



Enero-junio 2025

Edición, diseño y maquetación:



- | | | |
|----------|---|-----------------|
| 1 | La transparencia como eje: Ley 25/2018 Reguladora de la Actividad de los Grupos de Interés y Ley 1/2022 de Transparencia y Buen Gobierno, de la Comunitat Valenciana
José Carlos Arnau García | Pág. 5 |
| 2 | El organigrama y las funciones universitarias
Jose Manuel López Jiménez | Pág. 29 |
| 3 | Derecho a la indemnidad laboral, la gestión algorítmica y la tutela judicial efectiva: luces y sombras de la LO 5/2024 de Derecho de Defensa
Ana Belén Cruz Valiño | Pág. 41 |
| 4 | La continuidad de las empresas familiares desde el punto de vista del relevo generacional
Ania Granjo Ortiz | Pág. 67 |
| 5 | El derecho de retracto de colindantes: régimen jurídico y problemas prácticos
José Antonio Pérez Vercher | Pág. 87 |
| 6 | La responsabilidad civil del subcontratista por vicios en la construcción
José Alfonso Tauste Nages | Pág. 99 |
| 7 | Responsabilidad civil por uso de algoritmos y marco europeo comparativo
Lidia Navas Esteller | Pág. 131 |

REVISTA JURÍDICA VALENCIANA

Associació de Juristes Valencians

revista@ajv-val.org

DIRECCIÓN:

José Bonet Navarro

(Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València.).

Luis Sebastián Castañares

(Personal docente e investigador en Filosofía del Derecho y Derecho Administrativo. Universidad Internacional Isabel I de Castilla).

COMITÉ CIENTÍFICO:

María Begoña Ribera Blanes

(Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat d'Alacant.).

Federico Arnau Moya

(Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil. Universitat Jaume I.).

Juan Benito Cañizares Navarro

(Profesor Ayudante Doctor de Derecho Romano. Universitat de València.).

Manuel Ortiz Fernández

(Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil. Universitas Miguel Hernández.).

José Manuel López Jiménez

(Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad Internacional Isabel I de Castilla.).

Rafael Bernad Mainar

(Profesor de Derecho Civil. Universidad San Jorge.).

José Ramón Chirivella Vila

(Investigador predoctoral en Derecho Constitucional. Universitat de València.).

ISSN: 1139-5885.



Edición, diseño y maquetación:
Editorial Colex

PRESENTACIÓN

Con enorme satisfacción presentamos el número 45 de la Revista Jurídica Valenciana, correspondiente al primer semestre de 2025. Este volumen reafirma la vocación de la RJV de ser un punto de referencia en la comunidad jurídica de la Comunitat Valenciana y España respecto al esfuerzo investigador y una clara voluntad de transferencia entre el ámbito universitario y el ejercicio profesional del Derecho.

Los trabajos aquí reunidos abordan cuestiones jurídicas de trascendencia y actualidad, desde la responsabilidad civil en el ámbito de la edificación hasta los retos que plantean la gestión algorítmica y la inteligencia artificial en el mundo laboral, pasando por el análisis de instituciones clásicas como el retracto de colindantes o de fenómenos de indudable impacto social y económico como la continuidad de la empresa familiar. Todos ellos comparten un mismo propósito: contribuir al progreso del conocimiento jurídico y fomentar la reflexión crítica en beneficio de la sociedad.

En el terreno del Derecho privado, José Alfonso Tauste Nages ofrece un estudio exhaustivo sobre la responsabilidad civil del subcontratista por vicios en la construcción, con especial atención a la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación y la jurisprudencia más relevante. A su vez, José Antonio Pérez Vercher analiza el derecho de retracto de colindantes, exponiendo tanto su marco legal como los problemas prácticos que han llevado a un progresivo desuso de esta figura.

La empresa familiar constituye otro de los ejes temáticos de este número. Ania Granjo Ortiz aborda los desafíos del relevo generacional y la falta de continuidad en los negocios familiares, proponiendo soluciones que favorezcan la pervivencia de este pilar esencial del tejido empresarial español.

En el ámbito del Derecho público y administrativo, José Carlos Arnau García examina la evolución del marco normativo valenciano en materia de transparencia y buen gobierno, a partir de la Ley 25/2018 y la Ley 1/2022, destacando el papel de estas normas en la consolidación de la cultura democrática y la participación ciudadana.

También se incluye un valioso aporte en el terreno del Derecho universitario y la gestión académica, de la mano de José Manuel López Jiménez, quien estudia los organigramas y las funciones universitarias, comparando las reformas recientes en España con la experiencia hispanoamericana, y poniendo de relieve los retos de la gobernanza y la autonomía en la educación superior.

Finalmente, la dimensión laboral y tecnológica adquiere protagonismo en dos contribuciones. Por un lado, Ana Belén Cruz Valiño examina la LO 5/2024 de derecho de defensa, destacando la configuración del derecho a la indemnidad laboral y los problemas que plantea la gestión algorítmica y la tutela judicial efectiva. Por otro, se analiza el impacto de la inteligencia artificial y de los algoritmos opacos en la protección de los derechos de las personas trabajadoras, ofreciendo una visión crítica y de futuro sobre los riesgos y garantías en este nuevo escenario jurídico.

Estamos convencidos de que este número 45 de la Revista Jurídica Valenciana no sólo cumplirá con las expectativas de investigadores, profesionales y lectores en general, sino que también constituirá una herramienta valiosa para el debate académico, la práctica forense y la mejora de nuestro marco normativo.

Invitamos a la comunidad científica y profesional a adentrarse en estas páginas con espíritu crítico y constructivo, con la seguridad de que cada uno de los artículos representa una contribución relevante al conocimiento jurídico y a la mejora constante de la práctica jurídica, en beneficio tanto de los operadores jurídicos como de la sociedad a la que sirven.

Dr. Luis Sebastián Castañares
Director Adjunto RJV

La transparencia como eje: Ley 25/2018 Reguladora de la Actividad de los Grupos de Interés y Ley 1/2022 de Transparencia y Buen Gobierno, de la Comunitat Valenciana

TRANSPARENCY AS AN AXIS: LAW 25/2018 REGULATING
THE ACTIVITY OF INTEREST GROUPS AND LAW 1/2022
ON TRANSPARENCY, OF THE VALENCIAN COMMUNITY

José Carlos Arnau García

Doctorando Universidad de Valencia

Profesor Derecho Universidad Europea de Valencia

Campus Turia, Guillem de Castro, 175

josecarlos.arnau@universidadeuropea.es

RESUMEN

La cultura de la transparencia es, sin lugar a duda, uno de los aspectos fundamentales de las políticas públicas en el siglo XXI y supone un requisito indispensable como estándar homologable de las democracias consolidadas. A través de este principio se inspiran las regulaciones y leyes nacionales y autonómicas, implementando criterios y principios como la ética pública y el acceso a la información por parte de la ciudadanía, así como la rendición de cuentas y la prevención de la corrupción; para todo ello las nuevas tecnologías son un aliado fundamental para las administraciones. Dos buenos ejemplos son la ley 1/2022 de transparencia y buen gobierno y la ley 25/2018 reguladora de la actividad de grupos de interés, ambas en el ámbito de la Comunidad Valenciana, su desarrollo normativo y las instituciones que crean, como el Consejo Valenciano de Transparencia y el Registro de Grupos de Interés de la Generalitat (REGIA) demuestran la calidad democrática e institucional de nuestro territorio y su compromiso con la transparencia. Son estas dos leyes, los ejemplos más relevantes del avance y fortalecimiento del sistema institucional valenciano y de la apuesta por facilitar la relación entre la administración y la ciudadanía, tanto a nivel particular como organizado a través de grupos de interés o presión, garantizando así la representatividad y la participación.

PALABRAS CLAVE

transparencia, participación, buen gobierno, grupos de interés.

ABSTRACT

The culture of transparency is undoubtedly one of the fundamental aspects of public policies in the 21st century and is an indispensable requirement as a standard for consolidated democracies. National and regional regulations and laws are inspired by this principle, implementing criteria and principles such as public ethics and access to information by citizens, as well as accountability and corruption prevention; for all this, new technologies are a fundamental ally for administrations. Two good examples are the law 1/2022 on transparency and good governance and the law 25/2018 regulating the activity of interest groups, both in the scope of the Valencian Community, its regulatory development and the institutions they create, such as the Valencian Council of Transparency and the Register of Interest Groups of the Generalitat (REGIA) demonstrate the democratic and institutional quality of our territory and its commitment to transparency. These two laws are the most relevant examples of the progress and strengthening of the Valencian institutional system and of the commitment to facilitate the relationship between the administration and the citizens, both at an individual level and organized through interest or pressure groups, thus guaranteeing representativeness and participation.

KEY WORDS

transparency, participation, good governance, stakeholders.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN II. MARCO JURÍDICO DE LA TRANSPARENCIA EN LA COMUNITAT VALENCIANA. III. LEY 1/2022 DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO DE LA COMUNITAT VALENCIANA IV. LEY 25/2018 REGULADORA DE LA ACTIVIDAD DE LOS GRUPOS DE INTERÉS DE LA COMUNITAT VALENCIANA V. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES.

I. Introducción

La transparencia es una de las palabras más repetidas y con mayor carga de legitimidad en el ámbito de la administración pública y de la política en el siglo XXI. En España, pese a la intensidad legislativa de los últimos años y las regulaciones autonómicas y organismos que siguen creándose, llegamos mucho más tarde a integrar y desarrollar una legislación basada en el principio de transparencia, respecto a muchos países de nuestro entorno europeo (Ridao, 2014)¹. Se puede considerar que España llegó tarde y

1. RIDAO, J. (2014). «Las recientes medidas para la transparencia y la probidad del sistema político y administrativo español: alcance y valoración». *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Bilbao, n.º 62(1), 285-310. «La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno constituye una normativa específica escasamente novedosa en el contexto del derecho comparado, dado que, como es sabido, existen regulaciones de larga tradición como la de Suecia, desde el siglo XVIII. No en vano, hasta hace poco, España era uno de los pocos Estados miembros de la Unión Europea (UE) que no disponía de una regulación *ad hoc*».

con lagunas legales² al mundo de la transparencia en la actividad pública tal y como relató el autor que acabamos de mencionar. En cualquier caso, la tendencia a legislar con criterios de ética pública, buen gobierno, rendición de cuentas, acceso a la información o datos abiertos es algo que ya está asimilado tanto por el legislador como por la ciudadanía³.

El concepto de transparencia fue potenciado a nivel internacional desde que, en el año 2009, lo incluyera el presidente de los Estados Unidos, Barack Obama, en su intervención *Memorandum on Transparency and Open Government* comprometiéndose a que la Administración estadounidense fuera transparente con los ciudadanos (Serrano, I., Martínez E. y Beltrán P. 2017). En 2011 se creó la Alianza para el Gobierno Abierto (OGP por sus siglas en inglés, *Open Government Partnership*) organización que tal y como indican en su página web, cuenta con «75 países y 150 jurisdicciones locales que trabajan junto con miles de organizaciones de la sociedad civil. Cada miembro presenta un plan de acción cocreado con la sociedad civil que describe compromisos concretos para mejorar la transparencia, la rendición de cuentas y la participación pública en el gobierno»⁴. España forma parte desde el año de creación, 2011, y en este 2025 se acaba de aprobar el I Plan Parlamento Abierto (2025-2027)⁵, donde hay una serie de compromisos vinculados a la transparencia, la participación ciudadana, la rendición de cuentas y demás principios encaminados a fortalecer nuestro sistema democrático, este plan está en consonancia con el V Plan de Gobierno Abierto de España (2023-2027)⁶.

2. RIDAO, J. (2014) «la Ley no aclara si los informes jurídicos, los dictámenes de los órganos consultivos, las notas y los informes internos, las actas o minutas de las reuniones de los comités y grupos de trabajo, así como los informes y pareceres externos deberá ser objeto de publicación, así como los borradores de textos normativos. Una ley de transparencia que se precie debería permitir el análisis de las decisiones que se toman por parte de los responsables públicos, por lo que sería necesario un mayor caudal de información que el que figura en la Ley».
3. SERRANO, I., MARTÍNEZ E. y BELTRÁN P. «Una revisión crítica de La Ley española 19/2013» en *Transparencia & Sociedad*, N.º 5, 2017, pp. 51-69: «Esta nueva actitud político-social del ciudadano moderno hace cada vez más patente la necesidad de considerar el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental, si bien es cierto que no hay aún unanimidad doctrinal al respecto».
4. PÁGINA WEB DE OGP (*Open Government Partnership*) <https://www.opengovpartnership.org/es/our-members/>
5. A través de la página web de OGP se puede descargar el I Plan Parlamento Abierto (2025-2027) <https://www.opengovpartnership.org/es/documents/spain-standalone-parliamentary-action-plan-2025-2027/>
6. I Plan Parlamento Abierto (2025-2027) <https://www.opengovpartnership.org/es/documents/spain-standalone-parliamentary-action-plan-2025-2027/>
«El I Plan de Parlamento Abierto del Congreso de los Diputados se alinea con la visión de Estado Abierto promovida por el V Plan de Gobierno Abierto de España (2023-2027), en tanto que esta estrategia nacional incluye entre sus ejes fundamentales la cooperación entre los distintos poderes del Estado para avanzar hacia instituciones más accesibles, transparentes y participativas. Aunque el Congreso, por su autonomía institucional, no forma parte de forma directa de los compromisos del Ejecutivo, sí se siente interpelado por los principios que sustentan dicho plan —transparencia, participación, rendición de cuentas e integridad—, y asume su desarrollo desde el ámbito parlamentario a través de medidas propias que refuerzan la apertura y calidad del sistema democrático».

España llega tarde a regular la transparencia, tal y como se puede constatar en un ejercicio de derecho comparado con los países de nuestro entorno europeo y como recogen estudios de diversos autores⁷ (Cotino, 2014). Pero también podemos decir, que desde que se aprobó Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la cantidad de legislación nacional y autonómica que desarrolla y profundiza en aspectos como son la transparencia, el buen gobierno, el acceso a la información, la rendición de cuentas y otros principios fundamentales para el fortalecimiento de una democracia consolidada no ha parado de crecer. Esta ley es ordinaria y no orgánica, puesto que se considera que no regula un derecho fundamental, pero importantes sectores de la doctrina consideran que de facto sí estamos ante un derecho fundamental⁸ (Cotino, 2014).

Tan es así que el propio Tribunal Constitucional en su STC 168/1986, de 22 de diciembre especifica: «el derecho de información, junto con el de libre expresión, garantiza la existencia de una opinión pública libre, condición necesaria a su vez para el recto ejercicio de todos los demás derechos en que se fundamenta el sistema político democrático»⁹ (Álvarez, 2014).

Existen sectores de la doctrina que manifiestan sus cautelas al tiempo que reconocen cierta excepcionalidad en este caso, así Sánchez Férriz (2023) considerando «innecesaria la fundamentalidad de tantas nuevas facultades y derechos»¹⁰ reconoce que «en este caso no puedo sino sumarme a tal pretensión (sin que deje de ser una pretensión) doctrinal de fundamentalidad», para aclarar su posición en torno a este debate al afirmar: «siempre he considerado al derecho a la información del art. 20 CE, no solo un derecho fundamental, sino, en realidad, el presupuesto de todos los derechos fundamentales (y de las libertades públicas) más directamente relacionados con el sistema democrático» (Sánchez Férriz, 2023).

En paralelo con la consolidación del concepto en ámbitos legales e institucionales, también hay autores que consideran que «es necesaria una concienciación social por parte de la sociedad civil, y de los sectores políticos y económicos interesados, para exigir la transparencia y que se exija como un derecho fundamental. Una concienciación que pasa por una necesaria formación en transparencia desde edades tempranas» (Serrano, I.,

7. COTINO, L. (2014). «La nueva ley de transparencia y acceso a la información» en *Anuario Facultad de Derecho* 7, p. 241-256. «Por cuanto, a las legislaciones nacionales, tras las regulaciones de Malta (2008) y Luxemburgo (2010) España se había quedado sola con Chipre como los únicos que no habían regulado la materia de forma global en una ley».

8. COTINO, L. (2014): «A mi juicio, los componentes esenciales de la transparencia y el acceso a la información quedan integrados en contenido constitucional declarado del artículo 20.1 CE hay que interpretar la Ley 19/2013 bajo la perspectiva de que el acceso a la información pública es un derecho fundamental. Y ello sin perjuicio de que la fundamentalidad se refuerce —aún más— en algunos supuestos, como el acceso a la información por parte de cargos públicos, en razón del artículo 23 CE».

9. ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., «La regulación en España de la transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno». *©RÍTICA* n.º 989, enero-febrero 2014.

10. FÉRRIZ, R. S. «La transparencia como derecho-deber y sus relaciones con el derecho fundamental a ser informado. De nuevo, discrepando». en *Teoría y realidad constitucional*, 2023, no 51, p. 159-186.

Martínez E. y Beltrán P., 2017). Y en esta misma línea sobre la importancia de que la normativa sobre transparencia vaya ligada a la regulación y concienciación de la participación ciudadana¹¹ escribía Boix (2015) a los dos años de promulgarse la Ley 19/2013 con una clara intencionalidad de animar al legislador a desarrollar y mejorar las normas que afectan a la participación ciudadana, y de hecho la Ley 2/2015 que regulaba la transparencia, el buen gobierno y la participación se ha convertido en dos leyes, una, la Ley 1/2022 de Transparencia y Buen Gobierno y por otro lado y fortaleciendo la participación y el asociacionismo encontramos la Ley 4/2023 que además crea el Consejo de Participación Ciudadana¹².

En el ámbito de la participación ciudadana, como parte indispensable de una sociedad madura y que conoce sus instituciones y participa de ellas, Boix (2025) incide en la idea de que dicha participación «es una exigencia misma del principio democrático que ha de desplegarse en todas direcciones, así como en cumplimiento del art. 9.2 CE que como es sabido establece que han de removerse los obstáculos que impiden la participación plena y efectiva de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural...»¹³ Así mismo, vemos que el hecho de reclamar criterios de transparencia en la acción de las administraciones y de exigir acceso claro a la información pública, debe estar en consonancia con ciudadanos que hacen valer su derecho de participación en la vida pública, todo ello es una garantía necesaria para legitimar las democracias consolidadas, más allá de votar cada cuatro años en unas elecciones¹⁴, como bien explica Villoria (2018).

Este autor considera que la «la transparencia es un valor instrumental, pero sus aportes a la calidad democrática y la eficacia gubernamental son innumerables»¹⁵ y para concluir

11. **BOIX, A.** (2015). «Transparencia, participación y procedimiento en la elaboración de disposiciones reglamentarias para un modelo de open government». En **COTINO, SAHUQUILLO Y CORREDOIRA** (eds). *El Paradigma del Gobierno abierto: Retos y oportunidades*. Madrid: Universidad Complutense: «La consecución de niveles de open government de cierta entidad a partir de la normalización de las pautas de transparencia administrativas españolas generaría por esta razón enormes tensiones si no fuera acompañada de cambios sustanciales en la manera en que se plantea la participación ciudadana en muchos procedimientos administrativos. Porque la una —transparencia—, si se consigue plenamente, lleva de forma natural a la otra —ciudadanía participativa— y plantear avances sólo en el primer sentido sería insuficiente y, además, contradictorio».
12. Consell de Participació Ciutadana de la Comunitat Valenciana - Participación - Generalitat Valenciana.
13. **BOIX, A.** (2015). «Transparencia, participación y procedimiento en la elaboración de disposiciones reglamentarias para un modelo de open government». En **COTINO, SAHUQUILLO Y CORREDOIRA** (eds). *El Paradigma del Gobierno abierto: Retos y oportunidades*. Madrid: Universidad Complutense.
14. **VILLORIA, M.**: «La transparencia, la imparcialidad y la calidad de la democracia», en **COTINO, L. y BOIX, A.**: *El buen gobierno y la transparencia, a caballo entre la Ética y el Derecho*. *ILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, n.º 27, 1-16: «La legitimidad democrática requiere de las elecciones, pero no se agota en ellas. Por eso actualmente hay una tendencia bastante fuerte, y este es uno de los temas fundamentales del debate que se plantea, a criticar la democracia electoral, la democracia que basa toda su legitimidad en las elecciones y no en el ejercicio del poder, en la rendición de cuentas, en la transparencia».
15. **VILLORIA, M.** «Como ejemplos de sus aportes positivos en la economía y la buena gobernanza podemos destacar que: reduce las incertidumbres del mercado sobre las preferencias de los policy-makers generando mercados financieros más eficientes y políticas monetarias más

sobre cuáles serían los ingredientes perfectos para lograr una política de transparencia adecuada, Villoria acude a las profesoras Bauhr y Grimes para resumir los tres «elementos esenciales de unas políticas de transparencia: 1. La apertura de datos del gobierno y el derecho de acceso de los ciudadanos a la información gubernamental; 2. La protección a los denunciantes de corrupción y fraude; 3. La publicidad». Más adelante, analizaremos los tres ejes que guían las políticas de transparencia en el ámbito nacional y autonómico y que coinciden en gran medida con esta definición que acabamos de ver, la publicidad activa, el derecho de acceso a la información pública y la rendición de cuentas. Pilares en los que se basan las leyes valencianas objeto de estudio en este artículo, especialmente la referida a transparencia y buen gobierno.

Por último, es conveniente reflexionar sobre el derecho de acceso a la información, que aúna dos derechos, el de acceso y el de información, dando por hecho esta unión de ambos, algo que para algunos autores «requiere de una democracia muy desarrollada»¹⁶ (Sánchez Ferriz, 2023). La autora muestra ciertas reservas, pero reconoce los importantes avances en materia de transparencia y cómo las leyes impregnan al legislador y también a la sociedad de términos (y por lo tanto favorecen comportamientos) como la participación ciudadana, la responsabilidad, la profundización de la democracia o la rendición de cuentas.

II. Marco jurídico de la transparencia en la Comunidad Valenciana

La transparencia se ha convertido en uno de los principios fundamentales del Estado de derecho y de la gobernanza pública en las sociedades democráticas. En la Comunidad Valenciana, este principio se ha traducido en un cuerpo normativo progresivamente más amplio y articulado. En el ámbito jurídico autonómico y haciendo uso del derecho que reconoce nuestro Estatuto de Autonomía de acceso a una buena administración, así como el acceso a los documentos públicos¹⁷ junto al derecho de participación en la vida

predicibles; también incrementa la inversión, pues la opacidad y la información no confiable desincentiva a los inversores; para las organizaciones genera confianza entre los stakeholders».

16. FÉRRIZ, R. S. «La transparencia como derecho-deber y sus relaciones con el derecho fundamental a ser informado. De nuevo, discrepando». en *Teoría y realidad constitucional*, 2023, no 51, p. 159-186. «Claro que cabe la conexión de ambos ámbitos y sus correspondientes derechos; pero, para ello ha de partirse del derecho a la información y no del derecho de acceso, aunque bien podrían convivir ambos en sus respectivas estructura y ámbitos sin confundirse. Pero no parece ni la intención de la Ley comentada ni de la doctrina conocida. La solución "unitaria" requiere de una democracia muy desarrollada y por ello su aparición y consolidación ha de ser lenta. La lentitud con que se ha llegado a este punto (en que se asumen deberes reales por parte de los poderes públicos para facilitar información a la ciudadanía) nos confirma la dificultad con que se va estableciendo el cambio de paradigma en los regímenes democráticos en la medida en que afecta al núcleo mismo de la idea de democracia, que solo puede ser participada si la ciudadanía se halla bien informada, (¿y formada?)».
17. EACV, Artículo 9. 1. Sin perjuicio de lo que dispone la legislación básica del Estado, una Ley de Les Corts regulará el derecho a una buena administración y el acceso a los documentos de las instituciones y administraciones públicas valencianas.

política¹⁸, podemos destacar en orden cronológico las siguientes leyes: hace una década, se aprobó la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana, derogada parcialmente por la Ley 1/2022¹⁹ y de manera total por la Ley 4/2023²⁰. En 2016 se aprobó la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, creadora de la Agencia Valenciana Antifraude y que entre sus fines y funciones definidos en su artículo 4 está la búsqueda de la transparencia, y matiza «especialmente en materia de contratación pública»²¹. A finales del año 2018 se aprueba la Ley 25/2018, de 10 de diciembre, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana, íntimamente ligada a la idea de transparencia como bien recoge en su primer artículo relativo al objeto de esta ley²², en este caso con énfasis en la participación de los grupos de interés en el ámbito de la administración pública y el parlamento y de manera destacada para ofrecer transparencia en los procesos normativos, donde estos grupos suelen focalizar su actividad de influencia. Hace apenas tres años, en 2022, la Ley 1/2022, de 13 de abril, de la Generalitat, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunidad Valenciana, mencionada anteriormente, pues es la heredera de la ley 1/2015, regula de manera integral la transparencia en la actividad pública y hace referencia a la

-
18. EACV, art. 9.4 4. Todos los valencianos tienen derecho a participar de forma individual, o colectiva, en la vida política, económica, cultural y social de la Comunitat Valenciana.
 19. *Ley 1/2022, de 13 de abril, de la Generalitat, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana*. Disposición Derogatoria. Única. Derogación normativa. Con la entrada en vigor de esta ley quedan derogados, de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana, los artículos de 2 a 6, ambos incluidos; los títulos I, II, III y IV en su totalidad, y las disposiciones adicionales. También se derogan los apartados 1 y 2 del artículo 1, cuyo contenido pasa a ser párrafo único. Así mismo, quedan derogadas todas las disposiciones del mismo rango o de un rango inferior que se opongan a lo establecido en esta ley.
 20. *Ley 4/2023, de 13 de abril, de Participación Ciudadana y Fomento del Asociacionismo de la Comunitat Valenciana*. Disposición derogatoria única. Derogación normativa. Quedan derogadas todas las disposiciones de rango igual o inferior que se oponen a lo previsto en la presente ley y, de manera expresa, la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de participación ciudadana de la Comunitat Valenciana.
 21. *Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana*. Artículo 4. Fines y Funciones (...) d) La evaluación, en colaboración con los órganos de control existentes, de la eficacia de los instrumentos jurídicos y las medidas existentes en materia de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción, con el fin de garantizar los máximos niveles de integridad, eficiencia y transparencia, especialmente en materia de contratación pública, procedimientos de toma de decisiones, prestación de servicios públicos y gestión de los recursos públicos, y el acceso y la provisión en el empleo público para garantizar el respeto a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad.
 22. *Ley 25/2018, de 10 de diciembre, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana*. Artículo 1. Objeto de la ley. 1. El objeto de esta ley es regular la actividad de influencia de los grupos de interés en el ámbito de la Generalitat para asegurar la transparencia en la participación de los grupos de interés en los procesos de elaboración y aplicación de políticas públicas, proyectos normativos e iniciativas parlamentarias, de acuerdo con los principios de legalidad, publicidad, transparencia, rendimiento de cuentas y responsabilidad en la gestión pública y la representación política.

publicidad activa, el derecho de acceso a la información y la rendición de cuentas²³. Por último, en 2023 la Ley 4/2023, de 13 de abril, de Participación Ciudadana y Fomento del Asociacionismo de la Comunidad Valenciana que recoge en sus principios generales la transparencia²⁴.

La Constitución española en el capítulo primero, sección segunda referida a los derechos fundamentales y las libertades públicas reconoce en su art. 20.1.d) el derecho a recibir información veraz²⁵, así como el derecho a participar en los asuntos públicos de manera directa o a través de representantes²⁶ que recoge el art. 23, CE. En ambos artículos, como en el artículo 9.3 cuando se refiere a la publicidad de las normas²⁷ y en el 105.b) donde regula el «acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos», podemos concluir que la Carta Magna ya transmitía en varios de sus preceptos ese concepto de transparencia, pese a que dicha palabra no aparece en todo el texto constitucional.

La potenciación de la idea de transparencia, cada vez más desarrollada en nuestra regulación estatal y autonómica, tiene como base y ejemplo los tratados internacionales y por supuesto la normativa europea. Así lo detalla el preámbulo de la Ley 1/2022 de transparencia y buen gobierno de la Comunitat Valenciana cuando recuerda: «el artículo 10 del Convenio europeo de derechos humanos, y los artículos 21.1 de la Declaración universal de los derechos humanos y 25.a del Pacto internacional de derechos civiles y políticos

-
23. *Ley 1/2022, de 13 de abril, de la Generalitat, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana*. Artículo 1. Objeto. Esta ley tiene por objeto: 1. Regular y garantizar la transparencia de la actividad pública en su doble vertiente de publicidad activa y de derecho de acceso a la información pública, promover la reutilización de la información y regular el Consejo Valenciano de Transparencia. 2. Establecer los principios básicos de integridad y buen gobierno que deben cumplir las administraciones públicas valencianas mediante la adopción de códigos éticos y de conducta y el desarrollo de marcos de integridad pública. 3. Impulsar y garantizar la rendición de cuentas en la acción de gobierno y la actividad administrativa a través de la planificación y la evaluación de la normativa y de las políticas públicas en el ámbito de la administración autonómica. 4. Regular el régimen de garantías y de responsabilidades por el incumplimiento de los deberes y obligaciones que establece esta ley.
24. *Ley 4/2023, de 13 de abril, de Participación Ciudadana y Fomento del Asociacionismo de la Comunitat Valenciana*. Artículo 3. Principios generales. Sin perjuicio del resto de obligaciones legales, la interpretación y aplicación de esta ley se articulará en torno a los siguientes principios generales: (...) 7. Transparencia, con el fin de que toda la información sea pública, accesible y al servicio de la ciudadanía.
25. Constitución española (CE), art. 20.1.d): 1. Se reconocen y protegen los derechos: A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
26. CE, Artículo 23.1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
27. CE, art. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

amparan el derecho de participación ciudadana, al que se vincula la noción de la transparencia y el gobierno abierto»²⁸.

Toda la normativa de las instituciones internacionales, europeas y nacionales se impregna de este concepto de transparencia desde tres planteamientos conectados y que integran a su vez tres ideas fundamentales para desarrollar a nivel legislativo y de acciones concretas el principio de transparencia: la publicidad activa, el derecho de acceso a la información pública y la rendición de cuentas. A estos ejes principales podemos añadirles otros muchos principios que están en la base de toda esta ola regulatoria, como la veracidad, la claridad, la neutralidad tecnológica, la integridad, la reutilización de la información y otros que pretenden lograr una buena gobernanza, basada en la ética pública y en la corresponsabilidad entre gobernante y gobernado.

En este punto, es necesario recordar las palabras de Ridao (2014) en un artículo donde analiza la ley de transparencia estatal²⁹ y que van en la misma línea: «En la Ley, como reza su propia rúbrica, se regula hasta tres materias conexas, pero al mismo tiempo distintas: la transparencia de la actividad pública mediante la publicidad activa, el derecho de acceso a la información pública y las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos»³⁰. El acceso a la información está intrínsecamente ligado a la reutilización de dicha información (otro criterio a destacar en esta regulación), ya sea para trabajos o estudios académicos como el presente, para investigaciones periodísticas o para el conocimiento y escrutinio de los ciudadanos. Como indica Chamorro (2022) «una política pública es transparente si es comprensible, si la información está disponible»³¹

Los tres criterios que hemos mencionado como ejes para legislar y activar políticas públicas que acerquen nuestras instituciones a la ciudadanía son: la publicidad activa, que obliga y anima a la propia administración a generar y difundir toda la información que tiene y que gestiona a través de sus páginas web, portales de transparencia, redes sociales y los medios de los que disponga, siempre ofreciendo información veraz y de utilidad (tema que en estos tiempos está muy presente en el ámbito político, social y mediático y al que las posibilidades que ofrece la inteligencia artificial —en adelante IA—, puede suponer una oportunidad para que la administración cumpla estas obligaciones de manera más ágil y efectiva). Esto afecta en gran medida a los parlamentos, quienes en el ejercicio

28. Ley 1/2022, de 13 de abril, de la Generalitat, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana.

29. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

30. RIDAO, J. (2014). «Las recientes medidas para la transparencia y la probidad del sistema político y administrativo español: alcance y valoración». en *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, 62(1), pp. 285-310, 2014.

31. CHAMORRO, J. M. (2022). «Transparencia y buen gobierno. Una visión desde el poder judicial» en *Revista española de la transparencia*, (15), 63-77. «La transparencia se ha convertido, hoy en día, en un indicador fundamental de la calidad de los gobiernos que aspiran a considerarse democráticos, y en presupuesto necesario para que los ciudadanos puedan ejercer adecuadamente su valoración y una verdadera intervención participativa. Una política pública es transparente si es comprensible, si la información está disponible, si se garantiza el derecho de acceso a la información pública y se salvaguarda la protección de datos personales de solicitantes, si la rendición de cuentas es clara y si los ciudadanos saben qué papel desempeñan los poderes públicos».

de su autonomía deben incorporar a su funcionamiento esta regeneración que supone la transparencia (García-Escudero, 2015)³².

Por otro lado, el derecho de acceso a la información pública, íntimamente unido al primero y que supone ofrecer y subir a las páginas web de la administración toda la información para que los ciudadanos podamos consultarla sin ningún tipo de limitación, excepto las que establezcan las leyes y vinculado, como acabamos de ver, a la reutilización de toda esta información que los poderes públicos deben ofrecernos y facilitarnos a través de sistemas de open data o datos abiertos, utilizando formatos estándar para que los ciudadanos y las empresas o universidades podamos descargarlos documentos e información, creando así una comunidad formada e informada y pudiendo generar valor a través de la información pública al alcance de todos. Este derecho debe servir para superar «la opacidad y el hermetismo, pasando a una gestión fundada en la visibilidad y la exposición pública»³³ (Chamorro, 2022), así lo describe el autor con una...

Y, en tercer lugar, la rendición de cuentas³⁴ o *accountability*, que significa que los responsables públicos deben explicar y justificar sus acciones y decisiones. Este es

32. GARCÍA-ESCUDERO, P. «Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana» en *Teoría y realidad constitucional*, 2015, no 36, p. 171-216. «El Parlamento debe acoger lo que de regenerador tiene el movimiento por la transparencia de las instituciones plasmado en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuyo Título I (publicidad activa en páginas web y publicidad pasiva o derecho de acceso a la información), por disposición del art. 2.1.f se aplica al Congreso de los Diputados, al Senado y a los Parlamentos autonómicos y responsabilidad de los poderes públicos, superando la opacidad y el hermetismo, y pasando a una gestión fundada en la visibilidad y la exposición pública».

CLEMENTE, J. (2022). «Los principios de buen gobierno de la nueva Ley Valenciana 1/2022». *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 70(2), 115-152. «Este principio de transparencia, al que debe someterse todo cargo público cuando adopta una decisión pública, sirve, por ello, para permitir la rendición de cuentas de las políticas públicas adoptadas».

ALCALÁ, L. A. «Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis de legitimidad del Estado democrático». *Revista española de la transparencia*, 2023, no 16, p. 145-172. «Dichas iniciativas se completan con la rendición de cuentas, vinculado más a la explicación de determinadas iniciativas de los poderes públicos, quienes justifican el uso de los poderes implícitos concedidos por la ciudadanía respecto a los compromisos adquiridos, tanto en la ejecución de políticas públicas como respecto al uso de los presupuestos asignados. Existe pues una relación de causalidad, donde derecho de acceso a la información pública y rendición de cuentas tienen como efecto la transparencia institucional», en relación con sus actividades sujetas al Derecho administrativo».

33. CHAMORRO, J. M. (2022). «Transparencia y buen gobierno. Una visión desde el poder judicial» en *Revista española de la transparencia*, (15), 63-77. «el derecho de acceso a la información relativa a la actividad pública y administrativa que aquellos llevan a cabo y el buen gobierno como elementos de lo que se ha venido en denominar la gobernanza, en lo que ésta tiene de apertura, participación y responsabilidad de los poderes públicos, superando la opacidad y el hermetismo, y pasando a una gestión fundada en la visibilidad y la exposición pública».

34. CLEMENTE, J. (2022). «Los principios de buen gobierno de la nueva Ley Valenciana 1/2022». *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 70(2), 115-152. «Este principio de transparencia, al que debe someterse todo cargo público cuando adopta una decisión pública, sirve, por ello, para permitir la rendición de cuentas de las políticas públicas adoptadas».

uno de los principios básicos de actuación que están recogidos en el art. 54. q) de la ley. Esta idea es clave para complementar los conceptos de publicidad activa y derecho de acceso a la información, porque los ciudadanos que se informan también merecen «la explicación de determinadas iniciativas de los poderes públicos»³⁵ (Alcalá, 2023), ya que como bien apunta este autor, «las medidas de democracia directa requieren de un ciudadano bien informado, y si no es así, están condenadas al fracaso».

III. Ley 1/2022 de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana

En el apartado anterior hemos visto el contexto normativo que nos lleva hasta la regulación de la transparencia en la legislación autonómica valenciana, como describe el preámbulo de la ley objeto de análisis y estudio del presente punto: «esta ley se tiene que considerar como una evolución natural en la tendencia que la Generalitat ha seguido en su política pública de mejorar las herramientas que hacen posible avanzar en un gobierno abierto que pretende dialogar permanentemente con la ciudadanía, promoviendo y facilitando su colaboración»³⁶.

Esta ley es una clara muestra de que el legislador valenciano se ha tomado en serio la transparencia como eje clave para lograr un gobierno abierto y una mayor participación de la ciudadanía, por ello estamos ante un ejemplo de ley de transparencia de segunda generación³⁷, equiparable a la de la Comunidad de Madrid (Núñez & Moret, 2025), como así lo afirman estos autores en un análisis sobre el Consejo de Transparencia madrileño. Esta ley goza de un reconocimiento por parte de la doctrina, Clemente (2022) considera

-
35. ALCALÁ, L. A. «Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis de legitimidad del Estado democrático». *Revista española de la transparencia*, 2023, no 16, p. 145-172. «Dichas iniciativas se completan con la rendición de cuentas, vinculado más a la explicación de determinadas iniciativas de los poderes públicos, quienes justifican el uso de los poderes implícitos concedidos por la ciudadanía respecto a los compromisos adquiridos, tanto en la ejecución de políticas públicas como respecto al uso de los presupuestos asignados. Existe pues una relación de causalidad, donde derecho de acceso a la información pública y rendición de cuentas tienen como efecto la transparencia institucional».
36. *Ley 1/2022, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunidad Valenciana*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-8187>
37. NÚÑEZ, R., & MORET, A. (2025) «De la norma a la realidad de la transparencia: la experiencia de la puesta en marcha y consolidación del consejo de transparencia y participación de la Comunidad de Madrid» en *INAP* (p. 407). «Por el contrario, la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid y la Ley 1/2022, de 13 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunidad Valenciana —que deroga la anterior Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación ciudadana—, han sido las más recientes en entrar en vigor, señalándose que esta última es un ejemplo de las leyes de transparencia españolas de segunda generación y una muestra de la decidida apuesta por el Gobierno Abierto por parte de la Comunidad Valenciana».

que «su regulación de principios de buen gobierno»³⁸, así como sus novedades y profundidad, son de mayor calado y envergadura que la norma estatal, la Ley 19/2013.

En la estrecha relación que la transparencia tiene con el acceso a la información por parte de la ciudadanía y, en consecuencia, también con la responsabilidad y rendición de cuentas por parte de los gobernantes, cabe destacar la visión que aportan Abellán & Pardo (2017) recogiendo conceptos de otros autores³⁹, porque como bien señalan el concepto de transparencia es abierto y por lo tanto puede ser difuso, pero los principios y términos que acompañan la ley, detallan cómo deben proceder las administraciones para materializar esta aspiración que busca mejorar las democracias y fomentar el interés de los ciudadanos por los asuntos públicos, además de reducir la corrupción. Y de manera global estas legislaciones pretenden alcanzar una mayor calidad de vida (Castellanos, 2022). Siguiendo un sencillo razonamiento que une la transparencia a la democracia de mayor calidad y en consecuencia a una mejor calidad de vida⁴⁰, al menos en términos de ética pública y seguridad jurídica.

