueba practicada, pero ello no puede determinar, a juicio de la sala, que la decisión, en el caso presente, sea la desestimación de la cuestión prejudicial, y ello por cuanto dicha limitación del cabal conocimiento viene impuesta por una causa de obligado respeto, como es el hecho procesal de estar el procedimiento penal bajo secreto de sumario, lo que tiene amparo legal en lo dispuesto en los artículos 301 y, singularmente, 302 de la LECrim.

En el presente caso, aun cuando la prueba practicada pueda considerarse insuficiente, al igual que la testifical, máxime las prevenciones que ya señalábamos, dada la condición de investigados, al menos de alguno de los testigos y de no venir obligados a decir la verdad, o cuando menos a poder silenciar datos relevantes que puedan perjudicarles en el procedimiento penal, la decisión, si quiera sea por pura prudencia, debe decantarse, a la vista de la certificación emitida por el juzgado de instrucción central, precisamente por la estimación de la cuestión prejudicial penal, desde el momento en que la pretensión de la UTE demandante tiene como base y título, en el que se ubica su causa de pedir, un contrato que está siendo cuestionado, en cuanto a su validez o a efectos sustanciales, en vía penal, imputándose a personas relacionadas con la parte contratante demandada Acuamed o con la ejecución del contrato, delitos de falsedad documental, en sus tres modalidades de pública, privada y mercantil, constando a la sala, por las razones ya expuestas, que también se siguen las actuaciones penales por delitos de prevaricación, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraude e integración en organización criminal.

En esta tesitura la disección que hace el tribunal arbitral para afirmar que no consta que lo que es objeto del procedimiento arbitral no está afectado o determinado por el resultado del procedimiento penal es prematura o aventurada, precisamente porque no puede afirmarlo ante la insuficiencia de los datos que se le han aportado en el procedimiento que conoce. La decisión de entrar a conocer del fondo, quizás no tanto en cuanto a la causa de resolución del contrato de obra suscrito por las partes, de fecha 21 de septiembre de 2009 –lo que tampoco cabría afirmar rotundamente por la sala–, pero sí en cuanto a que establece la condena al pago de importantes cantidades de dinero, como consecuencia de dicha resolución imputable a Acuamed, no resulta prudente, sin esperar a ver lo que resulta del procedimiento penal.

Atendido lo anterior y visto que existen unas actuaciones penales que tienen íntima conexión con la cuestión litigiosa civil sometida a arbitraje, y pudiendo ser el resultado de dicha investigación penal determinante de la validez del contrato litigioso, o bien del conjunto de actuación de Acuamed, en relación con las obras en que se inscribe el contrato litigioso, objeto de arbitraje, el tribunal arbitral debió acordar la suspensión del procedimiento de arbitraje, una vez llegado este a la fase de resolución y dictado del laudo, por ser imperativa la suspensión, vistos los términos del citado artículo 40 de la LEC.

¿Es jurídicamente viable la decisión de anular el laudo arbitral en el presente caso?

Cuestiones planteadas:

- El concepto de orden público a efectos de la acción de anulación del laudo arbitral. Interpretación restrictiva y excesos de los órganos judiciales.
- Vulneración de la tutela judicial efectiva.
- Jurisprudencia en la materia.

## Solución

Los planteamientos jurisprudenciales acerca de la cuestión objeto del caso son muy claros: la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del derecho efectuados por los árbitros al laudar.

En tal sentido, *v. gr.*, las sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid de 24 de junio de 2014 (rec. núm. 70/2013) y de 5 de noviembre de 2013 (rec. núm. 14/2013), cuando dicen (FF.JJ. 8.º y 4.º, respectivamente):

Como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012, la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a

la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de esa Ley de Arbitraje restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si este carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje. Así lo indica con claridad la exposición de motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que «los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros». La esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan (como destaca la sentencia del Tribunal Supremo del 22 de junio del 2009) que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005 (NCJ040740), y 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1988, 7 de junio de 1990).

En igual sentido la sentencia de 12 de junio de 2018 y la de 22 de marzo de 2019 de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid.

Al respecto, la STS de 15 de septiembre de 2008 establece que

Como dice el auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006: como punto de partida debe tomarse la especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenio arbitral, que veta por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, dentro del cual la actuación de los Tribunales se circunscribe a actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la Ley reguladora de la institución; es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad –entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de motivos de la Ley 60/2003– de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje; para ello, tal y como asimismo se señala en el preámbulo de la vigente Ley de Arbitraje, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal; esta mínima intervención jurisdiccional explica el hecho de que en el artículo 42.2 de la vigente Ley de Arbitraje, como también se hacía en el artículo 49.2

de su predecesora, se disponga que frente a la sentencia que se dice en el proceso sobre anulación de un laudo arbitral no quepa recurso alguno, habiendo entendido el legislador que a través de una única instancia y con una sola fase procesal se satisface suficientemente la necesidad de control jurisdiccional de la resolución arbitral, que, evidentemente, no alcanza al fondo de la controversia, sino únicamente a los presupuestos del arbitraje y su desarrollo.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en las SSTC 62/1991, de 22 de marzo; 228/1993, de 4 de octubre; 259/1993, de 23 de julio, y 176/1996, de 11 de noviembre. En el mismo sentido el Tribunal Constitucional, Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre, señala que «el posible control judicial derivado del artículo 45 de la Ley de Arbitraje (LA) –hoy art. 41– está limitado al aspecto externo del laudo y no al fondo de la cuestión sometida al arbitraje, al estar tasadas las causas de revisión previstas y limitarse estas a las garantías formales»; razón por la cual únicamente procede conocer de las causas de nulidad tasadas que, además dice la STS de 23 de abril de 2001, en su fundamento séptimo, con remisión a la de 16 de febrero de 1968, «han de ser interpretadas y aplicadas estrictamente a fin de evitar la acusada tendencia de quienes renunciaron a las garantías que les brindaba la severa aplicación del Derecho, de lograr su anulación por los órganos jurisdiccionales de carácter oficial cuando no logran el éxito de sus aspiraciones».

En particular,

el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido en el art. 24 CE para la resolución judicial, sino que se ajusta a un parámetro propio, definido en función del art. 10 CE. Este parámetro deberán configurarlo, ante todo, las propias partes sometidas a arbitraje a las que corresponde, al igual que pactan las normas arbitrales, el número de árbitros, la naturaleza del arbitraje o las reglas de prueba, pactar si el laudo debe estar motivado (art. 37.4 LA) y en qué términos. En consecuencia, la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público (STC 65/2021, FJ 5.º [NCJ065447]).

Asimismo, el tribunal ha llamado la atención sobre los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales (art. 41.1.f LA) y de la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo, so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional (art. 24 CE) (SSTC 46/2020, FJ 4.º [NCJ064895]; 17/2021, FJ 2.º (NCJ065391), y 65/2021, FJ 3.º [NCJ065447]).

En ese sentido el tribunal ha sostenido que

la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje.

De todo lo expuesto se colige que el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del derecho. En estos casos, el órgano judicial no es una nueva instancia, dado que la acción de anulación contra el laudo habilita un control judicial meramente externo y no de fondo sobre la cuestión sometida a arbitraje. Por tanto, solo debe controlar que se han cumplido las garantías del procedimiento arbitral y el respeto a los derechos y principios de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de afirmar en anteriores ocasiones que resulta constitucionalmente legítimo que el ordenamiento jurídico establezca, en algunos supuestos, a través de la prejudicialidad devolutiva, la prioridad de una jurisdicción sobre otra (STC 89/1997, de 5 de mayo, FJ 3.º), si bien también ha advertido tanto acerca del «carácter restrictivo con que ha de aplicarse la prejudicialidad penal en los procesos civiles», como que se trata de un juicio que queda «en el ámbito de la estricta legalidad ordinaria» en el que «serán las circunstancias concretas de cada caso las que, apreciadas por los órganos judiciales competentes para la resolución de los mismos, permitan al juzgador adoptar una u otra solución» (STC 166/1995, de 20 de noviembre, FJ 2.º).

En razón de la cuestión que se plantea en el presente caso el precepto a considerar es el artículo 40 de la LEC, que regula la prejudicialidad penal en los procesos judiciales civiles y cuya normativa es perfectamente trasladable a los procesos arbitrales, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica privada de estos, limitados, como están, a controversias sobre materias de libre disposición (art. 2.1.º LA). Conforme al artículo 40 de la LEC, cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto la existencia de un hecho que revista apariencia de delito perseguible de oficio, el tribunal ordenará la suspensión de las actuaciones –mediante auto y una vez que el proceso esté pendiente solo de sentencia– cuando concurren conjuntamente las siguientes circunstancias:

- 1.ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso; y
- 2.º Que la decisión del tribunal penal acerca de tales hechos presuntamente delictivos pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

La doctrina que se ha expuesto en el FJ 3.º, respecto al control judicial meramente externo que ha de llevar al cabo el órgano judicial sobre la motivación del laudo, excluyendo toda consideración de fondo sobre sus razonamientos, es aplicable al presente caso. Si la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público no puede traer como consecuencia que ese órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del derecho, debe concluirse que la acreditación de la concurrencia de los presupuestos procesales que llevan a la apreciación del instituto de la

prejudicialidad penal es una cuestión que ha de valorarse por el tribunal arbitral, en cuanto que ese juicio no excede del ámbito de la legalidad ordinaria (STC 224/1988, de 25 de noviembre, FJ 5.º), correspondiendo al órgano judicial únicamente controlar si esa decisión es respetuosa con las exigencias del orden público (STC 46/2020, FJ 4.º (NCJ064895)). Pero lo que el órgano judicial tiene vedado es, bajo pretexto de la realización del anterior examen externo, sustituir la valoración y motivación del tribunal arbitral por la suya propia, pues con ello excede sus atribuciones, realizando una interpretación extensiva e injustificada de sus facultades de control del concepto de orden público del art. 41.1 f) de la LA, que supera el alcance de la acción de anulación. Eso es lo que ha sucedido en el presente caso. La sentencia impugnada constata que el laudo está motivado en el punto discutido por las partes, la concurrencia de la prejudicialidad penal, pero considera que dicha motivación es errónea, aunque luego no indica dónde se encuentra el error en la motivación. De hecho, lo que hace el órgano judicial es sustituir, respecto a la única cuestión debatida, la motivación del laudo por la suya propia a partir de una valoración divergente de los elementos probatorios de la prejudicialidad penal, pero sin examinar el cumplimiento de los requisitos del artículo 40 de la LEC y aplicando en su lugar lo que denomina «principio de prudencia», que aconsejaría haber suspendido el procedimiento arbitral, lo que le lleva a calificar el laudo de prematuro. De modo que, en razón de dicho principio de prudencia, sin conexión concreta y razonada con los hechos cuestionados en el arbitraje, se viene a negar la validez del laudo arbitral por no haber sido suspendido el litigio en espera; el resultado es que, a través del juicio de anulación, se ha sustituido la decisión de los árbitros por la de los jueces, cambiando la valoración que hace el laudo por la de la sentencia, y ello sin que pueda hablarse de una infracción del deber de motivar el laudo.