Analizaremos los aspectos más relevantes que conforman la Ley 1/2022 de Transparencia y Buen Gobierno. En su título preliminar, compuesto por seis artículos recoge el

-
38. CLEMENTE, J. (2022). «Los principios de buen gobierno de la nueva Ley Valenciana 1/2022». *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 70(2), 115-152. «La regulación de principios de buen gobierno que realiza la norma autonómica valenciana, la Ley 1/2022, es mayor que la que realiza la norma estatal, la Ley 19/2013. Así pues, la Ley 1/2022 establece principios en su art. 54.1 como son los apartados b (gestión financiera justa), d (principio de participación), n (no usar tarjetas de crédito), o (actuar con sobriedad y austeridad), p (no realizar condecoraciones a personas condenadas) y q (principio de rendición de cuentas). Por tanto, esta regulación autonómica establece novedades respecto a la norma estatal y además respecto a los principios que ya se encuentran regulados en la Ley 19/2013, la ley valenciana profundiza en algunos más todavía, estableciendo una regulación más detallada; por ejemplo, el art. 26.2.b.3.º de la Ley estatal 19/2013 obliga a comunicar irregularidades detectadas y la Ley valenciana 1/2022 reitera dicha exigencia en su art.54.1.i pero detalla que deberán comunicar la sospecha de irregularidad a los órganos de fiscalización y control y por las vías de denuncia que se hayan podido establecer autonómicamente, como puede ser el caso de la Agencia Valenciana Antifraude».
39. ABELLÁN, M.A. & PARDO, G. «Las políticas públicas simbólicas para el buen gobierno y la calidad democrática en la Comunitat Valenciana». *INGURUAK Revista Vasca de Sociología y Ciencia Política*, 2017, 62, pp.39-54. «Para Mulgan (2014), los conceptos de transparencia y rendición de cuentas forman parte de la expresión popular Open Government pero no constituyen una unidad conceptual. La rendición de cuentas siempre se realiza ex post, una vez que el gestor público o accountant ha realizado las actuaciones que serán objeto del proceso de accountability. Por lo que se refiere a la transparencia, ésta tiene una composición más abierta en cuanto alcance y dirección porque, si bien se ofrece a individuos y organizaciones, no necesariamente ha de estar dirigida de forma específica y explícita a alguien, sino que es una condición general de estar disponible esa información para los ciudadanos cuando la necesiten».
40. CASTELLANOS, J. (2022). «Transparencia y participación ciudadana: la lucha contra la corrupción como eje vertebrador del proceso democrático» *Revista española de la transparencia*, (15), 107-129. «No es casualidad que los países en donde más se respeta el principio de transparencia sean los países en donde mayor es la calidad de vida, sino que responde a una ecuación lógico-formal difícilmente rebatible: a mayor transparencia, mayor democracia. A mayor democracia, mayor calidad de vida».

objeto de la ley⁴¹, los principios generales, el ámbito de aplicación y los sujetos obligados. En su objeto define claramente que esta norma regula la publicidad activa, el derecho de acceso a la información y la rendición de cuentas⁴².

En lo relativo a la publicidad activa, la ley autonómica dedica el capítulo segundo que está integrado por diecisiete artículos que recopilan con precisión todas las informaciones que deben ser puesta a disposición de la ciudadanía a través de portales de transparencia y páginas web. En el primer artículo de este capítulo se refiere a las obligaciones de publicidad activa previstas en la ley estatal (Ley 19/2013)⁴³, pero los artículos 14 a 26 detallan de manera procelosa y completa todos los tipos de informaciones que deben publicarse y que afectan a ámbitos tan dispares como la publicidad y promoción institucional, las subvenciones, el urbanismo y medio ambiente o los convenios, las estadísticas y el endeudamiento, la relación es extensa y precisa, creando así un marco regulatorio de máxima seguridad jurídica.

El capítulo tercero, compuesto por once artículos, regula el derecho de acceso a la información pública, establece el procedimiento, los límites y la forma de solicitar⁴⁴ dicha información. Y cuatro artículos dedica el capítulo V a los datos abiertos y la reutilización de la información⁴⁵, aquí es de interés destacar el precepto del art. 41.4 que deja constancia

41. *Ley 1/2022 de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunidad Valenciana*. Artículo 1. Objeto. Esta ley tiene por objeto: 1. Regular y garantizar la transparencia de la actividad pública en su doble vertiente de publicidad activa y de derecho de acceso a la información pública, promover la reutilización de la información y regular el Consejo Valenciano de Transparencia. 2. Establecer los principios básicos de integridad y buen gobierno que deben cumplir las administraciones públicas valencianas mediante la adopción de códigos éticos y de conducta y el desarrollo de marcos de integridad pública. 3. Impulsar y garantizar la rendición de cuentas en la acción de gobierno y la actividad administrativa a través de la planificación y la evaluación de la normativa y de las políticas públicas en el ámbito de la administración autonómica. 4. Regular el régimen de garantías y de responsabilidades por el incumplimiento de los deberes y obligaciones que establece esta ley.

42. *Ley 1/2022*, art. 2. 12. Responsabilidad y rendición de cuentas: los gobiernos, las administraciones públicas y sus servidores deben asumir la responsabilidad de sus actuaciones y decisiones, y deben promover la cultura de la evaluación y el ejercicio de la rendición de cuentas en la actividad pública.

43. *Ley 1/2022*, art. 10. 2. Las obligaciones de publicidad activa aplicables a las entidades que forman la administración local de la Comunitat Valenciana son las previstas en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en la normativa reguladora de los gobiernos locales y en las normas y ordenanzas que ellas mismas aprueben haciendo uso de su autonomía.

44. *Ley 1/2022*, art. 31. Solicitud de acceso a la información pública 1. El procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso se inicia con la presentación de la solicitud correspondiente, que se debe formular preferentemente por vía electrónica a través del portal de transparencia o la sede electrónica correspondiente, sin perjuicio de que pueda presentarse por cualquier medio que permita tener constancia del contenido que incluye el apartado 3 de este artículo.

45. *Ley 1/2022*, art. 41. Reutilización de la información pública. 1. Las entidades comprendidas en el artículo 3 deberán difundir la información pública en los términos establecidos en esta ley y la normativa básica de aplicación, a fin de facilitar y promover su reutilización. Con este objetivo, se propiciará que la ciudadanía, las instituciones académicas, las empresas y el resto de agentes puedan disponer y proceder libremente al tratamiento de los datos para la creación

de la gratuidad de la reutilización de la información obtenida por publicidad activa o ejerciendo el derecho acceso a la información⁴⁶.

El Título II está dedicado al Consejo Valenciano de Transparencia, con una extensión de siete artículos, desarrolla este organismo que como reza el artículo que define su naturaleza y actuación «es la autoridad de garantía en materia de transparencia en la Comunitat Valenciana. Tiene como finalidad garantizar el derecho de acceso a la información pública y velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa». Así mismo se le exige actuar bajo los criterios de independencia, imparcialidad y profesionalidad⁴⁷. El Consejo realiza cada año una Memoria donde recoge la actividad realizada, además de repasar su estructura, funciones, situación y entre sus funciones está la de «Colaborar, en materia de transparencia, con órganos de naturaleza análoga, tanto estatales como autonómicos». En cuanto a la actividad realizada relativa al periodo 2024 tal y como detallan: «se ha procedido a la apertura de un total de 390 expedientes. La actividad se ha llevado a cabo, principalmente, a través de la emisión de 307 resoluciones, correspondientes a expedientes abiertos durante los años 2023 y 2024, lo cual supone un incremento considerable de expedientes respecto a años anteriores, y sobre todo desde que este Consejo de Transparencia comenzó su andadura, como puede observarse en el cuadro comparativo que se adjunta a continuación»⁴⁸.

El Título III está dedicado al «Buen gobierno y la integridad pública», en su art. 54 recoge un listado de principios de actuación que como explica Clemente (2022) están destinados a garantizar la rendición de cuentas, luchar contra el fraude, conseguir una gestión económica adecuada, lograr la imparcialidad y la ausencia de conflictos de intereses. Este autor considera que la implicación activa y real de la ciudadanía es clave para garantizar la rendición de cuentas⁴⁹. El Título IV se refiere a la rendición de cuentas del gobierno,

de valor mediante productos y servicios nuevos, siempre que se respeten los límites establecidos en el ordenamiento jurídico y que este uso no constituya una actividad administrativa. La puesta a disposición de la información pública para su reutilización se realizará por medios electrónicos y solo se someterá a los límites establecidos en la normativa sobre reutilización de la información pública.

46. Ley 1/2022, art. 41.4. Toda la información objeto de publicidad activa o facilitada en virtud del derecho de acceso a la información pública se podrá reutilizar de forma gratuita y sin sujeción a licencias previas ni a condiciones específicas, salvo que por motivos fundados se haga constar expresamente lo contrario.
47. Ley 1/2022, art. 47.4. El Consejo Valenciano de Transparencia actuará con objetividad, independencia, imparcialidad, profesionalidad y sometimiento en el ordenamiento jurídico en el ejercicio de sus competencias.
48. Memoria de actividad anual 2024. Consejo Valenciano de Transparencia conselltransparencia.gva.es/documents/163244115/177402844/Memoria+de+Actividad+2024/73da9bcb-7f13-46ff-89d1-0957c5c4afco [consultada 12 junio 2025].
49. CLEMENTE, J. (2022). «Los principios de buen gobierno de la nueva Ley Valenciana 1/2022» en *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 70(2), 115-152. «La apuesta de la Comunidad Valenciana por hacer partícipes a la ciudadanía de las políticas públicas y normas elaboradas permite avanzar hacia una entidad autonómica que garantice la rendición de cuentas ciudadana. (...) Dicha participación ciudadana supone, en definitiva, permitir a la ciudadanía que sea parte activa del gobierno autonómico, no solo mediante unos comicios cada cuatro años, sino consultándoles de forma permanente las principales decisiones públicas, sobre todo aquellas

especialmente en el programa de gobierno del presidente autonómico presentado en las Cortes Valencianas (art. 57) y también hace referencia a la planificación normativa y evaluación de políticas (arts. 62-64), así como el régimen sancionador. El último título regula el régimen sancionador.

IV. Ley 25/2018 Reguladora de la Actividad de los Grupos de Interés de la Comunitat Valenciana

La ley 25/2018, relativa a los grupos de interés se acerca a los siete años de vigencia, ya que se aprobó a finales de 2018, y pese a que en otras comunidades se regulan los grupos de interés dentro de sus leyes de transparencia, buen gobierno y ética pública, la Comunidad Valenciana dedica una ley integra a ello. Está compuesta de treinta y cuatro artículos, dos disposiciones adicionales, una derogatoria y dos finales. Es una ley, como ahora repasaremos, elogiada por diferentes autores y especialistas en transparencia, buen gobierno y grupos de interés. La conexión con la transparencia es total y absoluta, como así lo declara el preámbulo⁵⁰ en sus constantes alusiones a la necesidad de regular la actividad de los grupos de interés para fomentar la transparencia en dicha actividad en particular y como principio rector de la vida pública en una democracia.

En línea con este concepto, la transparencia se erige como el eje que debe fortalecer un sistema democrático y la regulación de la actividad de los grupos de interés es una de las claves para desarrollar el principio de transparencia creando una confianza mutua y «compartida entre las instituciones públicas y la ciudadanía»⁵¹ (Pérez i Seguí, 2019), pues

que resulten más controvertidas o puedan más crispación entre la opinión pública, ya que ello permitirá adoptar aquellas políticas que resulten más consensuadas con la ciudadanía. lo que permite, por tanto, que la misma pueda realizar una adecuada rendición de cuentas de lo que efectúa su gobierno autonómico».

50. *Ley 25/2018*, Preámbulo: «Junto a los valores de integridad y ética pública que deben inspirar la acción de los poderes públicos en un marco democrático, lo que motiva la elaboración de esta ley, cuyo objetivo es que esa capacidad de influencia quede sometida a exigencias de transparencia y a un código de conducta que incluya las prácticas y actitudes que deben seguir los grupos de interés en su actuación. (...) con esta ley también se pretende, mediante mecanismos para garantizar la transparencia, acabar con la connotación negativa que tiene la actividad de influencia para gran parte de la sociedad».

51. PÉREZ I SEGUÍ, Zulima (2019), «La regulación del lobby en la Comunitat Valenciana. La Ley 25/2018, de 10 de diciembre, de la Generalitat, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana», en RUBIO, Rafa (dir.) *La regulación de los grupos de interés en España: Análisis de la normativa autonómica, local y sectorial*, CEPC, Madrid, págs. 11-180 «La transparencia fortalece la democracia fomentando la responsabilidad compartida entre las instituciones públicas y la ciudadanía. Este nuevo modelo afecta por tanto a los procesos decisorios, al modo en el que los poderes públicos toman las decisiones, es por ello que desde la perspectiva de las instituciones la transparencia fomenta la eficacia y la eficiencia, la responsabilidad y la cercanía a la sociedad, ayudando así a que se reafirme su legitimidad».

la actividad de influir tanto en los parlamentos como en los gobiernos, puede condicionar la toma de decisiones públicas y la ciudadanía debe estar informada y conocer en qué medida, existen actores externos a los representantes que elegimos en las elecciones, que también tienen capacidad para influir en leyes, reglamentos y normativas que, en muchas situaciones, afectan al conjunto de la ciudadanía.

Entre los aspectos más destacables de esta ley, encontramos la «más extensa regulación en España sobre la participación en los procesos normativos de los grupos de presión, estableciendo una huella normativa pública y obligatoria y regulando por primera vez en España la posibilidad de negociación no vinculante de normas elaboradas por el gobierno valenciano»⁵², esto lo afirma Ponce (2019) en un libro donde analiza los lobbies y su regulación. Y en el Informe de Comunidades Autónomas de ese mismo año, también se destacó esta ley 25/2018 como un elemento fundamental dentro del «marco de la transparencia, buen gobierno y lucha contra la corrupción»⁵³ (Ridaura, 2019).

Vamos a analizar, de manera sucinta, parte del articulado de esta ley. Entre sus características principales está la creación del Registro de Grupos de Interés (en adelante REGIA)⁵⁴ claramente definido en su web. Y sin duda, uno de los aspectos más relevantes, al que ya hemos hecho alusión, es la regulación de la «huella normativa»⁵⁵ también llamada huella legislativa, y que tiene como objetivo anexar toda la documentación que influye en los proyectos legislativos (Castellanos y Arnau, 2020). Esta inclusión es de gran relevancia y de ahí que la ley valenciana sea pionera y muy completa, puesto que permite «ver cuáles han sido las influencias que ha tenido una norma y quién ha participado en

Argumentos que la autora referencia con el trabajo de VILLORIA, M.; NICARDO, C., «Govern obert, transparència i rendició de comptes: marc conceptual», en *Bon Govern, transparència i integritat institucional al govern local, Diputació de Barcelona*, Barcelona, 2015, pp. 61 y sigs.

52. PONCE, J. (2019), Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa. Un análisis empírico de la informalidad. Ed. Tirant lo Blanc, pp. 104.
53. RIDAURA, M.J. (2019) Comunitat Valenciana. *Informe Comunidades Autónomas*, Observatorio de Derecho Público idP Barcelona, Barcelonas (2019) pp.191-203 «En el marco de la transparencia, buen gobierno y lucha anticorrupción destacan las siguientes: Ley 25/2018 de 10 de diciembre, de la Generalitat reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana. En el marco de transparencia, participación y buen gobierno, incluye códigos de conductas que deben seguir los lobbies en su actuación, evitando la opacidad; incorporando los principios reguladores recomendados por los organismos internacionales».
54. REGIA, GVA OBERTA <https://gvaoberta.gva.es/es/regia> «REGIA facilita la identificación y el control de la actividad de influencia que realizan los grupos de interés. Los grupos de interés son las personas jurídicas, entidades y organizaciones, y en los casos previstos por la ley las personas físicas, que mantienen comunicaciones para influir en la toma de decisiones públicas».
55. CASTELLANOS, J. y ARNAU, J. C. (2020). «Los grupos de interés y lobbies» en MARTIN CUBAS, J.; GARRIDO, V.; y ROIG, R. (Eds.). *Política i govern en la Comunitat Valenciana*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 345-356. «El título tercero incluye la regulación de la «huella normativa», ya que se hace referencia a la publicidad de los contactos que la Administración pública y los cargos públicos y personal empleado público de la Generalitat mantengan con los grupos de interés durante la elaboración y adopción de los anteproyectos de ley y los proyectos de decreto. Estos proyectos se plasmarán en un informe (artículo 18) que deberá anexarse a los textos normativos y publicarse en el portal de transparencia de la Generalitat (artículo 19)».

ella» (Pérez i Seguí, 2023)⁵⁶. La definición que ofrece el Decreto que desarrolla esta ley sobre el concepto de es la siguiente: «información del impacto producido por la actividad de los grupos de interés durante el proceso de elaboración de anteproyectos de ley y proyectos de decreto del Consell»⁵⁷. Este aspecto está muy relacionado con el derecho de acceso a la información. Y algunos autores, como Aguilar (2021)⁵⁸ consideran que la huella normativa debería ser preceptiva en toda la actividad para poder detallar todo el proceso y evitar una «influencia o captura indebida». Aunque la denominación más aceptada es la de «huella normativa», también podemos denominarla «"huella legislativa" o memoria de análisis de trazabilidad»⁵⁹ (Rubio, 2019), puesto que con toda la información que se ha aportado, los ciudadanos poseen más capacidad de conocer y en consecuencia más información para participar y fomentar un espíritu crítico.

Entrando en materia del articulado, el objeto de la misma deja claro que esta regulación tiene como base «los principios de legalidad, publicidad, transparencia, rendimiento de cuentas y responsabilidad en la gestión pública y la representación política»⁶⁰. Los artículos 3 y 4 presentan cierta complejidad, cuando no contradicción, puesto que definen quienes se pueden considerar grupos de interés y quiénes no, y especialmente qué

56. PÉREZ I SEGUÍ, Z. (2023) «La calidad normativa de las proposiciones de ley en Les Corts Valencianes». *Corts. Anuari de Dret Parlamentari* núm. 37, diciembre 2023, pp. 219-264.

57. *DECRETO 172/2021*, de 15 de octubre, del Consell, de desarrollo de la Ley 25/2018, de 10 de diciembre, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana. Art. 2. b) Huella de los grupos de interés: información del impacto producido por la actividad de los grupos de interés durante el proceso de elaboración de anteproyectos de ley y proyectos de decreto del Consell.

58. AGUILAR, I. M., (2021) «Los riesgos de la corrupción de los lobbies». *Revista Española de la Transparencia* Núm. 12. Primer Semestre. Enero-junio de 2021, pp. 125-144. «En mi opinión, debería ser preceptiva la huella normativa (*legislative footprint*) en toda actividad regulatoria. De esta manera se podría detallar en un documento todo el proceso de elaboración de la norma, así como las personas físicas o jurídicas que han contactado con los altos cargos responsables de dicha regulación, con el fin de poder comprobar que no ha habido una influencia o captura indebida».

59. RUBIO NÚÑEZ, R. (2019). «La nueva ola de regulación de los grupos de presión parlamentarios» *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 21(2), págs. 397-420. <https://doi.org/10.5209/foro.64032>

60. La Ley 25/2018, de 10 de diciembre, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana. Artículo 1. *Objeto de la ley*. 1. El objeto de esta ley es regular la actividad de influencia de los grupos de interés en el ámbito de la Generalitat para asegurar la transparencia en la participación de los grupos de interés en los procesos de elaboración y aplicación de políticas públicas, proyectos normativos e iniciativas parlamentarias, de acuerdo con los principios de legalidad, publicidad, transparencia, rendimiento de cuentas y responsabilidad en la gestión pública y la representación política. 2. La actividad de influencia es un medio para que sectores de la sociedad trasladen sus posicionamientos, preocupaciones y argumentos a la representación política y a las personas responsables de la administración pública con la intención de influir legítimamente en la elaboración y aplicación de políticas públicas, proyectos normativos e iniciativas parlamentarias que lleven a cabo. 3. En esta ley también se regula el proceso especial de participación entre grupos de interés previa a la elaboración de normas, para garantizar que, cuando se realicen estos procesos, se desarrollen de acuerdo con los principios de transparencia, pluralidad, no discriminación y participación efectiva de los grupos de interés.

acciones son actividad de influencia y cuáles no. Sin duda, en este apartado podemos alegar cierta confusión o inseguridad jurídica, porque deja fuera de la consideración de actividad y por ende fuera de las obligaciones de esta ley, «reuniones y actos de carácter meramente protocolario» o «actividades realizadas por entidades privadas en ejecución de funciones públicas»⁶¹, estos y otros ejemplos son situaciones donde de manera informal se pueden realizar acciones de influencia.

La regulación del REGIA está recogida en el Título II, artículos 5-11 de la Ley 25/2018 y en el Capítulo II, artículos 3-20 del Decreto 172/2021 que desarrolla la ley 25/2018⁶². El art. 5 del Decreto define REGIA como «un Registro administrativo, de carácter público, abierto, gratuito y que funciona de forma electrónica exclusivamente». El hecho que sólo funcione de forma electrónica supone mayor seguridad y agilidad en el acceso a los datos, además de estar en línea con una administración moderna que implementa las TIC a sus organismos y herramientas de trabajo. Como bien explica Castellanos (2023) «desarrolla un buscador que permite consultar» toda la información relativa a las reuniones entre altos cargos y representantes de grupos de interés⁶³.

-
61. La Ley 25/2018, de 10 de diciembre, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana. Art. 4.2 No tienen la consideración de actividad de influencia a los efectos de esta ley: a) Las reuniones y actos de carácter meramente protocolario. b) Las actividades realizadas por entidades privadas en ejecución de funciones públicas o de prestación de servicios públicos, cuando estas funciones estén delegadas en virtud de una ley. c) La intervención en procesos de participación pública previstos en normas legales o reglamentarias. d) La participación en órganos colegiados de consulta y participación de la administración de la Generalitat y del sector público instrumental regulados por normas legales o reglamentarias. e) Las comunicaciones y actividades, tanto de asesoramiento como adscritas a obtener información sobre la naturaleza o el alcance de derechos u obligaciones de las personas, entidades sin ánimo de lucro, empresas o grupos de empresas en la aplicación de una ley o para el ejercicio de derechos o iniciativas establecidos por el ordenamiento jurídico. f) Las comunicaciones y actividades realizadas entre los entes del sector público instrumental de la Generalitat y los sujetos incluidos en el artículo 2.2, en el ejercicio de las actividades financieras sometidas al ordenamiento jurídico privado. g) Las actividades relativas a la prestación de asesoramiento jurídico o profesional vinculadas directamente a defender los intereses afectados por procedimientos administrativos. h) Las actividades de conciliación o mediación y arbitraje llevadas a cabo en el marco de su normativa específica de aplicación.
62. *DECRETO 172/2021*, de 15 de octubre, del Consell, de desarrollo de la Ley 25/2018, de 10 de diciembre, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana. Art. 3. *Finalidad y órgano responsable* 1. La finalidad del Registro de Grupos de Interés es aplicar los principios de transparencia y publicidad a las relaciones de los cargos públicos no electos a que se refiere el artículo 2 de la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de la Generalitat, de incompatibilidades y conflictos de intereses de personas con cargos públicos no electos, o del personal empleado público de la Administración de la Generalitat y de su sector público instrumental que mantenga reuniones o entrevistas de trabajo el contenido de las cuales revista las características descritas en el artículo 4 de la Ley 25/2018, con aquellas personas, entidades y organizaciones que tengan la consideración de grupo de interés, facilitando su identificación pública y el control de la actividad de influencia que realizan ante la Generalitat y su sector público instrumental.
63. CASTELLANOS, J., (2023) «La Alianza para el Gobierno Abierto desde el prisma de la Comunitat Valenciana» en *Revista de Estudios Autonómicos* n.º 68, pp. 96-127: «La transparencia en la ac-

La relación con el parlamento es fundamental, pues la autonomía de la cámara de representación es respetada, pero se busca la razonable colaboración y cooperación. El art. 11.3 de la Ley 25/2018 define cómo se producirá la rendición de cuentas: «Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, Les Corts establecerán los mecanismos de rendición de cuentas ante la misma institución con relación a las actuaciones de control y fiscalización de la actividad de los grupos de interés realizadas en su ámbito». Y en el ámbito de la publicidad activa, el Título III se refiere a la publicidad⁶⁴ de los contactos que mantienen durante la elaboración de una norma legal, en los términos que establece la ley y donde la documentación que se debe publicar está relacionada con la idea de «huella normativa» que acabamos de comentar. La cuestión es que en muchas ocasiones esta labor que debe garantizar el derecho de acceso a la información por parte de la ciudadanía y las entidades no se cumple, «porque no se dispone (...) o no se recopila o se limita el acceso a la información» (Caffarena,2020)⁶⁵.

Esta ley permite que algunas normas (anteproyectos de ley y decretos del Consell) puedan ser negociadas con los lobbies. Como apunta Pérez i Seguí (2019), la negociación no es vinculante y además no sustituye la participación ciudadana y el trámite de audiencia⁶⁶. Esto no excluye que los grupos de interés puedan participar a través de los procedimientos establecidos en las fases de audiencia, información pública y participación ciudadana (Pérez i Seguí, 2019). La información, la recopilación de documentos al proceso de elaboración de la norma, el REGIA como registro que centraliza a los que actúan como grupos de interés es algo muy positivo para mejorar la transparencia⁶⁷, tanto de las instituciones como de las personas, que pueden tomar decisiones con mayor conocimiento y capacidad de discernir.

tividad de los grupos de interés es crucial en el desarrollo democrático de cualquier sociedad, de modo que, para facilitar el acceso a esta información, se desarrolla un buscador que permite consultar de manera sencilla las reuniones mantenidas entre altos cargos de la Generalitat y los grupos de interés, buscador que se complementa con el Registro de Grupos de Interés (REGIA)».

64. La Ley 25/2018, de 10 de diciembre, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana, art. 19.2 Publicidad del informe. El informe deberá publicarse a través de los portales de transparencia de la Generalitat, de acuerdo con lo que establece la normativa vigente en materia de transparencia, dentro del apartado correspondiente al expediente de elaboración de la norma.
65. CAFFARENA, V.A.(2020) «La toma de decisiones públicas: la zona gris de la transparencia institucional» en Revista española de la transparencia, 2020, n.º 11, pp. 75-111: «Cada una de esas fases va acompañada de una cantidad muy importante de información que, siendo fundamental para entender cómo se han tomado las decisiones de lo público, pueden quedarse al margen de las leyes de transparencia por distintas razones: porque no se dispone de la información, normalmente porque la información no se recopila, o porque se limita el acceso a la información aplicando los límites existentes en las leyes de transparencia».
66. PÉREZ I SEGUÍ, Zulima, (2023) «La calidad normativa de las proposiciones de ley en Les Corts Valencianes». *Corts. Anuari de Dret Parlamentari* núm. 37, diciembre 2023, pp. 219-264.
67. PONCE SOLÉ, J. 2019. *Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 125-130.

V. Conclusiones y reflexiones

España empezó mucho más tarde que los países de su entorno a regular sobre la transparencia, así como sobre los grupos de interés. Sobre lo primero la ley es de 2013⁶⁸ y sobre lo segundo hay un proyecto de ley⁶⁹ de febrero de este mismo año. Pero las regulaciones autonómicas en ambos campos se han desarrollado y continúan con altos índices de calidad y éxito en su aplicación⁷⁰ como apunta Navarro (2023) calificando de «pioneras a las CCAA» en la regulación de la transparencia. Destaca la Comunidad Valenciana con la Ley 25/2018 y la Ley 1/2022 que han protagonizado el análisis de este artículo. Ambas leyes poseen una serie de conceptos y regulaciones que las colocan a la vanguardia en materia de transparencia, buen gobierno, ética pública, rendición de cuentas y regulación e integración de los grupos de interés. El concepto de transparencia, no por utilizado en exceso, pierde su valor, García-Escudero (2015) lo llega a tildar de «"moderna" institución» y considera que contribuye a asentar la democracia sustancial que es la que proclama Derechos Fundamentales y Libertades Públicas⁷¹ que afectan a todos.

Los aspectos menos positivos también tienen presencia, en muchos casos los términos son muy amplios y difusos y la regulación es complicada a la hora de determinar y concretar los conceptos, así como de acotar las situaciones, especialmente en los grupos de interés. La propia definición de éstos o la no obligatoriedad en los registros deja un margen amplio para la inseguridad jurídica. Un caso claro son los principios de buen gobierno que recoge el art. 54 de la Ley 1/2022 de Transparencia y Buen gobierno, pese a su extensión y profundidad, tienen un grado de amplitud e indeterminación⁷² que pueden dejar lagunas y los destinatarios pueden llegar a eludirlos (Clemente, 2022).

68. *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.*

69. Proyecto de Ley de transparencia e integridad de las actividades de los grupos de interés.

70. NAVARRO, M.N., «Hacia la Regulación de los grupos de interés». *Revista española de la transparencia*, 2023, n.º 18, p. 427-432. «Dentro de España, las administraciones autonómicas han sido pioneras en las propuestas de regulación de los grupos de interés, destacando la propuesta de la Comunidad Valenciana».

71. GARCÍA-ESCUADERO, P. «Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana» en *Teoría y realidad constitucional*, 2015, no 36, p. 171-216. «Esta "moderna" institución de la transparencia contribuye a asentar la democracia sustancial. Lejos de la democracia formal que se fundamenta en la aplicación de reglas que básicamente dan forma al parlamentarismo liberal por obra de las elecciones de los representantes, la democracia sustancial comporta la existencia de valores y principios, y fundamentalmente la proclamación de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas a cuya efectividad deben atenerse todos los poderes públicos y sus agentes».

72. CLEMENTE, J. (2022). «Los principios de buen gobierno de la nueva Ley Valenciana 1/2022» en *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 70(2), 115-152. «La problemática principal en estos principios es que están formulados de una forma genérica, para ser de aplicación a cualquier situación de gestión pública. Lo cual supone un "arma de doble filo", ya que, aunque ninguna actuación de un servidor público valenciano escaparía a no estar sometida a estos principios, su formulación general obliga a concretar en cada caso concreto que es o no es buen gobierno. En consecuencia, al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados, existe un margen de apreciación que un mal gobernante podría aprovechar para tratar de eludirlos y dejar de servir al interés general».

En un análisis superficial sobre la normativa autonómica y reconociendo el esfuerzo tanto del legislador como de las instituciones públicas por crear marcos de mayor accesibilidad y conexión entre el representante y el representado, así como delimitar a través de la ley, la actividad de los grupos de interés, existen críticas fundadas que alertan de «peligros indudables», en concreto Alonso (2012) menciona a la «aparición y proliferación de poderosos *lobbies* o grupos de presión que influyen en beneficio propio y en perjuicio de la colectividad en el proceso de toma de importantes decisiones que supongan cambios de normativa aplicable a un determinado sector u otro tipo de actuaciones espurias por parte de los poderes públicos»⁷³.

En cuanto a aspectos de mejora, es fundamental la coordinación. Sanjurjo (2024) echa en falta que «no exista un mecanismo de cooperación entre los registros autonómicos, e incluso también con un futuro registro nacional de grupos de interés»⁷⁴, algo clave para evitar las duplicidades que generan ineficiencia y desapego de la ciudadanía respecto a las instituciones. Con todos los aspectos de mejora, y con la amenaza (tan propia de la administración del siglo XXI) a crear excesivas estructuras que se fagocitan o que suelen conducir a la inoperancia, es positivo poseer una serie de leyes a nivel autonómico que regulan la actividad de los grupos de interés (Ley 25/2018), la transparencia y el buen gobierno (Ley 1/2022) y la participación y el asociacionismo (Ley 4/2023). Somos una de las regiones españolas con mayor desarrollo normativo en estos ámbitos y ahora debemos trabajar para que los instrumentos que emanan de esta legislación sean verdaderamente útiles y efectivos. El Consejo Valenciano de Transparencia y el REGIA especialmente, deben ser catalizadores y facilitadores para fomentar la transparencia y el buen gobierno y evitar y luchar contra la corrupción y las prácticas fraudulentas. Asunto éste, que, por desgracia, vuelve a ser actualidad a diario en España.

Fuentes legales consultadas

- Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana. (DOGV n.º 7928, de 30.11.2016).
- Ley 1/2022, de 13 de abril, de la Generalitat, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana. (DOGV n.º 9323 de 22.04.2022).
- Ley 4/2023, de 13 de abril, de Participación Ciudadana y Fomento del Asociacionismo de la Comunitat Valenciana.
- Ley 25/2018, de 10 de diciembre, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana.
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- DECRETO 172/2021, de 15 de octubre, del Consell, de desarrollo de la Ley 25/2018, de 10 de diciembre, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana.

73. ALONSO TIMÓN, A. J. (2012). «El principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de derecho», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 27, 27-62.

74. SANJURJO, V., «Parlamento y grupos de interés: la regulación autonómica de la actividad informal de influencia» en *Revista de las Cortes Generales* N.º 117, Primer semestre (2024): pp. 87-167.

Bibliografía

- ABELLÁN, M.A. & PARDO, G.** «Las políticas públicas simbólicas para el buen gobierno y la calidad democrática en la Comunitat Valenciana». *INGURUAK Revista Vasca de Sociología y Ciencia Política*, 2017, 62, pp.39-54.
- AGUILAR, I. M.**, (2021) «Los riesgos de la corrupción de los lobbies». *Revista Española de la Transparencia* Núm. 12. Primer Semestre. Enero-junio de 2021, pp. 125-144.
- ALCALÁ, L. A.** «Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis de legitimidad del Estado democrático». *Revista española de la transparencia*, 2023, no 16, p. 145-172.
- ALONSO TIMÓN, A. J.** (2012). «El principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de derecho», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 27, 27-62.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I.**, «La regulación en España de la transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno». ©*RÍTICA* n.º 989, enero-febrero 2014.
- BOIX, A.** (2015). «Transparencia, participación y procedimiento en la elaboración de disposiciones reglamentarias para un modelo de open government». En **COTINO, SAHUQUILLO Y CORREDOIRA** (eds). *El Paradigma del Gobierno abierto: Retos y oportunidades*. Madrid: Universidad Complutense.
- CAFFARENA, V.A.**, (2020) «La toma de decisiones públicas: la zona gris de la transparencia institucional» en *Revista española de la transparencia*, 2020, n.º 11, pp. 75-111.
- CASTELLANOS, J., & ARNAU, J. C.** (2020). «Los grupos de interés y lobbies» en *Política y Gobierno en la Comunitat Valenciana* (pp. 345-356). Tirant lo Blanch.
- CASTELLANOS, J.** (2022). «Transparencia y participación ciudadana: la lucha contra la corrupción como eje vertebrador del proceso democrático». *Revista española de la transparencia*, (15), 107-129.
- CASTELLANOS, J.**, (2023) «La Alianza para el Gobierno Abierto desde el prisma de la Comunitat Valenciana» en *Revista de Estudios Autonómicos* n.º 68, pp. 96-127.
- CHAMORRO, J. M.** (2022). «Transparencia y buen gobierno. Una visión desde el poder judicial». *Revista española de la transparencia*, (15), 63-77.
- CLEMENTE, J.** (2022). «Los principios de buen gobierno de la nueva Ley Valenciana 1/2022». *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 70(2), 115-152.
- COTINO, L.** (2014). «La nueva ley de transparencia y acceso a la información» en *Anuario Facultad de Derecho* 7, p. 241-256.
- GARCÍA-ESCUADERO, P.** «Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana» en *Teoría y realidad constitucional*, 2015, no 36, p. 171-216.

- NAVARRO, M.N.**, «Hacia la Regulación de los grupos de interés». *Revista española de la transparencia*, 2023, n.º 18, p. 427-432.
- NÚÑEZ, R., & MORET, A.** (2025) «De la norma a la realidad de la transparencia: la experiencia de la puesta en marcha y consolidación del consejo de transparencia y participación de la Comunidad de Madrid» en *INAP* (p. 407).
- PÉREZ I SEGUÍ, ZULIMA** (2019), «La regulación del lobby en la Comunitat Valenciana. La Ley 25/2018, de 10 de diciembre, de la Generalitat, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana», en **RUBIO, Rafa** (dir.) *La regulación de los grupos de interés en España: Análisis de la normativa autonómica, local y sectorial*, CEPC, Madrid, págs. 11-180.
- PÉREZ I SEGUÍ, Z.**, (2023) «La calidad normativa de las proposiciones de ley en Les Corts Valencianes». *Corts. Anuari de Dret Parlamentari* núm. 37, diciembre 2023, pp. 219-264.
- RIDAO, J.** (2014). «Las recientes medidas para la transparencia y la probidad del sistema político y administrativo español: alcance y valoración». *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Bilbao, n.º 62(1), 285-310.
- RIDAURA, M.J.** (2019) Comunitat Valenciana. *Informe Comunidades Autónomas*, Observatorio de Derecho Público idP Barcelona, Barcelonas (2019) pp.191-203.
- RUIZ, G.** (2021). «La dimensión constitucional del principio de transparencia y el derecho de información activa» en *Revista de Derecho Político*, (110), 47-78.
- SÁNCHEZ-FÉRRIZ, R.**, «La transparencia como derecho-deber y sus relaciones con el derecho fundamental a ser informado. De nuevo, discrepando». En *Teoría y realidad constitucional*, 2023, no 51, p. 159-186.
- SANJURJO, V.**, «Parlamento y grupos de interés: la regulación autonómica de la actividad informal de influencia» en *Revista de las Cortes Generales* N.º 117, Primer semestre (2024): pp. 87-167.
- SERRANO, I., MARTÍNEZ E. Y BELTRÁN P.** «Una revisión crítica de La Ley española 19/2013» en *Transparencia & Sociedad*, n.º 5, 2017, pp. 51-69.
- VILLORIA, M.**: «La transparencia, la imparcialidad y la calidad de la democracia», en **COTINO, L. y BOIX, A.**: *El buen gobierno y la transparencia, a caballo entre la Ética y el Derecho*. ILEMATA, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, n.º 27, 1-16

Memoria de actividad anual 2024. Consejo Valenciana de Transparencia conselltransparencia.gva.es/documents/163244115/177402844/Memoria+de+Actividad+2024/73dagbcb-7f13-46ff-89d1-0957c5c4afco [consultada 12 junio 2025]

El organigrama y las funciones universitarias

Jose Manuel López Jiménez

josemanuel.lopez.jimenez@ui1.es

Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Isabel I

<https://orcid.org/0000-0003-4913-6032>

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la gestión de recursos humanos del sistema universitario desde el punto de vista de la situación profesional de los miembros que ocupan los equipos de gobierno y tienen la función de liderar las instituciones universitarias desde su ámbito de dirección.

Para ello, se realizará un análisis de las diversas funciones que integran a los cargos directivos de las universidades, teniendo en cuenta la naturaleza pública o privada de las mismas, así como los requisitos e incompatibilidades para el acceso a los respectivos cargos. Con este objeto, se realizará un análisis legislativo de la reciente reforma del sistema universitario español en consonancia con la situación legislativa en los sistemas más representativos de América Latina.

A su vez, se realizará un análisis de los sistemas de contratación público y privado, así como la determinación de los perfiles y requisitos del personal docente e investigador, de acuerdo a los reglamentos orgánicos funcionales de las instituciones de mayor prestigio, con el fin de observar el progreso de la institución universitaria en la gestión de personas y funciones de los cargos de gobierno y resto del personal.

SUMARIO

I. EL ORGANIGRAMA Y LAS FUNCIONES UNIVERSITARIAS. 1. Marco legal de la gobernanza universitaria. 2. La determinación de los órganos de Gobierno universitario. 3. Las funciones universitarias. 2. LA ELECCIÓN DE CARGOS DE GOBIERNO EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. 1. La elección de cargos unipersonales. 2. La contratación del personal docente e investigador. 3. LA ELECCIÓN DE CARGOS DE GOBIERNO EN LAS UNIVERSIDADES PRIVADAS. 1. La elección de cargos unipersonales. 2. La contratación del personal docente e investigador. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

OJBETIVOS

El presente trabajo observa determinados objetivos principales y complementarios, pero enfocados en todo caso a la definición de los organigramas universitarios en las principales figuras comunes de los diversos sistemas en España y América Latina.

Así, como objetivo general encontramos:

- Analizar el sistema de designación de altos cargos para la definición del organigrama académico en universidades de España y América Latina.

Subsidiariamente, se establecen los siguientes objetivos complementarios:

- Analizar los elementos comunes y principales diferencias en la determinación de los cargos académicos, así como en las funciones que les son propias.
- Determinar la incidencia del legislador en la composición de los organigramas universitarios y el nivel de acción de que disponen las universidades.
- Realizar un estudio sobre la función de contratación en América Latina y España en el régimen universitario, teniendo en cuenta las diferencias derivadas de la institución pública y privada.
- Valorar la determinación de requisitos de universidades públicas y privadas a la hora de afrontar la elección o designación de sus cargos representativos.
- Analizar la legislación en materia universitaria tanto para la composición de los organigramas como para la contratación del personal académico.

I. El organigrama y las funciones universitarias

El concepto de «Universidad» proviene de la acepción latina *universitas magistrorum et scholarium* o «comunidad de profesores y académicos», el cual tiene su origen en las escuelas catedráticas y escuelas gremiales de la baja Edad Media. Sin embargo, la gobernanza de las mismas ha observado, aunque con no pocos matices, un continuo análisis en el que la autonomía universitaria y la distribución institucional de cargos ha tenido una estrecha relación con la sociedad y cultura que envolvían a la propia institución.

En la actualidad, no son pocos los retos que enfrenta el gobierno de las universidades, siendo por una parte preocupante el miedo al estancamiento en organizaciones más propias de épocas pretéritas, y por otro, el temor a que algunas de las alteraciones propuestas puedan derivar en injerencias externas o atentados contra la mencionada autonomía universitaria (Michavila, 2015, p.47).

Tras las últimas reformas operadas en el sistema universitario español, en el presente trabajo trataremos de abordar los principales retos que afronta la gobernanza de las universidades, con especial referencia a sus altos cargos, en los entornos de América Latina y España, analizando sus similitudes y diferencias y principales objetivos en un futuro próximo.

1. Marco legal de la gobernanza universitaria

En primer lugar, es imprescindible realizar una delimitación teórica sobre el término gobernar, alejándolo de otras competencias que pueden ser inherentes al concepto de gobierno, pero que exceden a los conceptos a tratar en este trabajo, y que comúnmente tienen una relación más cercana al término gestión. Así, debe entenderse que ostenta el gobierno universitario quien tiene capacidad de decisión sobre el establecimiento de

objetivos y metas dentro del ámbito universitario mientras que gestionar significa tener la potestad para ordenar los recursos disponibles hacia el objetivo previamente planteado (Pérez y Peiró, 1999, p.7).

A estos efectos y ya desde la antigüedad, la autonomía universitaria se ha constituido como bandera en la gobernanza de las entidades de Educación Superior. En la Constitución Española de 1978, la autonomía universitaria está considerada un Derecho Fundamental en su artículo 27.10, hecho que ha motivado la obligación del legislador de desarrollar su regulación a través de la modalidad de Ley Orgánica, exigiendo por tanto y como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de Congreso y Senado. Lo mismo ocurre en países de América Latina como es el caso de República Dominicana, que en el artículo 63 de su Carta Magna, establece en su apartado séptimo la obligación de los poderes públicos de velar por la «autonomía universitaria y la libertad de cátedra».

No obstante, corresponde a su legislación de desarrollo el determinar el ámbito y alcance, así como la distribución de los órganos de gobierno de las universidades.

Así, la Ley Orgánica 2/2023 del Sistema Universitario, en su artículo 3, al regular la autonomía universitaria, dota a las entidades de Enseñanza Superior de la potestad de determinar sus líneas estratégicas, haciendo una necesaria distinción entre entidades públicas y privadas. Las primeras deberán determinar su composición a través de la elaboración de unos Estatutos, mientras que, en el caso de las entidades privadas, sus órganos de gobierno deberán redactar y aprobar sus normas de organización y funcionamiento.

En casos como por ejemplo el de México, el artículo 2 de la Ley General de Educación Superior, de 20 de abril de 2021, indica en su artículo 2 que las universidades determinarán su regulación a través de sus propias leyes orgánicas. Ejemplo de ello es la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México de 6 de enero de 1945, en cuyo artículo designa a las distintas autoridades universitarias.

Finalmente, el marco legal de contratación de docentes o acceso al cuerpo universitario se determina por las respectivas leyes de acceso al sector público y convenios colectivos en el ámbito privado. En el caso de España, a modo de ejemplo, la contratación de universidades de carácter público deberá regirse en todo caso por lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que en su artículo 3 incluye a las Universidades Públicas en su ámbito de aplicación, y el VIII Convenio Colectivo nacional de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de posgraduados, a los cuales se une de forma subsidiaria la aplicación del Estatuto de los Trabajadores.

En definitiva, la libertad de elección y contratación de la que goza la empresa privada contrasta con la obligación de respeto a los principios de publicidad, mérito y capacidad que deben observar las instituciones públicas (Fernández, 2010).

2. La determinación de los órganos de Gobierno universitario

La composición del organigrama universitario es una extensión del derecho a la autonomía de las universidades, si bien es cierto que, por regla general, suele contener unos parámetros comunes repetidos a lo largo de la historia de las universidades.

En este sentido, la principal dificultad que ofrece el estudio responde a la heterogeneidad de los sistemas latinoamericanos, incluso dentro de los propios países y de los sistemas público y privado, respecto a un modelo ciertamente homogéneo que ofrece el sistema español (Pagés, 2015).

Por lo que se refiere a las universidades públicas, la LOSU determina la posibilidad de las instituciones públicas de dividirse en «campus, facultades, escuelas, departamentos...» hecho que por otra parte acostumbran a interiorizar del mismo modo las universidades privadas. Un ejemplo de ello puede ser la Universidad de Deusto, en cuyos estatutos generales se determina una estructura (arts. 7 y siguientes, 2003) en los que se incluye la creación de Facultades, Departamentos y Escuelas, figurando a su vez las «Unidades de Desarrollo Universitario», destinadas a la creación de centros de naturaleza empresarial con carácter propio o en relación con otras instituciones. Destaca en este punto la concepción del cargo de «Canciller», asimilado al de Rector.

El artículo 44 de la propia LOSU determina en su apartado 2 los diferentes cargos regulables y configuradores de la gobernanza universitaria, entre los que se encuentran las principales figuras del sistema universitario académico (Rector, Vicerrectores, Decanos...) y administrativos (Secretaría General o gerencia entre otros). A su vez, y más allá de los clásicos cargos u órganos de gobierno, se establece la obligación de establecer mecanismos de participación en los diferentes órganos de los distintos miembros de la comunidad universitaria, con especial atención a la «participación del estudiantado».

En el caso de Latinoamérica, existen casos como el español, en que la autonomía universitaria se traduce en una amplia libertad organizativa de las normativas de desarrollo, y otros en los cuales la regulación gubernamental establece sistemas más específicos, siendo un ejemplo claro lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley de Educación Superior 24.521 de la República Argentina, en el cual se establecen concretamente los porcentajes de participación en los órganos colegiados de gobierno.

No obstante, la tónica común en ambas realidades incide en la determinación de sistemas de gobernanza que prácticamente calcan la redacción legal, con cláusulas de cierre que permitan una flexibilidad estatutaria ante posibles modificaciones, tal y como se establece en el artículo 12 del Decreto 24/2003, que prueba el Estatuto de la Universidad de Barcelona, y en el cual, además de las clásicas facultades, escuelas universitarias o departamentos, se añade la fórmula de «otras unidades que se puedan crear en el ejercicio de su autonomía».

3. Las funciones universitarias

Las funciones dentro del sistema universitario vienen determinadas por la legislación básica estatal, y son desarrolladas por las diferentes normas orgánicas de cada entidad, atendiendo a la autonomía universitaria promulgada por todos los estados objeto de este estudio.

En el caso español, el artículo 2 de la LOSU determina de forma genérica que la función principal de la universidad es garantizar el servicio público de educación superior por tres vías definidas: la docencia, la investigación y la transferencia.

Posteriormente, en su artículo 6 se refiere a la función docente, entendida en un sentido amplio, pues en la misma se indica la necesidad de participación del alumnado en la elaboración, seguimiento o actualización de los diferentes programas de estudio, por lo que debe inferirse que la función docente no atañe únicamente al personal docente investigador, sino que se trata de un proceso en el cual, los distintos agentes observan derechos y responsabilidades sobre su desarrollo.

Finalmente, y en lo que supone una novedad sobre la antigua Ley Orgánica 6/2001 de Universidades, se obliga a las instituciones de educación superior a determinar específicamente en sus estatutos la elección y funciones de sus órganos unipersonales, tanto en el caso de las universidades de titularidad pública como privada.

II. La elección de cargos de Gobierno en las universidades públicas

Según el Estudio del Impacto Económico del Sistema de Universidades Públicas Españolas (SUPE), el impacto de dichas instituciones constituye un 2,2 % del Producto Interior Bruto, contribuyendo en España a la creación o mantenimiento de más de 400.000 empleos anuales.

Así, el gobierno y gestión de las universidades constituye una herramienta de vital importancia en el desarrollo socioeconómico de la sociedad, al que se une la responsabilidad en la gestión de fondos públicos y la necesidad de una dirección eficiente de las instituciones.

Este hecho, unido a la autonomía de las universidades y su dotación de personalidad jurídica convierte a los espacios de educación superior en entes político-públicos de una incidencia mayor a la de la práctica totalidad de las instituciones públicas que conforman las distintas demarcaciones administrativas.

Si ya se ha apuntado la autonomía que rige a las universidades a la hora de determinar su organigrama, menor margen de maniobra existe a la hora de realizar la elección de sus cargos. La exposición de motivos de la LOSU indica la obligación de asegurar una «Universidad autónoma, democrática y participativa» a la que debe unirse una gestión eficaz y eficiente, por lo que no caben elecciones de tipo discrecional más allá de las posibilidades que los cargos electos tengan para realizar sus equipos de gobierno.

1. La elección de cargos unipersonales

Más allá de la elección democrática, el artículo 44 de la LOSU establece determinadas cuestiones que deben acompañar al proceso electoral, como son el hecho de que los Estatutos deben forzosamente determinar el sistema electoral atendiendo a una composición equilibrada entre mujeres y hombres tal y como indica la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

De igual manera, una de las principales modificaciones es la relativa al hecho de que los candidatos podrán desarrollar un único mandato de seis años improrrogables.

Por lo que se refiere a los requisitos personales, el artículo 51 de la LOSU elimina la obligación de que los candidatos sean profesores de la propia institución (Gómez, 2023), si bien sí se exige que sean doctores a tiempo completo y que reúnan los requisitos de investigación, experiencia de gestión y docencia que determinen los estatutos de la Universidad.

El motivo de esta posibilidad, apunta Frías, es la posibilidad que se auto concede la universidad pública para poder realizar una movilidad de gestores, teniendo en cuenta que un decano de una universidad pueda optar si ha realizado un correcto trabajo, al puesto de Rector en otra institución pública.

Ejemplo de ello son los Estatutos de la Universidad de València (Estudi General), en cuyo artículo 96 se establece que será nombrado entre los catedráticos en activo de la Universidad, a través de votación directa y sufragio universal ponderado (art.101).

Situación similar es la que encontramos en América Latina si bien determinadas legislaciones establecen requisitos más específicos que en el caso español. Prueba de ello es, por ejemplo, el caso de Perú, que en el año 2010 aprobó la Ley que democratiza la elección de las autoridades de la universidad peruana, en cuyo caso es el propio cuerpo normativo el que determina en su artículo 34 que el Rector debe ser un profesional con «no menos de doce años en la docencia universitaria, de los cuales cinco deben ser en esta categoría», y teniendo el grado de doctor.

En cuanto al sistema de elección, como se ha dicho, todas las universidades optan por la opción del sufragio universal ponderado. En el caso de España, son los estatutos los que determinan dicha ponderación, si bien la LOSU establece el requisito mínimo de que la representatividad de los cuerpos docentes debe ser de, al menos, el 51 %. En la votación, será designado el Rector en primera vuelta cuando haya obtenido más de la mitad de los votos válidamente emitidos, y en segunda vuelta entre los dos candidatos más votados.

En cuanto a los cargos dependientes directamente del Rector, como por ejemplo los vicerrectorados, su designación se determinará en base a los estatutos de la Universidad, si bien del texto del 50.4 de la LOSU parece derivarse que dependerán directamente de la elección del Rector que, a su vez, y esto si se dispone expresamente, podrá nombrar personal eventual para la cobertura de puestos en base al artículo 12 de la propia ley. En cuanto a los decanos y directores de área, el artículo 52 establece similares características a las dispuestas para la elección del Rector, incluyendo la modalidad electiva y la duración.

2. La contratación del personal docente e investigador

La contratación del PDI sí observa condiciones comunes en España y Latinoamérica desde el punto de vista de la necesaria reforma para evitar situaciones de precariedad y temporalidad en la educación superior.

En el caso español, siguen conviviendo las modalidades de PDI laboral y PDI funcionarial. No obstante, la LOSU ha fijado como objetivo en su artículo 64.3 la reducción

del personal temporal hasta el límite del 8 % así como la condición de jornada a tiempo completo.

En la composición de las nuevas figuras de profesorado en España, el acceso a la función de PDI se realiza comúnmente por concurso de méritos, destacando como novedad la eliminación del requisito de acreditación para la figura de ayudante doctor, que permanece no obstante como mérito. Sin embargo, como aspecto a analizar cabe valorar las implicaciones que puede acarrear la inclusión de labores de gestión o transferencia, así como la ampliación de este tipo de contrato de cuatro a seis años (Romero, 2023).

El problema de la precariedad laboral en las universidades públicas viene de antiguo y no es sin duda exclusivo del caso español. En Colombia, coexiste similar problema con los denominados «profesores de cátedra», que permiten mantener un estrecho contacto con el mundo profesional, pero que en la práctica han supuesto una excusa para evitar la indefinición de plazas, reconociéndose la dificultad para cumplir con la provisión de puestos para la completa ocupación de los puestos de personal docente e investigador en el país (Piedrahita, 2018).

Sin embargo, el enfoque comparado puede llevarnos a una mejor detección del problema, común en todos los estados y que puede definirse por la «incertidumbre y la inseguridad», así como por aspectos relativos a las condiciones salariales, la protección frente al despido y la protección social (Izquierdo, 2018).

III. La elección de cargos de Gobierno en las universidades privadas

En los últimos años se ha producido una gran proliferación de nuevas instituciones y ampliación de los títulos universitarios oficiales impartidos de iniciativa privada en modalidades presencial, semipresencial y a distancia, lo que ha generado una mayor competitividad y mejora de procesos dentro del propio panorama universitario.

Sin embargo, en lo que a gobernanza y elección de cargos se refiere, existe una mayor flexibilidad en las instituciones de capital privado al no operar los criterios públicos de contratación.

Ello no obsta para que la legislación no establezca determinados requisitos mínimos, existiendo una doble exigencia consistente en los posibles controles administrativos de la Administración Pública y los derivados del carácter mercantil de las instituciones y, por tanto, de su libre concurrencia (Villa, 2017).

1. La elección de cargos unipersonales

La elección de cargos en las universidades privadas responde al criterio de libre designación, derivado de la libertad de empresa, sin perjuicio de que en los estatutos de las diversas instituciones se contemplen requisitos específicos para su elección.

En este sentido, la mayoría de las instituciones acostumbran a incluir una dualidad académico-empresarial con el nombramiento, no sólo de un Rector, máxima institución académica, sino también de un directivo que representa a la propiedad de la institución.

Ejemplo de ello, son las universidades propiedad de la Iglesia Católica. Como ejemplo, la Universidad de Navarra establece en el artículo 6 de sus estatutos la figura de «Gran Canciller», asimilada al Prelado de la Santa Cruz y Opus Dei. Sin embargo, la Universidad Austral de Argentina, perteneciente a la misma entidad religiosa, no incluye dicha figura en sus estatutos de 16 de noviembre de 1998, aprobados por el Ministerio de Cultura y Educación en Resolución 2340.

En general, el nombramiento del Rector suele determinarse directamente por la propiedad de la institución en sus diferentes órganos de gobierno. Como ejemplo, en la citada Universidad Austral el Rector es nombrado por la Comisión Directiva, estableciendo como requisito el que sea un profesor universitario y apelando a su prestigio académico y adhesión «al espíritu de la Universidad» (art.12).

Por tanto, con carácter general en las entidades privadas acostumbra a añadirse a los requisitos académicos, la alineación con los valores u objetivos de la propiedad.

Otras instituciones optan por el sistema clásico de determinación por parte de su Consejo de Administración, incluyendo fórmulas de audiencia a la comunidad universitaria, como es el caso de la Universidad Internacional Isabel I, en cuyo Reglamento Orgánico y de Funcionamiento aprobado en 5 de julio de 2013 se indica que, con carácter previo al nombramiento, deberá escucharse a los representantes del personal docente o investigador, siendo preceptivo este trámite, aunque no vinculante.

Como diferencia reseñable respecto a la universidad pública, no existe una limitación de mandatos y su cese, aunque exista un período de gobierno, compete igualmente al Consejo de Administración.

Son además los propios estatutos los que determinan las propias atribuciones del Rector, así como sus características.

En algunos casos, incluso el Rector observa una competencia directamente sobre el nombramiento de los demás cargos unpersonales, con especial referencia a aquellos que dependen directamente de su acción de Gobierno. Ejemplo de ello es la Red de Universidades Anahuac de México, que faculta en el artículo 86 de sus Estatutos Orgánicos al Rector para nombrar y remover, no sólo a los Vicerrectores, sino también a directores o coordinadores generales que dependan directamente del Rector, pudiendo incluso suspender de sus puestos o funciones a estos en casos de «extrema gravedad».

2. La contratación del personal docente e investigador

En la contratación del Personal Docente e Investigador de las universidades privadas rige la libertad de empresa a la hora de determinar la persona más adecuada para el puesto de trabajo ofertado, al punto de que los criterios de selección tendrán las limita-

ciones que establezca la legislación (atribución docente, cualificación...) pero su marco jurídico comprenderá el que describa la normativa laboral propia de cada Estado.

En el caso de España, las universidades privadas se rigen por lo descrito en el Estatuto de los Trabajadores, así como por el VIII Convenio Colectivo de Universidades Privadas.

En el caso español, el problema reside en el hecho de que dicho convenio está en situación de ultraactividad, habiendo extendido ya su tiempo máximo de duración, y estando desactualizado en relación a normativas más recientes como puede ser la Ley de Trabajo a Distancia, de no pocas implicaciones en lo que a trabajo remoto se refiere.

No obstante, y si bien para el sector público el común de las legislaciones incluye procedimientos de concurso-oposición en distintas vertientes, en la universidad privada, como por ejemplo en lo descrito en la Ley General del Servicio Profesional Docente de México (DOF 11-09-2013), en el ámbito privado se acude a un enfoque laboral común del trabajador por cuenta ajena.

En el caso español, los artículos 96 a 100 regulan las características específicas de las universidades privadas, y al mencionar al personal docente investigador (art.99) se indica en primer lugar, que se regirán por el Estatuto de los Trabajadores, por lo que las condiciones de contratación y extinción (Blanco, 2022).

Se exige como requisito mínimo que el personal disponga de la titulación necesaria para la impartición de las enseñanzas estipuladas. En este sentido, la obligación que se traslada a la universidad privada no es individualizada para cada trabajador, sino que se realiza una exigencia conjunta que obliga, al igual que a las instituciones públicas, a cumplir los ratios de cualificación. De esta manera, se exigirá que el 60 % del profesorado doctor disponga de la acreditación necesaria expedida por la Agencia de Calidad nacional (ANECA) o sus homólogas autonómicas.

IV. Conclusiones

De la realización de este trabajo se desprende que la autonomía universitaria juega un papel determinante en la composición de los organigramas de las universidades en el entorno de España y Latinoamérica.

Esta autonomía, indiscutible en el ámbito público, observa una ampliación en el ámbito privado dada la libertad de empresa con la que cuentan los diferentes países objeto del estudio.

En este sentido, el legislador acostumbra a adoptar un papel de garante de las condiciones mínimas de calidad que se presuponen a los sistemas de educación superior. Sin embargo, se observa que la calidad pretendida en cuanto a la formación universitaria a ofrecer no siempre encuentra su acomodo en un sistema laboral de trabajo decente para el Personal Docente e Investigador.

En lo referente a la determinación de los altos cargos, las universidades, públicas y privadas, implementan un sistema de gobierno en el que los cargos electos incluyen opciones similares, pero en el cual las competencias asociadas a cada cargo sí ofrecen diferencias relevantes.

En el ámbito público, la designación de cargos se realiza a través de un sistema de sufragio universal, si bien en la práctica totalidad de los casos, se trata de un sufragio universal ponderado, en el que el valor de los votos no opera por igual en todos los miembros de la comunidad universitaria. En este sentido, resulta llamativa e interesante dentro del ámbito público, la inclusión en el marco español de la posibilidad de que docentes del ámbito público puedan presentarse a cargos representativos de otras universidades, lo que supone poder mejorar las opciones de progresión en la carrera profesional al eliminar la adscripción completa al centro de trabajo común.

En el ámbito privado, por el contrario, se observa la necesidad de definir específicamente la diferencia, casi en contraposición, de los responsables académicos y empresariales, entre los que parecieran existir objetivos divergentes, salvaguardando así los intereses económicos y académicos.

Como conclusión, las principales líneas de acción que debe afrontar el sistema universitario en su conjunto pasan por la unificación de funciones entorno a sus cargos respetando la autonomía universitaria, así como la potenciación, mejora y clarificación de las condiciones de trabajo del personal docente investigador, aquí sí sin importar la naturaleza pública o privada de la institución, de cara a conseguir la conjunción entre la exigencia académica y el trabajo decente en el personal universitario.

V. Bibliografía consultada

BLANCO, C. (2022). «La Universidad Privada en la LOSU». <Accesible en la URL <https://www.saezabogados.com/universidad-privada-losu/>>.

CLIMENT, V., MICHAVILA, F., RIPOLLES, M. (2015): *El Gobierno de las Universidades*. Ed. Tecnos.

GÓMEZ, V. (2023). «La elección del rector y otras novedades de la LOSU». <Accesible en URL <https://www.universidadsi.es/la-eleccion-del-rector-y-otras-novedades-de-la-losu-i/>>.

IZQUIERDO, A., CATALÁN, A. Y PONCE, C. (2022). «Condiciones de precariedad laboral en una universidad pública mexicana: percepciones, capacidades y recursos de los investigadores». *Revista de Educación Superior*. Vol. 51. N.º 204. México.

MORENO GENÉ, J. Y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. (2010): *La negociación colectiva del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas*. Ed. Tirant lo Blanch.

PÉREZ, F., PEIRÓ, J.M. (1999): *El Sistema de Gobierno de la Universidad Española. Encuentro «Sistemas de Gobierno de las universidades españolas: situación actual y perspectivas de futuro»*. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Consejo de Universidades.

- PIEDRAHITA, N.** (2018). «Contratación de docentes: de la legislación a la realidad. Universidad de Antioquia». <Accesible en URL: https://www.udea.edu.co/wps/portal/udea/web/inicio/udea-noticias/udea-noticia!/ut/p/z0/fY4xC8lwEIX_ikvHcrHWqGNxEMTBQaTNIImd6aDTNtUoUf76pCuLi8njv-N7jQEEJyuHdnDAYdmhjrP-Q8zBfLbFzkYiNkLkUht_l0lqomu72ANaj_QFwwl65TBSjNLtAjQNlyH9DeasJEoP-gNZ27o7QcdOQ5GG_SJeLWdqXmgvmfyLUVn6YPoGFDH5gOaNcWGTzVbbo-4Gobzq6gku8Rjd/>.
- ROMERO, A.** (2023). «La contratación laboral del personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social». <Accesible en URL: <https://www.aedtss.com/la-contratacion-laboral-del-personal-docente-e-investigador-en-la-ley-organica-del-sistema-universitario/>>.
- VILLA, M.** (2017). «El gobierno de las universidades privadas». En *Nueva revista de política, cultura y arte*. N.º 163. Págs. 79-90.
- SURINACH, J., VAYÁ, E., MURILLO, J.** (2023). *Estudio de impacto económico de las Universidades Públicas Españolas. Análisis territorializado para el año 2021*. Ministerio de Universidades.

Derecho a la indemnidad laboral, la gestión algorítmica y la tutela judicial efectiva: luces y sombras de la LO 5/2024 de Derecho de Defensa

RIGHT TO LABOR INDEMNITY, ALGORITHMIC MANAGEMENT,
AND EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION: LIGHTS AND
SHADOWS OF LO 5/2024 ON THE RIGHT TO DEFENSE

Ana Belén Cruz Valiño

Programa Doctorado Derecho Civil. Universitat Jaume I (España)

AL430956@uji.es

RESUMEN

Este artículo da cuenta de algunas novedades introducidas por la LO 5/2024, de 11 de noviembre, del *Derecho de Defensa*, como el reconocimiento expreso de la protección de las personas trabajadoras «frente a las consecuencias desfavorables que pudieran sufrir por la realización de cualquier actuación conducente al ejercicio de sus derechos de defensa» (art. 12.3) mediante el instituto de la indemnidad recogido en la DA 3.^a 1. Constituye un avance para la defensa de los derechos fundamentales en material laboral, donde el concepto judicial de la garantía de indemnidad experimenta un salto cualitativo y se configura como derecho, pese a no articular una técnica de tutela procesal específica. El texto toma en consideración los avances tecnológicos. No obstante, algunos aspectos como el impacto jurídico de la inteligencia artificial en el ámbito laboral, debido a las decisiones automatizadas adoptadas por «cajas negras algorítmicas». La no explicabilidad emerge como problema jurídico: rompe el vínculo entre tecnología y Derecho, e imposibilita el control judicial ante la subordinación tecnológica a la gestión algorítmica.

PALABRAS CLAVE

Algoritmos opacos, Derecho del Trabajo, Inteligencia artificial, garantía de indemnidad, Tutela judicial efectiva.

ABSTRACT

This article accounts for some novelties introduced by LO 5/2024, of November 11, on the Right of Defense, such as the express recognition of the protection of workers «against the unfavorable consequences they may suffer due to any action aimed at exercising their

rights of defense» (art. 12.3) through the institute of indemnity established in DA 3.^a 1. It constitutes an advance for the defense of fundamental rights in labor matters, where the judicial concept of the guarantee of indemnity experiences a qualitative leap and is configured as a right, despite not articulating a specific procedural protection technique. The text takes technological advances into consideration. However, some aspects, such as the legal impact of artificial intelligence in the labor field, due to automated decisions made by «algorithmic black boxes». The non-explainability emerges as a legal problem: it breaks the bond between technology and law and makes judicial control impossible in the face of technological subordination to algorithmic management.

KEY WORDS

Artificial intelligence, Labor Law, Effective judicial protection, black boxes, opaque algorithms.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO JURÍDICO LABORAL. 1. Normativa laboral 2. Conflicto de derechos fundamentales. A) Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). B) Derecho de igualdad y no discriminación (art. 14 CE). C) Derecho a la intimidad y la privacidad (art. 18 CE). D) Derecho al trabajo (art. 35 CE). III. ANÁLISIS BIOJURÍDICO. 1. Derecho antidiscriminatorio. 2. Teoría de las capacidades y los funcionamientos seguros: reconocimiento. IV. EL CAMBIO OPERADO POR LA LO 5/2024. 1. Defensa efectiva: derecho a la indemnidad laboral. 2. Luces y sombras de la LO 5/2024. A) Garantía de indemnidad. B) Gestión algorítmica y derecho laboral. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Los ciudadanos apelan a los Derechos Fundamentales para legitimar sus pretensiones en cualquier ámbito. El Tribunal Constitucional ha analizado la posible nulidad del despido disciplinario de los trabajadores por vulneración de su derecho fundamental, entre otros temas relevantes. Y es que lo que subyace es la superación de la función clásica y primordial de los derechos fundamentales de operar como límite a la acción de los poderes públicos, encauzando la actividad del legislador (vinculación positiva), sino la de encauzar también las relaciones jurídico-privadas.

Tal es la pregnancia de los derechos fundamentales en todos los ámbitos, que según Aláez Corral:

«No cabe seguir concibiéndolos como derechos subjetivos cuyo único destinatario ese el Estado, los sujetos privados también están sujetos al respeto de los derechos fundamentales, aunque sea negativamente»¹.

1. CORRAL. A. «La eficacia de los Derechos Fundamentales», en F.J. BASTIDA FREIJIDO (dir).

Este despliegue de efectos de los derechos fundamentales entre particulares recibe la denominación de «Eficacia Horizontal» o utilizando una difundida expresión alemana *Drittwirkung*, que literalmente quiere decir, eficacia entre terceros, frente a la normal eficacia vertical que tiene lugar en las relaciones entre particulares y los poderes públicos. Teoría no exenta de desencuentros doctrinales, y, en opinión de Díez-Picazo:

«En esta cuestión se ven las mayores diferencias sobre la interpretación de la Constitución como norma abierta o código Genético».

Advierte de la existencia de argumentos de carácter procesal en contra de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, tales como que el art. 53 CE no prevé el recurso de amparo por violación de derecho fundamental más que contra los poderes públicos².

El ejercicio de derechos laborales entraña riesgos para las personas empleadas que se exponen a futuras represalia, afectando a su bienestar, salud, realización profesional y, en el caso extremo, el fin de la relación laboral. Estas consecuencias tienen un efecto disuasorio, y se traduce en la renuncia a ejercer derechos legítimos aceptando situaciones inaceptables que comprometen la salud y la relación laboral. Los tribunales de lo social han consolidado una jurisprudencia bajo el concepto de «indemnidad laboral» que incluye a los familiares de las personas reclamantes y los testigos.

La automatización de tareas, la toma de decisiones mediante algoritmos y el análisis predictivo aplicado a la gestión de personas han incorporado nuevas lógicas en la organización del trabajo que escapan al control jurídico tradicional cuando el funcionamiento de los algoritmos responde a una lógica ininteligible, incluso para quienes los utilizan, se denomina «cajas negras algorítmicas». Esto genera nuevos riesgos laborales como las decisiones arbitrarias, falta de motivación, opacidad en los criterios utilizados, e imposibilidad de contradicción.

El algoritmo ya no es mero instrumento técnico sino actor con poder jurídico y relevancia constitucional en la relación laboral. Las decisiones empresariales implementadas, de forma total o parcial, por sistemas automatizados integrados por la IA inciden sobre el acceso, mantenimiento o extinción del empleo, lo que plantea no sólo cuestiones técnicas, sino verdaderos conflictos constitucionales, que afectan al núcleo esencial de los derechos fundamentales como el artículo 35 CE (derecho al trabajo) y artículo 24 CE (derecho tutela judicial efectiva)³.

La aprobación de la LO 5/2024, *de Defensa* trae a colación algunas aspiraciones clásicas del Derecho laboral en torno a cómo garantizar la indemnidad de las personas empleadas que reclaman condiciones de trabajo en el ejercicio legítimos de sus derechos laborales. Sin embargo, desperdicia la oportunidad de reforzar el derecho de defensa frente a decisiones algorítmicas. Examinaré algunos avances que introduce la ley y sus deficiencias.

-
2. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ L. M. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid, Thomson.
 3. BAYLOS, A. *Algoritmos y relaciones laborales: un nuevo escenario para los derechos fundamentales*. Trotta. Madrid. pp. 31-38. 2019. Como señala el autor: «El Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de septiembre de 2020 (caso Glovo), reconoce que: «los algoritmos no son herramientas neutrales, sino instrumentos organizativos especiales del empleador, capaces de determinar la relación laboral».

II. Marco jurídico laboral

1. Normativa laboral

El ordenamiento jurídico español está respaldado por una serie de principios y derechos constitucionales fundamentales, en cuanto a materia de derecho laboral, cuyo reconocimiento y protección ha sido garantizada por la Constitución Española y vertebran un marco para la regulación y aplicación del Derecho laboral con el objetivo de asegurar unas condiciones laborales justas y equitativas⁴.

Un conjunto de normas legales infraconstitucionales desarrollan su contenido, dotándolos de eficacia, en un marco jurídico que regula los aspectos contractuales básicos, la organización del trabajo, la presentación sindical, la prevención de riesgos y el impacto de la digitalización, lo que se ilustra sin ánimo exhaustivo:

- El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de Trabajadores* (en adelante ET), como norma central del derecho laboral español. Desarrolla los derechos y deberes básicos y transforma los valores constitucionales en un régimen jurídico concreto que garantiza la dignidad, estabilidad y protección del trabajador en la relación laboral⁵.
- La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante LRJS). Garantiza el acceso efectivo del trabajador a la justicia frente decisiones lesivas. Define el marco procesal del orden jurisdiccional social, especializado, basados en principios de proximidad, concentración, oralidad y gratuidad.
- La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de *Prevención de Riesgos Laborales*, en adelante LPRL, regula el derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Integra un enfoque preventivo mediante la doctrina constitucional sobre la protección de la integridad física (artículo 15 CE) estableciendo, entre otros, deberes preventivos específicos al empresario y establece la responsabilidad derivada del incumplimiento (artículo 14).
- La legislación que respalda la igualdad efectiva tanto entre mujeres y hombres, obliga a las empresas a elaborar planes de igualdad, protocolos de acoso y medidas de acción positiva, como la Ley orgánica 3/2007, para *la igualdad efectiva de mujeres y hombres*) y la Ley 15/2022, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación*).

La aplicación de sistemas automatizados integrados crea indefensión sobre el trabajador como el desconocimiento sobre los motivos que realizan un despido o no se realiza

-
4. El principio de igualdad y no discriminación (artículo 14 CE) desarrolla el establecimiento de condiciones laborales justas, igualdad de trato y la no discriminación. El derecho a la intimidad y protección de datos (artículo 18 CE) limita las facultades de control y organización del empresario. El derecho al trabajo (artículo 35 CE) y la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) a la luz del principio de la dignidad humana regulada en el artículo 10 CE, como fuente interpretativa y límite de las facultades del empleador.
 5. El artículo 4 ET reconoce derechos básicos como la no discriminación, la integridad física, la intimidad y percepción de una remuneración suficiente; el artículo 15 ET regula la contratación temporal y la estabilidad en el empleo y el artículo 20 bis incorpora los derechos digitales del trabajador, ante el uso de tecnologías como la IA.

un ascenso en un puesto, construyendo una esfera de indefensión del empresario frente al empleador.

Alguna normativa reequilibra las relaciones entre el poder de dirección empresarial y los derechos del trabajador en un entorno digitalizado, como la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de *Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* y *Reglamento* (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Cabe realizar una mención al artículo 88, que reconoce el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral⁶.

El Real Decreto Ley 9/2021, reformó el artículo 64 del ET obligando a las empresas a informar a la representación legal de los trabajadores sobre cualquier algoritmo o sistema de IA que afectara al acceso al empleo, mantenimiento del puesto o evaluación de condiciones. La negociación colectiva incluye cláusulas de control algorítmico, y se reclaman auditorías internas y externas de los sistemas⁷.

Ello sin perjuicio de la normativa europea que condiciona el Derecho Laboral español, como la Directiva 2003/88/CE sobre tiempo de trabajo o el Reglamento sobre Inteligencia Artificial relativo al uso de sistemas algorítmicos en el ámbito laboral.

2. Conflicto de derechos fundamentales

Algunos derechos fundamentales pueden ser vulnerados con ocasión de la gestión laboral, y otros que se ven afectados por la aparición y aplicación de la Inteligencia Artificial, en el ámbito del derecho laboral.

Desde la perspectiva constitucional y, en relación con la gestión algorítmica conviene recordar el artículo 14 CE que impone el deber de actuar frente a toda discriminación directa o indirecta, incluida la derivada de decisiones automatizadas. El artículo 24 CE (derecho a la Tutela judicial efectiva), exige que los trabajadores puedan impugnar toda medida que les afecte. El artículo 35 CE (derecho al Trabajo) reconoce el derecho al trabajo «en condiciones dignas», lo que incluye garantías frente a decisiones arbitrarias o ininteligibles adoptadas por algoritmos.

A) Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)

El Derecho a la tutela judicial efectiva, de naturaleza procesal, tiene aplicación directa en el ámbito laboral en la protección del trabajador que presenta una posición estructu-

6. Artículo 88 «reconoce el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar».

7. ROJO TORRECILLA, E. *Inteligencia artificial, poder empresarial y garantías constitucionales*. Bomarzo. Albacete. p. 88. 2022.

ralmente débil en la relación laboral y no se limita al acceso formal al proceso, sino que abarca garantías esenciales que aseguren su efectividad real (artículo 24 CE).

La desigualdad estructural exige procedimientos específicos, sencillos y eficaces que permita realizar el derecho a un procedimiento judicial efectivo y el acceso al sistema de protección de derechos laborales. Una serie de procedimientos preferentes y sumarios refuerzan esta garantía, como el proceso de despido (artículos 103 y ss. de la LRJS) o el de tutela de derecho fundamentales (artículos 177 y 184 de la LRJS)⁸.

El derecho a servirse de los medios de prueba pertinentes forma parte de las garantías señaladas, de relevancia en el proceso laboral, pues el empleado carece de acceso a la documentación o información necesaria para probar sus pretensiones⁹.

El impacto de la aplicación de la IA actualiza el contenido del artículo 24 CE¹⁰, de naturaleza fundamental y de aplicación directa, que garantiza el acceso al proceso judicial y su desarrollo con las garantías para un juicio justo.

Nuevas barreras emergen para el ejercicio del derecho de defensa. La opacidad algorítmica destaca la falta de comprensibilidad o explicabilidad de las decisiones adoptada por medios automatizados e impide conocer los criterios que llevan a la empresa a adoptar una determinada decisión, dificultando su impugnación. El trabajador carece de herra-

-
8. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. *Estudios sobre el trabajo y la Constitución*. Tecnos. Madrid. p. 109. 2003.
9. Artículo 3. Contenido del derecho de defensa.
2. El derecho de defensa incluye, en todo caso, el derecho al libre acceso a los tribunales de justicia, a un proceso sin dilaciones indebidas, a que se dicte una resolución congruente y fundada en Derecho por la jueza o juez ordinario e imparcial predeterminado por la ley, así como a la invariabilidad de las resoluciones firmes y a su ejecución en sus propios términos. El derecho de defensa incluye, también, las facultades precisas para conocer y oponerse a las pretensiones que se formulen de contrario, para utilizar los medios de prueba pertinentes en apoyo de las propias y al acceso a un proceso público con todas las garantías, sin que, en ningún caso, pueda producirse situación alguna de indefensión.
- (...).
4. Las leyes procesales salvaguardarán el principio de igualdad procesal. En aras de la seguridad jurídica y del buen funcionamiento del servicio público de Justicia, el legislador podrá condicionar el acceso a la jurisdicción, a los medios de impugnación y a otros remedios de carácter jurisdiccional al cumplimiento de plazos o requisitos de procedibilidad, que habrán de ser suficientes para hacer efectivo el derecho de defensa y deberán estar inspirados por el principio de necesidad, sin que en ningún caso puedan generar indefensión.
- (...).
6. El ejercicio del derecho de defensa estará sujeto al procedimiento legalmente establecido. Cualquier duda sobre su interpretación y alcance se resolverá del modo más favorable al ejercicio del derecho. En particular, cualquier trámite de audiencia debe convocarse con un plazo de antelación razonable, y se reconoce a los jueces y tribunales, así como a los órganos administrativos, que puedan ampliar motivadamente los plazos señalados, salvaguardando la igualdad de armas entre las partes.
10. Artículo 24 CE «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

mientas para ejercer su defensa, al no conocer por qué fue despedido, no promocionado o mal evaluado¹¹. Esta «tecnificación de la indefensión»¹², no acompaña el avance tecnológico con garantías, sino en su neutralización práctica¹³.

Un estándar de inteligibilidad mínima debe cumplirse para que una decisión empresarial automatizada sea considerada válida y el uso de sistemas IA constitucionalmente legítimo, garantizando la comprensibilidad de la decisión y la posibilidad de contradicción. Lo contrario quiebra la cadena de garantías del proceso laboral, y el tecnicismo incontrolado sustituye al Derecho. Arrincona el principio de legalidad y opera un proceso técnico, regido por una lógica algorítmica inexplicada.

El juez laboral no puede ejercer su potestad revisora sin examinar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan una decisión empresarial adoptada por un sistema algorítmico opaco. La indefensión que provoca estos sistemas se agrava por la asimetría técnica y de información entre las partes. La persona empleada carece de herramientas para comprender, auditar o impugnar el sistema. Ej. *Workforce Optimización* (Amazon).

El desequilibrio estructural compromete las reglas del proceso laboral, diseñadas para corregir desigualdades materiales entre partes. La regla de distribución de la carga del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁴, y de aplicación supletoria en el orden social (art. 4 de la LRJS)¹⁵ es tensionada. La jurisdicción social aplica los principios pro-operario y de facilitación probatoria para el equilibrio procesal^{16 17}.

El diseño del sistema niega la trazabilidad: la asimetría probatoria deviene insalvable y el proceso queda arrinconado en mera apariencia formal de contradicción y la persona afectada por la decisión no tiene forma de probar la arbitrariedad, el error o la eventual discriminación. La Doctrina identifica la problemática de esta opacidad algorítmica que exige reformular la distribución de la carga probatoria¹⁸.