Por tanto, la decisión del órgano judicial de anular el laudo arbitral de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid de 4 de abril de 2018 fue contraria al canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE), en cuanto desconoce que la anulación solo puede referirse a errores *in procedendo*, y no puede conducir a revisar la aplicación del derecho sustantivo por los árbitros, es decir, que las resoluciones arbitrales solo son susceptibles de anularse en función de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral. Lo contrario desborda el alcance de la acción de anulación y desprecia el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 1/2000 (LEC), art. 40.
- Ley 60/2013 (Arbitraje), art. 41.1 f)
- STC 46/2020 (NCJ064895).

# Determinación de los apellidos de un recién nacido y la posibilidad del cambio

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

## Enunciado

Los padres de Elena, recién nacida, quieren inscribirla en el Registro Civil con el primer apellido, compuesto por los dos del padre, y el segundo, por el primero de la madre. Quieren que se llame Elena Ruiz-Jacundis por parte del padre y Márquez por parte de la madre. Alegan que de esta manera Jacundis no desaparecerá con el tiempo, porque son muy pocos los que ya quedan en España. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública se opone, al considerar que la hija no es conocida fácticamente por tal identidad, pues acaba de nacer, y porque se ha generado por los padres una identidad artificial, no discutiendo el dato innegable de la posible extinción del apellido con el tiempo, e indicando que tampoco ese apellido compuesto garantiza su perdurabilidad. Asimismo, considera, como argumento de oposición, que el apellido compuesto no es lo mismo que el simple, y que afecta al tráfico jurídico, pudiendo suponer un fraude de ley e infracción del derecho al nombre e imagen.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Se puede admitir un cambio de apellidos compuesto por los dos del padre?
2. ¿Sirve como argumento para desestimar la petición que la situación de hecho haya sido creada por el interesado?
3. ¿Qué importancia registral tiene que el apellido que se trata de unir pertenezca legítimamente al padre?
4. ¿De aceptarse el cambio, perjudicaría al tráfico jurídico, sería fraude de ley? ¿Afectaría a algún derecho fundamental del menor en el futuro?

## Solución

1. ¿Se puede admitir un cambio de apellidos compuesto por los dos del padre?

Los padres solicitan el cambio de apellidos por las razones indicadas en el caso: la pérdida del apellido con el tiempo, fundamentalmente. Que el padre lo solicite es posible, porque está legitimado para ello. Así lo dispone el artículo 154 del CC cuando considera a los progenitores como los legales representantes de los hijos hasta la emancipación. Esas facultades de representación los convierte en legitimado activo, supliendo así el defecto de capacidad procesal del menor. La Ley 20/2011, del Registro Civil, solo prevé el cambio por el interesado a partir de los 16 años (art 57: 3, señalando que «los cambios señalados en los párrafos anteriores podrán ser solicitados por el propio interesado si es mayor de dieciséis años»). No olvidemos que se trata de un recién nacido, cuya filiación resulta reconocida, y que lo pretendido es hacer constar, no la paternidad, sino el nombre, el derecho al nombre como parte de los derechos de la personalidad inherentes al hijo. De ahí que pudiera plantearse un derecho fundamental a esa identidad con esos apellidos compuestos del padre y con el segundo de la madre. Aquí, la cuestión que subyace es saber hasta qué punto se cumplen los requisitos legales para el cambio, porque estos son ineludibles, de obligada concurrencia, y hemos dicho que ha podido generarse una situación de hecho por el padre, sin que la identificación que se pretende sea de ordinario conocimiento y de uso generalizado y compartido. Y cuando decimos que deben concurrir los requisitos de la legislación registral, tenemos que analizarlos para saber si se dan todos o, por el contrario, el concurrente sirve o no para la inscripción registral. Tampoco podemos olvidar que la doctrina considera que la falta de prueba y el hecho de un nacimiento impiden considerar que se da la situación de hecho notoria.

Hemos indicado que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública se opone. Ahora, la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC), prevé la regulación en el artículo 54. Cambio de apellidos o de identidad mediante expediente.

1. El encargado del registro puede autorizar el cambio de apellidos, previo expediente instruido en forma reglamentaria.

2. Son requisitos necesarios de la petición de cambio de apellidos:

a) Que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho, siendo utilizado habitualmente por el interesado.

b) Que el apellido o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario.

c) Que los apellidos que resulten del cambio no provengan de la misma línea.

Podrá formularse oposición fundada únicamente en el incumplimiento de los requisitos exigidos.



3. Bastará que concurra el requisito del uso habitual del apellido propuesto, sin que se cumplan los requisitos b) y c) del apartado 2, si el apellido o apellidos solidados correspondieran a quien tuviere acogido al interesado, siempre que aquel o, por haber fallecido, sus herederos den su consentimiento al cambio. En todo caso se requiere que, por sí o sus representantes legales, asientan al cambio el cónyuge y descendientes del titular del apellido.

4. No será necesario que concurra el uso habitual del apellido propuesto, bastando que se cumplan los requisitos b) y c) previstos en el apartado 2, para cambiar o modificar un apellido contrario a la dignidad o que ocasione graves inconvenientes.

En estos casos, podrá autorizarse por razones de urgencia o seguridad el cambio total de identidad sin necesidad de cumplir con los requisitos previstos en el apartado 2, de acuerdo con el procedimiento que se determine reglamentariamente.

Obsérvese, y esto es importante, que antes de la reforma, con la LRC anterior, el artículo 58 disponía: «No será necesario que concurra el primer requisito del artículo anterior para cambiar o modificar un apellido contrario al decoro o que ocasione graves inconvenientes, o para evitar la desaparición de un apellido español». Estaba especialmente prevista la modificación del apellido para conservar uno de origen español, que es precisamente una de las cuestiones alegadas. Que el apellido sea indecoroso es motivo de cambio, como lo es que pertenezca a la línea paterna que el resultado de los dos apellidos no sea de la misma línea de ascendencia. Como regla general se pueden producir la segregación de palabras, supresión de letras o acentos, artículos o partículas, transducción a la lengua española, o sustitución o anteposición o agregación de otros nombres o apellidos, etc. Pues bien, visto el articulado que regula esta materia, no será tanto por la pérdida del apellido, ni siquiera porque no se haya podido probar la situación de hecho, que no es tal porque el menor acaba de nacer, sino porque el apellido proviene de la línea paterna y no resulta de una única, materna o paterna. El nombre compuesto no sería, por consiguiente, impedimento, como tampoco el argumento de la falta de perdurabilidad. No obstante, nos remitimos a la contestación de la cuestión siguiente, pues suscita dudas el hecho de que haya desaparecido la alusión del antiguo artículo 58 de la LRC anterior.

2. ¿La dispensa legal del requisito de que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho no creada por el interesado es o no un argumento en contra?

Aunque se ha hecho alusión en el apartado anterior, volemós a incidir en este tema porque la LRC actual regula las excepciones a los requisitos del artículo 54 de manera diferente. Dijimos que los cambios tienen que estar justificados, que no se pueden alterar los apellidos ni provocar confusiones. Que los requisitos legales (art. 54 LRC) han de cumplirse. ¿Cumplirse en su totalidad?

Hay flexibilidad en las modificaciones registrales del nombre y de los apellidos. Por ejemplo, el encargado del registro puede, mediante declaración de voluntad del interesado,

autorizar la alteración del orden de los apellidos. Anteponer la preposición «de» al primer apellido que fuera usualmente nombre propio o empezare por tal, así como las conjunciones «y» o «i» entre los apellidos. Acomodar el orden de los apellidos los hijos mayores de edad o emancipados al cambio de apellidos de los padres cuando aquellos expresamente lo consientan. Se pueden regularizar ortográficamente los apellidos a cualquiera de las lenguas oficiales correspondientes al origen o domicilio del interesado y la adecuación gráfica a dichas lenguas de la fonética de apellidos también extranjeros. Todo esto es posible (art. 53 LRC), basta una mera declaración de voluntad. Pero ¿qué ocurre cuando se pide la modificación y la situación de hecho no es natural, no es producto del tiempo y del conocimiento común, sino generada por el padre en el momento del nacimiento del hijo?