-
11. DE LA VILLA, L. E. «Despidos algorítmicos: entre la automatización y la indefensión». *Temas Laborales*, (161), pp. 55-76. 2022.
 12. CARBONELL PORRAS, A. «IA y tutela judicial efectiva en el proceso laboral». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 270. 2023.
 13. DE LA VILLA, L. E. «Despidos algorítmicos». Cit. p. 34.
 14. Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*. Boletín Oficial del Estado, núm. 7, de 8 de enero de 2000. El artículo 217.2 LEC establece que: «Incumbe al actor la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión, y al demandado la carga de probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes del derecho del actor».
 15. Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*. Boletín Oficial del Estado, núm. 245, de 11 de octubre de 2011.
 16. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. *Derecho Procesal Laboral*. Civitas-Thomson Reuters, Madrid. 2020.
 17. Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 186/2000, de 10 de julio (recurso de amparo 2662/1997). BOE núm. 192, de 11 de agosto de 2000. ECLI: ES:TC: 2000:186». La tutela judicial efectivo incluye el derecho a ser oído, el derecho a presentar prueba, el derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho y el derecho a la defensa contradictoria y a la igualdad procesal entre las partes».
 18. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO. «La opacidad algorítmica exige reformular la distribución de la carga probatoria, pues de lo contrario se traslada al trabajador la obligación imposible de des-

El artículo 24 CE proscribía los escenarios procesales en los que una parte se encuentre estructuralmente impedida de defender sus derechos por la privación técnica de acceso a la información relevante para el litigio¹⁹ y establece presunciones favorables al trabajador cuando la empresa no acredita el funcionamiento del sistema utilizado, asumiendo la carga de probar que el algoritmo no genera discriminaciones ni vulnera derechos fundamentales²⁰. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional respalda la distribución de la carga de la prueba de forma razonable y equilibrada, sin que suponga una barrera de acceso a la justicia para quien está en desventaja procesal²¹.

Una incipiente jurisprudencia del orden social aborda esta problemática al reconocer que la opacidad de los sistemas automatizados vulnera la tutela judicial efectiva, lo que se ilustra a continuación, sin ánimo exhaustivo²².

-
- velar un funcionamiento que escapa por completo a su conocimiento y control. En estos casos, el principio de tutela judicial efectiva obliga a exigir a la empresa un mayor esfuerzo justificador».
19. **CARBONELL PORRAS, A.** «IA y tutela judicial efectiva en el proceso laboral». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (270), pp. 32-35. 2023 «Cuando el trabajador no puede acceder a los datos y a la lógica del sistema que ha motivado una decisión que le perjudica, el proceso pierde su capacidad de servir de cauce para la tutela efectiva. En estos casos debe aplicarse una inversión de la carga probatoria o presunciones iuris tantum de ilicitud.
 20. **PÉREZ REY, J.** «Algoritmos y poder de dirección: luces y sombras del control digital en el trabajo». *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 6, pp. 14-17. 2020. «La empresa debe asumir la carga de probar que el algoritmo utilizado no genera discriminaciones ni vulnera derechos fundamentales. De no hacerlo, debe presumirse que la decisión carece de legitimidad».
 21. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 14/1992, de 10 de febrero (cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas). BOE núm. 54, de 3 de marzo de 1992. ECLI: ES:TC: 1992:14.
 22. -Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 10 de Barcelona, de 3 de febrero de 2024. Declara nulo el despido de un trabajador adoptado tras una valoración automatizada de su rendimiento que razonó que: «La decisión empresarial se sustenta, por tanto, en una motivación opaca, que compromete la tutela judicial efectiva».
 - Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de junio de 2024 (rec.124/2023), anuló un despido disciplinario motivado en la baja productividad atribuida a un sistema de gestión algorítmico, ya que se consideró que la empresa no acreditó ni explicó los criterios que determinaron la baja puntuación del trabajador respecto a su rendimiento, consideró que la falta de explicación de los motivos y base de esa puntuación y por tanto del despido, afectaba al derecho de defensa del trabajador generando por tanto inseguridad jurídica.
 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 25 de noviembre de 2024. Ejemplifica la opacidad funcional, pues la automatización suplantó la supervisión humana y rompió el deber de motivación y fundamentación, carecía de trazabilidad, no permitía al trabajador conocer ni rebatir los fundamentos de la decisión, generando una indefensión procesal. El tribunal reflejó que la apariencia de objetividad técnica no exime de responsabilidad, alineándose con los riesgos descritos en los apartados anteriores. Declaró improcedente el despido de un trabajador firmado mediante una carta impresentable dado que carecía de motivación real y coherente, presentaba errores evidentes de forma y fondo y además no cumplía los requisitos legales del artículo 55.1 ET, copiada de Internet o redactada con IA».
 - Sentencia de 4 de julio de 2025, n.º 2867/2025 de la Audiencia Nacional. El 4 de julio de 2025, la Audiencia Nacional, sala de lo social, dictó la Sentencia 2867/2025, tras una de-

B) Derecho de igualdad y no discriminación (art. 14 CE)

Un efecto destacable de la integración de la IA para la automatización de procesos es el acceso al empleo dado a la aparición de las discriminaciones indirectas, difíciles de detectar y generadas por sesgos implícitos en los datos con los que han sido entrenados los algoritmos. Se establecen con parámetros neutros, muchos sistemas de selección automatizada reproducen patrones históricos que, de manera encubierta, penalizan a determinados grupos de población²³. Preocupación que aborda un informe del Consejo Económico y Social²⁴.

Elementos como la selección de personal, la asignación de tareas, la evaluación de desempeño de funciones, o incluso el despido disciplinario, se ven afectados, al introducir criterios y lógicas que escapan del control humano directo y pueden comprometer el ejercicio pleno del presente derecho.

Un potencial efecto discriminatorio se cierne sobre los grupos vulnerables en torno a la reproducción de estereotipos de género, edad o nacionalidad en los procesos de selección automatizada como muestran algunos estudios académicos²⁵, pues el uso de algoritmos entrenados con datos históricos tiende a replicar patrones de comportamiento sesgados, perpetuando estereotipos. En concreto, preocupan los efectos discriminatorios

manda interpuesta por el sindicato CGT contra la mercantil *Foundever Spain S.A.* En este caso el tribunal obligó a la empresa a revelar los parámetros y reglas algorítmicas utilizadas para asignar tareas y evaluar el desempeño de sus trabajadores, en cumplimiento del artículo 64.4.d del ET, que exige información a la representación legal de los trabajadores. El algoritmo afectaba a la tareas y rendimiento y además la opacidad perjudicaba de derecho fundamental a la información y el ámbito de negociación colectiva. La sentencia aborda la opacidad deliberada o comercial y la opacidad organizativa, ante el uso de un sistema opaco. Reconoció la brecha de información y la asimetría técnica entre empresa y trabajador, reforzando el enfoque de que las estructuras automatizadas deben estar bajo supervisión sindical y transparencia probatoria.

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 19 de mayo de 2023, rec.3620/2023. Ejemplifica la existencia de opacidad técnica y organizativa en sistemas con supervisión simbólica. La IA operó como una caja negra funcional, sin aplicación real, limitando la trazabilidad y dejando al trabajador en situación de indefensión. La empresa había implementado un sistema informatizado para jerarquizar candidaturas en procesos de promoción interna del personal que incluía alguna supervisión humana. El trabajador denunció haber sido descartado pese a contar con alta puntuación algorítmica, posiblemente por represalias sindicales. El fallo considera genera una asimetría informativa, porque el trabajador desconocía la lógica subyacente al sistema y no se le permitió entenderla. Exigirle acreditar la falta de motivación humana frente a una decisión automatizada sería imponer una «prueba negativa», lo que vulnera el art. 24 CE y el principio de tutela efectiva. La Sala estimó que la empresa debe demostrar que la decisión era neutral y no discriminatoria.

23. GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del trabajo e inteligencia artificial*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 52. 2021.
24. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL *La digitalización de la economía: efectos sobre el empleo y el trabajo*. Madrid. 2020.
25. FERNÁNDEZ-FERNÁNDEZ, M. «El sesgo algorítmico y la discriminación indirecta en el acceso al empleo». *Revista de Derecho Social*, (98), pp. 45-62. 2022.

indirectos respecto a mujeres, personas mayores y personas extranjeras, especialmente en etapas iniciales de cribado curricular automatizado^{26 27}.

C) Derecho a la intimidad y la privacidad (art. 18 CE)

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales fue analizada con ocasión de defender la propia imagen del trabajador, acerca de la eficacia que despliegan los derechos fundamentales entre particulares en una relación de especial sujeción como el marco laboral. El Tribunal Constitucional (por todas, STC sentencia 99/1994)²⁸, se encarga de rechazar en el FJ 1, la virtualidad del art. 18.1 de la CE, como fundamento que legitima la desobediencia del trabajador a la orden recibida y que da lugar al despido disciplinario.

La cuestión se centró en la legitimidad de la desobediencia del trabajador a la orden recibida, cuando el fundamento de aquella era la tarea encomendada. No cuestiona un problema de prueba, sino elaboración de la conducta del trabajador desde la perspectiva del derecho a salvaguardar la propia imagen (art. 18.1 CE). En cuanto a la admisión del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional, no ha visto obstáculo en admitirlo por vía de apelación directa o indirecta de los derechos, tal y como afirma Aláez Corral²⁹.

La mención del art. 53.1, en consonancia con la genérica prescripción del artículo 9.1 CE, ha de entenderse como el establecimiento de una vinculación positiva que afecta a aquellos y no a los particulares, nunca como la ausencia de obligatoriedad de los derechos fundamentales respecto de estos últimos³⁰. Si bien, procede desentrañar cual es la concreta eficacia de los derechos fundamental en las relaciones privadas, —directa o indirecta—, siendo necesario considerar las posiciones jurídicas de los particulares con la consiguiente difuminación de la vigencia de la autonomía privada³¹.

Las plataformas de video de entrevistas automatizadas basada en IA que evalúa automáticamente a los candidatos en procesos de selección (*HireVue*) actualiza el precepto

26. FERNÁNDEZ-FERNÁNDEZ, M. «El sesgo algorítmico y la discriminación indirecta». Cit. p.115. «La utilización de algoritmos entrenados con datos históricos tiende a replicar patrones de comportamiento sesgados, perpetuando estereotipos que afectan particularmente a colectivos vulnerables. Así, se han documentado efectos discriminatorios indirectos respecto a mujeres, personas mayores y personas extranjeras, especialmente en etapas iniciales de cribado curricular automatizado».

27. FERNÁNDEZ-FERNÁNDEZ, M. «El sesgo algorítmico y la discriminación indirecta». Cit. p.117. «No es infrecuente que sistemas de inteligencia artificial, en su fase de aprendizaje, consideren como óptimos perfiles previamente seleccionados, consolidando modelos que favorecen al varón joven nacional y penalizan, por tanto, otras combinaciones de género, edad o nacionalidad, lo que plantea serios problemas en términos de igualdad de oportunidades».

28. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1994). Sentencia 99/1994, de 11 de abril. BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1994. ECLI:ES:TC: 1994:99.

29. ALÁEZ CORRAL, cit. «a ello no obsta que el art 53.1 solo mencione los poderes públicos, ni tampoco que nuestro texto constitucional a diferencia de otros como el portugués, no contenga una cláusula que expresamente declare la obligatoriedad de los derechos fundamentales respecto de los particulares».

30. CORRAL, cit. p. 145.

31. CORRAL, cit., p. 190.

constitucional estudiado, en tanto que el sistema analiza expresiones faciales, entonación de voz, vocabulario utilizado, el tiempo de respuesta y otros indicadores, a cuyos resultados se asigna una puntuación y filtra automáticamente a quienes «encajan mejor» con un perfil predefinido. La empresa utiliza modelos de aprendizaje profundo, basado en redes neuronales, entrenando al sistema entrevistas previas, sin que la empresa usuaria ni los desarrolladores pueden explicar cómo genera la puntuación final.

Ello sin perjuicio del derecho a la desconexión digital³², de nuevo cuño, que considera esta esfera de intimidad afectada garantizando no solo una cuestión de derechos laborales, sino de salud pública y bienestar social «a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal» (artículo 88, Ley de derechos digitales). Representa un hito del Derecho del Trabajo³³, adaptándose a las realidades de la era digital en aras de proteger a los trabajadores de los riesgos asociados a la hiperconectividad.

D) Derecho al trabajo (art. 35 CE)

El derecho al trabajo recogido en el artículo 35 CE³⁴, como derecho fundamental de carácter social, garantiza a todos los ciudadanos la posibilidad de acceder a un empleo digno y establece la obligación de los poderes públicos de fomentar las condiciones necesarias para su realización efectiva como fundamento esencial del bienestar social y económico y como garantía institucional³⁵.

Una estructura normativamente operativa³⁶ que permite apreciar la doble configuración del derecho al trabajo, como un derecho y un deber. Esta estructura dual del derecho al trabajo, —como derecho y como deber³⁷—: Una concepción del trabajo que deviene un instrumento de realización personal y contribución al interés general. El trabajador no

32. La desconexión digital sugiere la facultad de los trabajadores de no conectarse fuera de su horario laboral a una herramienta digital del trabajo sin represalias (Molina Navarrete, 2017). Emerge en Francia en el año 2016 con la Ley *El Khomri*. España lo incorporó a través de la Ley Orgánica 3/2018 de *Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*.

33. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador». *Trabajo y Derecho*, 59, 1-17. 2019.

34. Artículo 35 CE establece que: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

35. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. *Derecho del Trabajo. Parte General*. Tecnos, Madrid, p. 68. 2001.

36. El artículo 4 ET enumera los derechos laborales básicos, como el derecho al trabajo. El artículo 15 ET desarrolla el principio de estabilidad laboral, con preferencia a los contratos indefinidos (principio de estabilidad). El artículo 17 ET garantiza la igualdad de trato y la no discriminación en el acceso al empleo, permanencia y promoción profesional, en la dimensión igualitaria. Los artículos 26 y ss. del ET establece el derecho a una remuneración adecuada, conforme a la dignidad del trabajo y al mínimo por convenio colectivo, en cuanto «remuneración suficiente».

37. En tal sentido advierte PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. *Derecho del Trabajo*, cit. p. 71 «El derecho al trabajo es también un deber institucional, que implica no solo el compromiso de los poderes públicos con su garantía, sino la responsabilidad del trabajador de cumplir, con profesionalidad y legalidad, las condiciones inherentes al vínculo laboral».

solo ostenta facultades protegidas jurídicamente (libertad para elegir empleo) sino deberes jurídicos como las obligaciones derivadas del contrato laboral y el acatamiento de las órdenes legítimas del empleador.

Como corolario lógico de la protección constitucional proporcionada, se exige un comportamiento ético y profesional, como advierte la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, sentencia 192/2003)³⁸: Legislación y jurisprudencia establecen un régimen jurídico donde el trabajador es sujeto activo de derechos fundamentales y está obligado a actuar con responsabilidad contractual, contribuyendo a la estabilidad del mercado laboral y a los fines constitucionales del artículo 35 CE.

En cuanto a la despersonalización de la valoración del trabajo, esta se ve afectada por el impacto de la IA, pues el derecho al trabajo, como principio rector de la política social y económica, integra la existencia de garantías efectivas que aseguren la libre elección de empleo, la igualdad de oportunidades, la no discriminación y unas condiciones dignas y equitativa. Compromete tanto a los poderes públicos como a las empresas privadas³⁹.

La utilización de plataformas para selección de *currículum* que valoran perfiles utilizando la IA generativa excluye a candidatos que no encajen en los perfiles estándar del sistema, como *LinkedIn Recruiter de Microsoft*. El sistema de *marching* automatizado sugiere candidatos según patrones de contratación históricos: si contrataba hombres de una determinada universidad o sector, el algoritmo replicará ese patrón no mostrando otros perfiles (género, nacionalidad, edad, universidad), vulnerando el principio de igualdad en el acceso al empleo y la garantía de libre elección (artículo 35 CE).

Una deshumanización del proceso evaluador se realiza mediante algoritmos o sistemas automatizados. El trabajador no puede comprender ni replicar los criterios para realizar la valoración, lo que repercute negativamente en su desarrollo profesional y su motivación en el puesto de trabajo⁴⁰. El uso de algoritmos en el poder de dirección empresarial transforma profundamente la relación laboral, y como asegura Pérez Rey «impone una lógica de cálculo y puntuación que despersonaliza la valoración del trabajo⁴¹. La vulneración del derecho a progresar profesionalmente es inevitable ante decisiones opacas que se basan en parámetros desconocidos para el trabajador⁴².

38. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 192/2003, de 27 de octubre. Boletín Oficial del Estado. FJ 6. «El trabajo como derecho-deber refuerza el equilibrio de la relación laboral, permitiendo exigir el trabajador un comportamiento ético y profesional a la altura de la protección que el ordenamiento confiere».

39. El artículo 35 CE establece que: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

40. PÉREZ REY, J. «Algoritmos y poder de dirección: luces y sombras del control digital en el trabajo». *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 6, pp. 25-42. (2020).

41. PÉREZ REY, J. «Algoritmos y poder de dirección». Cit. p. 16. El autor señala la lógica de cálculo y puntuación que impone el algoritmo y «despersonaliza la valoración del trabajo, elimina la discrecionalidad del superior jerárquico e introduce una apariencia de objetividad que esconde, en realidad, una estructura opaca y no cuestionable por el trabajador».

42. El uso de herramientas algorítmicas sin una evaluación previa de impacto en igualdad y sin

Este escenario laboral compromete la buena fe en la ejecución del contrato, la motivación de las decisiones empresariales y la posibilidad del trabajador de interactuar en su evaluación, aportar explicaciones o corregir errores. Una fragmentación de la dimensión humana del trabajo se advierte y el empleado deviene un dato de una lógica productiva digitalizada que no persona con destreza, capacidades y circunstancias.

El ámbito de la extinción del contrato de trabajo es el más afectado por el uso de herramientas integradas por IA para detectar «bajo rendimiento», «desajuste cultural» o «riesgos de rotación». Las decisiones de despido deben cumplir una serie de requisitos legales como la notificación escrita, la motivación suficiente, posibilidad de impugnación (artículo 55 ET): una quiebra de las garantías establecidas se produce cuando la base fáctica proviene de un sistema automatizado de difícil comprensión e impide que al trabajador comprenda el motivo y rebata la causa alegada⁴³. El Tribunal Supremo subraya que la decisión extintiva debe estar motivada y ser susceptible de control judicial (por todas, la sentencia de 16 de febrero de 2022 (rec. 2771/2019)⁴⁴.

La evolución tecnológica no justifica la pérdida de garantías laborales, por lo que cualquier uso de algoritmos debe cumplir los estándares de transparencia, motivación y contradicción exigibles en un Estado de Derecho, sin que un despido se fundamente en parámetros técnicos generados por sistemas de IA, ni exima a la empresa de su deber de motivar la decisión: la automatización no blindas las decisiones de la empresa frente al control judicial, ni vacía de contenido los derechos reconocidos en el artículo 35 CE.

III. Análisis biojurídico

1. Derecho antidiscriminatorio

El ejercicio efectivo del principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 14 CE) aconseja tratar de forma desigual a situaciones de desigualdad fáctica, a modo de medidas de discriminación positiva, en aras de equilibrar las diferencias. Constituye la premisa para analizar las normas inspiradas en la teoría del derecho antidiscriminatorio.

A través de este enfoque, la normativa que ignora los factores de vulnerabilidad puede constituir un incumplimiento de los deberes éticos, lo que permite transitar a través de algunas respuestas interdisciplinares que ofrecen la mejor respuesta jurídica antes las realidades analizadas tras diseñar los escenarios susceptibles de vulneración de derechos.

supervisión humana puede derivar en una discriminación estructural que resulta difícilmente corregible a posteriori. *Vid.* GOERLICH PESET, J. M. «Control algorítmico y relaciones laborales». *Revista de Derecho Laboral*, (5), p. 33. 2021.

43. DE LA VILLA, L.E. «Despidos algorítmicos: entre la automatización y la indefensión». *Temas Laborales*, n.º 161. 2022.
44. TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Social. Sentencia núm. 129/2022, de 16 de febrero (rec. 2771/2019). ECLI: ES:TS: 2022:691. «La motivación del despido no puede basarse en criterios ininteligibles para el trabajador o que no admitan contradicción, pues ello atentaría contra la seguridad jurídica y el derecho de defensa del empleado».

Ética y Derecho (o Moral y Derecho) interactúan en una relación colaborativa que se retroalimenta a modo de Bioderecho. La realidad social origina nuevas situaciones, como exhibe la legislación laboral, dando lugar a relaciones complejas donde la finalidad del Derecho es servir de instrumento para armonizar intereses.

El Derecho laboral puede evitar discriminaciones inaceptables e incluso ofrecer la mejor respuesta jurídica ante los efectos derivados de los límites o imposibilidad de acceder o permanecer en el empleo, a los que pueden acceder otras personas, por razón de edad, discapacidad, enfermedad, así como actitudes de defensa de sus derechos legítimos. Y es que la actitud de uno de los contratantes hacia las características personales o sociales del otro, empleado influye en el ejercicio de la autonomía de las relaciones contractuales.

La Constitución Española atribuye a los derechos fundamentales una eficacia directa matizada: no solo poseen eficacia legal en los términos que establece el legislador, ni todos los derechos fundamentales son directamente oponibles a los particulares. En este sentido, el Tribunal Constitucional, ha otorgado genuina eficacia horizontal a los derechos fundamentales dentro de las relaciones laborales por cierta supremacía del empleador⁴⁵.

La extensión de la obligatoriedad de los derechos fundamentales a las relaciones jurídico-privadas al servicio del Estado democrático de Derecho como estado social encomienda la remoción de los obstáculos que hacen que la libertad e igualdad individual o colectiva no sean reales y efectivas (art. 9.2 CE). Los derechos fundamentales son principios objetivos y fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE).

El principio de no discriminación afecta a diversos ámbitos del Derecho privado desde la segunda mitad del siglo XX, tras la incorporación de los Derechos humanos a los textos constitucionales europeos como Derechos fundamentales. Una nueva hermenéutica es invocada, e impone el abandono de la teoría clásica del Derecho subjetivo en favor del sistema jurídico de los remedios, de forma que, su plena realización exige cambios legislativos e «interpretaciones valientes encaminadas a dar plena efectividad a los Derechos humanos también en el campo de las relaciones entre particulares»⁴⁶.

2. Teoría de las capacidades y los funcionamientos seguros: reconocimiento

Una aproximación que aúna una triple dimensión ética, política y jurídica sustentada en los derechos fundamentales permite la conjunción tanto valores y derechos, como de principios y consecuencias, y confiere una triple fundamentación en capacidades, funcionamientos seguros y teorías del reconocimiento.

Tender hacia un fin o proyecto moral permite a cada persona lidiar con la vulnerabilidad y sus limitaciones transformando las necesidades en oportunidades de vida. Se articula en torno a tres momentos:

45. Jurisprudencia TC (STC 1/1998, 140/1999, 224/1999, 153/2000, 55/2004) Tribunal Constitucional. (1992). Sentencia 14/1992, de 10 de febrero (cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas). BOE núm. 54, de 3 de marzo de 1992. ECLI: ES:TC: 1992:14.

46. VINCENZO, B. *Implicaciones de los derechos humanos en el derecho privado*. 2025.

1. **Teorías del reconocimiento:** en apretada síntesis, nuestra personalidad e identidad resultan construidas por nuestras relaciones en un contexto de reconocimiento, comunidad y diálogo. Enlaza con las teorías del reconocimiento, en sus dos dimensiones: 1) el *reconocimiento subjetivo o individual*, que precisa de la identificación o conocimiento de uno mismo y de sus capacidades y atributos, y la aceptación propia o autoconfianza, auto respeto y autoestima, y 2) el *reconocimiento intersubjetivo*, que implica ser reconocido por los demás, y ratifica la anterior.

Tres formas de reconocimiento recíproco pueden ser negadas como son los afectos, el reconocimiento jurídico y la estima social. Su negación o menosprecio en el ámbito laboral plantean cuestiones de justicia, cuyo reconocimiento mejora la justicia en la distribución, como explica Axel Honneth⁴⁷, mediante el «reconocimiento recíproco» en la construcción de la identidad personal.

2. **El enfoque de las capacidades:** La noción de capacidad proporciona los medios necesarios para que las personas pueden actuar y escoger una opción realista entre varias opciones. De la fusión entre capacidad, libertad e igualdad resultan las *capacidades combinadas*; en otras palabras, las condiciones internas del individuo con condiciones externas adecuadas para su ejercicio, cuyo margen de libertad permite a cada individuo definir su bien y ser el agente o autor de su vida. Diez categorías capacidades humanas principales fueron identificadas por Marta Nussbaum⁴⁸.
3. **El enfoque de los funcionamientos seguros.** Wolff y de-Shalit⁴⁹ complementan el enfoque de las capacidades hacia una genuina oportunidad o funcionamientos seguros que señalan lo que la persona «hace o es». La ética y el derecho confluyen, destacando la dimensión activa y comunitaria y añade tres nuevas categorías a la lista de capacidades humanas: 11) Hacer bien a los demás, ser capaces de cuidar y expresar gratitud, y 12) Respetar y cumplir el Derecho, poder vivir dentro de sus límites, sin sentirse obligado o forzado a incumplir la ley, a estafar, engañar o defraudar a las personas o instituciones. 13) Comprender el Derecho, las obligaciones y los derechos y facultades que otorga, lo que requiere un sistema jurídico accesible.

Deviene relevante a nuestros efectos la necesidad número 10) el **Control sobre el propio entorno**: a) político; b) material, así como la necesidad número 13) «**Comprender el Derecho, las obligaciones y los derechos y facultades que otorga**, lo que requiere un sistema jurídico accesible», pues presta su dimensión ética a la legislación en materia laboral. Lo anterior requiere de un contexto para traducir el ejercicio de esas capacidades, a modo de condiciones básicas de igualdad, para convertirlas en funcionamientos.

47. HONNETH, A. *La lucha por el reconocimiento*. Barcelona: Crítica, 1997: CRUZ VALIÑO, A. B. «Defensive Medicine and Health Justice», cit.

48. NUSSBAUM M.C., MOSQUERA, A. S. *Crear capacidades*. Madrid: Paidós, 2012.
1) la Vida. 2) la Salud. 3) la Integridad física. 4) los Sentidos, la imaginación y el pensamiento. 5) las Emociones. 6) la Razón práctica. 7) la Afiliación. 8) la Relación con otras especies (animales, plantas y mundo natural). 9) el Juego. 10) el **Control sobre el propio entorno**: a) político; b) material. La última capacidad «el control sobre el entorno», será una de las premisas sobre la que se estructura la base ética de este análisis.

49. WOLFF, J. y DE-SHALIT, A. *Disadvantage*. Oxford University Press: Oxford Scholarship Online, 2010.

IV. El cambio operado por la LO 5/2024

La *Orgánica 5/2024*, de 11 de noviembre, *del Derecho de Defensa LO 5/2024*, tiene como objeto regular el derecho de defensa, reconocido en el artículo 24 CE «centrándose en la necesidad de que las personas físicas y jurídicas conozcan el especial reconocimiento y las garantías que les corresponden como titulares de su derecho de defensa». El Preámbulo da cuenta de su objeto afirmando con contundencia que «sin tutela judicial efectiva no es posible una defensa real, y sin una defensa efectiva es inviable el ejercicio de una real tutela judicial efectiva».

En íntima conexión con las capacidades humanas, la LO 5/2024 introduce un avance en la protección de derechos fundamentales asociados al ámbito laboral. El empleo es parte de la realización de un proyecto vital. Como tal, la defensa de este, entendido como derecho y como deber, desde criterios de respeto y dignidad acoge la dimensión relativa a la afiliación o pertenencia a un grupo de interés legítimo.

La capacidad de ejercer «el Control sobre el propio entorno» será una de las premisas sobre la que se estructura la base ética de este análisis. Y, en íntima conexión, «Comprender el Derecho, las obligaciones y los derechos y facultades que otorga» nos sitúa en el camino idóneo para una justicia accesible.

El texto vincula el derecho a la defensa con el ejercicio profesional de la abogacía como señala en la exposición de motivos y, consciente de su tiempo, el legislador desarrolla «algunos de los aspectos esenciales de este derecho y muestre el reflejo de un consenso social y político sobre una materia de especial importancia».

1. Defensa efectiva: derecho a la indemnidad laboral

El concepto de «garantía de indemnidad», acuñado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su sentencia 14/1993⁵⁰, refiere que el ejercicio de la acción judicial o de actos previos no puede seguir consecuencias perjudiciales para el trabajador, calificando de nula la conducta reactiva de la empleadora. El Preámbulo de la LO 5/2024 señala su creación jurisprudencial, ligado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y lo vincula con el derecho a la no indefensión, o, en otras palabras, al derecho de defensa, y se configura como «dos caras de la misma moneda y como corolario inherente al funcionamiento de un Estado de Derecho».

Alberga una incipiente noción estricta de la «garantía de indemnidad», o manifestación particular del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de libertad de acceso a los jueces y tribunales (art. 24.1 CE), protegiendo al trabajador frente a posibles represalias con ocasión del ejercicio de actuaciones encaminadas a realizar sus intereses legítimos, bien en una fase previa, bien en una fase judicial.

50. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 14/1993, de 18 de enero (FJ 4). BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1993, a propósito de la decisión de cesar a una colaboradora, tras haber presentado escritos en vía administrativa reclamando su relación laboral.

El Tribunal Constitucional amplía el contenido material de la garantía de indemnidad y extiende la prohibición empresarial de represalia ante el ejercicio por parte del trabajador de cualquiera de sus derechos fundamentales o libertades públicas (libertad ideológica, libertad de expresión, libertad de información, derecho de huelga, derecho de libertad sindical) (STC 200/2007, entre otras)⁵¹.

A fin de comprender en toda su profundidad este instituto trataré de dar contestación a dos interrogantes. El primero, ¿qué protege o abarca la garantía de indemnidad? ¿Y el segundo, a quién protege?

- En primer lugar, de la literalidad de los preceptos se advierte un ánimo de incorporar los criterios jurisprudenciales abarcando «cualquier actuación efectuada ante la empresa», en otras palabras, la mera presentación de un escrito de reclamación por parte del trabajador activa la protección de la garantía de indemnidad. Con anterioridad, la única mención en el ámbito laboral al respecto se encontraba en el art. 17 del ET⁵².

La DA 13.^a 1. recoge la protección frente a actos *ad intra* o «cualquier actuación efectuada ante la empresa». Incluye denuncias presentadas ante autoridades administrativas (como Policía por presuntos ilícitos o Inspección de Trabajo) (STC 120/2006). Se ajusta a la doctrina constitucional que extiende la garantía de indemnidad a estas reclamaciones (STC 55/2004)⁵³, relacionada con algún derecho fundamental o reclamación de reconocimiento o protección del derecho. Entronca con la protección otorgada por el art. 5 del Convenio OIT, e incluye una «queja» por infracción legal o convencional.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de noviembre de 2022 (núm. 917/2022)⁵⁴, concluye que opera como un indicio de la vulneración de la garantía de indemnidad que obliga al empleador a acreditar que el despido ha sido ajeno a la violación del derecho

-
51. STC 200/2007, Sentencia 200/2007, de 24 de septiembre (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007). ECLI:ES:TC: 2007:2000, entre otras, el objeto del recurso era determinar si la resolución judicial impugnada, que deniega al recurrente un complemento salarial con exclusivo fundamento en su condición de liberado sindical, ha vulnerado sus derechos a la libertad sindical (art. 28.1 CE), a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 ce) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).
 52. Art. 17 del ET «serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores/as como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».
 53. STC 55/2004, Sentencia 55/2004, de 19 de abril (BOE núm. 120, de 18 de mayo de 2004) ECLI:ES:TC:2004:55. Concluye que el despido del demandante de amparo se conectaba directamente con una actuación tendente a la evitación del proceso, lo que, en los términos antes señalados, constituye una vulneración de la garantía de indemnidad contraria al art. 24.1 CE.
 54. TRIBUNAL SUPREMO, en su sentencia de 15 de noviembre de 2022 (núm. 917/2022). «si un trabajador/a efectúa una reclamación interna e inmediatamente después es despedido, sin que la empresa acredite la existencia de incumplimientos que justifiquen la extinción contractual, debemos concluir que la imposibilidad de formular la reclamación judicial con anterioridad al despido es imputable únicamente al empresario/a, por lo que, en ese concreto contexto temporal, opera como un indicio de la vulneración de la garantía de indemnidad que obliga al empleador/a a acreditar que el despido ha sido ajeno a la violación del derecho fundamental recogido en el art. 24 de la Constitución».

fundamental. Conclusión a la que llega a la desde la premisa de que «las reclamaciones internas en el seno de la empresa no activan la garantía de indemnidad».

El TSJ de Galicia, en sentencia de 2 de diciembre de 2022 (núm. 5420/2022)⁵⁵ estimó suficiente la «actividad reivindicativa» de una trabajadora que presentó un escrito a su empresa, por constituir un «indicio poderoso que genera razonablemente la apariencia, presunción o sospecha a favor de sus argumentos.

- Y el segundo, ¿a quién protege? Sobre esta situación jurisprudencial incide la LO 5/2024, que confiere carácter legal al instituto de la garantía de indemnidad y reconoce expresamente la protección de las personas trabajadoras «frente a las consecuencias desfavorables que pudieran sufrir por la realización de cualquier actuación conducente al ejercicio de sus derechos de defensa» (art. 12.3)⁵⁶.

La garantía de indemnidad diseña una protección para las personas trabajadoras frente a represalias laborales y enmarca un principio con una doble función reparadora, al resarcir a quien sufre represalias, y función disuasoria, de uso empresarial que dificulte el ejercicio de derechos laborales. Este instituto pivota sobre dos preceptos para un entorno seguro: 1) el artículo 24.1 CE, que reconoce el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que pueda producirse indefensión y 2) el artículo 17.1 del ET que dispone la nulidad de las órdenes de discriminar o trato desfavorable por haber realizado reclamaciones⁵⁷.

La jurisprudencia recogía casos en los que se aplicaba una ampliación de la garantía de indemnidad a familiares, a través de la discriminación por asociación, en un escenario indiciario de vulneración de los derechos fundamentales, como la STSJ de Islas Canarias

55. TSJ DE GALICIA, en su sentencia de 2 de diciembre de 2022 (núm. 5420/2022), «indicio poderoso que genera razonablemente la apariencia, presunción o sospecha a favor de sus argumentos, es decir, de que la sanción que acordó la entidad recurrente lesionó su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de que transgredía su garantía de indemnidad».

56. Artículo 12. Protección del derecho de defensa:

1. Las personas tienen derecho a que las actuaciones procedimentales por parte de los poderes públicos, incluidas las que se realicen por medios electrónicos, se lleven a cabo con todas las garantías de su derecho de defensa, incluida la accesibilidad universal.

2. Las personas tienen derecho al reconocimiento y ejercicio de las acciones que legalmente procedan frente a las vulneraciones de los derechos vinculados al derecho de defensa imputables a los poderes públicos.

3. Las personas trabajadoras tienen derecho a la indemnidad frente a las consecuencias desfavorables que pudieran sufrir por la realización de cualquier actuación conducente al ejercicio de sus derechos de defensa.

4. Las personas tienen derecho a conocer con transparencia los criterios de inteligencia artificial empleados por las plataformas digitales, incluidas las que facilitan la elección de profesionales de la abogacía, sociedades de intermediación y cualesquiera otras entidades o instituciones que presten servicios jurídicos.

57. Artículo 17.1 del ET «(...) Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

(Las Palmas) de 29 de agosto de 2019 (núm. 882/2019)⁵⁸, con motivo de despido de una trabajadora por disminución continuada y voluntaria de su rendimiento no justificada, tras la interposición de una denuncia ante la Inspección de Trabajo y una demanda impugnando la modificación de sus turnos de trabajo por quien era su pareja sentimental, trabajador de la empresa y miembro del comité de empresa, que concluyó con la reposición del trabajador a su condición previa. El ámbito subjetivo incluye a terceros como sujetos protegidos, como los testigos (STC 197/1998)⁵⁹.

La Ley de Defensa introduce una ampliación expresa del principio de indemnidad, y la extiende de manera explícita a terceros que mantengan una relación de afinidad o parentesco con la persona trabajadora⁶⁰. Incluye la posibilidad de represalias colaterales dirigidas al entorno del empleado, como el cónyuge, pareja de hecho o familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que trabajen en la misma empresa.

Un enfoque preventivo se advierte tras esta regulación que elimina factores de presión indirecta sobre los trabajadores, incluso hacia sus familiares. Refuerza así el entorno laboral; lo hace más seguro y equitativo no solo para la persona que ejerce sus derechos, sino también para quienes puedan estar vinculados a ella⁶¹.

2. Luces y sombras de la LO 5/2024

A) Garantía de indemnidad

La configuración del instituto jurídico denominado «garantía de indemnidad» experimenta un notable avance: de ser considerado una manifestación de la protección del derecho fundamental afectado, parece configurarse como un derecho fundamental autó-

-
58. La STSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 29 de agosto de 2019 (núm. 882/2019). Menciona la discriminación por asociación, pues los hechos «evidencian claramente un escenario indiciario de vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora, cuya discriminación viene anudada por asociación a la actividad sindical llevada a cabo por su pareja y representante social, actuando frente a la demandada mediante la utilización de denuncias ante la ITSS así como mediante la interposición de una acción judicial, que a la fecha de efectos del despido de la actora, todavía no se había conciliado, lo que se engarza también con la garantía de indemnidad que por asociación o vinculación se extendió a la trabajadora, por el hecho de ser pareja sentimental del representante social que mostraba un gran activismo sindical en la defensa de los derechos de los trabajadores en la empresa y de sus propios derechos laborales».
59. Sentencia TC 120/2006, de 24 de abril (BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2006) ECLI:ES:TC:2006:120.
60. El apartado 2 de la DA 3.^a de la LO 5/2024 extiende de forma expresa la protección «Dicha protección se extiende al cónyuge, pareja de hecho y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que presten servicios en la misma empresa, aun cuando éstos no hubieran realizado la actuación conducente al ejercicio de sus derechos».
61. Disposición adicional tercera. Protección de la garantía de indemnidad de las personas trabajadoras.
1. Las personas trabajadoras tienen derecho a la indemnidad frente a las consecuencias desfavorables que pudieran sufrir por la realización de cualquier actuación efectuada ante la empresa o ante una actuación administrativa o judicial destinada a la reclamación de sus derechos laborales, sea ésta realizada por ellas mismas o por sus representantes legales.

nomo. Esta construcción legal diverge en ciertos aspectos de la jurisprudencia constitucional, lo que genera incertidumbre.

El mero enunciado en derecho positivo permite que dicha garantía sea invocada, lo que hasta ahora era apenas un *desiderátum* invocable a través de otras sentencias innovadoras. Destaca el rol pedagógico que exhibe el derecho y promociona la ética de los negocios y la cadena de valor de la empresa que gestiona el capital humano, con respeto a la teoría de la capacidades y reconocimiento, y el trabajo como una forma de realización del proyecto vital, íntimamente relacionada con otros valores acuñados en los derechos fundamentales reconocidos por las sociedades como la salud y el bienestar laboral.

El problema se configura en torno a la prueba de la conexión entre la reclamación del trabajador y la represalia empresarial: el TC hace recaer sobre el empresario el peso de probar que su actuar tuvo una causa extraña a esa voluntad reactiva ante la dificultad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial sin que sea suficiente alegar la vulneración de un derecho fundamental.

Un principio de prueba puede ser la cercanía en el tiempo entre la acción del trabajador y la reacción del empresario como elemento idóneo para establecer la conexión (STC 140/2014, por todas)⁶². Establece una presunción cuando concurren decisiones posteriores a la reclamación. Determinar la consecuencia legal es el primer interrogante:

El legislador parece configurar la indemnidad como un derecho fundamental autónomo, pero no lo califica como tal, ni establece efectos de nulidad proclamados por la jurisprudencia constitucional en caso de vulneración de la garantía de indemnidad., por lo tanto, no cabe presumir tal efecto. Lo anterior no impide que si la reclamación se vincula con algún derecho fundamental y se utilice tal proceso para su cumplimiento considerándose nula la medida del empresario por vulneración de la garantía de indemnidad (art. 17 ET) o principio de igualdad y no discriminación.

Desde el punto de vista subjetivo, la DA 13.^a 2. extiende el ámbito de protección del derecho de indemnidad a terceros represaliados por la empresa por cercanía o afinidad con el trabajador reclamante. Se aplica la indemnidad «al cónyuge, pareja de hecho y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que presten servicios en la misma empresa, aun cuando éstos no hubieran realizado la actuación conducente al ejercicio de sus derechos». Denominado «represalia por asociación», el legislador va más allá que el TC, e incluso más allá del ámbito contractual de trabajo.

No obstante, la norma no articula una técnica de tutela procesal del derecho a la indemnidad y adolece de un tratamiento deficiente sobre el alcance de la actividad probatoria y la distribución de la carga de la prueba. Establecer la existencia de la lesión objetiva por consecuencias desfavorables sufridas por el trabajador represaliado, adquiere y aconseja el desplazamiento de esa carga al empresario.

El legislador orgánico olvida incluir a la persona expuesta al riesgo de represalia, como el testigo, lo que podría tener más influencia, si cabe, a la hora de impulsar reclamaciones por incumplimiento de deberes laborales; o, en otras palabras, contribuir al derecho de

62. Sentencia 140/2014, de 11 de septiembre (BOE núm. 243, de 07 de octubre de 2014) ECLI:ES:TC:2014:140.

defensa efectivo mediante prueba testifical sin efectos disuasorios. Lo anterior no debería invalidar los avances jurisprudenciales que sí han contemplado.

Y es que esta ley forma parte de otras normas aprobadas en el mismo tiempo. En tal sentido, cabe invocar las normas aprobadas en el ámbito de la lucha contra la corrupción y la ética de los negocios como las políticas de *compliance* o la más reciente doctrina *Whistleblower* (Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión), traspuesta por Ley 2/2023, de 20 de febrero, *reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, que establece la prohibición de arbitrariedad.

B) Gestión algorítmica y derecho laboral

La integración y aplicación de sistemas algorítmicos opacos en la toma de decisiones laborales no es un fenómeno neutro o meramente técnico, sino que afecta al equilibrio de la relación laboral y transforma las dinámicas de control y supervisión en las empresas⁶³. Operan bajo un régimen de opacidad funcional que impide conocer los fundamentos reales de las decisiones en lo que concierne a los trabajadores y/o sus representantes⁶⁴ sobre la falta de explicabilidad.

Esta automatización del poder de dirección empresarial, sin regulación adecuada, ataca la dignidad del trabajador y los principios rectores del Derecho del Trabajo. Se echa en falta alguna mención en la LO 5/024, —como la inversión de la carga de la prueba— para la defensa del trabajador en la que se configura como norma garantista respecto a uno de los derechos más básicos de la ciudadanía: el derecho de defensa.

La premisa de partida es que la tecnología no es neutra y que su uso en contextos laborales exige controles democráticos, transparencia efectiva y garantías jurídicas equivalentes, o superiores, a las de los modelos de gestión tradicional para evitar que los avances tecnológicos supongan un retroceso en derechos sociales.

El derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho deviene una garantía esencial y los órganos jurisdiccionales deben de ofrecer una respuesta razonada a las pretensiones del trabajador. La motivación forma parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva o resulta una forma indirecta de denegación de la justicia, como advierte el Tribunal Constitucional (por todas, sentencia 14/1993).

En este sentido, cabe mencionar el esfuerzo del legislador orgánico al incorporar en el artículo 3 (Contenido del derecho de defensa) el derecho a «que se dicte una resolución congruente y fundada en Derecho por la jueza o juez ordinario e imparcial predeterminado por la ley». También refuerza el derecho a servirse de los medios de prueba pertinentes, cuando el empleado carece de acceso directo a la documentación o información para probar los hechos que reclama.

63. PÉREZ REY, J. «Algoritmos y poder de dirección». Cit.

64. Concepto que refiere a aquellos sistemas de decisión automatizada cuyo funcionamiento interno es inaccesible, ininteligible o no auditable, ni por el sujeto afectado ni por el órgano jurisdiccional competente.

Las decisiones jurisprudenciales han incorporado el Reglamento europeo sobre IA como norma de aplicación directa. No obstante, su asunción o invocación por parte de la ley de Defensa hubiera impulsado la protección a los intereses de las personas empleadas o con expectativas de empleo, y dotar al proceso laboral de herramientas procesales acordes a los desafíos de la era digital. Ello sin perjuicio de invocar el «derecho a ser oído que incorpora la LO 5/024, en su artículo 7⁶⁵.

La amenaza sistémica que entrañan las cajas negras ha sido estudiada por la Doctrina⁶⁶. Tres tipos de opacidad algorítmica se combinan en un escenario de relevancia jurídica: el trabajador se enfrenta a decisiones automáticas, inapelables e incomprensibles y el sistema jurídico carece de herramientas efectivas para controlar su legalidad o constitucionalidad.

Una brecha estructural se abre donde la tecnología actúa como filtro final sin intervención humana⁶⁷. Altera el equilibrio de la relación laboral⁶⁸ y evoca la idea de una estructura opaca, que toma de decisiones sin que exista información clara sobre los criterios utilizados, los pesos asignados a cada variable o los datos empleados⁶⁹.

La trazabilidad de la decisión resulta comprometida cuando la empresa no garantiza la supervisión humana ni la accesibilidad de la lógica del sistema (artículo 20 ET), produciendo efectos desoladores sobre el derecho de defensa del trabajador: la pérdida de autonomía profesional y autoestima laboral, desde el punto de vista material, se traduce en la imposibilidad de ejercitar los derechos fundamentales, además del derecho a ser oído, formular alegaciones, contradecir los hechos o a recurrir con eficacia una sanción, desde el punto de vista jurídico.

65. Artículo 3. Contenido del derecho de defensa

1. El derecho de defensa comprende la prestación de asistencia letrada o asesoramiento en Derecho y la defensa de los intereses legítimos de la persona a través de los procedimientos previstos legalmente, así como el asesoramiento previo al eventual inicio de estos procedimientos.

2. El derecho de defensa incluye, en todo caso, el derecho al libre acceso a los tribunales de justicia, a un proceso sin dilaciones indebidas, a que se dicte una resolución congruente y fundada en Derecho por la jueza o juez ordinario e imparcial predeterminado por la ley, así como a la invariabilidad de las resoluciones firmes y a su ejecución en sus propios términos. El derecho de defensa incluye, también, las facultades precisas para conocer y oponerse a las pretensiones que se formulen de contrario, para utilizar los medios de prueba pertinentes en apoyo de las propias y al acceso a un proceso público con todas las garantías, sin que, en ningún caso, pueda producirse situación alguna de indefensión.

66. GOERLICH PESET, J. M. «Control algorítmico y relaciones laborales: desafíos para el Derecho del Trabajo». *Documentación Laboral*, (124), p. 33. 2021. «Las cajas negras constituyen una amenaza sistémica para el modelo garantista del Derecho del Trabajo, pues imposibilitan el control, la rendición de cuentas y el ejercicio de derechos individuales y colectivos.

67. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. «Un Estatuto Algorítmico para los trabajadores del siglo XXI». *Revista de Derecho Social*, (93), pp. 51-53. 2021.

68. Empleados de *Uber Eats* fueron desactivados sin aviso previo ni revisión personal, por incumplimiento de calidad basados en algoritmos que analizaban ratios (tiempo recogido, cancelaciones y supuestas conductas anómalas detectada automáticamente). La opacidad organizativa radica en la falta de revisión humana, lo que ha sido objeto de controversias.

69. GOERLICH PESET, J. M. «Control algorítmico y relaciones laborales». pp. 29-32.

Finalmente, el ejercicio efectivo de los derechos procesales⁷⁰ es burlado por el uso de sistemas automatizados opacos que distorsiona un modelo procesal con reglas específicas como una manifestación del principio de facilitación probatoria y la inversión de la carga en supuestos de discriminación o vulneración de derechos fundamentales (artículo 96 LRJS). La doctrina denuncia esta asimetría probatoria, proponiendo reducir la desigualdad técnica⁷¹. El juez no puede exigir una prueba negativa. Se aboga por la introducción de presunciones *iuris tantum* de ilicitud⁷².

Un criterio jurisprudencial que vincula la transparencia algorítmica con el derecho de defensa del trabajador se consolida, como la Sentencia del Juzgado del Social n.º 10 de Barcelona de 3 de febrero de 2024⁷³.

También se aboga por una regulación efectiva del uso de algoritmos en el entorno laboral que incluya el Derecho a la información algorítmica, el derecho a la explicación y a la revisión humana, Auditoría de algoritmos y trazabilidad, Evaluaciones de impacto jurídico-laboral, Participación de la representación legal de los trabajadores, Responsabilidad empresarial por decisiones algorítmicas y Régimen sancionador específico, al modo que el Reglamento de Inteligencia Artificial prevé un sistema de sanciones proporcionales, efectivas y disuasorias para los usuarios y proveedores de sistemas de alto riesgo⁷⁴.

Sin perjuicio de propuestas de reforma del artículo 96 de la LRJS, para incluir un deber expreso de transparencia probatorio cuando las decisiones empresariales se basen en sistemas algorítmicos⁷⁵.

La aplicación estricta del artículo 217 LEC deviene disfuncional el contexto de decisiones automatizadas, donde el trabajador no puede probar lo que desconoce y el juez no puede exigirle un esfuerzo probatorio que exceda sus posibilidades⁷⁶. En consecuencia, alguna adaptación procesal en el orden social encuentra refuerzo en la *Ley Reguladora*

70. GOERLICH PESET, J. M. «Control algorítmico y relaciones laborales», cit. pp. 30-35. 2021.

71. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. «La carga de la prueba en decisiones automatizadas de índole laboral». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 263, p. 201. 2021. «La opacidad algorítmica exige reformular la distribución de la carga probatoria, pues de lo contrario se traslada al trabajador la obligación imposible de desvelar un funcionamiento que escapa por completo a su conocimiento y control. En estos casos, el principio de tutela judicial efectiva obliga a exigir a la empresa un mayor esfuerzo justificador.

72. CARBONELL PORRAS, A. «IA y tutela judicial efectiva en el proceso laboral». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (270), pp. 35-36. 2023 «defiende la necesidad de introducir en el proceso laboral presunciones *iuris tantum* de ilicitud, de modo que, si la empresa no justifica el funcionamiento del sistema automatizado, se presume la existencia de vulneración de derechos.

73. Juzgado de lo Social núm. 10 de Barcelona. Sentencia de 3 de febrero de 2024 (ECLI:ES: JSO: 2024:123). El fallo declara nulo el despido de un trabajador decidido por un sistema automatizado sin la intervención o control humana ni la existencia de la posibilidad de réplica. Invoca el principio de transparencia y el derecho a la tutela judicial efectiva, del artículo 13 del reglamento europeo de IA (criterios de transparencia y suministro de información), artículo 14 (supervisión humana) y artículo 29 (obligaciones del usuario de alto riesgo).

74. CARBONELL PORRAS, A. «IA y tutela judicial efectiva en el proceso». Cit. pp. 32-38.

75. GOERLICH PESET, J. M. «Control algorítmico y relaciones laborales». cit. pp. 31-34.

76. CARBONELL PORRAS, A. «IA y tutela judicial efectiva en el proceso». Cit. pp. 34-36.

de la *Jurisdicción Social*, configuración específica y garantista de la carga probatoria para facilitar la prueba al trabajador en supuestos de discriminación, accidentes de trabajo o vulneración de derechos fundamentales^{77 78}.

La interpretación judicial flexible del régimen probatorio, a través de presunciones *juris tantum* de ilicitud cuando la empresa no aporte documentación sobre el sistema algorítmico utilizado podría equilibrar la desventaja. Sin perjuicio de reformas legislativas que refuercen el deber de transparencia tecnológica y trazabilidad probatoria en el ámbito del proceso laboral. Entraría en juego el principio de igualdad de armas, como el requerimiento de prueba documental a la empresa, facilitar el acceso a elementos probatorios esenciales (artículo 90 LRJS), según el Tribunal Constitucional (sentencia 56/2005)⁷⁹, para no obstaculizar el acceso a una prueba relevante.

V. Conclusiones

Algunas novedades introducidas por la LO 5/2024, como el reconocimiento expreso de la protección de las personas trabajadoras «frente a las consecuencias desfavorables por ejercer sus derechos de defensa mediante el instituto de la indemnidad constituye un avance para la defensa de los derechos fundamentales en material laboral.

El concepto judicial de la garantía de indemnidad experimenta un salto cualitativo y se configura como derecho, pese a no articular una técnica de tutela procesal específica.

La norma no articula una técnica de tutela procesal del derecho a la indemnidad y adolece de un tratamiento deficiente sobre el alcance de la actividad probatoria y la distribución de la carga de la prueba.

El legislador orgánico olvida incluir a la persona expuesta al riesgo de represalia, como el testigo, lo que podría tener más influencia, si cabe, a la hora de impulsar reclamaciones por incumplimiento de deberes laborales; o, en otras palabras, contribuir al derecho de defensa efectivo mediante prueba testifical sin efectos disuasorios.

El texto toma en consideración los avances tecnológicos. No obstante, aspectos como el impacto jurídico de la inteligencia artificial en el ámbito laboral, debido a las decisiones automatizadas adoptadas por «cajas negras algorítmicas» no reciben ninguna mención en concreto, sin perjuicio del derecho a ser oído.

77. Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la Jurisdicción Social* (BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011), en vigor desde el 12 de octubre de 2011.

El artículo 96 LRJS recoge mecanismos de inversión de la carga de la prueba, una vez aportados indicios razonables de trato discriminatorio o lesivo, por el trabajador, por lo que corresponde a la empresa acreditar la objetividad y proporcionalidad de la medida adoptada, sobre la posición de inferioridad informativa y procesal del trabajador y por el principio de protección reforzada.

78. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. «La carga de la prueba en decisiones». cit. p. 201.

79. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 56/2005, de 14 de marzo (FJ 5). BOE núm. 93, de 19 de abril de 2005.

La no explicabilidad emerge como problema jurídico: rompe el vínculo entre tecnología y Derecho, e imposibilita el control judicial ante la subordinación tecnológica a la gestión algorítmica.

Los derechos fundamentales y principios sobre los que se edifica el marco jurídico laboral pueden ser socavados en ausencia de control y revisión con presencia del factor humano que imposibilita la defensa de los derechos en un entorno laboral en constante cambio y ante nuevas amenazas que dificulta el derecho al trabajo, entendido como ámbito de realización y de impulso del interés general.

VI. Bibliografía

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS.** *Guía sobre el uso de la inteligencia artificial en el ámbito laboral y la protección de datos.* 2021. Disponible en: <https://www.aepd.es/guias>
- CARBONELL PORRAS, A.** «IA y tutela judicial efectiva en el proceso laboral». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 270. 2023.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL.** *La digitalización de la economía: efectos sobre el empleo y el trabajo.* Madrid. 2020.
- CORRAL A.** *La eficacia de los Derechos Fundamentales*, en F.J. BASTIDA FREIJIDO (dir). Thomson. 1997.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ LM.** *Sistema de derechos fundamentales.* Madrid, Thomson.
- HONNETH, A.** *La lucha por el reconocimiento.* Barcelona: Crítica. 1997.
- NUSSBAUM M.C., MOSQUERA, A. S.** *Crear capacidades.* Madrid: Paidós. 2012.
- BAYLOS, A.** *Algoritmos y relaciones laborales: un nuevo escenario para los derechos fundamentales.* Madrid: Trotta. 2019.
- DE LA VILLA, L. E.** *Despidos algorítmicos: entre la automatización y la indefensión.* *Temas Laborales*, (161). 2022.
- FERNÁNDEZ-FERNÁNDEZ, M.** «El sesgo algorítmico y la discriminación indirecta en el acceso al empleo». *Revista de Derecho Social*, (98), 45-62. 2022.
- GARCÍA MURCIA, J.** *Derecho del trabajo e inteligencia artificial.* Valencia: Tirant lo Blanch. 2021.
- GOERLICH PESET, J. M.** «Control algorítmico y relaciones laborales: desafíos para el Derecho del Trabajo». *Documentación Laboral*, (124). 2021.
- GOERLICH PESET, J. M.** «Control algorítmico y relaciones laborales». *Revista de Derecho Laboral*, (5). 2021.

- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.** *Derecho del Trabajo*. Parte General. Madrid: Tecnos. 2001.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.** *Estudios sobre el trabajo y la Constitución*. Madrid: Tecnos. 2003.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.** «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador». *Trabajo y Derecho*, 59, 1-17. 2019.
- PÉREZ REY, J.** *Trabajo, Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta. 2018.
- ROJO TORRECILLA, E.** (2022). *Inteligencia artificial, poder empresarial y garantías constitucionales*. Bomarzo, Albacete
- WOLFF, J; DE-SHALIT, A.** *Disadvantage*. Oxford University Press: Oxford Scholarship Online, 2010.
- VINCENZO, B.** - «Implicaciones de los derechos humanos en el derecho privado». *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N.º 22. pp. 14-57. 2025.

Legislación

- Ley 2/2023, de 20 de febrero, *reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Boletín Oficial del Estado, núm. 269, de 10 de noviembre de 1995. Art. 14.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*. Boletín Oficial del Estado, núm. 7, de 8 de enero de 2000.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*. Boletín Oficial del Estado, núm. 245, de 11 de octubre de 2011.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley del Estatuto de los Trabajadores*. Boletín Oficial del Estado, núm. 255, de 24 de octubre de 2015.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de *Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*. Boletín Oficial del Estado, núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.
- Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de *inteligencia artificial*. Diario Oficial de la Unión Europea, L 1689, 12 de julio de 20.

La continuidad de las empresas familiares desde el punto de vista del relevo generacional

THE CONTINUITY OF FAMILY BUSINESSES FROM THE PERSPECTIVE OF GENERATIONAL TRANSITION

Ania Granjo Ortiz

Profesora de Derecho Civil - Universitat de València

Ania.Granjo@uv.es

RESUMEN

La importancia de las empresas familiares a día de hoy es incuestionable: representan, entre otros datos, el 92,4 % de los negocios españoles y generan el 70 % del empleo privado, pero sólo 1,2 % de los mismos alcanza la 3.^a y siguientes generaciones. Los factores de esta altísima mortandad son variados, pero, entre ellos, la carencia de una adecuada sucesión programada mediante un Protocolo Familiar y la falta de continuidad generacional, sin duda, son las más importantes y acuciantes. Pero ¿por qué los jóvenes actuales no desean continuar con el negocio familiar y prefieren prestar su *Know How* a empresas ajenas en vez de revertirlo en la propia? A lo largo de este trabajo daremos respuestas a este interrogante a fin de arrojar luz y construir puentes de entendimiento intergeneracional.

PALABRAS CLAVE

Empresa familiar, protocolo familiar, sucesión, continuidad, relevo generacional.

ABSTRACT

The importance of family businesses today is unquestionable: they represent, among other data, 92.4 % of Spanish businesses and generate 70 % of private employment, but only 1.2 % of them reach the 3rd generation and beyond. The factors behind this extremely high mortality rate are varied, but among them, the lack of an adequate succession plan through a Family Protocol and the lack of generational continuity are undoubtedly the most important and pressing. But why do today's young people not wish to continue with the family business and prefer to lend their know-how to external companies instead of investing it back into their own? Throughout this work, we will provide answers to this question in order to shed light and build bridges of intergenerational understanding.

KEY WORDS

Family business, family protocol, succession, continuity, generational change.

SUMARIO

I. EL VALOR DE LOS NEGOCIOS FAMILIARES EN ESPAÑA. 1. Concepto de empresa familiar. 2. Elementos que la conforman. 3. La empresa familiar en cifras. II. PRINCIPALES RETOS Y DESAFÍOS QUE ATRAVIESAN LAS EMPRESAS FAMILIARES EN LA ACTUALIDAD EN ARAS A SU CONTINUIDAD. 1. Carencia de continuidad programa. Falta de Protocolo Familiar. 2. El Protocolo familiar y sus principales documentos complementarios: Las capitulaciones matrimoniales y los testamentos. III. EL RELEVO GENERACIONAL. OPINIÓN DE LOS JÓVENES. 1. Motivos a favor de continuar en el negocio familiar. 2. Razones en contra. 3. Aportaciones de los jóvenes en pro de la continuidad del legado familiar. IV. CONCLUSIONES. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. El valor de los negocios familiares en España

Para comenzar este artículo debemos poner en valor el alcance que representan las empresas familiares para la economía mundial, aunque, nos vamos a centrar en nuestro país por razones de extensión del presente. Para ello, definir su concepto y analizar las más recientes estadísticas, nos ofrecerá un panorama bastante claro de la importancia que abordamos en este trabajo.

1. Concepto de empresa familiar

Desde hace mucho tiempo, la doctrina más especializada en la materia viene a coincidir en los elementos y características de la misma, sin que existiera, *stricto sensu*, un verdadero consenso conceptual, porque, como bien señala el informe de la **PONENCIA DEL SENADO**, en coincidencia con la susodicha doctrina generalizada, es de la carencia de un concepto propio — de «un fantasma del Derecho»¹.

Al efecto, **COBAS** apunta que «que la definición de la empresa familiar constituye un reto, porque el marco conceptual en torno a la misma es disperso y carece de sistematicidad, a pesar de los intentos de la doctrina en ofrecer un espacio unificador a esta materia»².

Es por ello que son muchas las definiciones que de la empresa familiar ofrecen los investigadores y estudiosos de esta materia. De hecho, es el propio **IBÁÑEZ** quien afirma que es un «modelo de negocio en constante redefinición»³. También es conceptualizada como «aquella cuyo patrimonio o capital pertenece íntegramente a una persona o grupo

1. *Informe ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar. Sección de Publicaciones. BOCG, Senado, Serie I, NÚM. 312, 23 de noviembre de 2001. Secretaría General del Senado. Dirección de Estudios y Documentación. Madrid, 2002, p. 69.*
2. **COBAS COBIELLA, M. E.** *La empresa familiar en España y el trabajador por cuenta propia en Cuba. Aproximación al estudio.* Cuestiones Jurídicas de la Empresa Familiar en España y Cuba. Ed. Aranzadi. 2016. P.29.
3. **IBÁÑEZ TURMO, C.** «Empresa familiar: un modelo de negocio en constante redefinición». *KPGM Tendencias*. 12.02.2025. <https://www.tendencias.kpmg.es/2025/02/empresa-familiar-modelo-negocio-constante-redefinicion/>

de personas unidas por los vínculos que se generan con el matrimonio o por el parentesco, pero que se funda por y para la familia»⁴.

Remontándonos al año 2002, el citado informe de la Cámara Baja venía a afirmar que, pese a los elementos diferenciadores con las PYMES y en coincidencia con PÉREZ-FADÓN, «la inmensa mayoría de las "empresas familiares" son, también, PYMES y que casi todas éstas son, a su vez, "empresas familiares"»⁵.

Por su parte, GRANJO la define como aquella «organización económica, unipersonal o societaria, dedicada a una actividad comercial o prestación de servicios, con clara vinculación familiar por lazos afectivos de consanguinidad y/o afinidad, y/o convivencial, que ostentan la mayoría o la totalidad del control de la empresa y lo ejercen con participación activa en los órganos decisorios de gestión y administración y con una clara vocación de continuidad sustentada en una filosofía propia caracterizadora del fundador»⁶.

Avanzando en el tiempo, y dada las voces que aclamaban un concepto de empresa familiar, un grupo de expertos de la Unión Europea elaboró un informe en 2009 *Final report of the experts Group overview of family business relevant issues* «en el que se esbozaba una primera definición de empresa familiar que, con el tiempo, fue asumida por las instituciones europeas y recogida en su página web»⁷.

Años más tarde, concretamente en 2015, el Parlamento Europeo advierte de la importancia significativa de esta carencia definitoria común con estas palabras esgrimidas en su Considerando I: «en ausencia de una definición, no es posible recabar datos comparables en los distintos Estados miembros de la UE a fin de llamar la atención sobre la situación y los logros económicos específicos de las empresas familiares; que esta falta de datos fiables y comparables puede trabar la adopción de decisiones políticas e impedir que se atiendan las necesidades de las empresas familiares»⁸.

Todo ello cristalizó en una Resolución de la citada Institución Europea, de 8 de septiembre de 2015, sobre las empresas familiares en Europa⁹ y su importancia, valores y desafíos, «que proponga al Parlamento Europeo y a los Estados miembros una definición viable desde el punto de vista estadístico a escala europea del concepto de «empresa familiar»¹⁰, y por el que tenemos una definición de empresa familiar que ha sido aceptada en el ámbito europeo:

4. COBAS. Ob. Cit. P. 32.

5. PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J. *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*. Ciss. Bilbao, 2005. P. 21.

6. GRANJO ORTIZ, A. *Arbitraje y empresa familiar desde el Derecho de familia, la Unión europea y la Diplomacia Económica Internacional. El método Arbicof*. Tesis doctoral. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=76680>

7. INSTITUTO DE EMPRESA FAMILIAR. *¿Qué es una empresa familiar?*.14.1.2020. <https://www.iefamiliar.com/que-es-una-empresa-familiar/>

8. Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre las empresas familiares en Europa (2014/2210(INI)) (OJ C, C/316, 22.09.2017, P.2. CELEX: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52015IP0290>).

9. Res. Pe. Cit. p. 57.

10. Res. Pe. Cit. P. 6.

«aquella en la que: La mayoría de las acciones con derecho a voto, directo o indirecto, son propiedad de la familia que fundó la compañía y al menos un representante de la familia o pariente participa en la gestión o gobierno de la compañía. En el caso de las compañías cotizadas, por sus especiales circunstancias, se las considera empresa familiar si la persona que fundó o adquirió la compañía (su capital social), o sus familiares o descendientes poseen el 25 % de los derechos de voto a los que da derecho el capital social»¹¹.

Dando un paso más en el tiempo y ya en nuestro ámbito nacional, en 2017 se promulga el RD sobre Publicidad de los Protocolos Familiares que viene a definirlos como como «aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son consanguíneas o afines entre sí»¹².

Este concepto queda algo corto, a nuestro parecer, por cuanto que el legislador deja fuera del concepto de los lazos familiares afectivos a las «parejas de hecho» que tienen un tratamiento análogo en el Derecho Civil y de la Familia a las parejas matrimoniales¹³.

2. Elementos que la conforman

Como podemos constatar, en la propia definición se hallan los elementos caracterizadores y diferenciadores que definen y conforman a las empresas familiares.

Son precisamente esos elementos distintivos de las no familiares las que las hacen específicas a todos los niveles. Para el IEF reside, principalmente, en «en su estrecha vinculación con un grupo familiar, que ejerce una influencia directa en su dirección y administración. Su vocación de permanencia y la visión de largo plazo explican algunas de sus principales características diferenciadoras»¹⁴. Advirtamos que la continuidad y la visión futurista forman parte de su ADN.

Pasemos ahora a resumir y comentar sus características definitorias que advierte el IEF¹⁵:

A) *Vocación de continuidad*. Lo que supone que está en el ideario y corazón de los fundadores, inicialmente y casi a lo largo de toda su vida, el deseo o anhelo de que su nego-

11. SASTRE, E. *¿Qué es una empresa familiar?*. Instituto de Empresa Familiar. 14.1.2020. <https://www.iefamiliar.com/que-es-una-empresa-familiar/>

12. RD 71/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd171-2007.html#a3, Preámbulo, p. 1.

13. Hemos de tener en cuenta que existen hoy en día muchas parejas de hecho formadas por un miembro integrante de una EF con otro no familiar y que, a veces, no pueden contraer matrimonio por la existencia de un vínculo matrimonial anterior aún no disuelto en derecho.

14. IEF. *La empresa familiar. Las empresas familiares son las raíces y el tronco de nuestra economía, garantizando la estabilidad, el desarrollo y el estado de bienestar*. <https://www.iefamiliar.com/la-empresa-familiar/>

15. IEF. *La empresa familiar. Las empresas familiares son las raíces y el tronco de nuestra economía, garantizando la estabilidad, el desarrollo y el estado de bienestar*. <https://www.iefamiliar.com/la-empresa-familiar/>

cio familiar creado por él lo continúen sus vástagos, nietos y demás sucesores familiares. Cosa distinta es que las circunstancias *ad hoc* no lo hagan posible.

B) Prioridad del negocio frente al reparto de beneficios. Si bien es cierto que esto les proporcionan una mayor estabilidad económica a la mercantil, también un menor índice de endeudamiento bancario, es un elemento éste muy disuasorio para los miembros familiares de estos negocios que trabajan muy duro, sin prácticamente horas de descanso —tanto mental como físicamente— para que al final de año y a veces por ejercicios sucesivos no perciban los beneficios que les corresponderían siendo que las arcas de la empresa están muy saneadas.

Todo ello, normalmente, se debe al deseo del dirigente de reinvertir constantemente en la misma. Esta política, hace, entre otros factores, que muchos sucesores y miembros familiares no deseen continuar trabajando en la familiar y prefiere hacerlo para otra ajena a la misma, a veces, hasta en una de la competencia.

C) Sentimiento de pertenencia. Este es un fuerte punto de anclaje para los miembros de las mismas y hace que les conviertan en mercantiles más confiables y seguras. De hecho, esta sensación gregaria une a los miembros de las mismas cuando las situaciones se hallan bien avenidas y los conflictos son casi irrelevantes. Elemento que, asimismo, argumentan los jóvenes a favor para continuar la actividad empresarial de sus antecesores y que trataremos más adelante.

D) Autofinanciación. Constituye ésta un arma de doble filo, porque, si bien, por una parte, les permite menos endeudamiento externo con el ahorro considerable de intereses bancarios, también lo es que las familias apenas disponen de ahorros propios puesto que, además de no repartir beneficios, se utilizan dichos fondos personales para reinvertirlos en el negocio consiguiendo, con ello, una descapitalización de las economías privadas familiares situándolas en un riesgo considerable ante imprevistos en el ámbito de la economía doméstica de las familias y en casi absoluta dependencia de la buena marcha de la empresa familiar.

E) Longevidad. En efecto, las empresas familiares suelen ser más duraderas que las no familiares, pues mientras las primeras tienen una media de 33 años, las segundas, es de 12 años. Razones para ello son múltiples: Las no familiares cuando advierten pérdidas del negocio no dudan en vender/traspasar/cerrar o fusionarse mientras que las familiares suelen aguantar más en los períodos de crisis. El endeudamiento financiero bancario de las no familiares también conlleva, en muchos casos, al cierre del negocio. Ya vimos que a las familiares esto no les ocurre tan a menudo, precisamente, su esa autofinanciación que aludíamos en el apartado precedente.

En la misma línea señala CUESTA «considero que la Empresa Familiar, en función de las dos características básicas que la definen, esto es, la identidad entre propiedad y gestión y la vocación de permanencia a largo plazo, puede proporcionar a la sociedad determinadas utilidades con más facilidad que las empresas no familiares»¹⁶.

16. CUESTA LÓPEZ, J.V. *Mecanismos jurídicos para la defensa de la Empresa Familiar. Restricciones a la libre transmisibilidad de acciones en la Sociedad Anónima*. OPVI Organismo Público Valenciano de Investigación. 2001. P. 58.

3. La empresa familiar en cifras

El valor de las empresas familiares ya lo recogió la resolución del Parlamento Europeo, en su considerando H, cuando resaltaba todas las aportaciones que este tipo de negocios aportan a las sociedades europeas puesto que están revestidas de valores y características tan específicas y determinadas que ayudan al crecimiento y evolución del mercado europeo. Así se expresa dicho documento:

«las empresas familiares se perciben como portadoras de un alto nivel de integridad y de valores que orientan su actividad empresarial, e introducen un grado elevado de responsabilidad social en relación con sus empleados y el medio ambiente, lo cual contribuye a crear un entorno propicio a la conciliación de la vida familiar y laboral; que las empresas familiares suelen garantizar la transmisión de conocimientos especializados y competencias, y desempeñan en algunos casos un importante papel de cohesión social»¹⁷.

Su importancia la ofrece arrolladoramente las cifras. Según los datos estadísticos de que disponemos más recientes (abril 2025) tenemos que: «las empresas familiares representan el 92,4 % de las empresas en España, generan el 70 % del empleo privado, un total de más de 10,2 millones de trabajadores, y suponen el 57,8 % del VAB privado (Valor Añadido Bruto)»¹⁸. Asimismo, ha crecido 3,6 puntos y suman 1,1 millones de sociedades.

También nos hacemos eco de los importantes datos estadísticos que arrojan los estudios respecto a la brecha de género, a lo que hemos de señalar que aún hoy día la participación de la mujer en el gobierno corporativo de estas empresas —si bien en los últimos años ha subido de forma muy significativa— aún queda un largo camino por recorrer hasta lograr la deseada paridad meritatoria. De hecho, en la actualidad la participación de éstas es del 21 % frente al 79 % de los hombres otras¹⁹. Las razones son varias, pero, entre ellas, resaltamos las siguientes:

- a) *La conciliación familiar*. En efecto, éste es un obstáculo aún no resuelto definitivamente. Falta aún mucho camino que recorrer al respecto. Además, sería necesario que las empresas dispusieran de guarderías con personal especializado (puericultores, educadores infantiles, etc.) para que pudieran hacerse cargo de los hijos pequeños a fin de que la madre pueda trabajar con cierta tranquilidad y seguridad al saber que su vástago está a pocos metros de ella.
- b) *Priorizar la familia a la carrera profesional*. Ciertamente, aún hay un buen número de féminas que optan por priorizar la dedicación a la familia dejando de lado a ascensos profesionales. Opción totalmente válida y aceptable pero que, indiscutiblemente, forma parte de las estadísticas.

17. PF. Ob. Cit. P. 2.

18. ADEFAM. Informe «Relevancia y supervivencia de la Empresa Familiar». La Empresa Familiar en España 2025. 25.4.2025. <https://adefam.com/informe-relevancia-y-supervivencia-de-la-empresa-familiar-la-empresa-familiar-en-espana-2025/>

19. IEF. «Gobierno corporativo en la empresa familiar». <https://www.iefamiliar.com/la-empresa-familiar/cifras/gobierno-corporativo/>

- c) *Falta de la necesaria paridad en los puestos de trabajo de alta dirección.* Lamentablemente, aún hoy día, existen empresas que no respetan la mencionada igualdad. También debemos tener en cuentas que, asimismo, hay negocios cuyo objeto social es más bien de corte «masculino» y que los empresarios se encuentran con verdaderas dificultades para poder contratar perfiles femeninos requeridos con la capacitación específica necesaria para el puesto.

Otra razón es que a algunos de esos puestos de trabajo no se presentan mujeres o no lo hacen con el perfil y requisitos precisados en la oferta laboral. En estos últimos casos, los contratantes se ven abocados a contratar candidaturas masculinas presentadas y que hayan superado las pruebas de selección.

A nivel internacional las cifras no difieren mucho. Según datos referidos a 2023 «Las 500 empresas familiares más grandes generan colectivamente 8.02 billones de dólares de ingresos y emplean a 24,5 millones de personas en todo el mundo. La entrada de nuevos participantes, principalmente de Europa (35 %), es mayoritariamente pública (62 %). Casi la mitad (47 %) son de manufactura, lo que refleja la recuperación en el sector y las mujeres ocupan solo el 23 % de los asientos de la junta directiva, lo que indica que se necesita hacer más para cerrar la brecha»²⁰.

II. Principales retos y desafíos que atraviesan las empresas familiares en la actualidad en aras a su continuidad

Como venimos mencionando, la falta de relevo generacional es una de las causas importantes de la mortandad de estos negocios familiares. La realidad es que aún sigue siendo muy bajo el porcentaje de supervivencia generacional, pese a que el mencionado estudio indica que «el 29,3 % ha superado al menos un relevo generacional, y el 1,2 % pertenece ya a la tercera o posteriores generaciones»²¹. Además de éste, algunos otros de los factores que encierran esta alta mortalidad los podemos hallarlos en:

1. *Cierre por falta de reinversión en la empresa debido a la descapitalización por exceso de reparto de beneficios.* Esta es la cruz de la moneda que analizábamos en un apartado anterior: En efecto, el hecho de repartir sistemáticamente el exceso sobrante del legal exigido, hace que la propia empresa se quede sin apenas fondo económico para poder atender a posibles eventualidades o momentos de crisis económica en los que pueda verse envuelta y puede abocarse a un cierre del negocio. La solución, obviamente, pasa por un equilibrio entre el fondo y el reparto de ganancias.
2. *Falta de actualización e internalización.* Esto pasa cuando algunas mercantiles familiares se anclan en modelos de negocios poco o nada competitivos en los mercados

20. EY. «Cómo las empresas familiares más grandes están superando el crecimiento económico global». https://www.ey.com/es_py/insights/family-enterprise/family-business-index

21. ADEFAM. Inf. Cit.

actuales cada vez más exigentes. El imparable avance tecnológico de la IA junto a la necesaria y conveniente internalización de los negocios —a la búsqueda o bien de ampliar el propio o de buscar nuevos nichos de mercados para expandirse— hace que muchas empresas se queden obsoletas y desmarcadas del flujo mercantil y cuyos efectos se ven claramente reflejados en los productos poco competitivos que ofrecen, en muchos casos. Las empresas son entes vivos que están en constante evolución. Y esta es una premisa que debe, siempre, tenerse en cuenta para abordar sus desafíos y aplicando soluciones a los mismos.

3. *Mantener el legado familiar.* Este es, sin duda, otro de los grandes desafíos que enfrentan estas mercantiles. De hecho, GARCÍA, haciéndose eco del informe que elabora KPGM, nos ayuda a entender claramente, en este punto, con sus cifras y edades, claramente, la situación actual.

«A nivel global el 78 % de las empresas familiares en España consideran el legado como un elemento clave. En otros países encuestados es el 53 %. La generación silenciosa (1925-45) apuesta por construir un legado basado en la cohesión familiar, afianzando los lazos familiares para el éxito en la continuidad del negocio. Por otro lado, la generación del baby-boom (1946-1964) y la generación X (1965-1980) orientan su legado hacia la preservación y transmisión del patrimonio familiar. Los baby-boomers resaltan el impacto positivo de la sostenibilidad en el legado, mientras que la generación X valora tanto el ámbito financiero como el sostenible como pilares fundamentales. En cuanto a los millennials (1981-1996) y la generación Z (1997 en adelante), se enfocan en el desempeño financiero y el compromiso con el linaje. Las empresas españolas, específicamente, priorizan estos aspectos, mientras que a nivel global se observa un enfoque mayor en los valores familiares como elementos esenciales del legado. El informe revela también que las empresas que fortalecen sus activos financieros y fomentan la responsabilidad social y la sucesión obtienen mejores resultados. A nivel mundial, el 45 % de las empresas familiares confirma la importancia de estos aspectos, aunque en España el porcentaje es ligeramente menor, con un 42 %»²².

De estas cifras podemos deducir, claramente que, si bien, todos coinciden en la importancia del legado familiar y su transmisión a generaciones futuras, cada uno, dependiendo de la edad, considera importantes unos elementos que lo conforman frente a otros, pero si nos damos cuenta con cada generación aumentan las responsabilidades sociales otorgando importancia a la sostenibilidad frente a las generaciones muy anteriores.

Ello hace que, no sólo se aumenta la Responsabilidad Social Corporativa, sino que hacen de la preservación del Medio Ambiente en sus productos signos de competencia ecológica diferenciadora en los mercados aportando valor y consolidando sus marcas en posiciones más ventajosas y competitivas frente a las empresas que no tengan en su ADN tales premisas, acorde a los tiempos y políticas nacionales e internacionales en las que estamos inmersos.

22. GARCÍA, N. «Empresas familiares sin plan de sucesión: el 67 % no asegura su continuidad». *El Economista.es*. 13.12.2024. <https://www.economista.es/economia/noticias/13027100/10/24/empresas-familiares-sin-plan-de-sucesion-el-67-no-asegura-su-continuidad.html>

1. Carencia de continuidad programada. Falta del protocolo familiar

Los conflictos familiares que provoca el entrecruzamiento de los 3 círculos empresa-propiedad-familia conduce en no pocas ocasiones al cierre o venta del negocio familiar. Señalemos algunos de ellos:

- a) La falta de definición de puestos de trabajos, por carencia de un buen Protocolo Familiar donde estas circunstancias queden claramente definidas para evitar roces, mal ambiente labores, y evitar la fuga de talento familiar y, muchas veces, el cierre.
- b) Indeterminación de los requisitos para el acceso a los puestos de dirección. La lucha por estos cargos. La falta de objetividad y preparación para ellos en ocasiones origina muchas fricciones que podrían, asimismo, evitarse con la mencionada hoja de ruta llamada Protocolo Familiar.
- c) La modernización o captación/retención del talento. En esta línea se manifiesta la Razón cuando dice «uno de los principales retos a los que se enfrentan las empresas para su modernización es la captación y retención de talento. Así lo asegura el 55 % de los encuestados. Tras este, los otros desafíos de futuro que preocupan a los empresarios son la digitalización e inteligencia artificial (52 %) y la innovación y desarrollo de nuevos productos (44 %)»²³.
- d) La digitalización, la implementación de la IA en todas las esferas empresariales para lograr ser más competitivos es fundamental.
- e) Finalmente, y muy importante, se hace preciso un relevo regulado, pactado y consensuado para conseguir la continuidad de los negocios familiares con éxito en lo familiar y en lo empresarial. En este punto, reiteramos que el Protocolo Familiar ha demostrado ser el instrumento más eficaz para ello. A este importante documento nos vamos a referir a continuación.