Antes de la reforma registral, de concurrir el artículo 58 de la LRC –derogado–, la conservación del apellido por su pérdida o en riesgo de desaparición era un argumento y constituía un requisito que no se discutía, y por ello no se precisaba de que el apellido propuesto como compuesto no provenga de una situación de hecho no creada por el interesado, pues se excluía su aplicación en el precepto indicado en el artículo 208 del RRC. Ahora, repasando los supuestos contemplados en el nuevo artículo 54 de la LRC, «no será necesario que concurra el uso habitual del apellido propuesto, bastando que se cumplan los requisitos b) y c) previstos en el apartado 2, para cambiar o modificar un apellido contrario a la dignidad o que ocasione graves inconvenientes». ¿Es un grave inconveniente la desaparición del apellido histórico? Esta es la cuestión, y por esta vía se podría dar respuesta a la predisposición de la situación de hecho. Porque sucede que basta con el apellido o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario, o que los apellidos que resulten del cambio no provengan de la misma línea sin necesidad del uso habitual. Es decir, el argumento de las razones históricas o de pérdida con el tiempo del apellido es innecesario para soslayar la situación de hecho generada artificialmente. Los requisitos legales están perfectamente cumplidos

3. El examen del segundo requisito del artículo 57 de la LRC, relativo a que el apellido o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario, nos hace reflexionar lo siguiente.

Preguntarnos lo anterior es preguntarnos también si el apellido compuesto del padre puede ser considerado el primero del hijo, pues, a la luz del artículo 109 del CC, «si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley». Cuando se dice «primer apellido», ¿se está refiriendo al apellido simple o al compuesto? O, por ejemplo, ese «primer apellido» no tiene nada que ver con el de la madre, porque la composición doble es del padre. Por consiguiente, se pervierte el sentido del precepto para el cambio de orden, porque nunca el que pretende ponerse será el primero del padre o de la madre, y esa pretensión impide considerar el segundo como legítimo de la madre. Apellidos, en sentido estricto, interpretándolos con arreglo al artículo 109, son los primeros del padre y de la madre, nunca el compuesto.

Pues bien, dicho lo anterior, ilustrados por la resolución núm. 9/2009, de 2 de septiembre, de la DGRN (ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), afirmamos lo siguiente: «Uno de los requisitos que establece la legislación del Registro Civil para autorizar el cambio de apellidos es que los solicitados pertenezcan legítimamente al peticionario (artículos 57.2 LRC y 205.2 RRC), para lo cual debe acreditarse que figuran en la inscripción de nacimiento de alguno de sus ascendientes» (igual la resolución 8/2015, de 18 de septiembre). Por tanto, el requisito concurre. No hay distinción de uno o dos apellidos, basta con que conste inscrita la filiación del ascendiente.

Esta manera de entender la filiación y esta argumentación excluyen que se pueda interpretar como que el precepto discrimina el apellido futuro compuesto porque no esté así inscrito en el Registro Civil por el ascendiente. Tampoco se observa problema alguno en el tráfico jurídico. Y no se impide la alteración del orden: primero, simple (el de la madre); segundo, compuesto (el del padre), en su caso.

4. ¿De aceptarse el cambio, perjudicaría al tráfico jurídico, sería fraude de ley? ¿Afectaría a los derechos fundamentales del menor?

Si la norma permite al padre cambiar el orden de los apellidos, ¿qué necesidad hay de hacer que la hija ostente los dos apellidos del padre y el de la madre? El padre cambia el orden de los suyos y luego, al inscribir el nacimiento de Elena ya tiene como primero, si quieren, el del padre que alega pudiera desaparecer. Por tanto, surge la duda de si hay un fraude de ley y si hay justa causa. Si se busca la razón en motivos históricos, a falta de una regulación actual que lo contemple –como ya se ha expuesto– carecería de sentido la filiación de Elena como se pretende, no habría justa causa. Antes, al contemplarse expresamente en el antiguo artículo 58 la posibilidad de alegar la pérdida del apellido, la causa estaba bien invocada. Perder un apellido español podía tener fundamento. Sin embargo, como quiera que no es necesario alegar este motivo y basta con los dos ya estudiados, lo que otrora tenía un fundamento, ahora ya no.

En cuanto al posible fraude de ley, nos estamos refiriendo al hecho de que, si el padre puede alterar el orden de sus apellidos para así poner el segundo suyo como primero de la hija Elena, evitando la desaparición, ¿a qué viene querer hacer los cambios con la hija? ¿Esto justificaría creer en el fraude legal? ¿Se respeta la letra de la norma, pero se está contraviniendo el espíritu de la misma?

Aquí subyace una cuestión de fondo elemental: cuando hemos aludido en su momento al tráfico jurídico para aceptar el cambio en la hija por ser de uso cotidiano y común, o para negarlo porque acaba de nacer y no se puede ostentar ese estado, hemos podido buscar esas mismas razones en favor del padre; es decir, no se le puede obligar a alterar el orden de sus apellidos para conservar el histórico en la hija porque, de ser conocido por el orden anterior, se estaría perjudicando el tráfico jurídico del padre, con los perjuicios que de ello se derivarían; porque, en este caso, en el padre sí que se habría consolidado un estado de hecho y los daños a él serían mayores que los que se podrían producir (si se producen) en

la hija recién nacida, respecto de la cual no se predicaría una situación o filiación ampliamente desarrollada en el tiempo. ¿Dónde estaría entonces el fraude de ley? En ningún sitio. Ni siquiera podíamos invocar el perjuicio para el interés de la menor como concepto jurídico indeterminado a proteger tanto por las normas nacionales como por las internacionales. Porque si el interés superior de Elena opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la petición de la filiación estudiada, si el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente. Pero dado que no resulta afectado su interés por encima del de los padres, sino que se observa justificación sin perjuicio, el cambio de apellidos solicitado es inocuo desde la perspectiva del interés más digno de protección.

Dispone el artículo 6.4 del CC: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir». Conforme a la lógica expuesta, no cabe hablar de fraude alguno. Pues el fraude de ley, según dice la STS 1169/2000, de 21 de diciembre,

es sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin, valiendo tanto como subterfugio o ardid, con infracción de deberes jurídicos generales que se imponen a las personas, e implica, en el fondo, un acto *contra legem*, por eludir las reglas del derecho, pero sin un enfrentamiento frontal, sino, al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura o una cobertura indirecta, respetando la letra de la norma, pero infringiendo su espíritu, de forma que el *fraus alterius* o *fraus homini* implica, con carácter general, un *fraus legis*, que requiere, como elemento esencial, una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la ley, como con reiteración ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 6 de febrero de 1957, 13 de junio de 1959, 1 de abril de 1965, 2 de mayo de 1984, 1 de febrero de 1990, 20 de junio de 1991 y 17 de marzo de 1992; con lo que se ha de ver si concurre o se halla ausente el presupuesto del denunciado fraude, que no es otro que el logro de un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico (SS. 29-7-96 422/2011).

Por consiguiente, no hay un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico y no existe fraude de ley cuando no se prohíbe el cambio de apellidos según todo lo razonado.

En cuanto a la última de las alusiones, si la decisión de no permitir los apellidos del menor propuestos afectaría a sus derechos fundamentales, concretamente a la imagen, ya el Tribunal Constitucional, en la sentencia de su Sala Segunda 167/2013, de 7 de octubre, rec. núm. 614/2010 (NCJ058056), entendió que podía verse afectado el Derecho Fundamental del menor a su imagen, cuando de menores en edad escolar se tratara. Se vulneraría su imagen (art. 18 CE) si alcanzara

ese cambio de apellidos a una edad en que tanto en la vida social como en la escolar es conocido por el primer apellido en su día determinado. Se hacía ver que, en el caso de determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos, y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona.

Es decir, que el derecho al nombre, que forma parte de su personalidad, puede verse afectado por el cambio de los apellidos. En estos supuestos, en los cuales la alteración de los apellidos pudiera producirse por el reconocimiento de una paternidad, cuando llevara muchos años siendo conocido por otros apellidos, concretamente los de la madre, a falta de filiación paterna. El interés del menor conlleva que se mantenga como primero el de la madre, que es el que ha venido siendo siempre utilizado por él y por el que se le conoce, siendo una clara situación de hecho que confiere seguridad en el tráfico jurídico y aconseja preservar el de siempre.

Es evidente, en consecuencia, que no hay infracción del derecho a la imagen, porque se trata de un recién nacido, no conocido, que aún no se ha desenvuelto en el mundo ni en el tráfico jurídico. Nadie conoce a Elena, o casi nadie, y en nada le perjudica unos apellidos que se inscriben por primera vez en su primera filiación. Sin embargo, se ilustra sobre el perjuicio (y el interés del menor) de que haya cambios de identidad derivados de una reclamación o impugnación de paternidad, aun cuando el supuesto fáctico se centra en la inscripción registral del nacimiento por sus padres legítimos. Cuestión diferente es si la denegación afecta o no a ese derecho fundamental. Como es natural, al aceptarse lo propuesto, no hay debate; pero el nombre, integrado por sus apellidos, sí forma parte de la personalidad del hijo, sí puede integrar un derecho esencial vulnerado para el supuesto de denegación de la composición de los apellidos del padre como los primeros del hijo.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 6.4, 109 y 154.
- Ley 20/2011, de 21 de julio (RC), arts. 54 y 57.
- RDGRN 9/2009, de 2 de septiembre.
- SSTS (Civil), Sec. 1.ª, 621/2015, de 12 de noviembre, rec. núm. 1493/2014; 20/2018, de 17 de enero, rec. núm. 1254/2017, y 1169/2000, de 21 de diciembre.

# Competencias municipales. Derecho de información de los concejales sobre los plenos. Responsabilidad patrimonial. Contratos administrativos y responsabilidad disciplinaria

**Julio Galán Cáceres**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa*

*Profesor del CEF.-*

## Enunciado

**Supuesto planteado en el tercer ejercicio de las pruebas de acceso a la Subescala de Secretaría, categoría de entrada, de la Escala de funcionarios de entrada de la administración local con habilitación de carácter nacional (convocatoria Orden HFP/513/2018, de 21 de mayo).**

Acaba de tomar posesión en el puesto de secretaria de clase segunda del Ayuntamiento de Santa María, un municipio de 8.500 habitantes situado en una comunidad autónoma que no ha ejercido sus competencias legislativas ni reglamentarias. El ayuntamiento tampoco ha aprobado el Reglamento Orgánico Municipal. Partiendo de estas premisas, se plantea lo siguiente:

El ayuntamiento está tramitando un expediente para prestar el servicio de la escuela municipal de música. Este asunto está levantando una gran polémica, puesto que ya existe otra escuela privada en el municipio llamada La Caja de Música, que presta este mismo servicio con mucho éxito.