2. El Protocolo Familiar y sus principales documentos complementarios: Las capitulaciones matrimoniales y los testamentos

Sabido es, por los que nos dedicamos al estudio e investigación de los medios existentes para ayudar a las empresas familiares a conseguir su hallada continuidad, que programar con tiempo y estructuradamente esa sucesión es absolutamente necesario. Y en este camino, sin duda alguna, el Protocolo Familiar es el instrumento más adecuado para ello. Pero ¿qué es y en qué ayuda?

CORONA lo define como «el resultado de la combinación de muchos aspectos- psicológicos, económicos, jurídicos y sucesorios —que se viven y se plantean en cada caso de

23. GARROTE, A. «Las empresas familiares prevén que solo cuatro de cada diez aumentarán su plantilla en 2025». *La Razón. Economía*. 21.10.2024. https://www.larazon.es/economia/empresas-familiares-preven-que-solo-cuatro-cada-diez-aumentaran-plantilla-2025_20241021671655e-fe2e54f000187ea20.html

manera diferente—»²⁴. GALLO, lo definió hace 25 años como «un conjunto de objetivos de la familia y de la empresa, y de reglas que gobiernan la relación entre las personas que, de acuerdo con el conocido modelo de los tres círculos, se encuentran en los tres subsistemas que coexisten en una empresa familiar (los propietarios, los directivos y mandos y los miembros de la familia)»²⁵.

Por su parte, la Ponencia del Senado lo conceptuó como «acuerdo documentado que define el marco de desarrollo y las reglas de actuación y comportamiento entre la empresa familiar y su propiedad»²⁶. La definición legal la hallamos en el RD 171/2007 – sobre Publicidad del protocolo Familiar que lo conceptuó como «aquél conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad»²⁷.

Finalmente, GRANJO lo definió como «el documento general marco, vivo y articulado desarrollado a través de *subprotocolos* específicos a las necesidades de la empresa familiar concreta, a fin de regular sus relaciones *mercafamiliares*²⁸ en evitación y/o solución de conflictos y asegurar con ello la continuidad y sucesión de las Empresas Familiares»²⁹.

En definitiva, el Protocolo Familiar es el documento marco que sirve de guía o referencia a las empresas familiares para ayudarles en el camino de la sucesión/continuidad de una forma reglada, pacífica y eficaz. Su contenido se debe ajustar a las circunstancias de la cada negocio y cada familia constituyendo, pues, un *traje a medida* de los mismos que ayuda, asimismo, a prevenir y/o a marcar el camino de las soluciones a los posibles conflictos que puedan surgir en sede de estas mercantiles de forma pacífica para el bien de la familia y la familiar, aunque, como bien dice MORENO UTRILLA, en consonancia con la doctrina, que si bien cada PF será distinto en función de las particularidades y circunstancias de cada EF, si estima que deberían figurar unas materias comunes como los «aspectos institucionales; los relativos al gobierno y gestión de la empresa; los relacionados con la familia; y los instrumentales»³⁰. Del contenido de este importante documento trato en otros artículos.

Pero, sabido es también que tanto los futuros divorcios como los decesos que se produzcan de los miembros pertenecientes a este tipo de empresas afecta, y mucho,

24. CORONA, J Y OTROS. *Manual de la Empresa Familiar*. Ed. Deusto. Año 2005. Pág. 467.

25. GALLO, M.A. Y TOMASELLI, S. *Protocolo Familiar: Sus resultados*. Ed: Fundación Rafael Escolá. Año 2006. Pág. 10.

26. SENADO. *Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la Empresa Familiar*. Secretaría General del Senado. Dirección de Estudios y Documentación. Departamento de Publicaciones. Madrid. Año 2002. Pág. 96.

27. Ex art. 2.1. Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-5587>

28. Término acuñado por Granjo en su tesis doctoral referido al binomio: empresa familiar-familia.

29. GRANJO ORTIZ, A. *Arbitraje, protocolo y empresa familiar, desde el derecho de familia, la Unión Europea y la diplomacia económica internacional. el método Arbicof*. Tesis doctoral. Universitat de València. Año 2015. Pág. 178. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=76680>

30. MORENO UTRILLA, D. «El Protocolo Familiar y II». *Economía & Empleo* 25 de enero de 2004. Pág. 1.

al buen funcionamiento de la misma. Para ello, se hace de todo punto conveniente/necesario complementar, minimamente, el Protocolo Familiar con unos documentos anejos o complementarios de gran valor como son: las capitulaciones matrimoniales y los testamentos de los miembros de las mismas acorde al protocolo. Estos documentos no son el tema central de este trabajo, pero sí vamos a referirnos a ellos someramente a continuación.

En cuanto a las llamadas *capitulaciones matrimoniales*, la manifestación de esta autonomía de la voluntad queda claramente patente para confirmar que este documento es un eficaz y garantista medio para la regulación de las relaciones patrimoniales del futuro matrimonio constituyendo, a su vez, una vía muy recomendable y previsor a la hora de regular las condiciones por las que se regirán las relaciones de los mismos en el supuesto de una separación, nulidad o divorcio de la pareja, redundando en la evitación de posteriores conflictos para la empresa familiar.

En palabras del notario **BORRELL** «las capitulaciones matrimoniales pueden ser una herramienta auxiliar de la empresa, de extensísima eficacia práctica, mediante la libre configuración del régimen económico matrimonial al amparo del principio de la autonomía de la voluntad»³¹. Por su parte **REYES LÓPEZ**, las concibe como un «valioso instrumento para consolidar la economía familiar; conservar la empresa y proyectar su continuidad a las generaciones venideras»³².

Puntualizar que en la actualidad estas capitulaciones pueden otorgarse, en virtud del art. 1326 del Código Civil, antes o después del matrimonio, si bien todo lo estipulado en función del futuro enlace entrará en vigor al celebrarse el enlace siempre que se realice dentro del año desde su otorgamiento, quedando sin efecto en caso de incumplirse dicho plazo, ex art. 1334 del código sustantivo civil.

Decir que, por su eficacia legal y publicidad registral, al ser un documento *ad solemnitatem*, debe otorgarse en escritura pública³³ siendo nula cualquier estipulación contraria a las leyes o las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge»³⁴. Su variedad de contenido, típico y atípico, lo hacen un documento muy útil y valioso para los fines continuistas empresariales indicados y que complementa al protocolo familiar.

En cuanto a los *testamentos*, decía **DE AGUIAR** que «*Si el hombre es él y su circunstancia: personal, familiar, patrimonial, el testamento es su expresión más decantada*»³⁵. Al hilo, **LLOPIS GINER** señala que «la sucesión testamentaria es el medio más adecuado y legal-

31. **BORRELL GARCÍA, J.** «Capitulaciones matrimoniales y empresa familiar. La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales». Ed. Thomson Aranzadi. *Revista de Derecho Patrimonial*, n. 11. Año 2004. Pág. 32.

32. **REYES LÓPEZ, M.J.** «La influencia del régimen económico del matrimonio en la empresa familiar. La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales». Ed. Thomson Aranzadi. *Revista de Derecho Patrimonial*, n. 11. Año 2004. Pág. 74.

33. Arts. 1327 y 1280.3 CC.

34. Art. 1328 CC.

35. **DE AGUIAR, E.** «Beneficios fiscales en la empresa familiar: Patrimonio y sucesiones». *Colección de Estudios e Informes*, núm. 12. LA CAIXA. 1998. Pág. 105.

mente admitido por el que el causante puede disponer de sus bienes y adjudicárselos a quien pueda interesarle»³⁶.

No nos vamos a extender aquí, pero si resulta necesario indicar que realizar los testamentos pudiendo hacer las disposiciones testamentarias más favorables a la continuidad de la empresa familiar es preciso si se quiere evitar futuros problemas porque como dice el jurista romano **SCÉVOLA** «el que puede disponer de sus bienes *mortis causa* a favor de las personas que estime más conveniente, respetando los límites determinados en este artículo, bien puede asimismo señalar los objetos, elegir los bienes con que quiera hacer merced a sus herederos y legatarios»³⁷.

Testando podemos realizar distintos pactos convenientes como, entre otros:

- a) Pactos para la conservación del patrimonio del negocio familiar.
- b) *Para la elección del foro competencial a la hora de dilucidar la sucesión mortis causa con Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012*³⁸.
- c) Pactos para la limitación impuesta a los herederos como las prohibiciones de disponer.
- d) Pactar cláusulas de resolución extrajudicial de conflictos para la resolución de los problemas que pudieran surgir, etc.
- e) *Posible desheredación por maltrato psicológico en base a la doctrina del magistrado ORDUÑA MORENO*³⁹.

Pasemos ahora a analizar el tema central de este trabajo cuál es saber los argumentos de los jóvenes en torno a la continuidad o no con la empresa familiar. Estas razones y/o motivos son muy importantes porque debemos tener en cuenta la alta mortandad de estas mercantiles familiares —cuyas cifras son elocuentes y las estudiamos en apartados precedentes— y que una de sus principales causas es la falta de sucesión.

III. El relevo generacional. Opinión de los jóvenes

Inicialmente, conviene señalar la alta cualificación profesionalmente que poseen hoy día los sucesores jóvenes de estas mercantiles familiares. De hecho, el 52 % de los miembros que participan en los órganos de gobierno y/o dirección poseen estudios universitarios⁴⁰.

36. LLOPIS GINER, J.M. «La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil». Obra colectiva *La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2004. Pág. 54.

37. SCÉVOLA, Mucio. *Código Civil comentado y concordado extensamente*. Tomo XVII. Madrid. Año 1901.

38. En vigor desde el 17 de agosto de 2015.

39. ORDUÑA MORENO, F.J. Sentencia Civil N.º 258/2014, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, Rec. 1212/2012 de 03 de junio, de 2014. N.º de sentencia: 258/2014. Id. Cendoj: 28079110012014100297. Y N.º de Resolución: 59/2015, N.º de Recurso: 2199/2013, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Id Cendoj: 28079110012015100082.

40. IEF. Ob. cit. <https://www.iefamiliar.com/la-empresa-familiar/cifras/gobierno-corporativo/>

Analicemos ahora los motivos que empujan a estos jóvenes a continuar el legado familiar. Señalemos algunos de ellos, sin que ello suponga una suerte de *lista cerrada*, a modo de ejemplo.

1. Motivos a favor de continuar en el negocio familiar

A) Estabilidad laboral

Ciertamente resulta indiscutible que, salvo fallos imperdonables, es difícil que se despidan a miembros de las familiares una vez contratados. O, dicho de otro modo, resultaría más complejo su despido en contra de lo que sucedería en el ámbito de prestar sus servicios profesionales para una empresa ajena. Esta cierta estabilidad profesional otorga a los jóvenes actuales una fuerte motivación para incorporarse o continuar en el negocio familiar, toda vez que, no hay que olvidar, la inestable y convulsa situación laboral que viven los jóvenes en este entorno altamente competitivo y cambiante.

B) Sentirse parte del proyecto familiar

Esta razón les ancla y vincula especialmente a la familia y al negocio familiar puesto que se valora muy positivamente el sentido del compromiso hacia los valores y el legado familiar y son conscientes que cada contribución individual es esencial para el crecimiento y continuidad del negocio. Asimismo, el ambiente en el trabajo es más cercano y cordial que en empresas ajenas.

C) La excelencia como valor a corto y largo plazo

Estos jóvenes entienden que está en el ADN de las empresas familiares priorizar la excelencia y la calidad de sus productos o servicios para proteger su reputación y su marca a largo plazo. Pensar a futuro es pensar en continuidad.

D) Sostenibilidad

Ya lo dijimos anteriormente, muchos de los jóvenes hoy día que trabajan o quieren iniciarse en la empresa del grupo familiar son muy conscientes del valor ecológico y la sostenibilidad de los productos o servicios que ofrecen porque están muy alineados con el Medio Ambiente y que esta marca ecologista les hace ser más aceptados y competitivos en un mercado global a la vez que redundan en un mayor prestigio personal y reputacional. Por ello, piensan que trabajar en una familiar les permitirá aportar ideas para tomar decisiones estratégicas pensando en el futuro y continuidad del negocio alineados a un verde más sostenible y responsable.

E) Continuar el legado familiar como símbolo de orgullo

En efecto, el deseo y las ganas de que la empresa familiar tenga éxito y que parte de ello se deba a sus contribuciones personales les otorga un plus motivacional para querer trabajar en el negocio familiar. Sienten el éxito más suyo y, por tanto, se aceptan con mejor talante los sacrificios y renunciaciones que, a veces, conlleva. Dan el 100 % porque, a su vez, piensan, que están contribuyendo a incrementar el legado recibido por sus ancestros para dejarles a sus descendientes una oportunidad de futuro. Asimismo, el aportar su granito

de arena para el crecimiento de la empresa les hace sentir orgullosos y es una muestra de agradecimiento silencioso, también de respeto, para los fundadores que iniciaron el negocio. Es su forma de darles las gracias gritando en silencio: ¡Estad tranquilos que vuestro negocio va viento en popa en nuestras manos! Gracias.

F) Oportunidad de crecimiento. Innovación

Ya hemos apuntado la gran preparación académica que poseen los jóvenes de hoy en casi todas las áreas y, sobre todo, en idiomas tan necesarios hoy día si se quiere internacionalizar la empresa y abrir nuevos mercados en el mundo. Esta facultad poliglota que poseen les hacen ser acreedores de un plus de confianza para trabajar en la familiar que, unido, a sus conocimientos técnicos y tecnológicos, les convierten en un importante activo para la evolución y crecimiento de la mercantil, así como les puede ayudar a abrir y/o continuar el camino al proceso de internacionalización.

Al mismo tiempo, trabajar en una familiar les puede proporcionar mejores condiciones y oportunidades de ascenso dentro de la misma, siempre y cuando estén preparados para ello (deseablemente, claro). Es por ello, que sus ideas innovadoras aportan ese plus necesario para darles un empuje a estas empresas que algunas son más que centenarias para ponerlas al día, innovando para crecer y evolucionar.

El firme deseo que sus ideas y proyectos sean valorados y escuchados es un gran acicate para desear trabajar en ellas.

G) Flexibilización horaria, conciliación y apoyo familiar

Indiscutiblemente, trabajar en una empresa de la familia hará que se pueda entender mejor las cuestiones de ausencias y flexibilidad horaria, entre otras cosas, ya que al ser familiares conocen perfectamente las situaciones del entorno privado de cada miembro familiar. Cosa que no ocurre trabajando para una empresa ajena. Por ello, los permisos, los horarios y, sobre todo, el tema de la conciliación familiar es más factible dentro de este tipo de mercantiles.

Asimismo, si alguno de los miembros de la empresa familiar se halla en algún problema, por ejemplo, de tipo económico, es más factible que sea ayudado por la mercantil que en el caso de trabajar para un tercero. No son extraños los préstamos de caja a trabajadores-familiares sin intereses y cómodos plazos de devolución.

H) Confianza la marca. Reputación

Obviamente trabajar para una empresa que ya es longeva en el mercado y posee una buena reputación, abre muchas puertas dada la confiabilidad que la marca posee conseguida hace años. Del mismo modo, el hecho de ser familiar y obedecer a unos valores empresariales familiares, les reviste de una credibilidad muy añorada y buscada actualmente en el mundo de los negocios. Sin duda, esto es un gran paso ganado de cara a futuras negociaciones con nuevos clientes, proveedores, bancos, etc.

Por otra parte, son múltiples y variadas las razones que motivan a la juventud de hoy a trabajar en estas mercantiles, pero, por razones de extensión, del presente artículo, pase-

mos ahora a analizar, brevemente, los motivos que les disuaden a hacerlo en un intento, por nuestra parte, de que sirva de *luz al túnel*.

2. Razones en contra

Son varias, pero vamos a tratar de ejemplificar las más importantes y coincidentes.

A) Conflictos en la sucesión por no estar regulada

En efecto, si de algo huyen todas las personas es de los problemas. Por ello, el hecho de fallecer el fundador⁴¹ sin tener una sucesión detallada y programada ocasionará un gran número de problemas a su óbito que afectará no sólo a la empresa, su continuidad sino, y es lo más importante, a su familia ya que ocasionará numerosos enfrentamientos entre ellos por no haberse establecido unas normas claras y definidas a través de un Protocolo Familiar y los documentos anejos recomendados.

B) Preferencia de la sanguinidad a la meritocracia

Uno de los grandes cismas que se crean en las empresas familiares es colocar en puestos de responsabilidad a miembros familiares que no están capacitados para ello en lugar de optar por aquéllos otros que sí lo están en orden a los méritos técnicos y profesionales que poseen. Todo ello, acarrea un sinfín de disputas, rencillas y enfados familiares. Ello se evita con un buen protocolo familiar donde se normativicen las condiciones y requisitos de acceso de los miembros familiares a dichos cargos.

C) Falta de reconocimiento por el hecho de ser familiar

Efectivamente, en ocasiones, ocurre que se valora y alaba más a un extraño que a uno propio. Desconocemos por qué en algunas (sino la mayoría) de las familias les encanta halagar a los demás y no a los propios hijos o familiares sin darse cuenta de que todos lo necesitamos y que, precisamente, sea la propia familia quien nos reconozca los méritos. Pero, al parecer, sólo advierten los fracasos y recriminan por ello, pero las alabanzas se las guardan ¿será para que no se pierda la humildad? ¿será por qué falta algo de inteligencia emocional? o ¿será por qué repiten patrones educaciones de sus progenitores?

En cualquier caso, es de justicia, elegancia y buen gusto: recriminar en privado y alabar en público a propios y ajenos. Obviamente, agasajar a los de la propia familia motiva a seguir en el campo del sacrificio, evolución y excelencia. Lo contrario, desanima y hunde la moral a cualquiera.

D) Ausencia de desconexión de los problemas de la empresa familiar

Llevarse a casa y, hasta a la paella de los domingos, los problemas de la empresa familiar es algo muy común que disuade a los jóvenes ya que sienten que no tienen vida privada al inexistir esa línea de desconexión entre lo laboral y lo personal. Ciertamente, no

41. GRANJO ORTIZ, A. «El protocolo familiar, un acto de responsabilidad del empresario familiar». *Cinco Días*. <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2017/03/31/58de695e268e3ed9148b45c9.html>

se puede estar en un cumpleaños familiar y tratar cuestiones propias de un Consejo en la mesa aprovechando que están todos reunidos.

Tener un tiempo para tratar el trabajo y respetar las esferas privadas de cada miembro familiar es sano, necesario y hasta conveniente para aumentar la gestión y el rendimiento en el tiempo laboral.

E) Visión anticuada e involucionista de la empresa. Resistencia al cambio e Innovación

Los jóvenes actuales son plenamente conscientes de hacia dónde van los mercados y los negocios. Saben que la Innovación es absolutamente necesaria implementarla en los negocios más antiguos. Que se valoren sus ideas y proyectos al respecto, ya lo dijimos, resulta no solo motivador sino enriquecedor y conveniente. Si éstos sienten techos de cristal que les impiden seguir crecimiento abandonarán el barco familiar en busca de nuevas empresas que valoren sus ideas y les permitan seguir creciendo.

F) Exceso de confianza conducente a una gestión deficiente

Un factor que asimismo les disuade es que debido al exceso de confianza —por ser familiares y evitar posibles suspicacias familiares— exista o pueda existir una falta de adecuación supervisión o los controles necesarios que conduzca a una gestión menos eficiente. Nuestros jóvenes hoy día son altamente competitivos. Sienten que se han preparado para ello y, en consecuencia, buscan la excelencia en su labor. Objetivo éste que, reconocemos abiertamente, suele ser el corolario de las universidades y que les inculcamos los docentes en nuestras aulas.

G) Sueldos más bajos y falta de reparto de beneficios

Ya hemos tratado en este trabajo lo disuasorio que resulta la falta de reparto de beneficios sucesivamente ejercicio tras ejercicio. Asimismo, hemos visto y es conocido el afán de las empresas familiares de reinversión en la misma generando un abultado fondo *por si acaso*. Ello, muchas veces, lleva a aminorar los salarios a los trabajadores familiares en aras, precisamente, a este objetivo. Obviamente, si este comportamiento es continuado y reiterado en el tiempo, resulta claramente desalentador, sobre todo, cuando resulte conocida la diferencia salarial de igualdad de puesto en una empresa ajena.

Finalmente, trataremos las aportaciones que pueden realizar, y de hecho realizan, estos jóvenes para continuar el legado familiar.

3. Aportaciones de los jóvenes en pro de la continuidad del legado familiar

A) Idiomas

Al efecto, reiteramos, que la mayoría, sino casi todos, son políglotas y dominan varios idiomas lo que los hace especialmente valiosos para:

- la apertura de nuevos mercados.
- los procesos de internacionalización.
- el trato con los clientes extranjeros.
- La negociación de los contratos en lengua extranjera, tan importante en estos procesos evitando contratar a extraños para ello, ahorrando dinero y ganando confianza.

B) Innovación

Sin duda, la preparación técnica y académica de éstos está más actualizada que la de sus predecesores con lo que les otorga una visión más innovadora del mundo al que se enfrentan. Para ello:

- Aportan ideas y proyectos novedosos.
- Utilizan los conocimientos aprendidos para revertirlos en la familiar y ayudarla a crecer sabiendo que la innovación es uno de los puntales básicos para ello que demanda el mercado globalizado actual.
- Ponen encima de la mesa estructuras organizativas vanguardistas para optimización del tiempo en los procesos productivos.

C) Manejo tecnológico

Nadie discute que los jóvenes nacieron en la era de lo digital. Manejan mejor que las anteriores generaciones: las nuevas tecnologías, las redes sociales y el marketing digital, herramientas ellas esenciales para el crecimiento y expansión de los negocios.

Asimismo, estos conocimientos tecnológicos serán esenciales a la hora de implementar estructuras de Inteligencia Artificial (IA) en las empresas para abaratar costes de producción, dar mejores servicios y, en definitiva, ser más competitivos en el mercado.

D) Ganas de comerse el mundo

Efectivamente, los jóvenes están llenos de vitalidad, energía y con fuerzas renovadas para *comerse el mundo*. Tienen las ganas y las herramientas para ello, les falta la confianza y la oportunidad para demostrarlo. ¡Qué mejor que dárselas la propia familia!

IV. Conclusiones

Tras, el análisis pormenorizado que hemos realizado las conclusiones a las que llegamos no pueden ser más claras, concisas y concretas. A saber:

Primera: El valor que las empresas familiares aportan a las sociedades y a las economías mundiales es absolutamente indiscutible, así como también lo es, que la inmensa mayoría de las empresas en nuestro país son familiares: el 92,4 %. Por tanto, el cierre de cada una de ellas nos afecta a todos. Prevenirlos es abogar por el empleo, la economía y la sostenibilidad de los países. Es decir, la continuidad de los negocios familiares es cosa de todos.

Segunda: Que entre los problemas, retos y desafíos que enfrentan hoy en día estas mercantiles se encuentran:

- a) La continuidad y/o sucesión —programada, anticipada y ordenada— de las Empresas Familiares a través de un Protocolo Familiar a medida de la empresa y de la familia realizado por un experto externo a la misma en aras a la mayor objetividad posible.
- b) La retención y motivación del talento juvenil como claros sucesores del legado familiar; atender a sus ideas; valorar sus capacidades y logros; aprovechar sus cualidades técnicas; favorecer la meritocracia y capacidad en lugar de optar por los lazos de sangre; repartir beneficios en armonía a los éxitos conseguidos sin descapitalizar a la mercantil e innovar para abrirse a nuevos mercados y ser más competitivas, son algunas de las claves para conseguir la preciada continuidad.

Tercera: El relevo generacional resulta claramente recomendable y deseable apoyado en los jóvenes sucesores, políglotas, altamente cualificados y con ganas de comerse el mundo esperando y deseando que se les ofrezca la oportunidad para demostrarlo. Es mucho lo que pueden aportar y en este artículo hemos analizado muchas de esas aportaciones.

Cuarta: Finalmente, si atendemos a las razones que motivan a los sucesores a seguir con el legado familiar encontraremos claras las razones para la continuidad de estas empresas que, pasa, como hemos dicho por ordenar las empresas y sus interrelaciones a través de un eficaz Protocolo Familiar. ¡Mentalidad y a ello! Soluciones hay. Lo contrario es la pérdida del talento, del esfuerzo y, hasta cierto punto, del tiempo y parte de la vida porque crear un imperio para luego perderlo por falta de continuidad familiar es, si me permite la expresión, *echar monedas en hucha rota*.

V. Referencias bibliográficas

A) Obras y artículos

ADEFAM. Informe «Relevancia y supervivencia de la Empresa Familiar». La Empresa Familiar en España 2025. 25.4.2025. <https://adefam.com/informe-relevancia-y-supervivencia-de-la-empresa-familiar-la-empresa-familiar-en-espana-2025/>

BORRELL GARCÍA, J. «Capitulaciones matrimoniales y empresa familiar. La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales». Ed. Thomson Aranzadi. *Revista de Derecho Patrimonial*, n. 11. Año 2004.

COBAS COBIELLA, M.E. *La empresa familiar en España y el trabajador por cuenta propia en Cuba. Aproximación al estudio. Cuestiones Jurídicas de la Empresa Familiar en España y Cuba*. Ed. Aranzadi. 2016.

- CORONA, J. Y OTROS.** *Manual de la Empresa Familiar*. Ed. Deusto. Año 2005.
- CUESTA LÓPEZ, J.V.** *Mecanismos jurídicos para la defensa de la Empresa Familiar. Restricciones a la libre transmisibilidad de acciones en la Sociedad Anónima*. OPVI Organismo Público Valenciano de Investigación. 2001.
- DE AGUIAR, E.** «Beneficios fiscales en la empresa familiar: Patrimonio y sucesiones». Colección de Estudios e Informes, núm. 12. LA CAIXA. 1998.
- EY.** «Cómo las empresas familiares más grandes están superando el crecimiento económico global». https://www.ey.com/es_py/insights/family-enterprise/family-business-index
- GALLO, M.A Y TOMASELLI, S.** *Protocolo Familiar: Sus resultados*. Ed: Fundación Rafael Escolá. Año 2006.
- GARCÍA, N.** «Empresas familiares sin plan de sucesión: el 67 % no asegura su continuidad». *El Economista.es*. 13.12.2024. <https://www.economista.es/economia/noticias/13027100/10/24/empresas-familiares-sin-plan-de-sucesion-el-67-no-asegura-su-continuidad.html>
- GARROTE, A.** «Las empresas familiares prevén que solo cuatro de cada diez aumentarán su plantilla en 2025». *La Razón. Economía*. 21.10.2024. https://www.larazon.es/economia/empresas-familiares-preven-que-solo-cuatro-cada-diez-aumentaran-plantilla-2025_20241021671655efe2e54f000187ea20.html
- GRANJO ORTIZ, A.** *Arbitraje y empresa familiar desde el Derecho de familia, la Unión europea y la Diplomacia Económica Internacional. El método Arbicof*. Tesis doctoral. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=76680>
- GRANJO ORTIZ, A.** «El protocolo familiar, un acto de responsabilidad del empresario familiar». *Cinco Días*. <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2017/03/31/58de695e268e3ed9148b45c9.html>
- LLOPIS GINER, J.M.** «La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil». Obra colectiva *La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2004.
- IBÁÑEZ TURMO, C.** «Empresa familiar: un modelo de negocio en constante redefinición». *KPGM Tendencias*. 12.02.2025. <https://www.tendencias.kpmg.es/2025/02/empresa-familiar-modelo-negocio-constante-redefinicion/>
- INFORME PONENCIA DE ESTUDIO PARA LA PROBLEMÁTICA DE LA EMPRESA FAMILIAR.** Sección de Publicaciones. *BOCG*, Senado, Serie I, NÚM. 312, 23 de noviembre de 2001. Secretaría General del Senado. Dirección de Estudios y Documentación. Madrid, 2002
- INSTITUTO DE EMPRESA FAMILIAR.** «¿Qué es una empresa familiar?». 14.1.2020. <https://www.iefamiliar.com/que-es-una-empresa-familiar/>

- IEF.** *La empresa familiar. Las empresas familiares son las raíces y el tronco de nuestra economía, garantizando la estabilidad, el desarrollo y el estado de bienestar.* <https://www.iefamiliar.com/la-empresa-familiar/>
- IEF.** *Gobierno corporativo en la empresa familiar.* <https://www.iefamiliar.com/la-empresa-familiar/cifras/gobierno-corporativo/>
- MORENO UTRILLA, D.** «El Protocolo Familiar y II. Economía & Empleo» 25 de enero de 2004.
- PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J.** «La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar». *C/SS*. Bilbao, 2005.
- REYES LÓPEZ, M.J.** «La influencia del régimen económico del matrimonio en la empresa familiar. La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales». Ed. Thomson Aranzadi. *Revista de Derecho Patrimonial*, n. 11. Año 2004.
- SASTRE, E.** *¿Qué es una empresa familiar?* Instituto de Empresa Familiar. 14.1.2020. <https://www.iefamiliar.com/que-es-una-empresa-familiar/>
- SCÉVOLA.** Mucio. Código Civil comentado y concordado extensamente. Tomo XVII. Madrid. Año 1901.

B) Resoluciones normativas y jurisprudencia

- Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012.
- **RD 171/2007**, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. http://noticiasjuridicas.com/base_datos/Privado/rd171-2007.html#a3, Preámbulo.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre las empresas familiares en Europa (2014/2210(INI)) (OJ C, C/316, 22.09.2017, p. 57, CELEX: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52015IP0290>).
- STS **ORDUÑA MORENO, F.J.** Sentencia Civil N.º 258/2014, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, Rec. 1212/2012 de 03 de junio, de 2014. N.º de sentencia: 258/2014. Id. Cendoj: 28079110012014100297.
- STS **ORDUÑA MORENO, F.J.** N.º de Resolución: 59/2015, N.º de Recurso: 2199/2013, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Id Cendoj: 28079110012015100082.

El derecho de retracto de colindantes: régimen jurídico y problemas prácticos

THE RIGHT OF PRE-EMPTION OF ADJOINING LANDOWNERS: LEGAL FRAMEWORK AND PRACTICAL ISSUES

José Antonio Pérez Vercher

Abogado, especialista en derecho bancario y Master en
Economía, Administración y Derecho Agrario
jap@icav.es

RESUMEN

El retracto de colindantes, aunque históricamente concebido para favorecer la concentración de la propiedad rústica, se encuentra hoy en progresivo desuso. Ello obedece a la complejidad legal que afronta el retrayente frente al adquirente registral, así como a la carga económica derivada de las inversiones realizadas por este último. Además, la revalorización del bien complica el ejercicio efectivo del derecho. Todo ello ha debilitado su operatividad práctica en el ámbito del Derecho civil.

PALABRAS CLAVE

Retracto de colindantes, Derecho de adquisición preferente, compraventa rústica, régimen jurídico, eficacia registral, carga económica del retrayente, revalorización del bien, desuso de la institución, problemas prácticos, vecindad.

ABSTRACT

The right of pre-emption of adjoining landowners, originally designed to promote the consolidation of rural property, is nowadays in progressive decline. This is due to the legal complexity faced by the pre-empting party against the registered purchaser, as well as the financial burden arising from the latter's investments. In addition, the revaluation of the land complicates the effective exercise of the right. All these factors have weakened its practical relevance in civil law.

KEY WORDS

Right of pre-emption of adjoining landowners, Right of first refusal, Rural land sale, Land consolidation, Legal framework, Registration effectiveness, Economic burden of the pre-empting party, Land revaluation, Decline of the institution, Practical issues, neighborhood.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DEFINICIÓN Y FUNCIÓN DE LA FIGURA. III. REQUISITOS DEL RETRACTO DE COLINDANTES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

El retracto de colindantes es un derecho de adquisición preferente reconocido en el artículo 1523 del Código Civil, que faculta a los propietarios de fincas rústicas colindantes a subrogarse en el lugar del comprador cuando se transmite por compraventa una finca rústica de reducida extensión (inferior a una hectárea). Su finalidad es evitar la excesiva fragmentación de la propiedad rústica y favorecer la concentración de parcelas, de modo que el colindante puede adquirir la finca en igualdad de condiciones que el comprador, respetando el precio y condiciones pactadas en la compraventa¹.

La figura del retracto de colindantes está quedando en desuso por la maraña de requisitos legales que se exigen a la hora de ejercer el derecho por parte del retrayente y en contra ya del tercero que ha llegado a registrar la compraventa a su favor. Con todo, se enfrenta también a la carga económica que supondrá tener que hacer frente a los gastos derivados de la inversión que el comprador haya realizado en el campo y también a la revalorización que haya experimentado el mismo en el momento en que finalmente el retrayente haya visto reconocido su derecho de adquisición del objeto del retracto.

La dilación en los procedimientos judiciales, provocada por el atasco que padecemos cuando dependemos de los plazos judiciales los que peleamos en estrados, hace que el espíritu de la ley que constriñe a sólo 9 días el plazo para ejercitar el derecho, se convierta en una anécdota, dado que pelear en el Juzgado puede costarle cuatro años al cliente.

II. Definición y función de la figura

Esta figura se regula en el Código Civil, en el artículo 1523 CC y siguientes², como un particular derecho de adquisición preferente en favor de los propietarios de las tierras colindantes, en el caso de la venta de una finca rústica que tenga una cabida que no

1. FLORES GONZÁLEZ, B.: *Los derechos de tanteo y retracto*, cit., p. 178, señala que es característica común de los retractos legales previstos en el Código civil, el hecho de que no aparecen precedidos del tanteo: este es el caso del retracto de comuneros (art. 1522); el retracto de colindantes (art. 1523), el retracto de consocios (art. 1708) y el de créditos litigiosos (arts. 1535 y 1536)
2. El art. 1523 CC establece literalmente: «También tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea. El derecho a que se refiere el párrafo anterior no es aplicable a las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas. Si dos o más colindantes usan del retracto al mismo tiempo será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida; y si las dos la tuvieran igual, el que primero lo solicite».

exceda de una hectárea³. En la legislación sectorial estatal nos encontramos con el art. 27 de la Ley 19/1995 de 4 de julio de Modernización de las Explotaciones Agrarias⁴ y en el art. 25 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes⁵.

En la regulación del Código es importante prestar atención al plazo para ejercitar este derecho, pues este es un plazo breve de 9 días y que no empieza a contar desde el conocimiento de la venta sino desde el momento de la inscripción en el Registro y, es su defecto, es decir si la finca no hubiera sido inscrita o, incluso en el caso de estarlo la venta no ha sido inscrita, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la adquisición⁶. En realidad, el conocimiento de la venta por parte del retrayente deberá ser probado por el adquirente si pretende alegar que el retrayente tuvo conocimiento de la venta con mayor antelación de la alegada por este.

3. La STS 12 febrero 2000 (Tol 1488) desestimó el recurso de casación en el que se pretendía una interpretación extensiva del precepto, consistente en la aplicación del retracto al supuesto en que la finca colindante tuviera una cabida superior a la hectárea. Dice el TS: «La interpretación extensiva que se pretende en cuanto a la cabida de la finca no encuentra apoyo en el artículo 3 del Código Civil, pues la normativa que contiene es de interpretación genérica, valiendo como pauta hermenéutica solamente la conexión con algún precepto concreto respecto el cual aquella regla no ha sido observada y que en el caso concreto no resulta procedente, en relación a lo que se deja estudiado, para decretar como superficie que haría factible el retracto, la extensión de 15.000 metros cuadrados, y con mayores razones, tampoco procede la interpretación analógica que autoriza el artículo 4 del Código Civil».
4. CABALLERO LOZANO, J. M. «El retracto de colindantes en la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias», *RCDI*, n.º 632, 1996, p.77, estima que la razones que justifican la consagración del nuevo retracto fuera del Código Civil son, 1.º) la referencia de la Ley a la explotación agraria prioritaria en vez de la propiedad, como hace el Código Civil; 2.º) la consideración de la unidad mínima de cultivo como nuevo concepto a tener en cuenta en la finca susceptible de retracto; 3.º) no alterar formalmente el Código Civil, ya que codificar el nuevo retracto supondría retocar el artículo 1.524.I CC, precepto que afecta, asimismo, al retracto de comuneros.
5. No obstante, también pueden ejercitar el retracto en condiciones más ventajosas los titulares de explotaciones prioritarias que cumplan con los requisitos provistos en el art. 27 de la Ley 19/1995 de 4 de julio de Modernización de las Explotaciones Agrarias. Esta regulación utiliza otros parámetros para poder tener la condición de retrayente: ser titular de una explotación prioritaria en el caso de ventas de fincas rústicas de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo. Asimismo, el plazo para ejercer el retracto será de un año desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, frente al plazo de 9 días del Código civil. Asimismo, el retrayente no podrá enajenar la finca retraída durante el plazo de seis años desde su adquisición. A su vez, en ocasiones hay que completar esta regulación con la autonómica puesto que Ley 19/1995 establece que la competencia para establecer las unidades mínimas de cultivo es autonómica. En el caso de la Comunitat Valenciana el Decreto 217/1999 de 9 de noviembre del Gobierno Valenciano establece en su artículo único las «superficies de 2,5 hectáreas en secano y 0,5 hectáreas en regadío, como las expresadas unidades de cultivo». El art. 25 de la Ley 43/2003, de Montes, también regula en su art. 25 un retracto de colindantes en favor de las comunidades autónomas u otras administraciones en el caso de fincas o montes enclavados en un monte público o colindantes.
6. El plazo para el ejercicio de este derecho se contempla en el artículo 1524 CC: «No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días, contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. El retracto de comuneros excluye el de colindantes».

Contextualizando, la finalidad de este derecho de retracto en favor de colindantes se encuentra en la preferencia por el legislador de 1889 de evitar el minifundismo, al considerarse las tierras de poca dimensión como menos productivas y poco deseables⁷. En tanto que el espíritu y la finalidad de norma es la supresión del minifundio y la mejora de la producción, sin embargo, no es requisito necesario para acceder al retracto que el retrayente demuestre que su finalidad sea la de eliminar el minifundio⁸.