Don A.B.C., único concejal del partido Asterisco en el ayuntamiento, además de padre de la directora de La Caja de Música, en su condición de concejal solicita el acceso a dicho expediente. La alcaldesa del municipio niega el acceso al mismo, alegando que es un expediente que está en tramitación, todo ello «en aplicación de la normativa de transparencia» (en palabras de la alcaldesa).

Ante esta actitud de la alcaldesa, el concejal, el día 3 de octubre de 2019, presenta en el registro del ayuntamiento un escrito con las firmas y fotocopias del DNI de una cuarta parte de los concejales del ayuntamiento, en el que solicita la convocatoria de un pleno extraordinario para las 13:00 horas del próximo día 8 de octubre de 2019, fundamentando su petición en la Ley 7/1985.

La alcaldesa se niega a convocar el pleno, por considerar el asunto banal y que no afecta a los vecinos y al interés general, sino únicamente al interés particular del concejal, por ser padre de la directora de la escuela de música privada.

Por si la situación no fuese complicada para la alcaldesa, en la casa consistorial se ha producido un derrumbe, como consecuencia de las fuertes lluvias en los últimos días, afectando a varias zonas. El ayuntamiento procedió a la adjudicación del contrato para la redacción del proyecto de obras, por un importe de 34.999 euros (IVA excluido), siguiendo el procedimiento abierto previsto conocido supersimplificado, previsto para contratos de servicios inferior a 35.000 euros, por la supresión de trámites y reducción de plazos de la vigente Ley de contratos. Las obras iban a comenzar en breve, pero se ha tenido conocimiento de que la empresa adjudicataria de las citadas obras ha solicitado la declaración de concurso, sin que hasta la fecha haya sido declarada.

En los presupuestos municipales del año en curso está consignada una subvención nominativa de 3.500 euros a una asociación de ámbito local sin ánimo de lucro, para la organización de un festival cultural en la localidad. Un técnico municipal de la Concejalía de Cultura desea mantener una reunión con el secretario municipal, a fin de determinar una serie de cuestiones jurídicas relativas a este asunto.

Por su parte, la Concejalía de Medio Ambiente (de la que depende el servicio municipal de abastecimiento de agua potable a domicilio) desea poner en marcha una serie de acciones en el marco de una estrategia municipal para el ahorro y eficiencia en el consumo de agua. Entre estas acciones figuró la campaña de difusión para promover el ahorro del agua entre los consumidores, que ha sido diseñada por la concejalía. La campaña, con un valor estimado de 42.000 euros y una duración de 9 meses, perseguiría hacer comunicaciones en vallas publicitarias ubicadas en el municipio, así como en radio (cuñas) y prensa escrita (un publlirreportaje e inserciones publicitarias), en medios que tengan su ámbito de difusión propio para llevarla a cabo, siendo preciso acudir a licitación.

Por otro lado, Don J.B.V. se encontraba en la noche del pasado 23 junio disfrutando de las tradicionales «fogatas de san Juan» de esta localidad. Durante el transcurso de la celebración de la quema de una hoguera que se organizaba por particulares en una pradera pública del municipio, un petardo de procedencia y pertenencia incierta, impacta sobre don J.B.V., circunstancia que fue presenciada por varios viandantes que estaban por la zona.

Como consecuencia del impacto, sufre un grave hematoma en el pabellón auditivo y el ojo derecho con pronóstico grave. Las lesiones han dado lugar a la baja del mismo, así como a la existencia de secuelas, tales como la pérdida de visión del ojo derecho.

Don J.B.V. estima que el hecho de que la quema de hogueras fuera un acto privado no supone que el ayuntamiento no tenga obligación de garantizar la seguridad de las vías públicas, toda vez que aunque no constaba la autorización para la celebración de tales fiestas, el ayuntamiento debe tomar las medidas que garanticen la seguridad de los participantes y vecinos asistentes.

Por tal circunstancia, el perjudicado está valorando la presentación de una reclamación patrimonial contra el ayuntamiento de Santa María por los hechos acontecidos.

En otro orden, hace dos meses se llevó a cabo una huelga de dos días de duración por parte de algunos funcionarios del ayuntamiento, decretándose precisamente unos servicios considerados mínimos que afectaba al 30 %.

Con ocasión de la huelga, el ayuntamiento decidió incoar diversos expedientes disciplinarios. Uno de estos expedientes incoan al funcionario don C.R.F., que no tenía que realizar servicios mínimos y realizó la huelga, pero que en el transcurso de la misma causó graves daños en diverso material del ayuntamiento. Este funcionario pertenece a la escala de Administración General, subescala auxiliar del propio ayuntamiento.

El funcionario alega que no se le puede imputar la falta grave que figura en el expediente sancionador iniciado y que se le notificó en tiempo y forma. La falta que se le imputa fue la que figura en el artículo 7.1 f) del Real Decreto 33/1986, de 10 enero, que aprueba el reglamento disciplinario de los funcionarios civiles de la Administración del Estado. Este precepto tipifica como falta grave «causar daños graves en los locales, material o documentos de los servicios».

La razón que esgrime el interesado en su recurso es que el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público señala que la falta grave tiene que establecerse por ley, por lo que entiende que el artículo 7 del Real Decreto 33/1986 no puede aplicarse.

Cuestiones planteadas:

**Se solicitan fundamentos jurídicos y conclusión acerca de las siguientes cuestiones:**

- **Primera.** ¿Puede el ayuntamiento prestar el servicio de escuela de música?
- **Segunda.** Justifique y motive, si es posible, la denegación del acceso a ese expediente tal y como indica la alcaldesa, o por el contrario, usted, como secretario, entiende que debe dar acceso y en qué términos. ¿Cómo se puede defender el concejal ante esta denegación? Indique, en su caso, la responsabilidad en que incurriría la alcaldesa.
- **Tercera.** ¿Es posible la presentación en papel por parte de un concejal del escrito del enunciado? ¿Debería convocarse el pleno extraordinario solicitado?
- **Cuarta.** Analice el procedimiento de contratación seguido para la redacción del proyecto de obras. Por otro lado, ¿qué consecuencias jurídicas para el contrato de obras conlleva la solicitud de declaración de concurso de la empresa adjudicataria de las mismas?
- **Quinta.** En relación con la subvención, ¿cómo podría canalizarse dicha subvención a la asociación? En su caso, ¿qué régimen jurídico sería aplicable a ese instrumento jurídico y qué plazo de vigencia tendría el mismo?



- **Sexta.** En relación con la campaña de difusión, califique el contrato en atención al sujeto. A su juicio, ¿sería posible fraccionar el contrato? ¿Se podría dividir el lotes? En función de su respuesta a estas cuestiones, indique el régimen jurídico aplicable al mismo y el procedimiento de licitación que se debería seguir.
- **Séptima.** En relación con los sucesos de las «fogatas de san Juan», ¿entiende que en el presente supuesto concurren los requisitos para reconocer la existencia de la responsabilidad patrimonial del ayuntamiento? Razone su respuesta.
- **Octava.** En relación con el expediente disciplinario al empleado municipal, proponga una solución fundada para resolverlo.

## Solución

Primera. ¿Puede el Ayuntamiento prestar el servicio de escuela de música?

En relación con la posibilidad de que el ayuntamiento pueda prestar el servicio de escuela de música, en primer lugar hay que señalar que estamos ante un servicio relativo a la prestación de enseñanzas artísticas, al igual que puede suceder con la prestación de escuela de danza, por ejemplo.

En este sentido, de acuerdo con el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL), no es una competencia del municipio que pueda ejercer como propia, ya que este servicio, el de enseñanza artística en escuela de música, no se encuentra entre los supuestos establecidos en dicho precepto y apartado.

Por otro lado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.1 del citado texto legal «las competencias de las entidades locales son propias o atribuidas por delegación».

En cuanto a las propias, la legislación del Estado, en concreto la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de educación, no contempla competencias de enseñanzas artísticas atribuibles a las entidades locales.

Únicamente se establece en la disposición adicional decimoquinta la posibilidad de suscribir convenios de colaboración por parte de las Administraciones educativas con las corporaciones locales para la prestación de enseñanzas artísticas.

Respecto a las comunidades autónomas, como señala el relato de hecho, este municipio está encuadrado en una comunidad autónoma que no ha ejercido competencias legislativas ni reglamentarias, por lo que no se ha podido atribuir a las entidades locales competencia alguna en esta materia, ya que de acuerdo con el artículo 7 de la LRBRL, las competencias en favor de las entidades locales han de determinarse por ley. Ahora bien, esta competencia en materia de educación, sin perjuicio de la alta inspección, es competencia del Estado, corresponde a las comunidades autónomas, y todos los estatutos de autonomía así lo han reconocido.

Por su parte, el artículo 7.3 señala que

el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, podrán delegar en las Entidades Locales el ejercicio de sus competencias. Las competencias delegadas se ejercen en los términos establecidos en la disposición o en el acuerdo de delegación, según corresponda, con sujeción a las reglas establecidas en el artículo 27, y preverán técnicas de dirección y control de oportunidad y eficiencia.

Y el artículo 27 se refiere a las materias que pueden ser delegadas de las entidades locales, aunque dicha enumeración no es cerrada, sino que el artículo señala «entre otras», por lo que el hecho de que no aparezca esta materia y competencia de manera específica no significa que no pueda ser objeto de delegación en la correspondiente entidad local.

Finalmente, el artículo 7.4 señala que

las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

En todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Respecto al hecho de que este servicio se preste en el municipio por otra escuela privada, no es óbice para que el ayuntamiento pueda igualmente prestar el servicio de escuela de música.

En conclusión, el municipio podría prestar el servicio de escuela de música de acuerdo con los fundamentos y condiciones establecidos con anterioridad.

Segunda. Justifique y motive, si es posible, la denegación del acceso a ese expediente tal y como indica la alcaldesa, o por el contrario, usted, como secretario, entiende que debe dar acceso y en qué términos

En primer lugar, debemos señalar que este derecho de participación encuentra su fundamento en el artículo 23 de la Constitución, donde se recoge el derecho de participación en asuntos públicos. Es un derecho fundamental del primer nivel, dentro de la regulación

constitucional de los derechos fundamentales, y por tanto goza de la protección máxima que establece el artículo 53 de la CE.

A) Denegación de acceso por la alcaldesa

En relación con la negativa de la alcaldesa del municipio a dar acceso a don A.B.C. al expediente que está tramitando el ayuntamiento para prestar el servicio público de escuela municipal de música, alegando que se encuentra en tramitación, según la Ley de transparencia, debemos significar que, efectivamente, la Ley 19/2003, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en su artículo 18.1 a) reconoce como causa de no admisión de la solicitud «que se refieran a información que estén curso de elaboración». Pero se debe advertir que esta limitación es para el ejercicio del derecho de información o a la publicidad activa, con fundamento en dicha ley, que cualquier ciudadano puede ejercitar, por lo que el argumento utilizado por la alcaldesa para negar el acceso debe ser desestimado.

Por otro lado, la disposición adicional primera de la Ley 19/2013 señala, en su apartado segundo, que «se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información».

Respecto a los concejales, el artículo 77 de la LRBRL señala:

El derecho de todos los miembros de las corporaciones locales a obtener del alcalde o presidente o de la junta de gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la corporación que resulten precisos para el desarrollo de su función.

Este precepto señala que la solicitud habrá de ser resuelta, motivadamente, en los cinco días naturales siguientes a su presentación.

Este artículo 77 es desarrollado por los artículos 14 y 15 del Real Decreto 2568/1986, de 28 noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF).

Señala el artículo 14 del ROF:

1. Todos los miembros de las Corporaciones Locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función.

Téngase en cuenta que la «Comisión de Gobierno» pasa a denominarse «Junta de Gobierno Local», conforme establece la exposición de motivos de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local («BOE» 17 diciembre).

2. La petición de acceso a las informaciones se entenderá concedida por silencio administrativo en caso de que el Presidente o la Comisión de Gobierno no dicten resolución o acuerdo denegatorio en el término de cinco días, a contar desde la fecha de solicitud.

3. En todo caso, la denegación del acceso a la documentación informativa habrá de hacerse a través de resolución o acuerdo motivado.

Y, por su parte, el artículo 15:

No obstante lo dispuesto en el número 1 del artículo anterior, los servicios administrativos locales estarán obligados a facilitar la información, sin necesidad de que el miembro de la Corporación acredite estar autorizado, en los siguientes casos:

a) Cuando se trate del acceso de los miembros de la Corporación que ostenten delegaciones o responsabilidades de gestión, a la información propia de las mismas.

b) Cuando se trate del acceso de cualquier miembro de la Corporación, a la información y documentación correspondiente a los asuntos que hayan de ser tratados por los órganos colegiados de que formen parte, así como a las resoluciones o acuerdos adoptados por cualquier órgano municipal.

c) Cuando se trate del acceso de los miembros de la Corporación a la información o documentación de la entidad local que sean de libre acceso para los ciudadanos.

Por todo ello, en el presente caso, el concejal tenía derecho al acceso a la información, sin necesidad de autorización del alcalde, porque este supuesto puede ser incluido en el apartado a) o b) del artículo 14.

Todo ello con independencia de que al existir una relación de parentesco de primer grado, pues es el padre de la directora de una escuela privada que ya se dedica al mismo objeto de prestar servicio de escuela de música, el mismo se ha de abstener, o puede ser recusado, en todas las decisiones que se adopten en ese expediente, de acuerdo con los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público.

## B) Medios de defensa del concejal

Ante esta denegación, que debe exteriorizarse mediante una resolución administrativa que debe serle notificada, puede reaccionar, bien interponiendo potestativamente recurso de reposición ante el propio órgano que dictó el acto, en el plazo de un mes desde la notificación, o bien puede recurrir directamente en vía contencioso-administrativa ante el juzgado de lo contencioso administrativo dicha resolución (art. 8 Ley 29/1998, LJCA).

Señalar que la vía contenciosa puede ejercitarla bien por el procedimiento ordinario, o bien por el procedimiento sumario y preferente a que se refiere los artículos 117 de la LJCA (proceso especial a protección de derechos fundamentales), puesto que se ha vulnerado,

presuntamente, el artículo 23 de la Constitución. En este proceso solo se puede plantear la vulneración del derecho fundamental, y en ningún caso cualquier cuestión de legalidad ordinaria.

Agotada la vía judicial previa, podrá acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, conforme a los artículos 41 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

### C) Responsabilidad de la alcaldesa por su actuación

Con independencia de la responsabilidad o del reproche político que se puede realizar por el pleno, a través de los instrumentos de control que se regula en la normativa local y, en su caso, en el propio Reglamento orgánico municipal si existiera, entendemos que no serían aplicables las normas del título II referidas al buen gobierno, pese a que el apartado segundo del artículo 25 señala que «este título será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales», puesto que ese supuesto parece previsto para el incumplimiento de dichas normas en relación con el incumplimiento de deberes relativos al derecho de información respecto a los ciudadanos en general.

El concejal goza de un estatus jurídico especial para muchas cuestiones por su condición, y entre ellas está la de las peculiaridades respecto al derecho de información, que no ejerce en su condición de ciudadano, al menos en este caso, sino en su condición de concejal.

Por todo ello entendemos que la responsabilidad es política y que pueda hacerse efectiva por los medios derivados de la normativa, pudiendo llegar hasta el planteamiento de una moción de censura del artículo 197 de la Ley Orgánica 5/1985, General Electoral, o pudiera ser, en su caso, penal, por un presunto delito de prevaricación u otro. En todo caso, habrá que estar a las circunstancias del caso concreto y respetar el principio de intervención mínima del derecho penal, debiendo ser el concejal el que ofrezca la prueba de esa responsabilidad.

Tercera. ¿Es posible la presentación en papel por parte de un concejal del escrito del enunciado? ¿Debería convocarse el pleno extraordinario solicitado?

En relación con la posibilidad de presentar en papel la solicitud del concejal para que se convoque una sesión extraordinaria del pleno, debemos señalar, en primer lugar, que el artículo 46.1 a) de la Ley 7/1985, desarrollado por el artículo 48 del Real Decreto Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el texto refundido del régimen local, y los artículos 78 y siguientes del ROF, lo permiten al establecer:

Asimismo, el Pleno celebra sesión extraordinaria cuando así lo decida el Presidente o lo solicite la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la Corporación, sin que ningún concejal pueda solicitar más de tres anualmente. En

este último caso, la celebración del mismo no podrá demorarse por más de quince días hábiles desde que fuera solicitada, no pudiendo incorporarse el asunto al orden del día de un Pleno ordinario o de otro extraordinario con más asuntos si no lo autorizan expresamente los solicitantes de la convocatoria.

Si el Presidente no convocase el Pleno extraordinario solicitado por el número de concejales indicado dentro del plazo señalado, quedará automáticamente convocado para el décimo día hábil siguiente al de la finalización de dicho plazo, a las doce horas, lo que será notificado por el Secretario de la Corporación a todos los miembros de la misma al día siguiente de la finalización del plazo citado anteriormente. En ausencia del Presidente o de quien legalmente haya de sustituirle, el Pleno quedará válidamente constituido siempre que concurra el quórum requerido en la letra c) de este precepto, en cuyo caso será presidido por el miembro de la Corporación de mayor edad entre los presentes.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la presentación en papel, el relato de hechos señala que el concejal presenta un escrito con la firmas y fotocopias de los DNI de una cuarta parte de los concejales, teniendo en cuenta que se trata de un municipio de 8.500 habitantes, que corresponderían 13 concejales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 179.1 de la LOREG, por lo que debería haberse presentado el escrito con la firma de, al menos, cuatro concejales.

En relación con la circunstancia de haberlo presentado en papel, en principio, no supone inconveniente alguno para su tramitación, siempre que se presente en el registro del ayuntamiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 39/2015, LPAC, referido a la presentación de escritos y comunicaciones. De esta manera el apartado cuarto de dicho artículo establece las distintas posibilidades de presentación. En este caso no hay problema alguno, puesto que el relato de hechos señala que lo presentó en el registro del ayuntamiento. Pero se deberá tener en cuenta una posible regulación legal de esta cuestión en el reglamento orgánico municipal, si existiere a los efectos de su presentación por vía electrónica obligatoriamente.

Debemos especificar que, en principio, y sin perjuicio de lo que pudiera establecer la legislación autonómica y el Reglamento orgánico municipal que, en este caso, no existe, el concejal no está obligado a relacionarse obligatoriamente por medios electrónico con el ayuntamiento, pues no lo establece el artículo 14, que sí señala a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, pero esta afirmación no es extensible respecto a los concejales, porque nada se dice al respecto.