El retracto de colindantes es el derecho que por ministerio de la ley tienen ciertas personas y en determinadas situaciones para adquirir la cosa que fue objeto de un contrato de compraventa, subrogándose en el lugar del comprador. No obstante, el Tribunal Supremo ha matizado en diversas ocasiones, como en la STS 26 febrero 2010 (RJ 2010, 1410), con cita de otras anteriores⁹, que «no tanto es una subrogación, como se define habitualmente, sino una venta forzosa por el comprador al retrayente. Este retracto es una limitación impuesta a la propiedad rústica que, aunque redundante en provecho de un particular, está motivada por interés general». No obstante, el Alto Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por el retrayente por entender que había transcurrido el plazo de caducidad de nueve días a contar desde la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad y por declarar que la finca que se pretende retraer carece de la naturaleza de finca rústica, puesto que su destino no es el cultivo agrícola, sino que sirve de vivienda a la anterior titular y a la demandada. Falta en ese caso el presupuesto esencial

7. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Reflexiones sustantivas y procesales de los retractos legales de comuneros y colindantes desde un punto de vista jurisprudencial», *Actualidad jurídica iberoamericana*, N.º 2, 2015, p.5541, estima que la finalidad de esta norma es evitar el minifundio. Corella Miguel, J. J.: *Retracto legal de colindantes*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 24, estima que se trata de posibilitar, mediante este instituto la reunión de los pequeños fundos rústicos a las fincas colindantes a los efectos de suprimir el minifundio y mejorar la producción agrícola. Caballero LOZANO, J. M. «El retracto de colindantes», cit., pp. 68-69, estima que el retracto de colindantes es un instrumento destinado a combatir uno de los hechos que comúnmente se identifican como causantes de la baja rentabilidad del suelo rústico, a saber, la excesiva fragmentación de la propiedad fundiaria o, si se quiere, la existencia de minifundios inexplorables.
8. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia menor. Así la SAP Valencia (S. 7.º) 10 junio 2010 (JUR 2010, 297727) se estima el derecho del retrayente sobre una finca que ya había sido inscrita en el Registro por los compradores y se condena a estos a que otorguen escritura de venta a favor del actor en las mismas condiciones en que inicialmente adquirieron la requerida finca. Los demandados se opusieron a la demanda alegando que la finca del actor era matorral y que no era explotación agraria. Queda demostrado que el actor se dedica a la explotación agraria, ha recibido ayudas de la Conselleria de Agricultura para un plan de mejoras y ha aportado facturas de las cosechas de varias campañas de aceite. Es de destacar que la parte demandada en su tercer motivo de apelación alegó que el actor no ha demostrado que la finalidad de su retracto sea la de eliminar el minifundio. La sentencia estima que el motivo debe ser desestimado (...) porque esa es la finalidad de la Ley, no siendo requisito necesario para acceder al retracto que cada uno de los retrayentes demuestre que su finalidad es la de eliminar el minifundio, dado que se deduce de la mera agrupación de una explotación agrícola».
9. Se cita la STS 4 febrero 2008 (RJ 2008, 1302) como la que señala su condición de venta forzosa por el comprador al retrayente. Asimismo, se citan las SSTS 12 febrero 2000 (Tol 1488), 20 julio de 2004 (RJ 2004, 4350) y 2 febrero 2007 (RJ 2007, 924) como las que señalan que el retracto es una limitación impuesta a la propiedad rústica, que aun a pesar de redundar en provecho de un particular, está motivada por el interés general.

del retracto de colindantes. Todo ello con independencia de que en el Registro de la Propiedad figure como finca rústica, puesto que el carácter o condición de rusticidad de una finca es una cuestión de hecho a definir por el Tribunal de instancia. La naturaleza rústica es exigible tanto a la finca objeto del retracto como a la finca del retrayente¹⁰.

El retracto de colindantes es una figura jurídica que pretende remediar la excesiva división de la propiedad territorial rústica (minifundismo), que se contempla como un obstáculo al desarrollo de la riqueza¹¹. Por eso, precisamente, se establece un breve plazo de caducidad de 9 días naturales para su ejercicio transcurridos los cuales ya no puede tener lugar el retracto, brevedad que se justifica por razones de seguridad jurídica y por no dejar en suspenso la eficacia de las transmisiones durante un tiempo demasiado amplio. En todo caso, el ejercicio del derecho de retracto exige el conocimiento completo del acto de transmisión de la finca, preciso, claro y completo, sin ser suficiente la mera noticia de la misma en cualquiera de los casos, la cuestión aparece regulada en el artículo 1523 CC., y según su tenor literal «tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea». El precepto se refiere solo a las fincas rústicas por lo que quedan excluidas las fincas urbanas¹². El requisito de la cabida solo se aplica a la finca objeto del retracto, siendo totalmente indiferente la extensión la finca del retrayente pudiendo superar la extensión de una hectárea¹³.

III. Requisitos del retracto de colindantes

La reciente SAP València (S. 8.^a) 17 febrero 2025 (JUR 2025, 163509), en la que ha participado el despacho de abogados que dirijo, fija los conceptos básicos que deben regir en

10. **BLASCO GASCÓ, F.P.:** *Instituciones de Derecho Civil Derechos Reales Derecho Registral Inmobiliario* 4.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 601, estima que la naturaleza rústica debe predicarse tanto de la finca retraída cuando, de la finca retrayente, no en el momento de consumación de la venta sino en el de la perfección del contrato.
11. En este sentido se manifiesta la STS 18 de julio 2019 (RJ 2019, 3006) al decir que la finalidad del retracto legal de colindantes o asurcanos es, como indica la Exposición de Motivos del Código Civil «facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza». En consecuencia, se trata de evitar la excesiva fragmentación de los terrenos rústicos en cuanto supone una situación claramente antieconómica.
12. **DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.:** «Reflexiones sustantivas», cit., p. 545, estima que jurisprudencia decide la cuestión, teniendo en cuenta el destino principal del predio, considerándolo rústico, si se ejerce en él una explotación agrícola, ganadera o forestal; y urbano, si está dedicado a vivienda o al ejercicio de una industria o comercio, valorando también «su situación o emplazamiento en el campo o en la población» [SSTS 8 mayo 1944 (RAJ 1944, 644), 10 junio 1954 (RAJ 1954, 1869), 14 octubre 1978 (RAJ 1978, 3075), 14 noviembre 1991 (Tol 1728549) y 26 febrero 2010 (Tol 1793027)]. **CRESPO MORA, C.:** «Comentario del art. 1523», en *Comentarios al Código Civil*, (Dir. A. Cañizares Laso), Tomo IV, Tirant Lo Blanch, 2023, Valencia, p.6867, estima que el criterio que más ha sido utilizado por los tribunales el del uso o destino de la finca agrícola como explotación agrícola o ganadera.
13. **CRESPO MORA, C.:** «Comentario del art. 1523», cit., p.6866, mantiene esta tesis apoyándose en las (STS 7 noviembre de 1959 [Tol 4349320]; y SAP Cáceres (S.1.^a) 15 noviembre de 2001 [Tol 125424]).

un retracto de colindantes para que este, finalmente, pueda llevarse a término en favor del retrayente.

En primer lugar, comienza por fijar los límites del plazo necesario para ejercitar la acción judicial una vez sea conocida la venta de una finca rústica a un tercero. En el asunto que ha tenido la oportunidad de defender el autor de este artículo, el cliente, tuvo el atrevimiento de formular de su puño y letra la demanda y presentarla en el Juzgado en tiempo, pero sin forma. Justo el último día, el siguiente a los 9 días naturales desde la fecha en la que fue inscrita la anotación registral. Le sirvió la fecha de presentación y a continuación encontró asesoramiento letrado, cuya práctica le llevó a personarse en el Juzgado con la debida postulación, provocando que fuera el Juzgado quien le requiriese a presentar la demanda en forma, lo que hizo y se interpreta por la Audiencia valenciana como una continuidad en el procedimiento, en contra de lo alegado por el comprador que defendió que se tratara de una duplicidad en el procedimiento.

Por tanto, se establece un plazo de caducidad de nueve días para poder adquirir el dominio del predio por medio del derecho de retracto de colindantes, al igual que en el resto de supuesto de retracto legal, será de tan solo nueve días¹⁴, como establece el artículo 1524 CC¹⁵. En este sentido, el «dies a quo», o la fecha desde la cual comienzan a computar los nueve días, es la de inscripción en el Registro de la Propiedad, momento en el que se entiende que el propietario de la tierra colindante ha podido conocer la venta del terreno. Este plazo comenzará, no obstante, desde el momento en que se ha tenido conocimiento de la venta, cuando el conocimiento es anterior a la inscripción, nunca cuando es posterior. Por tanto, recapitulando, se deberá ejercitar el derecho en el breve plazo de nueve días desde la inscripción en el Registro y en su defecto, desde que se tuviera conocimiento de la venta. En el caso al que nos referimos, en primera instancia se estimó que la acción había caducado por haber transcurrido más del plazo de nueve días. En el FD2.º la Audiencia Provincial estima que la actora interpuso la demanda dentro del último día de los nueve días que establece el art. 1524 CC¹⁶. La fecha de conocimiento de la ins-

-
14. FLORES GONZÁLEZ, B.: *Los derechos de tanteo y retracto en el derecho civil común vigente*, Dykinson, Madrid, 2024, p.118, estima que el retracto puede ejercitarse incluso cuando la compraventa se encuentra meramente perfeccionada; sin embargo, el plazo para su ejercicio no se inicia hasta que la propiedad se ha transmitido efectivamente al comprador. De ello se desprende la existencia de dos supuestos distintos en relación con el inicio del cómputo: el conocimiento de la venta perfeccionada y el conocimiento de la transmisión consumada. Mientras que el primero solo abre el plazo de caducidad cuando deriva de un ofrecimiento realizado por el propio vendedor, el segundo —el conocimiento de la transmisión ya consumada— hace comenzar el plazo en todo caso.
 15. Según la jurisprudencia, el plazo es de caducidad, lo que significa que no admite interrupción [SSTS 30 abril 1940 (RAJ 1940, 304), 15 diciembre 1957 (RAJ 1957, 1131), 8 noviembre 1958 (RAJ 1958, 3439), 28 octubre 1999 (Tol 2562), 11 mayo 2007 (Tol 1079740), 25 mayo 2007 (Tol 1081767), 1 junio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2193) y 9 julio 2024 (ECLI:ES:TS:2024:4106)].
 16. La jurisprudencia interpreta el artículo 1524, en el sentido de establecer una presunción «iuris et de iure» de conocimiento de la venta por el retrayente desde la fecha de la inscripción, por lo que, en principio, el plazo se contará desde el día siguiente a realizarse tal inscripción en el Registro de la Propiedad; si bien, acreditado que el retrayente conoció en detalle la venta con anterioridad, el plazo se computará a partir de dicho conocimiento (SSTS 12 diciembre 1986, 21 julio 1993, 7 abril 1997).

cripción queda acreditada mediante la aportación de una Nota Simple emitida a solicitud del demandante el 5 de mayo de 2021, el día anterior al del cumplimiento del plazo de los nueve días. En consecuencia, se cumplió el requisito del ejercicio de la acción de retracto de colindantes dentro del breve plazo ex art. 1524 CC (FD2.^a)¹⁷.

En segundo lugar, para que nazca el derecho, la finca objeto del retracto deberá tratarse de una finca rústica. Así lo ha reiterado la jurisprudencia del TS en sentencias de 1 de diciembre de 1927, de 7 de noviembre de 1959 y otras muchas, añadiendo además que deben quedar excluidos «los terrenos situados dentro de poblado, no dedicados exclusivamente a explotaciones agrícolas (...) y aunque para otros efectos puedan merecer la calificación de fincas rústicas, así como las fincas inmediatas a poblaciones que puedan ser utilizadas como huerto accesorio de las casas de población». Quedan también excluidas, evidentemente, las fincas urbanas. En los autos no se ha discutido en ningún momento la naturaleza rústica de la finca objeto del retracto

En tercer lugar, la extensión de la finca agrícola objeto del retracto no podrá exceder de una hectárea. Sin embargo, no se pronuncia el Código acerca de cabida de la tierra del propietario que ejercita el derecho de retracto, por lo que esta será indiferente, excepto cuando existan varios colindantes con derecho, en cuyo caso prevalecerá el del que tenga menor extensión de acuerdo con el art. 1523 CC. En el caso de autos, la finca del actor era de menor superficie y cabida que la propiedad de los demandados (FD5.^a)

En cuarto lugar, se requerirá que se haya producido una compraventa y que, por tanto, el terreno no se haya obtenido por donación, permuta, adjudicación de herencia, etc. Además, aunque no se deduce directamente del artículo en cuestión, será necesario para que prospere la acción de retracto que quien adquiera la propiedad sea un extraño¹⁸. En sentido contrario esto significa, que, si el adquirente objeto del retracto fuese, a su vez, propietario de tierra colindante, en principio podría no nacer el derecho de retracto a favor de los otros.

En quinto lugar, se exige que no exista un accidente físico que impida la continuidad de las fincas entre la finca retraída y la finca propiedad del retrayente¹⁹. Así consta, en la segunda parte del artículo 1523 CC al establecer que este derecho «no es aplicable a las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y

17. La STS 22 julio 2013 (RJ 2013, 5006) señala que «El artículo 1.524 CC de común aplicación a los supuestos de retracto legal comprendidos en los artículos anteriores 1522 (retracto de comuneros) y 1523 (retracto de colindantes), dispone que "no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta"».

18. **BLASCO GASCÓ, F.P.**: *Instituciones*, cit., p. 602, entiende que el art. 1.523 CC no establece expresamente, para el de colindantes, que la venta se realice en favor de un extraño. Pero este requisito de venta a un extraño parece desprenderse claramente del propio fundamento del retracto de colindantes, así como de la norma indicada que resuelve el conflicto de concurrencia de colindantes.

19. **CRESPO MORA, C.**: «comentario del art. 1523», cit., p.686g, estima que el retracto ha de instarlo el propietario de una tierra colindante —la facultad de retraer no es concedida a los titulares de derechos reales limitativos del dominio—, exigiéndose que la finca vendida y la que pertenece al propietario que ejercita el retracto no estén separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos o por servidumbres aparentes en provecho de otras fincas, porque, en estos casos enumerados por el precepto, las fincas no son realmente colindantes.

otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas». Las tierras deben formar una unidad física, no estando separadas por este tipo de barreras enumeradas. En caso contrario, no cabrá el derecho de retracto. En el litigio al que nos estamos refiriendo demandados plantearon la existencia de un inconveniente físico para el éxito de la acción de retracto, cual era que ambas fincas se encontraran separadas en todo su linde de alrededor de 200 m. lineales, por un desnivel que oscila entre 2,00 y 1,65 m., lo que impediría que ambas fincas pudieran considerarse como una unidad física. La sentencia de apelación, en su FD5.^a, se estima que el desnivel «no supone accidente físico que impida la continuidad de las fincas, quedando por el contrario acreditado que carece de entidad suficiente para servir de accidente físico separador entre propiedades en los términos exigidos por el art. 1523 CC». El juzgador tiene en cuenta, tanto las fotografías aportadas al Acta Notarial que a su vez se aporta a la demanda así como a un informe pericial de parte que «descarta la existencia en el linde común de acequias o brazales de riego, servidumbres aparentes de paso (ambas parcelas tienen acceso desde camino de uso público), y si bien la parcela NUM006 se ubica a cota superior respecto a la parcela NUM001, este ribazo no supone obstáculo geográfico alguno y no está comprendido entre los accidentes descritos por el precepto para impedir el derecho de retracto».

En la jurisprudencia menor, sí que estima que son accidentes que impiden la continuidad de las fincas, y por tanto impedirían el derecho de retracto el cauce de un arroyo el cual, aunque haya sido cubierto de losas y tierra, discurre entre éstas como su cauce natural siendo de naturaleza pública (SAP Lugo, secc. 2.^a, 11 marzo 2002). En definitiva, cuando el precepto legal habla de arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas, se está refiriendo a elementos topográficos que tiene entidad suficiente para destruir la colindancia, es decir, accidentes naturales o artificiales que implican que las fincas en cuestión no colindan entre sí, sino con tales elementos. Traemos a colación sobre este particular la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta el artículo 1523.2. Código Civil de forma restrictiva y estableciendo que cuando el precepto legal habla de arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas, se refieren a elementos topográficos que destruyen la colindancia, es decir accidentes naturales o artificiales que implican que las fincas en cuestión no colindan entre sí, sino con tales elementos. Así, las ya antiguas SSTs 8 mayo 1956, 4 abril 1968, 13 junio 1987 y 2 julio 1992 sentaron como doctrina que únicamente pueden excluir el retracto los accidentes físicos que establecen una solución en la continuidad entre los predios y solamente tiene trascendencia cuando constituyen servidumbre constitutiva de un gravamen aparente, entendiéndose este concepto desde su versión jurídica, de tal manera que para determinar si existe o no una servidumbre de paso, dado que su establecimiento tiene que ventilarse desde el punto de vista jurídico, resulta irrelevante las calificaciones que en tal sentido pueda emitir el Ingeniero Técnico Agrícola que emitió el dictamen pericial (dada las reglas de la sana crítica al que está sometido conforme al artículo 348 Ley Enjuiciamiento Civil) al igual que quien con idéntica categoría profesional realizó el informe aportado por la parte demandada. Esta jurisprudencia ha sido recogida por la SAP Valencia (S. 9.^a) 1 abril 2003 (JUR 2003, 171073) en la que se había alegado la existencia de una servidumbre de paso, pero como esa servidumbre solo puede adquirirse por título ex art. 537 CC y en el caso de autos no se ha aportado título. Sí que existía una servidumbre legal que nunca llegó a constituirse. Finalmente, se estima que la senda sobre la que se pretendía la servidumbre estaba dentro de una de las dos fincas colindantes, de modo que no las separaba. En consecuencia, se estima el retracto por lo que «en tales circunstancias no existe elemento alguno natural ni artificial

que elimine la colindancia, por lo que el retracto al cumplirse todas las condiciones dadas en el artículo 1523 del Código Civil es de prosperar». Por tanto, únicamente excluyen el retracto los accidentes físicos que conforman una solución de continuidad entre los predios y solamente tienen trascendencia cuando constituyen servidumbre de gravamen aparente, entendiendo este concepto desde la versión jurídica

En sexto lugar, el artículo 1524 CC que, si concurren al uso del retracto dos o más colindantes, quien tendrá preferencia será el «dueño de la tierra colindante de menor cabida», y en el caso de que ambas tuvieran la misma cabida, «*el que primero lo solicite*». Por lo que la comentada SAP València (S. 8.^a) 17 febrero 2025 (JUR 2025, 163509), no acepta el pronunciamiento de la juzgadora de Llíria que, en su sentencia, tras establecer la colindancia de las fincas de los litigantes con la que es objeto del retracto, otorgó mejor derecho de retracto a los demandados, aun a pesar de que su parcela tenía mayor superficie que la del demandante. La sentencia de apelación, a diferencia de la de primera instancia, estima que ninguna de las tres fincas registrales de los demandados retraídos era colindante con la finca cuyo retracto se solicita.

Por otro lado, la sentencia de apelación estima que la finca del actor retrayente es de menor superficie que una de las tres fincas propiedad de los demandantes que la sentencia de instancia reconoce como colindante. Es decir, que aun en el supuesto de haber existido la colindancia (que la Audiencia niega ahora) la acción ejercitada por el actor tendría que haber prosperado puesto que su finca era inferior en superficie a la de los demandados. En este sentido el art. 1523.3 CC, en el caso de que dos o más colindantes usen del retracto al mismo tiempo establece la preferencia del dueño de la tierra colindante de menor cabida.

La sentencia de apelación estima que si bien los demandados habían comprado tres fincas agrícolas a un mismo tiempo a un mismo vendedor (una de las cuales es la retraída) que estas tres fincas registrales separadas estas nunca habían estado juntas, ni formado una unidad, entre otras cosas por no encontrarse juntas ni tan siquiera colindantes con la finca retraída. El hecho de contar con un sistema de goteo con la finca retraída no les confiere la condición de colindante. Los demandados intentaron demostrar que las tres fincas «constituyen una unidad productiva agraria consolidada, y que por dicha razón no procede la acción de retracto dado que su estimación supondría su ruptura física y la ruptura de la unidad funcional de explotación», pero como llegaron a formalizar la escritura de agrupación de fincas no prospera esta tesis.

Los demandados, tal como se reconoce en el FD5.^o, también intentaron utilizar otro subterfugio a los efectos de evitar que prosperase la acción de retracto de colindantes, para ello alegaron la existencia de un contrato de arrendamiento rústico sobre la parcela objeto de autos, suscrito con el anterior propietario. De haber sido así los demandados hubieran contado con un derecho de adquisición preferente que hubiera desplazado al retracto de colindantes²⁰. Al parecer, en el mes de enero de 2020 se había formalizado un

20. En este sentido se manifiesta la STS 23 junio 2009 (RJ 2009, 4695), donde el Supremo recuerda que el retracto arrendaticio desplaza al retracto de colindantes. En ese caso se trataba de un conflicto entre un arrendatario rústico con derecho de retracto (art. 25 LAR) contra un colindante (art. 1523 CC). Según el criterio del TS prevalece el derecho del arrendatario, porque su finalidad (asegurar la continuidad de la explotación) es más intensa que la del colindante. El

Contrato de Arrendamiento Rústico sobre la Parcela entre los demandados y el propietario quien, a dicha fecha no podía disponer de la finca por encontrarse la misma arrendada sin que se le hiciera entrega de la posesión de la misma, lo que obligó a este, por una parte, a instar acciones judiciales de desahucio y lanzamiento frente a quien era su arrendataria, la mercantil RW SL. De la documental se acredita que la parcela NUM001 estuvo arrendada en 2015 a RW por 2.070 €/año, precio acorde al mercado según informe pericial. Posteriormente, en 2021 se pactó otro arrendamiento con el vendedor de la finca objeto de retracto por 75 €/año, valor inferior al real, cuando la finca seguía ocupada por la arrendataria anterior. El anterior propietario tuvo que promover acciones de desahucio y resolver el contrato concursualmente, homologándose la resolución el 21 de abril de 2021. Sin embargo, la compraventa de la finca a los demandados se otorgó el 19/04/2021, antes de dicha homologación, declarando el vendedor que no existía arrendamiento. El arrendamiento con opción de compra previo solo surtía efectos entre sus firmantes y no frente a terceros, conforme al art. 1257 CC y al principio de relatividad contractual. La Audiencia concluye que la situación de los demandados no merece protección jurídica frente al derecho del retrayente, cuyo interés público y social es el que el legislador pretende amparar con esta institución, resultando irrelevante las objeciones de la parte apelada.

En octavo lugar, otra cuestión que surge en ocasiones en este tipo de pleitos es si los retrayentes han de ser profesionales de la agricultura. En la jurisprudencia menor se ha establecido que «no es requisito ser el retrayente profesional de la agricultura, sino que objetivamente pueda ser ese el destino de la incorporación de una finca a la otra, razón por lo que no es incompatible este derecho con la dedicación a otras actividades»²¹.

Finalmente, está la cuestión relativa a los gastos a los que se refiere el art. 1525 CC al decir que en el retracto legal tendrá lugar lo dispuesto en los artículos 1.511 y 1.518. A su vez, el artículo 1518 establece que: «El vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y, además: 1.º Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. 2.º Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida». En la SAP Valencia (S. 11.ª) 27 julio 2023, con cita de la SAP Valencia (8.ª), se establece que el retrayente colindante debe pagar, además del precio, los gastos necesarios y útiles que hayan incrementado el valor de la finca, evitando un enriquecimiento injusto²². Dicho incremento debe ser abonado a quien lo produjo. El art. 1518 CC contempla estos conceptos restitutorios, aunque no siempre estén determinados al tiempo de la demanda. De modo que su concreción puede diferirse a la ejecución de sentencia para fijar el importe exacto a reembolsar.

retracto de colindantes se entiende residual y supletorio. El art. 1524 CC sí que nos proporciona una solución en el caso de existir conflicto con un retracto de comuneros, puesto que «el retracto de comuneros excluye el de colindantes».

21. En este sentido SAP. Jaén, Sección 3.ª de 23/11/2001 «No se exige que el retrayente sea agricultor en sentido profesional estricto, sino que sean fincas destinadas a explotación agrícola, pues el requisito no se refiere a la cualidad personal del retrayente, sino a la condición de la finca retraída».
22. **DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.**: «Reflexiones sustantivas», estima que el retrayente deberá también pagar los gastos del contrato, así como los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida. Según observa la STS 20 marzo 2003 (Tol 353834), los gastos útiles realizados en la finca adquirida comprenden todo el incremento del valor que haya experimentado aquella por la inversión del comprador retraído, con inclusión.

La Audiencia estima la demanda de en la que se interpone la acción de retracto de colindantes al haberse probado la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigidos por el Código Civil en sus artículos 1521 y siguientes, y en particular el artículo 1523 en cuanto al retracto de colindantes o de finca inferior a una hectárea deviene por sí a la estimación del recurso y a la consecuente estimación de la demanda.

Bibliografía

- BLASCO GASCÓ, F.P.:** *Instituciones de Derecho Civil Derechos Reales Derecho Registral Inmobiliario* 4.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- CABALLERO LOZANO, J. M.** «El retracto de colindantes en la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias», *RCDI*, n.º 632, 1996, pp. 65-94
- CORELLA MIGUEL, J. J.:** *Retracto legal de colindantes*, Tirant lo Blanch, 2015.
- CRESPO MORA, C.:** «Comentario del art. 1523», en *Comentarios al Código Civil*, (Dir. A. Cañizares Laso), Tomo IV, Tirant Lo Blanch, 2023, Valencia, pp.6865-6870.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.:** «Reflexiones sustantivas y procesales de los retractos legales de comuneros y colindantes desde un punto de vista jurisprudencial», *Actualidad jurídica iberoamericana*, N.º 2, 2015, pp.541-550.
- FLORES GONZÁLEZ, B.:** *Los derechos de tanteo y retracto en el derecho civil común vigente*, Dykinson, Madrid, 2024.

La responsabilidad civil del subcontratista por vicios en la construcción

SUBCONTRACTOR'S CIVIL LIABILITY FOR CONSTRUCTION DEFECTS

José Alfonso Tauste Nages

Estudiante del Máster de la Abogacía y Procura. Universitat Jaume I (España)

al361706@uji.es

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto la exposición de un supuesto práctico sobre la responsabilidad por vicios constructivos que tuvimos oportunidad de conocer durante nuestra estancia en prácticas en un despacho de abogados. A partir de un estudio de la legislación, bibliografía y jurisprudencia sobre la materia, y profundizando en la responsabilidad del subcontratista, se procede a su aplicación sobre el caso expuesto para ofrecer una resolución del caso ajustada a Derecho.

PALABRAS CLAVE

vicios constructivos, subcontratista, propiedad horizontal, intervención provocada, plazo de garantía

ABSTRACT

The purpose of this paper is to present a practical case on liability for construction defects that we had the opportunity to learn about during our internship in a law firm. Based on a study of the legislation, bibliography and jurisprudence on the subject, and going deeper into the liability of the subcontractor, we proceed to its application to the case presented in order to offer a resolution of the case in accordance with the Law.

KEY WORDS

constructive defects, subcontractor, horizontal property, provoked intervention, warranty period.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. SUPUESTO DE HECHO. III. ÁMBITO OBJETIVO: EL CONCEPTO DE EDIFICIO. IV. CLASES DE VICIOS EN LA CONSTRUCCIÓN. 1. Ruina y daños resarcibles en la LOE. 2. Daños por defectos estructurales. 3. Daños por defectos de habitabilidad. 4. Daños por defectos en el acabado. V. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y SUJETOS RESPONSABLES. 1. Legitimación activa. 2. Legitimación pasiva: Agentes de la edificación en la LOE. A. El subcontratista. B. El constructor. 3. La llamada en garantía. VI. RESPONSABILIDAD Y REQUISITOS PARA ELLA. 1. Responsabilidad solidaria por indeterminación del agente culpable. 2. Responsabilidad solidaria del promotor. 3. Causas de exoneración de la responsabilidad. 4. Contenido de la pretensión. VII. PLAZO DE GARANTÍA Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. 1. Plazo de Garantía. 2. Prescripción. VIII. OTRAS ACCIONES DISTINTAS DE LA LOE. 1. Otras acciones del propietario para reclamar por vicios constructivos. 2. Acción de repetición del constructor frente al subcontratista. IX. SOLUCIÓN DEL SUPUESTO PLANTEADO. X. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. NORMATIVA UTILIZADA. JURISPRUDENCIA.

I. Introducción

Durante nuestra estancia en prácticas del Máster de Abogacía y Procura, realizadas en un despacho de abogados, tuvimos la oportunidad de estudiar un caso llevado por nuestro supervisor. Tal supuesto versaba sobre la reclamación de una comunidad de propietarios por vicios en la construcción de su vivienda. Al tener interés sobre este asunto, decidimos elaborar el presente trabajo en torno a un supuesto de hecho práctico, como medio para estudiar esta materia desde el punto de vista de la práctica jurídica.

En concreto, el objeto del presente trabajo consiste en el estudio de la responsabilidad por defectos en la edificación de un inmueble sujeto al régimen de la propiedad horizontal, la forma de reclamar la responsabilidad y quién tiene legitimación para ello, la ley que lo regula, la determinación del sujeto responsable y cómo puede ser llamado al proceso, la clase de responsabilidad que se aplica a este supuesto, así como el cómputo del plazo de garantía de la edificación y del plazo de prescripción de la acción reclamatoria. Todo ello desde la perspectiva de las fuentes doctrinales sobre la materia, así como la legislación, y sobre todo la jurisprudencia relevante. Por último, tras un estudio profundizado sobre el tema, se procede a dar respuesta al caso propuesto, tomando en consideración lo expuesto.

El trabajo se divide en ocho epígrafes: en el primero, se relata el supuesto de hecho que permite dar un enfoque al estudio del tema, planteándolo como un caso práctico al que trataremos de dar respuesta. En el segundo, se define el ámbito objetivo de aplicación de la LOE, determinando el concepto legal de «edificio» y los supuestos que se incluyen bajo este término. En el tercero, se fijan los daños que son susceptibles de resarcimiento en virtud de la acción reclamatoria de la LOE, así como su calificación en dicha norma, indicando los supuestos que la doctrina y jurisprudencia incardina en cada clase, además de los efectos que conlleva la apreciación de cada una de estas tipologías. En el cuarto, por un lado, se exponen tanto las cuestiones relativas a la legitimación activa, profundizando sobre los casos de propiedad horizontal; por otro lado, se analiza la legitimación pasiva,

y en concreto el supuesto del subcontratista, así como la constructora que lo contrata. Además, también se trata la excepción procesal de falta de legitimación pasiva y su solución en la LOE a través de la denominada «llamada en garantía». En el quinto, se recogen las distintas clases de responsabilidad que se contemplan en la LOE, los requisitos probatorios para apreciarla, y las causas de exoneración. En el sexto, se exponen los plazos de garantía y de prescripción para ejercer la acción, así como la forma para calcularlos. En el séptimo, se contemplan otras acciones que pueden entablarse y su compatibilidad con la acción reclamatoria de la LOE, así como la acción de repetición del constructor frente al subcontratista. Por último, en el octavo apartado se ofrece la solución que se considera adecuada al caso planteado. Finalmente, se exponen las conclusiones a las que hemos llegado después de un estudio profundizado sobre la materia.

II. Supuesto de hecho

El edificio que presenta defectos constructivos fue construido por encargo de la promotora, bajo las indicaciones de la arquitecta y el arquitecto técnico. La ejecución de la obra estuvo a cargo de la constructora. La licencia de obra se emitió por el Ayuntamiento el 11 de junio de 2007. Durante el proceso constructivo, con la estructura del edificio ya terminada, se celebró un segundo contrato de obra entre la promotora y una nueva constructora el 11 de marzo de 2011, en virtud del cual ésta sustituyó a la anterior constructora. La constructora contrató los servicios de un subcontratista para la instalación de pladur sobre la cubierta de la fachada para la impermeabilización del edificio, y de otro subcontratista para la carpintería del edificio. La fecha de recepción, tal y como figura en el certificado de final de obra era el 5 de junio de 2012. La división de la propiedad horizontal tuvo lugar el 15 de noviembre de 2012, conforme consta en escritura pública. La comunidad de propietarios se constituyó el 15 de enero de 2014, una vez vendido el inmueble.

El 14 de abril de 2014 se celebró la junta general de la comunidad, de la que se dejó constancia mediante Acta, en la que se manifestaron los defectos en el edificio, estando presente la promotora, acordando enviar una lista de ellos al constructor. El 27 de enero de 2015 se celebró otra junta general, levantando Acta en la que se manifestó que las quejas de los comuneros habían sido ignoradas, por lo que se envió una reclamación formal por burofax a todos los intervinientes en la construcción del edificio. El 20 de mayo de 2015, a causa de una tormenta, se produjeron desprendimientos de la fachada del edificio y aparecieron grietas en la misma. Los desprendimientos se precipitaron sobre la vía pública, motivo por el que el Ayuntamiento envió un arquitecto que emitió informe sobre el estado de la fachada, ordenando a la comunidad reparar los daños para evitar que aquella se derrumbara. El informe del arquitecto era escueto y se limitó a certificar que la fachada presentaba daños y que había peligro de desprendimiento, sin sopesar la causa de éstos.

El 28 de enero de 2016 se celebró junta general en la que se dejó constancia mediante Acta de la remisión de los burofaxes a la promotora, la constructora y los arquitectos. La promotora envió una carta certificada al Ayuntamiento para que tuviera constancia de que se estaba tratando de reparar la fachada. Ante la oposición de los reclamados para sufragar el coste de los daños causados, la comunidad celebró junta general el 8 de marzo de 2017, en cuya virtud se acordó otorgar poder de representación al presidente para entablar las acciones judiciales procedentes, así como contratar los servicios de abogado y procurador.

En agosto de 2017 asistió al edificio un perito designado por la comunidad para estudiar las patologías que presentaba el edificio. A las pocas semanas elaboró un informe pericial en el que diagnosticó que la causa de los problemas en la fachada era la incorrecta instalación del pladur sobre la cubierta, que había causado problemas de impermeabilización, y en consecuencia se produjeron filtraciones de agua por las lluvias que, a su vez, provocaron humedades que erosionaron parte de la fachada y provocaron los desprendimientos. Además, también apuntó la falta de instalación de un elemento separador entre el peto de borde y el hormigón de pendientes que causó una dilatación de la cubierta, apuntando que de no corregirse podría causar grietas de tal entidad que permitirían nuevas filtraciones, y éstas acabarían dañando la estructura del edificio. A esto añadió otros desperfectos como grietas que aparecieron en el interior de la vivienda en tanto en el interior de las viviendas como en las zonas comunes, además de humedades a causa de filtraciones en la medianera de agua del exterior. Señaló también la existencia de desperfectos en la carpintería, en concreto, por las juntas que conectan al exterior del edificio, que presentaban humedades y filtraciones de agua a causa de una mala instalación. Por último, concretó otros daños de menor entidad como la incorrecta colocación de la barandilla de la escalera, o la mala instalación de los remates de yeso. El coste de la reparación se presupuestó en 37.884,57 euros.

El 30 de noviembre de 2017 se envió una solicitud de conciliación previa a la promotora, constructora, arquitecta y arquitecto técnico. Tras el intento de conciliación que resultó en un acta sin avenencia emitida el día 15 de junio de 2018, y la remisión de burofaxes para tratar de llegar a un acuerdo enviados el 14 de junio de 2020, se celebró junta general de la comunidad cuya acta acordó la representación de la comunidad por el presidente para interponer demanda judicial por vicios constructivos en reclamación de la cuantía de la reparación contra promotora, constructora, arquitecta y arquitecto técnico, que se presentó el 7 de junio de 2022. En la demanda se reclamó el pago de dicha cantidad, en ejercicio de la acción contemplada en el art. 17 LOE, así como subsidiariamente la aplicación del art. 1591 CC, y la responsabilidad contractual del art. 1101 CC y extracontractual del art. 1902 CC, además de las acciones en materia de consumidores y usuarios de los arts. 148 y 149 LGDCU.

La contestación de la arquitecta opuso las excepciones de prescripción de la acción puesto que recibió el burofax el 16 de junio de 2020, habiendo transcurrido más de 2 años desde el acta de intento de conciliación. Por otro lado, alegó que los daños se produjeron fuera del plazo de garantía, por lo que no cabe ejercer la acción del art. 17 LOE. Por último, mantuvo que los daños se produjeron a causa de una deficiente ejecución del proyecto, por lo que la responsabilidad sería de la constructora. La contestación de la constructora, que además de oponer la prescripción de la acción, alegó la falta de litisconsorcio pasivo por cuanto los daños que se reclamaron eran a causa de los subcontratistas que no fueron llamados al proceso, y además alegó que los daños se debían a errores en el proyecto, por lo que la responsabilidad correspondía a la arquitecta. También opuso que no podían reclamarse daños materiales en la estructura contra ella puesto que cuando entró en el proceso constructivo ésta ya había sido construida por la anterior constructora. La contestación del arquitecto técnico opuso la prescripción de la acción, así como la atribución de los daños a la constructora. Además, opuso la falta de legitimación del presidente para demandar por los daños en zonas privativas, ya que consideró que la representación sólo se

acordó para la reclamación de daños en zonas comunes. La promotora no contestó a la demanda puesto que entró en causa de disolución en 2021 por la reducción de su patrimonio neto a una cantidad inferior de su capital social, por lo que se extinguió la personalidad jurídica.

Todos los demandados instaron prueba pericial, aportando sendos informes periciales de parte que determinaban que las humedades no provenían del exterior, sino que se debían a una mala conservación del edificio por la comunidad, y que el coste de la reparación era excesivo, aunque no estuvieron de acuerdo sobre la atribución de los daños en la fachada, pues los peritos de los arquitectos mantuvieron que conforme a las prácticas constructivas de ese momento no había necesidad de introducir un elemento separador, mientras que el perito de la constructora alegó que era frecuente que este elemento se indicara en el proyecto y en este caso no figuraba en él.

III. Ámbito objetivo: el concepto de edificio

El primer paso para proceder al estudio objeto del presente trabajo es delimitar el ámbito objetivo de aplicación de las normas específicas sobre la materia. Así pues, debemos partir del art. 2.1 LOE, que circunscribe el marco legal de la norma al «proceso de edificación» y define éste como la acción y resultado de producir «un edificio de carácter permanente, público o privado». Por tanto, es necesario definir el término «edificio» para comprender la aplicación de la LOE. La propia LOE no contiene definición al respecto, aunque sí excluye de la condición de edificio a los supuestos contemplados en el art. 2.2.a), en concreto las «construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta».

Tomando un criterio de interpretación literal, el Diccionario de la Real Academia Española, en su vigésimo tercera edición, define la palabra «edificio» como «Construcción estable, hecha con materiales resistentes, para ser habitada o para otros usos». Estos usos se hallan contemplados en la LOE, en la que se detalla una lista no exhaustiva de los mismos¹. Junto a estos supuestos, el art. 2.2.b) LOE subsume bajo el concepto de «edificación» a determinadas obras, tanto de nueva edificación, como aquellas de intervención en estructuras de tal entidad que precisen una alteración de su configuración arquitectónica o «produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio»².

1. Entre otros el art. 2.1 LOE comprende los usos administrativos, sanitarios, religiosos, residenciales, docentes, culturales, aeronáuticos, agropecuarios, de la energía e hidráulica, ingenierías, minerías, telecomunicaciones y transportes.
2. Como ejemplo, en la SAP Vizcaya (Sección 3.^a) núm. 134/2011, de 16 de marzo (TOL2213849), se considera como edificación las obras de tal entidad la alteración de la fachada mediante la sustitución de azulejos por otro material y la instalación de un nuevo cubremuros.

El art. 1591 CC, que regulaba la responsabilidad por vicios constructivos antes de la entrada en vigor de la LOE, tampoco define el término «edificio», de forma que la jurisprudencia fue ampliando la extensión de este concepto. Así pues, admitió la posibilidad de reclamar por esta clase de responsabilidad los defectos de elementos adjuntos al inmueble tales como una plaza de garaje³ o la calefacción instalada en un edificio⁴. En consecuencia, es posible determinar que el art. 2 LOE, y, por ende, el actual sistema de responsabilidad por defectos en la construcción es fruto del sucesivo desarrollo jurisprudencial del art. 1591 CC. Esta jurisprudencia se ve plasmada en el art. 2.3 LOE, que incluye en su ámbito de aplicación a las instalaciones fijas, el equipamiento propio, y los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio.

Sin embargo, a pesar de los criterios brindados por la LOE, pervive un debate en la doctrina respecto a la interpretación del término «edificio». Una de las dudas planteadas es respecto a las obras provisionales⁵. Conforme al sector mayoritario, éstas carecen del requisito de permanencia y por tanto no están sujetas a la LOE⁶. Por su parte, GONZÁLEZ CARRASCO matiza este aspecto, al afirmar que la calificación de edificación provisional a efectos de la legislación urbanística⁷ no influye en la aplicación de la LOE, e incluye las obras prefabricadas dentro de esta calificación, por cuanto éstas pueden ser autorizadas por la Administración urbanística de manera permanente⁸. Otra de las excepciones a la aplicación de la LOE son las conocidas en la doctrina como «obras menores», en las que se incluyen tanto aquellas de «escasa entidad y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta», a tenor del art. 2.2.a), como las que no superan los requisitos establecidos en el art. 2.2.b)⁹.