Respecto a si debía de convocarse esta sesión extraordinaria o entenderse convocada automáticamente si el alcalde no lo hiciera, como prevé el artículo 46.1 de la LRBRL, debemos resaltar que el escrito del concejal adolecen de ciertos defectos. Así:

- Solicitada la convocatoria del pleno extraordinario para las 13:00 horas del día 8 octubre 2019, de acuerdo con el artículo 80 del ROF corresponde al alcalde la convocatoria de ese pleno y la convocatoria del mismo y su celebración, por lo que

entra dentro de su potestad determinar, dentro del plazo que marca la Ley 7/1985 y el ROF –15 días hábiles desde la presentación del escrito– el día y hora de su celebración. Entendemos que este defecto no es subsanable, sino que es causa de no admisión del escrito, porque no se trata de un mero defecto formal, sino de un aspecto esencial para justificar o no la convocatoria de la sesión extraordinaria.

- La solicitud no se encuentra para nada motivada, no fundamenta la causa de su solicitud y la razón por la que debe convocarse indicando el o los asuntos que se deben tratar. Por ello, se está cumpliendo lo dispuesto en el artículo 80.2 del ROF. Ahora bien, esto supondría que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 39/2015, se le debería conceder un plazo de 10 días para subsanar este defecto.

Por todo ello, en conclusión, por las razones apuntadas, no debería convocarse la sesión extraordinaria solicitada, y tampoco debería entenderse convocada automáticamente pasados 15 días desde la entrada en el registro de la solicitud. Pero ello deberá acordarse, de forma motivada, en una resolución de la alcaldesa, que deberá ser notificada a los interesados, quienes podrán recurrir en vía oportuna.

Además debe quedar claro que la razón aludida por la alcaldesa para no convocar la sesión, consistente en que considera el asunto banal y que no afecta a los vecinos y al interés general, sino únicamente al interés particular del concejal, por ser padre de la directora de la escuela de música privada, no es válida en derecho, puesto que, en primer lugar, el asunto no es banal, porque se está dilucidando la creación de una escuela municipal de danza y, en segundo lugar, porque sí es un asunto, como se deduce, claramente, que afecta al interés de los vecinos y al interés general, puesto que se trata de una competencia que está ejerciendo el ayuntamiento, precisamente en beneficio del interés municipal.

Por ello, contra ese acto administrativo, que exigía una motivación ajustada a derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 35.1 a), puesto que es restrictiva o limitativas de derechos, es anulable y contra el mismo se podría interponer recurso potestativo de reposición en el plazo de un mes desde la notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante el juzgado de lo contencioso-administrativo.

Cuarta. Analice el procedimiento de contratación seguido para la redacción del proyecto de obras. Por otro lado, ¿qué consecuencias jurídicas para el contrato de obras conlleva la solicitud de declaración de concurso de la empresa adjudicataria de las mismas?

A) Procedimiento de adjudicación utilizado

Lo primero que debemos señalar es que se trataría de un contrato de servicios definido en el artículo 15 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), y regulado en los artículos 308 y siguientes del citado texto legal.

No es un contrato sujeto a regulación armonizada, porque no alcanza los 215.000 euros que exige el artículo 22.1 b) de la LCSP. Tampoco es contrato menor al superar los 15.000 euros. En este caso el importe del contrato es de 30,000 euros (IVA excluido).

Respecto a la adjudicación por el procedimiento previsto en el artículo 159.6, hace referencia al procedimiento abierto supersimplificado, que es aplicable en contratos de suministros y de servicios de valor estimado inferior a 35.000 euros, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, a los que no será de aplicación este apartado, el procedimiento abierto.

La Ley 9/2017 no define de forma expresa qué son y qué se entiende por prestaciones de carácter intelectual.

No obstante, la disposición adicional 41.<sup>a</sup> de la LCSP reconoce las prestaciones de carácter intelectual en los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo. Este precepto no realiza una lista tasada de servicios. Por ello, otros contratos pueden ser considerados de esta misma manera y contener prestaciones de carácter intelectual como, por ejemplo, la impartición de formación, los servicios jurídicos, tecnológicos, de consultoría y, en general, científicos (particularmente en sus fases de I+D).

Cabe destacar que en múltiples preceptos de la LCSP (como los art. 143.2, 145.3.g, 159.1.b y 160.4 LCSP) se ponen de ejemplo los servicios de ingeniería y arquitectura como servicios con prestaciones de carácter intelectual, pero, insisto, no por ello solo son esos los servicios.

De manera que no parece ajustado a derecho que se utilizara ese procedimiento de adjudicación que implica prestaciones de carácter intelectual. Por ello, estaríamos ante un vicio de nulidad absoluta o de pleno derecho, contemplado en el artículo 47.1 h) de la LPAC y el artículo 39.1 de la LCSP, por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente. Ante este vicio sería preciso fluir procedimiento de revisión de oficio, previsto en los artículos 41 de la LCSP y 106 de la LPAC, siendo el órgano competente para resolver el órgano de contratación. Por supuesto, este vicio de nulidad podría ser utilizado como fundamento de un recurso de reposición, potestativo, o directamente en un recurso contencioso-administrativo interpuesto por persona legitimada para ello.

Para el procedimiento de adjudicación que pudo haberse utilizado para la adjudicación de servicios intelectuales de especial complejidad, como es el caso de algunos servicios de arquitectura o de ingeniería, la LCSP considera especialmente adecuada la utilización de procedimiento restringido (art. 160.4 y exposición de motivos), y en aquellos que tengan por objeto la redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería y urbanismo que revistan especial complejidad, los órganos de contratación deberán aplicar un concurso de proyectos (art. 183.3), al que seguirá la tramitación de un procedimiento negociado sin publicidad con el ganador o ganadores del concurso (art. 168. d). Hay que destacar que estas previsiones son novedosas respecto de la Directiva 2014/27/UE, que propone la uti-



lización del procedimiento de licitación con negociación o el diálogo competitivo cuando se trata de servicios intelectuales, en especial para servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería. En ningún caso podrá utilizarse en la adjudicación de estos contratos la subasta electrónica (art. 143.2).

Respecto a los criterios de adjudicación, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación; existe obligación de utilizar varios criterios (art. 145.3).

Los criterios de adjudicación utilizados tienen que permitir obtener prestaciones de gran calidad que respondan lo mejor posible a las necesidades planteadas, en concreto, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 % de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas (art. 145.4).

Hay una regla especial para el procedimiento abierto simplificado: si se incluyen criterios evaluables mediante juicio de valor, su ponderación no podrá superar el 45 % del total (art. 157.1 b).

Además, hay que señalar que el artículo 145.2 de la LCSP incluye en el apartado 2.º la posibilidad de valorar «la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución», criterio que la Directiva 2014/24/UE entiende especialmente adecuado para la adjudicación de los contratos de servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura:

B) Solicitud de declaración de concurso voluntario una vez adjudicado el contrato

Según el artículo 36 .1 de la LCSP, los contratos que celebren los poderes adjudicadores, a excepción de los contratos menores y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, a los que se refiere el apartado 3 de este artículo, se perfeccionan con su formalización.

En el presente supuesto, tan solo se nos indica que fue adjudicado, pero no dice nada respecto a la formalización del contrato que debía llevarse a cabo en los 15 días hábiles siguientes al envío de la notificación de la adjudicación, conforme el artículo 153 de la LCSP.

De manera que si no se había formalizado el contrato, no estaba perfeccionado, y, por ello, no existía jurídicamente, luego no podrían aplicarse la regla de la extinción del contrato mediante resolución por algunas de las causas previstas en el artículo 211 de la LCSP.

Por otro lado, la causa de extinción del contrato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 211.1, es por la declaración de concurso o de insolvencia en cualquier otro procedimiento, supuesto que en este caso no se ha dado, porque dice el relato de hechos que había solicitado la declaración de concurso, pero que a aún no se había declarado.

Por su parte, el artículo 71 c) de la LCSP considera, como causa de prohibición para ser contratista, haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declarados insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, sin que haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

Lo que ocurre es que el contrato ya se había adjudicado, por lo que, en su momento oportuno, no se hizo valer esta causa de prohibición, bien por desconocimiento o bien porque la solicitud de declaración de concurso fue con posterioridad. El problema, en este caso, es que el contrato estaba ya adjudicado

Por otro lado, el artículo 152 regula la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración, señalando en su apartado 1 que, en el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el Diario Oficial de la Unión Europea; y en el apartado 2 que la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrá acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización, por lo que era preciso que se hubiere producido antes de la adjudicación del contrato.

En conclusión, la Administración estaba obligada para formalizar el contrato y, una vez formalizado, podría resolverse por mutuo acuerdo, a tenor de la causa prevista en el artículo 211.1 c).

Si ello no fuera así, habría que esperar a que fuera declarado concurso de acreedores, y entonces aplicar la causa de resolución recogida en el artículo 211.1 b), señalando, por su parte, el artículo 212 que la declaración de concurso insolvencia será siempre causa de resolución, por lo que procedería la incoación del oportuno procedimiento, y previa audiencia del contratista, dictarse por parte del órgano de contratación la resolución que extinguiera el contrato, debiéndose notificar a la contratista.

Quinta. En relación con la subvención, ¿cómo podría canalizarse dicha subvención a la asociación? En su caso, ¿qué régimen jurídico sería aplicable a ese instrumento jurídico y qué plazo de vigencia tendría el mismo?

En relación con esta cuestión, su régimen jurídico vendrá constituido por la Ley 38/2003, de 17 noviembre, general de subvenciones y su reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 887/2006, de 21 julio.

En este supuesto, la subvención está contemplada en el presupuesto municipal del año en curso, por lo que, de esta forma, de acuerdo con el artículo 22.2 a) de la LGS, el procedimiento de concesión de la subvención se puede realizar de forma directa. Señala el citado precepto y letra que

las previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, en los términos recogidos en los convenios y en la normativa reguladora de estas subvenciones.