Por último, también se exceptúan otras clases de obras inmobiliarias que no cumplen con los requisitos del art. 2 LOE, al no ser definidas tales como «edificio». En este aspecto cabe remarcar el debate doctrinal, en el que un sector mantiene el concepto amplio de

3. La STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 896/2003, de 2 de octubre (TOL314152), apreció la ruina funcional por la depreciación de una plaza de garaje, al presentar defectos que dificultaban la entrada de vehículos.
4. SSTs (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 24 de febrero de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:4612), núm. 631/1995, de 19 de junio de 1995 (TOL5127689), y núm. 967/1996, de 19 de noviembre (TOL5152802). En todas éstas se reconoce el ejercicio de la acción del art. 1591 CC por defectos en la instalación de sistemas de calefacción.
5. Ejemplos de esta clase de obras son la carpa de un circo, el escenario de un concierto de música, las atracciones de una feria ambulante, entre otras. En estos supuestos, carecería de sentido introducir una responsabilidad con plazos de garantía, ya que por su propia naturaleza no están destinados a la permanencia, por lo que quedan sujetos a otra clase de responsabilidad.
6. ARNAU MOYA, F., *Los vicios en la construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, (versión digital disponible en Tirant Biblioteca Virtual con TOL468388), p. 7.
7. Se denominan edificaciones provisionales, en el contexto de la legislación urbanística, aquellas en las que todavía no se ha aprobado el planeamiento, por lo que pueden ser derribadas sin indemnización alguna, al contar con el *ius aedificandi* en calidad de precario.
8. CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M., *Comentarios a la legislación de ordenación de la edificación 5.ª edición*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 67.
9. ARNAU MOYA, F., *Los vicios de la construcción*, cit, p. 7.

«edificio»¹⁰, en el que se consideran como tal la tribuna de un estadio de fútbol¹¹ o una pista de tenis¹², seguido en la jurisprudencia referida al art. 1907 CC¹³, mientras que otro sostiene una interpretación restrictiva del término¹⁴. En la actualidad la jurisprudencia toma el segundo criterio, al negar la aplicación de la LOE en supuestos como la construcción de una glorieta¹⁵. Del mismo modo, tampoco considera dentro del ámbito de la LOE las obras de urbanización de un polígono, salvo aquellos elementos que permanezcan adscritos al edificio¹⁶.

IV. Clases de vicios en la construcción

No todo daño es susceptible de originar una responsabilidad en la LOE, sino que es necesaria la concurrencia de determinados presupuestos. El art. 17.1 LOE contiene una clasificación tripartita de los daños resarcibles mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad por defectos constructivos, de forma que cada una cuenta con un plazo de garantía distinto, al atribuir a los daños estructurales un plazo de 10 años, 3 años para los daños que afecten a los requisitos de habitabilidad, y tan sólo un año en los daños de terminación o acabados de la obra. Del mismo modo, el art. 3 LOE comprende una serie de requisitos básicos de la edificación, aunque no todo incumplimiento en este ámbito se ve sancionado por la responsabilidad prevista en el art. 17. Esta nueva configuración es opuesta a la recogida con anterioridad en el art. 1591 CC, en el que sólo se contempla una responsabilidad decenal en el supuesto de ruina del edificio.

1. Ruina y daños resarcibles en la LOE

El término «ruina» al que se refiere el art. 1591 CC, fue desarrollado por la amplia jurisprudencia jurisprudencia sobre dicho precepto, creando los conceptos de «ruina física», «ruina potencial» y «ruina funcional»¹⁷. Sin embargo, la LOE ya no emplea esta denomi-

10. CARRASCO BARRANCO, C. y RUIZ-RICO RUIZ, J.M., «Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I). El concepto legal de edificio», en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación* (coords. J. M. RUIZ-RICO RUIZ y M. L. MORENO-TORRES HERRERA), Comares, Granada, 2002, pp. 25-50, en p. 28, mantienen que los fines recabados en el art. 2.1 LOE permiten la aplicación de esta norma en supuestos tales como carreteras, minería, ingeniería hidráulica, etc., debiendo realizarse una aplicación analógica del art. 17 LOE en estos supuestos.
11. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 24 de diciembre de 1982 (JUR\1982\2381).
12. SAP de La Coruña (Sección 4.ª), núm. 177/2002, de 9 de mayo (ECLI:ES:APC:2002:1168).
13. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 199/1998, de 9 marzo (TOL5157397).
14. ARNAU MOYA, F., en *Los vicios de la construcción*, cit. p. 8, es partidario de una interpretación literal del término edificio a la luz de los arts. 2 y 3 de la LOE, y rechaza la aplicación analógica del art. 17 LOE.
15. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 228/2020, de 1 junio (TOL7966060), FJ 5.º.
16. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 4/2010, de 10 febrero (TOL1790762), FJ 13.º; SAP de Soria (Sección 1.ª) núm. 232/2021, de 14 octubre (TOL8712955), FJ 3.º.
17. Estos conceptos se ven definidos en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 1024/2002, de 4 de noviembre (TOL4974972), cuyo FJ 4.º relaciona la ruina física con el derrumbamiento total o parcial, la ruina potencial con el riesgo de derrumbamiento, y la ruina funcional con los defectos que afecten al uso del edificio.

nación, sino que el art. 17.1 hace referencia a «daños materiales ocasionados en el edificio». Por ende, la nueva regulación no comprende los daños que pudieran producirse en el edificio a causa de vicios en el proceso de construcción, sino que requiere su materialización expresa.

Aun así, existe jurisprudencia al respecto según la cual se definen los daños materiales como aquellos que causan un menoscabo en el patrimonio, por lo que admiten la aplicación de la LOE en el supuesto de no instalar los materiales de aislamiento ignífugo, al subsumir tal defecto como un daño sobre los elementos estructurales puesto que en caso de incendio la falta de aislamiento en las vigas pondría en peligro la estabilidad del edificio¹⁸. No obstante, esta perspectiva no es unánime en la doctrina, que discrepa empleando como argumento la preceptividad de la materialización del daño para aplicar la LOE, y considera que en este caso debería incardinarse por la vía de la responsabilidad por incumplimiento contractual¹⁹, conforme a la anterior jurisprudencia sobre la materia²⁰, y más aún cuando un caso idéntico anterior seguía esta misma línea²¹. Del mismo modo, la doctrina considera que tal jurisprudencia no es ajustada al criterio contemplado en la LOE, que impide volver a los conceptos jurisprudenciales de ruina antes mencionados²².

Sin embargo, en la LOE pervive un supuesto de ruina potencial, ya que los daños que comprometan directamente la estabilidad del edificio dan paso a la responsabilidad contemplada en el art. 17.1.a) LOE²³, al configurarse tal compromiso como daño resarcible²⁴. Por otro lado, es doctrina consolidada la exclusión de la ruina funcional en la LOE, por lo que se ve reducida la responsabilidad en comparación con el art. 1591 CC²⁵.

A fin de informar de las posibles patologías que puede sufrir un edificio, el art. 3 LOE elabora un listado de requisitos básicos de la edificación, agrupados en aquellos relativos a la funcionalidad, los relativos a la seguridad y los relativos a la habitabilidad. Además, se refiere al Código Técnico de la Edificación (en adelante, CTE) como el marco normativo que debe instruir la actuación técnica del proceso de edificación, al establecer las exigencias básicas de calidad. Así pues, el CTE se configura como desarrollo reglamentario de la LOE, tras la entrada en vigor del Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que

-
18. STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 221/2014, de 5 de mayo (TOL4418306), FJ 6.º.
 19. Voto Particular del Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, al que se adhiere el Magistrado Don Antonio Salas Carceller, a la STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 221/2014, de 5 de mayo (TOL4418306).
 20. SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 426/2012, de 27 de junio (TOL2584212), FJ 2.º; y núm. 372/2008, de 13 de mayo (TOL1370036), FJ 3.º.
 21. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 790/2013, de 27 de diciembre (TOL4124341), FJ 16.º.
 22. BLASCO GASCÓ, F. P., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2014 (2612/2014): Ámbito de responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación. Concepto de daños materiales en la estructura o sus elementos», en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil) Volumen 6 (2013-2014)*, (dir. M. YZQUIERDO TOLSADA, coord. J. ESPÍN GRANIZO) Dykinson, Madrid, 2016, pp. 607-615, en p. 615.
 23. SANTANA NAVARRO, F. L., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Marcial Pons, Barcelona, 2018, p. 83.
 24. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la legislación*, cit. p. 509.
 25. SANTANA NAVARRO, F. L., *La responsabilidad en la Ley*, cit. p. 84.

se aprueba el Código Técnico de la Edificación. Su contenido no es objeto de estudio del presente artículo, dada su tecnicidad que excede del ámbito jurídico, pero sí cabe recalcar su aplicación a toda edificación cubierta por la LOE, así como su carácter informador de los posibles vicios que presenta un edificio al determinar cuáles son las prácticas constructivas adecuadas y el nivel de calidad que debe permear en la construcción, pues es relevante su referencia en los informes periciales que deberán presentarse como prueba de los defectos constructivos para poder reclamar la responsabilidad.

Sin embargo, lo peculiar en torno al art. 3 LOE es su relación con el art. 17 de la LOE, puesto que no todo incumplimiento de los requisitos básicos refleja una responsabilidad en este segundo precepto. En efecto, los requisitos de funcionalidad del art. 3.a) y los relativos a la seguridad en incendio y de utilización comprendidos en los arts. 3.b.2) y 3.b.3) no son objeto de sanción alguna por la LOE²⁶. Como consecuencia, el art. 3 LOE se ve limitado en su aplicación a los supuestos de responsabilidad por daños estructurales y por incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, al margen de su fin de informar de la presencia de un menoscabo en el edificio. Del mismo modo, también existen supuestos en los que puede haber una responsabilidad sin mediar incumplimiento de los requisitos básicos, ya que el art. 17.1 contempla la responsabilidad por daños en el acabado de las obras, sin haber correspondencia alguna con los requisitos del art. 3, que no tienen por qué afectar a ningún requisito²⁷.

2. Daños por defectos estructurales

Partiendo de la anterior consideración, el primero de los supuestos recogidos en el art. 17.1 LOE es el de «*daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio*». Este precepto se configura como el resultado de un incumplimiento del principio de seguridad estructural contemplado en el art. 3.1.b.1) LOE, aunque con el matiz de que esta responsabilidad no incluye los daños originados en tales elementos, sino sólo aquellos que los afecten. Es decir, según la LOE es irrelevante la causa del daño, lo importante es la concurrencia de dos factores: la afectación a los elementos estructurales y el compromiso directo sobre la resistencia mecánica y estabilidad²⁸. En definitiva, el art. 17.1.a) LOE ha plasmado en la legislación la jurisprudencia relativa a la ruina física y potencial del art. 1591 CC, aunque excluye la ruina funcional²⁹.

A diferencia de lo expuesto con anterioridad sobre la inclusión de los elementos accesorios comprendidos en el art. 2.3 LOE dentro del concepto de «edificio», la doctrina emplea una interpretación restrictiva del término al aplicar el art. 17.1.a) LOE, pues considera que los defectos comprometedores de la estabilidad del edificio no deben pre-

26. CORDERO LOBATO, E., «Capítulo 21 Responsabilidad», cit. pp. 505-506.

27. SANTANA NAVARRO, F. L., *La responsabilidad en la Ley*, cit. p. 73.

28. SANTANA NAVARRO, F. L., en *La responsabilidad en la Ley*, cit. pp.79-80, plantea como ejemplo de esta situación los daños en una fachada a causa de estar expuesta al mar de forma debido a no aplicarse el revestimiento adecuado, que con el paso del tiempo acaba afectando a las vigas, poniendo en entredicho la estabilidad del edificio.

29. ARNAU MOYA, F., *Los vicios en la construcción*, cit. p. 15.

dicarse sobre los elementos adscritos a él³⁰, posición compartida por la jurisprudencia menor³¹. Sin embargo, algún autor discrepa en este aspecto al no encontrar apoyo legal que justifique esta interpretación³².

3. Daños por defectos de habitabilidad

La segunda tipología de daños materiales contemplados en la LOE, delimitados en el art. 17.1.b), son aquellos «causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad». Esta disposición guarda íntima relación con el art. 3.1.c)³³, ya que basta con que el daño provoque el mero incumplimiento de estos requisitos, con independencia del elemento afectado, para apreciar esta clase de patología que impide el uso satisfactorio del edificio³⁴. El legislador ha reconducido aquí los supuestos antes calificados como ruina funcional, al abarcar los daños que causen perjuicios en el uso o habitabilidad del edificio³⁵.

Por otro lado, en este ámbito es pacífica la doctrina que reconoce su aplicación al concepto amplio de edificio, ya que el propio art. 17.1.b) incluye de forma expresa el término «las instalaciones», donde tienen cabida los elementos adscritos al edificio referidos en el art. 2.3 LOE, de forma que, a diferencia de los daños estructurales, esta clase de daños es predicable también en las instalaciones fijas, equipamiento y elementos de la urbanización³⁶.

En consecuencia, los daños comprendidos en este epígrafe incluyen toda clase de vicios graves cuya entidad conlleve a un menoscabo en la utilidad de la edificación en sentido amplio, en atención a la expresión genérica empleada en el art. 3.1.c.4)³⁷. En este sentido se plantea la cuestión sobre la aplicación del art. 17.1.b) LOE a la amplia gama de supuestos que la jurisprudencia reconocía como ruina funcional³⁸, y que habían sido

-
30. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la legislación*, cit. p. 509. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., «Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción», en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 18, 2006, pp. 27-50, en p. 40.
 31. SAP de Madrid (Sección 10.^a) núm. 410/2012, de 20 de junio (TOL2603288), FJ 6.º; y SAP de Guadalajara (Sección 1.^a) núm. 148/2012, de 19 de junio (TOL2593013), FJ 2.º.
 32. SANTANA NAVARRO, F. L., *La responsabilidad en la Ley*, cit. p. 81.
 33. El art. 3.1.c) de la LOE clasifica en cuatro grupos estos daños. Los primeros responden a la salubridad y protección del medio ambiente. Los segundos versan sobre la protección frente al ruido. Los terceros tratan la eficiencia energética y aislamiento térmico. Por último, se recogen los demás aspectos funcionales necesarios para el uso satisfactorio del edificio.
 34. CORDERO LOBATO, E., «Capítulo 21 Responsabilidad», cit. p. 510.
 35. ARNAU MOYA, F., *Los vicios de la construcción*, cit. p. 16.
 36. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., «Garantías por daños materiales», cit. p. 40.
 37. SANTANA NAVARRO, F. L., *La responsabilidad en la Ley*, cit. pp. 86-87.
 38. Por ejemplo: grietas y humedades en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 517/2010, de 19 de julio (TOL1946599), y el mismo supuesto, en aplicación de la LOE, en la SAP de Castellón (Sección 3.^a) núm. 237/2010, de 1 de julio (TOL1953503); filtraciones de agua en el subsuelo del inmueble en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 934/2007, de 10 de septiembre (TOL1143876); desprendimientos de alicatados y azulejos en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 1035/2006, de 25 de octubre (TOL1006890); dificultad en el acceso a las plazas de un

objeto de crítica por la doctrina al incluir en ella supuestos que deberían ser vicios no ruinosos³⁹. Si bien existen resoluciones que amparan identidad en los casos de aplicación de ambos conceptos⁴⁰, **SANTANA NAVARRO** matiza la calificación de los daños estéticos, al considerar que merecen de esta calificación sólo cuando se trate de un elemento de la obra cuya función principal sea estética, puesto que en caso contrario deberá emplearse la responsabilidad anual por daños en el acabado⁴¹.

4. Daños por defectos en el acabado

Por último, el art. 17.1 LOE *in fine* contiene una modalidad de daño que, a diferencia de los dos anteriores, no constituye una mera delimitación de la gravedad del daño que informa la duración del plazo de garantía, sino que además conlleva un criterio de imputación al constructor. Estos desperfectos han sido relacionados de forma genérica con defectos menores por la doctrina, que considera esta nueva calificación aportada por la LOE como integradora de algunos vicios no ruinosos determinados en la jurisprudencia del art. 1591 CC, aunque sin comportar un «cajón de sastre» que introduzca todo daño no recogido en las anteriores clasificaciones⁴². En un principio, gran parte de estos defectos son de carácter estético, aunque **SANTANA NAVARRO** matiza este aspecto, al considerar ciertos desperfectos estéticos subsumibles en los daños de habitabilidad, como antes expuesto⁴³. Por tanto, para apreciar este tipo de daños es necesario la concurrencia de dos requisitos: primero que, conforme a su carácter residual, los vicios no produzcan daños estructurales o que afecten a la habitabilidad; y segundo, que tengan su causa en la ejecución de la terminación de la obra de edificación⁴⁴.

En este sentido la jurisprudencia ha discernido en la casuística entre los daños en el acabado y daños que afectan a la habitabilidad. Por un lado, ha apreciado los primeros en supuestos como paredes sin pintar, desconchado de pintura y juntas abiertas entre pared y escalera⁴⁵, defectos de carpintería metálica, grietas y fisuras⁴⁶, paneles deformados o afectados por burbujas o ampollas⁴⁷, y puertas y ventanas mal instaladas⁴⁸. Por otro lado, ha estimado los segundos en el caso de filtraciones de agua por humedades⁴⁹, defectos gene-

parking en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 896/2003, de 2 de octubre (TOL314152); entre otros.

39. ARNAU MOYA, F., *Los vicios en la construcción*, cit. p. 16.

40. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 444/2013, de 5 de julio (TOL4102074), FJ 2.º.

41. SANTANA NAVARRO, F.L., en *La responsabilidad en la Ley*, cit. p. 90, pone como ejemplo de daño en la habitabilidad el descolorimiento del revestimiento de una ventana, mientras que un ejemplo de daño en el acabado sería el tapajuntas despegado de una puerta, pues su fin no es la estética.

42. COLINA GAREA, R., «El contrato de edificación», en *Tratado de Contratos 4.ª edición*, dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, coords. S. QUICIOS MOLINA, N. MORALEJO IMBERNÓN Y S. LÓPEZ MATA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, Tomo III, pp. 4323-4416, en pp. 4365-4366.

43. SANTANA NAVARRO, F. L., *La responsabilidad civil en la Ley*, cit. pp. 98-103.

44. CORDERO LOBATO, E., «Capítulo 21 Responsabilidad», cit. pp. 512-513.

45. SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) núm. 158/2024, de 24 de marzo (TOL10050816).

46. SAP de Castellón (Sección 3.ª) núm. 237/2010, de 1 de julio (TOL1953503).

47. SAP de Murcia (Sección 5.ª) núm. 82/2020, de 25 de mayo (TOL8025790).

48. SAP de Asturias (Sección 1.ª) núm. 365/2011, de 26 de septiembre (TOL2292754).

49. SAP de Madrid (Sección 13.ª) núm. 388/2021, de 19 de octubre (TOL8736613).

realizados en la carpintería que afectan a la utilidad del edificio⁵⁰, defectos en la estructura de la escalera⁵¹, y defectos en la solera de hormigón del pavimento de un garaje⁵².

Finalmente, cabe destacar la responsabilidad atribuida al constructor en exclusiva, puesto que, a diferencia de las tipologías de daños anteriores, ésta obedece a los defectos producidos en la ejecución de la obra, por lo que es lógico achacar la responsabilidad a quien lleva a cabo esta función. Bajo este fundamento, la jurisprudencia ha desestimado la pretensión de una constructora que solicitó la responsabilidad solidaria junto a los demás agentes de la edificación⁵³.

V. Legitimación activa y sujetos responsables

1. Legitimación activa

El art. 17.1 LOE delimita la legitimación activa de la acción de responsabilidad al atribuir su ejercicio a «*los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división*». A diferencia de la jurisprudencia sobre el art. 1591 CC, el actual art. 17.1 reduce la legitimación a los titulares del inmueble, de forma que se excluye al promotor salvo que conserve la propiedad del edificio o parte de él, sin perjuicio de que pueda defender sus intereses a través de las correspondientes acciones de responsabilidad contractual y extracontractual del CC⁵⁴. No obstante, existen algunas excepciones, pues el TS ha admitido el ejercicio de la acción consagrada en el art. 17.1 LOE por una cooperativa de viviendas que las enajenó a sus miembros, bajo la justificación de la defensa de los intereses de sus cooperativistas⁵⁵.

Así pues, se excluye la legitimación activa de quienes posean el edificio en calidad distinta de propietario, ya sea en virtud de arrendamiento, comodato o usufructo, o sean precaristas⁵⁶. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, al negar la legitimación de una comunidad de propietarios titular de un derecho de servidumbre de paso de personas y vehículos que empleó esta acción para reclamar por una rampa de garaje que perturbaba el ejercicio de tal derecho⁵⁷. De igual forma ha rechazado la legitimación activa de un promotor beneficiario de una concesión administrativa para la explotación de una obra destinada a la construcción de un edificio público, por cuanto no considera

50. SAP de Castellón (Sección 3.ª) núm. 257/2022, de 26 de abril (TOL9139842).

51. SAP de Albacete (Sección 2.ª) núm. 255/2012, de 9 de diciembre (TOL2718176).

52. SAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 722/2021, de 30 de noviembre (TOL8870509).

53. SAP de Córdoba (Sección 2.ª) núm. 106/2011, de 10 de abril (TOL2259736).

54. SANTANA NAVARRO, F. L., *La responsabilidad en la Ley*, cit. pp. 176-177.

55. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 103/2013, de 28 de febrero de 2014 (TOL4134236), FJ 2.º.

56. PÉREZ-CABALLERO ABAD P., *La responsabilidad por hecho ajeno en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 58.

57. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 597/2013, de 17 de octubre (TOL4259328), FJ 2.º.

al promotor como propietario a pesar de contar con una concesión de larga duración⁵⁸. En cambio, ha reconocido la legitimación activa del promotor cuando sea arrendatario financiero durante un tiempo significativo y tenga vocación de adquirir la propiedad del edificio en construcción⁵⁹. En todo caso se requiere documento público que acredite la propiedad a título del promotor, o algún hecho que permita acreditarlo, como el pago de los impuestos asociados al edificio⁶⁰.

Por otro lado, el art. 17.1 LOE también atribuye legitimación activa a los terceros adquirentes, esto es, quienes hayan adquirido la propiedad del edificio o parte del mismo y sean ajenos al contrato de edificación. A estos efectos es irrelevante que se adquiera directamente del promotor o que se trate de un inmueble adquirido de segunda mano de un anterior adquirente. Tampoco importa el modo en que se adquirió, siempre y cuando estuviera bajo su propiedad en antes de superarse el plazo de garantía⁶¹.

Con respecto a la división de la propiedad horizontal del edificio, este precepto debe interpretarse conforme al art. 3 LPH, que determina la distinción entre la propiedad privativa del dueño de cada piso o local y la copropiedad de la comunidad sobre las zonas comunes, actuando la titularidad como criterio decisivo para apreciar la legitimación activa para el ejercicio de la acción resarcitoria por daños prevista en la LOE. Así pues, dada la falta de personalidad jurídica de las comunidades de propietarios, cuando el daño material afecte a las zonas comunes deberá ser el presidente de la comunidad quien, en virtud de su condición de representante de la comunidad, contemplada en el art. 13.3 LPH, ejerza dicha acción. También podrá accionar en reclamación de desperfectos situados exclusivamente en zonas privativas, siempre que cuente con autorización del propietario⁶².

No obstante, conforme a la doctrina jurisprudencial consolidada del TS, la representación del presidente prevista en el artículo antes señalado no opera de forma automática, ya que es insuficiente para suplir la legitimación activa y poder accionar en nombre de la comunidad, por lo que es preceptivo aportar el acuerdo celebrado en junta de propietarios que le autorice para litigar de forma expresa⁶³. En lo relativo a las reclamaciones por vicios constructivos, mantiene que, si bien la LPH guarda silencio al respecto, en las acciones previstas en la LPH es preceptivo el acuerdo previo de la Junta para que el presidente pueda accionar en nombre de la comunidad, por lo que debe aplicarse este requisito para las demás acciones⁶⁴. Sin embargo, no es precisa para la interposición de un recurso de apelación, debido a la complejidad de convocar junta dada la brevedad del plazo⁶⁵.

58. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 141/2018, de 13 de marzo (TOL6548108), FJ 8.º.

59. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 790/2013, de 27 de diciembre (TOL4124341), FFJJ 16.º y 17.º.

60. ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 17 de julio de 2019 (TOL7431891).

61. COLINA GAREA, R., «El contrato de edificación» cit. pp. 4374-4375.

62. COLINA GAREA, R., «El contrato de edificación», cit. pp.4377-4378.

63. SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 699/2011, de 10 de octubre (TOL2269334); de 11 de diciembre de 2000 (TOL71759); núm. 183/2014, de 11 de abril (TOL4264340); núm. 332/2024, de 6 de marzo (TOL9944574).

64. SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 204/2012, de 26 de marzo (TOL2503209), FJ 3.º; y núm. 659/2013, de 19 de febrero (TOL4142260), FJ 2.º.

65. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 1/2019, de 8 de enero (TOL6988643), FJ 6.º.

Por último, respecto del alcance de la representación, la jurisprudencia no exige que la autorización del presidente contenga la acción exacta que se pretende ejercer, sino que basta con que se permita de forma genérica su capacidad para plantear las acciones legales pertinentes en interés de los comuneros, con el fin de cubrir su legitimación en representación de la comunidad⁶⁶. De igual forma la representación puede comprender la reclamación sobre daños situados tanto en zonas comunes como privativas⁶⁷, pues así lo dictamina el TS al admitir la legitimación del presidente mediando un acuerdo de la comunidad que le permitió tomar las acciones judiciales precedentes para reclamar por vicios constructivos del edificio comunitario en general, sin distinción de zonas comunes o privativas⁶⁸. En este supuesto, sólo procederá la legitimación del presidente, respecto a la reclamación por daños en los elementos privativos, cuando no medie oposición expresa y formal del propietario y no se trate de un supuesto excluido por la Ley expresamente⁶⁹.

Por otro lado, y al margen de la representación de la comunidad en el proceso, los comuneros también se ven legitimados para reclamar de forma individual. Esta legitimación, además de cubrir las acciones sobre daños en los elementos privativos del edificio bajo su titularidad, también puede abarcar los perjuicios situados en zonas comunes. Tal legitimación responde a dos hechos: su titularidad sobre una parte indivisa de los elementos comunes y su calidad de interesado en los asuntos que afecten a la comunidad⁷⁰. A estos efectos la jurisprudencia ha introducido como requisito principal que el comunero demandante actúe en interés de la comunidad⁷¹. Así pues, el TS ha inadmitido un recurso de casación por falta de legitimación de los comuneros recurrentes cuya pretensión consistía en una reclamación de cantidad individualizada conforme a su coeficiente de participación por daños en los elementos comunes, al considerar que no actuaban en interés de la comunidad, sino propio⁷². Por último, cabe destacar que la resolución judicial siempre producirá efectos sobre los elementos privativos propiedad del comunero que interpuso la acción, pero respecto a los elementos comunes sólo surtirá efecto mientras no perjudique a los intereses de la comunidad⁷³.

2. Legitimación pasiva: agentes de la edificación en la LOE

Conforme el art. 17.1 LOE, son responsables todas aquellas personas físicas o jurídicas que intervengan en el proceso de edificación. Este precepto guarda relación con el art. 8 LOE, que define a los agentes de la edificación bajo los mismos términos. Estos agentes se hallan enumerados en el tercer capítulo de la LOE, que abarca los artículos 6 a 16, e

-
66. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 383/2017, de 16 de junio (TOL6185732), FJ 5.º.
 67. PÁRAMO DE SANTIAGO, C., «Acción de responsabilidad contractual por vicios y defectos constructivos ejercitada por comunidad de propietarios», en *CEFLegal Revista práctica de Derecho*, núm. 201, 2017, pp. 149-154.
 68. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 756/2014, de 7 de enero (TOL4687122), FJ 2.º.
 69. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 880/2007, de 17 de julio (TOL1123888), FJ 2.º.
 70. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO. Comentarios a la legislación, cit. p. 518.
 71. SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 46/1995, de 31 de enero (TOL1667066), FJ 2.º; núm. 909/2021, de 22 de diciembre (TOL8739498), FJ 2.º; y núm. 198/2023, de 9 de febrero (TOL9398563), FJ 3.º.
 72. ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 8 de junio de 2019 (TOL7235642).
 73. COLINA GAREA, R., «El contrato de edificación» cit. p. 4375.

incluyen al promotor, constructor, director de la obra, director de la ejecución, entidades y laboratorios de control de calidad, suministradores de productos, y propietarios y usuarios. Con motivo de centrar el estudio sobre la responsabilidad del subcontratista, tras exponer la legitimación del subcontratista, se detallará en exclusiva al constructor al ser quien guarda relación directa con éste.

A) El subcontratista

La legitimación pasiva del subcontratista en la acción por vicios constructivos ha sido objeto de debate en la doctrina durante mucho tiempo. A modo de ilustrar la evolución seguida en este aspecto, la jurisprudencia relativa a la acción del art. 1591 CC, precedente a la LOE, en un principio se mostró favorable sobre la legitimación pasiva del subcontratista⁷⁴, aunque con posterioridad se rechazó la acción directa frente a éste⁷⁵.

Con la entrada en vigor de la LOE esta cuestión ha pervivido, ya que a pesar de lo dispuesto en el art. 8 LOE, el subcontratista no se halla entre los agentes enumerados en el tercer capítulo de la norma. Así pues, la controversia ahora versa sobre la configuración de los sujetos responsables en la LOE: si dichos agentes comportan un listado *numerus clausus* y sólo sobre ellos puede exigirse la responsabilidad contenida en la LOE; o si debe interpretarse en sentido amplio en virtud del art. 8, de forma que sería responsable todo interviniente en el proceso, con independencia de que no aparezca catalogado de forma expresa como agente en la norma.

La doctrina mayoritaria se pronuncia a favor del segundo criterio, al emplear una interpretación amplia, integrando al subcontratista como agente de la edificación al participar en el proceso, de forma que considera sufragada su legitimación pasiva frente a la demanda interpuesta por el propietario a través de la acción por vicios constructivos de la LOE⁷⁶. PÉREZ-CABALLERO apuesta por este criterio al considerarlo más garantista para la parte actora, ya que la oportunidad de demandar directamente al subcontratista puede brindarle mayor oportunidad de ver su pretensión satisfecha, al reducir las posibilidades de insolvencia de la parte pasiva⁷⁷.

Esta misma postura ha sido compartida por gran parte de las Audiencias Provinciales⁷⁸, pues algunas admiten su legitimación en base a la aplicación analógica de jurisprudencia relativa al art. 1591 CC⁷⁹, mientras que otras consideran la responsabilidad de la

74. SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 700/1985, de 23 de noviembre (TOL1736851), FJ 3.º; núm. 857/1988, de 14 de noviembre (TOL1734128), FJ 3.º; núm. 391/1990, de 22 de junio (TOL1730262), FJ 2.º; y núm. 1101/1999, de 23 de diciembre (TOL5157529), FJ 2.º.

75. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 624/2008, de 3 de julio (TOL1351249), FJ 2.º.

76. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la legislación*, cit. pp. 520-521.

77. PÉREZ-CABALLERO ABAD, P., *La responsabilidad por hecho ajeno*, cit. pp. 183-186.

78. SAP de Ciudad Real (Sección 1.^a) núm. 199/2015, de 15 de julio (TOL5220929), FJ 6.º; SAP de Barcelona (Sección 1.^a) núm. 162/2014, de 8 de abril (TOL4318649), FJ 3.º; SAP de Albacete (Sección 2.^a) núm. 142/2013, de 23 de septiembre (TOL3961185), FJ 6.º; SAP de Guadalajara (Sección 1.^a) núm. 45/2012, de 9 de febrero (TOL2467524), FJ 2.º; y SAP de La Coruña (Sección 3.^a) núm. 12/2013, de 11 de enero (TOL3016953), FJ 10.º.

79. SAP de Las Palmas (Sección 4.^a) núm. 75/2011, de 21 de febrero (TOL2167184), FJ 9.º.

constructora como una garantía para el demandante que no excluye de responsabilidad al subcontratista⁸⁰, además de su participación en la edificación de forma autónoma e independiente respecto del constructor⁸¹. Sin embargo, este criterio no fue amparado de forma unánime, puesto que también media jurisprudencia que, bajo una interpretación exegética del término «agente de la edificación», excluye al subcontratista al no mencionarse de forma expresa en el listado del capítulo tercero⁸².

No obstante, en la actualidad la jurisprudencia firme sobre la materia radica en sentido opuesto a la doctrina, bajo el fundamento de la exclusión expresa del subcontratista en el listado de agentes recogido en el tercer capítulo de la LOE, así como la referencia a esta figura en el art. 17.6 en relación con la responsabilidad del constructor⁸³. Este cambio de criterio interpretativo proviene de la nueva jurisprudencia del TS, que, además de las anteriores observaciones, realiza una interpretación teleológica de la LOE, pues determina que el objetivo de la norma es la protección de los intereses de los propietarios y terceros adquirentes, que se ve cubierta por la responsabilidad atribuida al promotor y al constructor, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el subcontratista⁸⁴. Desde esta perspectiva, el TS desestima la legitimación del promotor frente al subcontratista, al carecer éste de la calidad de agente de la edificación, por lo que no cabe exigir su responsabilidad a través de la LOE, sino que debe realizarse mediante la acción contractual ejercida por el constructor que lo contrata, careciendo de legitimación activa el promotor por no tener vínculo contractual con el subcontratista⁸⁵.

Por otro lado, cabe hacer referencia a la LSSC, ya que, a pesar de no determinar la responsabilidad del subcontratista al ser una norma más cercana al ámbito del derecho laboral, el art. 2.f) de esta norma contiene una definición legal del subcontratista en el contexto de la construcción: la persona que, sujeta al proyecto, se compromete a realizar determinadas unidades de obra en virtud de un contrato con el contratista u otro subcontratista. En este sentido puede ser primer subcontratista, si su comitente es el contratista, o segundo o sucesivo subcontratista si su comitente es otro subcontratista. Asimismo, el art. 5.2 LSSC conlleva consecuencias en el plano de la contratación, por cuanto pone freno al fenómeno de la subcontratación en cadena, al impedir que el trabajador autónomo subcontratado y el tercer subcontratista puedan subcontratar. Del mismo modo prohíbe tal facultad al subcontratista cuya aportación se fundamente en la mano de obra. Respecto a los efectos en la responsabilidad, continuará siendo responsable el constructor por los daños causados por el segundo o tercer subcontratistas, procediendo una cadena de reclamaciones en vía de regreso desde el constructor contratista al primer subcontratista, y de éste a los sucesivos subcontratistas⁸⁶.

80. SAP de Murcia (Sección 1.ª) núm. 439/2010, de 29 de julio (TOL1926926), FJ 2.º.

81. SAP de Tarragona (Sección 1.ª) núm. 350/2007, de 30 de julio (TOL7310625), FJ 9.º.

82. SAP de Vizcaya (Sección 5.ª) núm. 89/2014, de 29 de abril (TOL4423975), FJ 2.º; SAP de Valencia (Sección 8.ª) núm. 164/2011, de 24 de marzo (TOL2142068), FJ 3.º; y SAP de Barcelona (Sección 1.ª) núm. 305/2013, de 21 de junio (TOL3984021), FJ 3.º.

83. SAP de Jaén (Sección 1.ª) núm. 794/2024, de 3 de junio (TOL10199175), FJ 4.º; y SAP de Burgos (Sección 3.ª) núm. 11/2020, de 15 de enero (TOL7873304), FJ 3.º.

84. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 141/2018, de 14 de marzo (TOL6548108), FJ 6.º.

85. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 553/2018, de 9 de octubre (TOL6845739), FJ 3.º.

86. GONZÁLEZ CARRASCO, M., «Subcontratación en la construcción y responsabilidad en cadena», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1/2007, Barcelona, 2007, pp. 8-9.

Otro aspecto destacable se halla en el art. 8 LSSC, que obliga al contratista a llevar un Libro de Subcontratación que permita identificar a todo subcontratista, que será inscrito por orden cronológico según su aportación a la obra; y determine su participación en ésta, tal y como aparece recogida en el objeto de su contrato. Este artículo ha sido objeto de desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, que contiene un modelo estandarizado de Libro de Subcontratación. En lo relativo a la determinación de la responsabilidad, este documento es de vital importancia para poder deslindar el responsable de los daños causados en el edificio, ya que en él se recogen las tareas encomendadas a cada subcontratista.

B) El constructor

Como consecuencia de los pronunciamientos del TS antes expuestos, para el estudio de la responsabilidad del subcontratista, procede delimitar la legitimación y responsabilidad del constructor dentro del ámbito de la LOE para después estudiar la responsabilidad del subcontratista en vía de regreso.

La legitimación pasiva del constructor, además de las de los demás agentes de la edificación, salvo el promotor, es peculiar puesto que se configura sin perjuicio de vínculo contractual entre las partes, esto es, la LOE legitima a los propietarios y terceros adquirentes para accionar directamente frente al constructor, de forma que se trata de una legitimación especial creada por la LOE⁸⁷. Su legitimación viene demarcada por el art. 11 LOE, que lo define como «*agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato*». El mismo precepto delimita su función principal, la ejecución del proyecto bajo las indicaciones del director de la obra y del director de la ejecución. Además, incluye la obligación de «*formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato*».

Llegados a este punto cabe señalar la doble vinculación del constructor en el proceso edificativo. Por un lado, el constructor se ve vinculado al promotor a través de un contrato de obra, que origina una obligación de hacer, la realización material de la obra bajo el diseño previsto en el proyecto, y de resultado, pues sólo se ve satisfecha con la entrega del edificio, siendo todo ello bajo su propio riesgo y ventura⁸⁸. Este criterio de vinculación contractual con el promotor permite diferenciar al constructor, contratista, del subcontratista, puesto que sólo el primero cuenta con tal nexo contractual⁸⁹. Por otro lado, existe otro contrato que une al constructor con el subcontratista, en virtud del cual éste deberá seguir sus indicaciones⁹⁰.

87. PÉREZ-CABALLERO ABAD, P., *La responsabilidad por hecho ajeno*, cit. pp. 75-76.

88. CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M., *Comentarios a la legislación* cit. pp. 433-434.

89. PÉREZ-CABALLERO ABAD, P., *La responsabilidad por hecho ajeno*, cit. pp. 155-156.

90. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 141/2018, de 14 de marzo (TOL6548108), FJ 6.º: «*El subcontratista estará ligado al contratista por un contenido contractual que solo le vincula a él y al contratista, limitándose el subcontratista a seguir las instrucciones de su contratista*».

Así pues, además de su responsabilidad por hechos propios y de personas dependientes de él, el art. 17.6 LOE dispone que el constructor también se verá obligado a responder por los daños causados por vicios o defectos derivados de la ejecución realizada por los subcontratistas, así como por aquellos causados por las deficiencias en los productos adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la procedente acción de repetición. La responsabilidad del constructor por los daños causados por el subcontratista responde al hecho de haber introducido a un tercero en el proceso de edificación, con independencia de que fuera nombrado por él o por el perjudicado, sin posibilidad de eximir su responsabilidad alegando la plena diligencia en la selección y supervisión del trabajo ejecutado por el subcontratista⁹¹.

3. La llamada en garantía

La D.A. 7.^a LOE contiene un supuesto de intervención provocada, en virtud del cual quien fuera demandado por la acción del art. 17 LOE podrá solicitar, dentro del plazo de contestación a la demanda, que ésta se notifique a los demás agentes de la edificación que debieran intervenir en el proceso, bajo cautela de que en el supuesto de que no comparezcan la sentencia que se dicte producirá efectos frente a ellos. La intervención provocada se configura en el art. 14.2 LEC como la llamada al proceso de un tercero por parte del demandado, realizada a través de la presentación de una solicitud dentro del plazo de contestación, que lo interrumpe, y que se resolverá por el órgano jurisdiccional que conoce del proceso mediante auto, previa audiencia del demandante. En caso de ser estimada, el tercero deberá contestar a la demanda, y una vez se haya dado traslado de ella al demandado, o previo transcurso del plazo de contestación otorgado al tercero, se reanudará el plazo de su contestación.

En consecuencia, no cabe plantear la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario para el ejercicio de la acción de responsabilidad del art. 17 LOE, pues la D.A. 7.^a permite al demandado llevar a los demás agentes no demandados al proceso. Otro fundamento que exceptúa la posibilidad de plantear tal excepción responde a la configuración de la responsabilidad por vicios en la LOE, que como se expondrá más adelante, es de carácter solidario en el supuesto en que no pueda determinarse el responsable, y puesto que queda a salvo la vía de regreso no se produce indefensión del demandado, que podrá repetir contra los demás intervinientes en la edificación que no fueran llamados al proceso⁹².

Por otro lado, cabe señalar que el hecho de que un tercero sea llamado al proceso por el demandado no conlleva que éste obtenga la consideración de parte de forma automática, sino que, conforme a los principios de justicia rogada y congruencia de las sentencias, consagrados en los arts. 216 y 218 LEC, es criterio del demandante decidir si quiere ampliar su demanda frente a él o no⁹³. Del mismo modo, los efectos del proceso varían en función de esta decisión del