A efectos de lo establecido en el párrafo anterior, se entiende por subvención prevista nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado aquella en que al menos su dotación presupuestaria y beneficiario aparezcan determinados en los estados de gasto del Presupuesto. El objeto de estas subvenciones deberá quedar determinado expresamente en el correspondiente convenio de colaboración o resolución de concesión que, en todo caso, deberá ser congruente con la clasificación funcional y económica del correspondiente crédito presupuestario.

El procedimiento para la concesión de subvenciones se puede realizar a través del expediente que termine mediante la oportuna resolución o a través de convenio que la canalicé, de acuerdo con el artículo 28 de la LGS.

En cuanto a la regulación jurídica del convenio a celebrar entre el ayuntamiento y la asociación beneficiaria de la subvención, viene regulada en los artículos 47 a 53 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público. En ella se establece la definición y tipos de convenio –admitiéndose la celebración entre Administraciones o entes públicos y sujetos privados–, los requisitos de validez y eficacia de los mismos, el contenido, los trámites necesarios para la suscripción del convenio, las causas de extinción y la obligatoriedad de la remisión del mismo al Tribunal de Cuentas.

En cuanto a su duración, el artículo 49 h) establece que se debe recoger el plazo de vigencia del convenio, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

- 1.º Los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior.
- 2.º En cualquier momento antes de la finalización del plazo previsto en el apartado anterior, los firmantes del convenio podrán acordar unánimemente su prórroga por un periodo de hasta cuatro años adicionales o su extinción.

En el caso de convenios suscritos por la Administración General del Estado o alguno de sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, esta prórroga deberá ser comunicada al Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación al que se refiere la disposición adicional séptima.

El artículo 65 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (LGS), se refiere al procedimiento de concesión de las subvenciones previstas nominativamente en los presupuestos, señalando:

1. A efectos de lo dispuesto en el artículo 22.2 a) de la Ley General de Subvenciones, son subvenciones previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, aquellas cuyo objeto, dotación presupuestaria y beneficiario aparecen determinados expresamente en el estado de gastos del presupuesto.

2. En la Administración General del Estado, en las Entidades Locales y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ambas, será de aplicación a dichas subvenciones, en defecto de normativa específica que regule su concesión, lo previsto en la Ley General de Subvenciones y en este Reglamento, salvo en lo que en una y otro afecte a la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia.

3. El procedimiento para la concesión de estas subvenciones se iniciará de oficio por el centro gestor del crédito presupuestario al que se imputa la subvención, o a instancia del interesado, y terminará con la resolución de concesión o el convenio.

En cualquiera de los supuestos previstos en este apartado, el acto de concesión o el convenio tendrán el carácter de bases reguladoras de la concesión a los efectos de lo dispuesto en la Ley General de Subvenciones.

La resolución o, en su caso, el convenio deberá incluir los siguientes extremos:

a) Determinación del objeto de la subvención y de sus beneficiarios, de acuerdo con la asignación presupuestaria.

b) Crédito presupuestario al que se imputa el gasto y cuantía de la subvención, individualizada, en su caso, para cada beneficiario si fuesen varios.

c) Compatibilidad o incompatibilidad con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

d) Plazos y modos de pago de la subvención, posibilidad de efectuar pagos anticipados y abonos a cuenta, así como el régimen de garantías que, en su caso, deberán aportar los beneficiarios.

e) Plazo y forma de justificación por parte del beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención y de la aplicación de los fondos percibidos.

Puede existir una entidad colaboradora que define el artículo 12 de la LGS señalando que

será entidad colaboradora aquella que, actuando en nombre y por cuenta del órgano concedente a todos los efectos relacionados con la subvención, entregue y

distribuya los fondos públicos a los beneficiarios cuando así se establezca en las bases reguladoras, o colabore en la gestión de la subvención sin que se produzca la previa entrega y distribución de los fondos recibidos. Estos fondos, en ningún caso, se considerarán integrantes de su patrimonio.

A tenor de lo establecido en el artículo 16,

1. Se formalizará un convenio de colaboración entre el órgano administrativo concedente y la entidad colaboradora en el que se regularán las condiciones y obligaciones asumidas por esta.

2. El convenio de colaboración no podrá tener un plazo de vigencia superior a cuatro años, si bien podrá preverse en el mismo su modificación y su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquel, sin que la duración total de las prórrogas pueda ser superior a la vigencia del período inicial y sin que en conjunto la duración total del convenio de colaboración pueda exceder de seis años.

No obstante, cuando la subvención tenga por objeto la subsidiación de préstamos, la vigencia del convenio podrá prolongarse hasta la total cancelación de los préstamos.

Sexta. En relación con la campaña de difusión, califique el contrato en atención al sujeto. A su juicio, ¿sería posible fraccionar el contrato? ¿Se podría dividir el lotes? En función de su respuesta a estas cuestiones, indique el régimen jurídico aplicable al mismo y el procedimiento de licitación que se debería seguir

A) Posibilidad de fraccionamiento

En cuanto a la campaña de difusión que se pretende realizar por un importe estimado de 42.000 euros se trata de un contrato de servicios definido en el artículo 17 de la LCSP y regulada en los artículos 308 y siguientes de dicha ley.

No está sujeto a regulación armonizada ni es contrato menor, por razón de la cuantía.

En cuanto a la posibilidad de fraccionamiento del objeto de los contratos, la exposición de motivos de la ley ya indica que como medida de apoyo a las pymes se ha introducido en este texto una nueva regulación de la división en lotes de los contratos.

En el artículo 1.3 se establece que, igualmente, se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

Esta cuestión se regula en el artículo 99 de la LCSP, que señala, en referencia al objeto del contrato:

1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.
2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.
3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

- a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.
- b) El hecho de que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.

Por tanto, con base en el espíritu de la ley, que trata de beneficiar a las pymes y al contenido del precepto citado, parece oportuno que el órgano de contratación, en este caso, proceda a la división en lotes, puesto que es posible que legalmente no ocasione ningún perjuicio al interés público, fundamento de la contratación, ni se encuentra en ninguna de las prohibiciones previstas en la ley.

Por otra parte, dice el relato de hechos literalmente «La campaña, con un valor estimado de 42,000 euros y una duración de 9 meses, perseguiría hacer comunicaciones en vallas publicitarias ubicadas en el municipio, así como en radio (cuñas) y prensa escrita (un publi-

rreportaje e inserciones publicitarias) en medios que tengan su ámbito de difusión propio para llevarla a cabo, siendo preciso acudir a licitación». Es decir, permitiría el fraccionamiento del objeto del contrato al tratarse de comunicaciones publicitarias en distintos lugares, tales como vallas publicitarias, radio y medios de comunicación.

En conclusión, no parece en este caso que el objeto del fraccionamiento, de existir, pretenda evitar reglas de publicidad o del procedimiento del contrato, por lo que parece aconsejable el fraccionamiento del objeto, gozando la Administración de la potestad que el artículo 99 le otorga para la regulación y limitación del número de lotes posibles para un solo licitador.

## B) Régimen jurídico aplicable

En cuanto al régimen jurídico aplicable al mismo, viene determinado en los apartados 4 a 7 del referido artículo 99. Así, se señala:

4. Cuando el órgano de contratación proceda a la división en lotes del objeto del contrato, este podrá introducir las siguientes limitaciones, justificándolas debidamente en el expediente:

- a) Podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.
- b) También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.

[...]

5. Cuando el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato y, además, permitir que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, aquel podrá adjudicar a una oferta integradora, siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

- a) Que esta posibilidad se hubiere establecido en el pliego que rija el contrato y se recoja en el anuncio de licitación. Dicha previsión deberá concretar la combinación o combinaciones que se admitirá, en su caso, así como la solvencia y capacidad exigida en cada una de ellas.
- b) Que se trate de supuestos en que existan varios criterios de adjudicación.
- c) Que previamente se lleve a cabo una evaluación comparativa para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumpliría mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos en el pliego con respecto a dichos lotes, que las ofertas presentadas para los lotes separados de que se trate, considerados aisladamente.
- d) Que los empresarios acrediten la solvencia económica, financiera y técnica correspondiente, o, en su caso, la clasificación, al conjunto de lotes por los que licite.

6. Cuando se proceda a la división en lotes, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, calculado según lo establecido en el artículo 101, salvo que se dé alguna de las excepciones a que se refieren los artículos 20.2, 21.2 y 22.2.

7. En los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato.

### C) Procedimiento de licitación

Teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 6 antes citado, en el sentido de que «cuando se proceda a la división en lotes, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, calculado según lo establecido en el artículo 101, salvo que se dé alguna de las excepciones a que se refieren los artículos 20.2, 21.2 y 22.2», los procedimientos posibles de licitación que se podrían utilizar, por razón de su cuantía, serían:

- Procedimiento abierto normal.
- Procedimiento abierto simplificado.
- Procedimiento abierto supersimplificado, al no exceder de 80.000 euros.
- Procedimiento restringido del artículo 160.
- Procedimiento con negociación con o sin publicidad si concurre alguno de los requisitos de los artículos 167 o 168.

Séptima. En relación con los sucesos de las « fogatas de san Juan », ¿entiende que en el presente supuesto que concurren los requisitos para reconocer la existencia de la responsabilidad patrimonial del ayuntamiento? Razone su respuesta

El relato de hechos señala que la pradera era pública, por lo que estamos en presencia de un bien de dominio público, que son los destinados a un uso o servicio público, entre otros, en virtud del artículo 79.3 de la Ley 7/1985, LRBR, y del artículo 4 del Reglamento de bienes (RB) de las entidades locales aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

Entendemos que de acuerdo con el artículo 76 del RB, el acceso a esa pradera pública estaba permitido para todas las personas y, por tanto, estamos en presencia de un uso común o general de un bien de dominio público. Ahora bien, al utilizarse para un fin privado, como era una fiesta particular, ese uso pudiera ser un uso especial privativo que requería la oportuna autorización administrativa respecto al lugar donde se iba a producir la fiesta.



Por otra parte, de acuerdo con las leyes de espectáculos públicos aprobadas por las respectivas comunidades autónomas y, posiblemente, por la ordenanza municipal correspondiente, resulta incuestionable que, con independencia de la oportuna autorización para la utilización del bien de dominio público, era preciso, de igual manera, la oportuna autorización municipal para la realización de esa actividad –fuego o fogata– por los riesgos que la misma conllevaba, y que obligaba al ayuntamiento a adoptar las medidas de seguridad y prevención necesarias para evitar, como sucedió en el presente caso, que se pudieran causar daños y lesiones a bienes o personas, tanto asistentes como no asistentes. Esta actividad era peligrosa y, de haber estado autorizada por el ayuntamiento, hubiera implicado la movilización de ciertos servicios –por ejemplo, de bombero o similar, sanitarios, etc.–, por lo que pudiera ocurrir.

Por ello, los requisitos de la responsabilidad patrimonial, reconocida por el artículo 106 de la CE y regulada en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, son los siguientes:

- Existencia de daño individualizado en relación con una persona.
- Actuación administrativa entendida en sentido amplio y comprensiva, en este caso, inacción.
- Antijuricidad del daño, en el sentido de que el perjudicado no tiene el deber de soportar.
- Relación de causalidad entre la actuación o no actuación administrativa y el daño producido, sin que se rompieron la misma por causa de fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero.
- Que se efectúe la reclamación en este concepto en el plazo de un año desde que puede ejercitarse.

Si en el presente caso el Ayuntamiento hubiere autorizado el festejo y el uso privativo del bien y no hubiere adoptado las medidas precisas para evitar que se pudieran producir daños a terceros, no cabe duda de que existiría la responsabilidad patrimonial del ayuntamiento, aunque es de reconocer que el relato de hechos no concreta las circunstancias exactas del accidente producido, por lo que tampoco sabemos si hubo causas que rompieran esa responsabilidad o la atenuaran, porque se afirma que el lesionado participaba en los festejos.

La sentencia de 13 de septiembre de 1991 señala que

un Ayuntamiento puede organizar una feria, reglamentando y autorizando, en su competencia municipal esencial e indeclinable de policía de seguridad en este tipo de festejos, instalaciones que necesariamente implican, dada la misma reglamentación municipal, un alto porcentaje de riesgo que la Administración municipal asume por entender que ello es necesario para mantener una determinada tradición popular, pero estas razones no le eximen en ningún caso de asumir también una eventual responsabilidad por los daños que puedan derivarse de esa actividad

que organiza y patrocina (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1986 y 27 de mayo y 24 de noviembre de 1987).

Conforme a la jurisprudencia mencionada, se integra en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos, a efectos de la determinación de si existe responsabilidad patrimonial de la Administración titular por los daños causados por su celebración, el supuesto de fiestas populares organizadas por los ayuntamientos o patrocinadas por estos, aun cuando su gestión se haya realizado por comisiones o incluso por entidades con personalidad jurídica independiente incardinadas en la organización municipal. Por tanto, el título de imputación viene dado por la titularidad administrativa del servicio o actividad en cuyo ámbito se produjo el daño, y dicha titularidad corresponde al ayuntamiento, al amparo del artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

La otra posibilidad que pudiera haber sucedido es que, con independencia de que no se hubiere solicitado la autorización administrativa, el ayuntamiento conociera y permitiera su celebración –cuestión que no se deduce del relato de hechos–, en cuyo caso, si tampoco adoptó las medidas oportunas, primero para prohibir y poner fin al festejo de forma inmediata, utilizando las medidas coercitivas necesarias para ello por el riesgo que el mismo entrañaba, y segundo, para adoptar las medidas de seguridad y de prevención a la que estaba obligado, no cabe duda de que se podría defender también la existencia de responsabilidad patrimonial por parte del ayuntamiento, acreditando la concurrencia de los requisitos antes señalados para el nacimiento de la misma.

La última posibilidad es que el ayuntamiento desconociera, totalmente, la celebración de esta fiesta particular en un bien de dominio público, toda vez que no se solicitó la doble autorización necesaria –para utilizar la pradera y para autorizar la celebración del festejo–, en cuyo caso, aunque se tratara de un bien de titularidad municipal, era imposible adoptar medida alguna por su desconocimiento, por lo que podría defenderse la inexistencia de la responsabilidad patrimonial del mismo, siendo responsables los organizadores de dicho festejo, cuya responsabilidad se podrá exigir ante el juzgado de la jurisdicción ordinaria correspondiente.

Por otra parte, de estos hechos, no cabe duda de que se deduce la existencia de presuntas responsabilidades de los organizadores de la fogata, tanto por los posibles daños que hubieran podido causarse en la pradera pública (art. 140.1.f de la Ley 7/1985: infracción los actos de deterioro grave y relevante de espacios públicos o de cualquiera de sus instalaciones y elementos, sean muebles o inmuebles, no derivados de alteraciones de la seguridad ciudadana), como por la celebración del evento sin las autorizaciones correspondientes.

Octava. En relación con el expediente disciplinario al empleado municipal, proponga una solución fundada para resolverlo

En relación con el expediente disciplinario incoado al funcionario, inculpándolo de una presunta infracción grave contemplada en el artículo 7.1 f) del Real Decreto 33/1986, de

10 enero, que aprueba el Reglamento disciplinario de los funcionarios civiles de la Administración del Estado, este precepto tipifica como falta grave «causar daños graves en los locales, material o documentos de los servicios», aduciendo que el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público señala que la falta grave tienen que establecerse por ley, por lo que entiende que el artículo 7 del Real Decreto 33/1986 no puede aplicarse, debemos señalar que no tiene razón ninguna.

Es cierto que el artículo 94.2 a) del texto refundido 5/2015 recoge, entre los principios de esta potestad sancionadora, el principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos. Y en el artículo 95.5 recoge, tan solo, las infracciones muy graves, dejando el resto de infracciones a las leyes del desarrollo que se dicten en aplicación de lo dispuesto en el estatuto.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido la vigencia de la normativa reglamentaria sancionadora, como el Real Decreto 33/1986, respecto a los funcionarios públicos, en defecto de legislación autonómica aplicable al caso. En este sentido, la STS de 30 de marzo de 2017, que fija la doctrina legal en un recurso de casación en interés de ley, de que es ajustado a derecho la aplicación del Real Decreto 33/1986 hasta que se produzca el desarrollo legislativo por las distintas Administraciones públicas.

En conclusión, como el supuesto de hecho señala que la comunidad autónoma no ha realizado desarrollo normativo alguno, es plenamente aplicable el citado texto legal y, por ello, la pretensión del funcionario expedientado debe ser rechazada.

Por otra parte, independientemente de la sanción por la infracción grave cometida, debe en la resolución hacerse referencia a la necesidad de indemnización de daños y perjuicios por los daños causados en el material del servicio.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 23, 53 y 106.
- Ley Orgánica 2/1979 (Tribunal Constitucional), arts. 41 y ss.
- Ley Orgánica 5/1985 (Ley orgánica general electoral), arts. 179.1 y 197.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 7, 25, 27, 46.1, 77 y 79.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 8 y 117.
- Ley 38/2003 (general de subvenciones), arts. 12, 16, 22.2 y 28.
- Ley 19/2003 (transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), art. 18.1 y disp. adic. primera

- Ley 2/2006 (Educación), disp. adic. decimoquinta.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 16 y 68.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 23, 24, 32, 47, 49, 53 y disp. adic. séptima.
- Ley 9/2017 (contratos del sector público), arts. 1.3, 15, 17, 20, 21, 22.1, 36.1, 39, 41, 47.1, 71, 99, 101, 140.1, 143, 145, 152, 153, 157, 159, 160, 167, 168, 183, 211, 212, 308 y disp. adic. 41.<sup>a</sup>
- Real Decreto Legislativo 5/2015 (TR Estatuto Básico del Empleado Público), art. 94.2.
- Real Decreto 33/1986 (Rgto. disciplinario de los funcionarios civiles de la Administración del Estado), art. 7.1.
- Real Decreto 1372/1986 (Reglamento de bienes de las entidades locales), arts. 4 y 76.
- Real Decreto 2568/1986 (Rgto. Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales), arts. 14, 15, 78 y 80.
- Real Decreto 887/2006 (Reglamento de subvenciones), art. 65.
- SSTS de 18 de diciembre de 1986, 27 de mayo y 24 de noviembre de 1987, 13 de septiembre de 1991 y 30 de marzo de 2017.

## Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2697-1631 (en versión impresa) e ISSN-e 2697-2239 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <[www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm](http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm)>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

### Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección [revistacef@cef.es](mailto:revistacef@cef.es), identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
- Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<[www.normacef.es](http://www.normacef.es)>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.<sup>a</sup> ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

## Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.



## Más de **350 libros digitales** en las áreas de

- Calidad y medioambiente
- Ciencias de la salud
- Contabilidad
- Derecho laboral y Seguridad Social
- Derecho administrativo
- Derecho civil
- Derecho constitucional
- Derecho mercantil
- Derecho penal
- Derecho procesal
- Economía y finanzas
- Educación
- Historia
- Idiomas
- Informática
- Ingeniería
- Marketing
- Periodismo
- Psicología
- Recursos humanos
- Tributación

// Facilidades de pago

// Entrega inmediata

// También en papel



Tu currículum no dice que

# CUANDO QUIERES ALGO NO HAY QUIEN TE PARE

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

**ERES MÁS DE LO QUE SE VE**

udima.es



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

## GRADOS OFICIALES

### Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

### Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Empresa y Tecnología • Marketing

### Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

## TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADOS

(Consultar en [www.udima.es](http://www.udima.es))

## MÁSTERES OFICIALES

### Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

### Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación y Recursos Digitales • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Asesoramiento Financiero y Bancario • Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

### Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

**¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA**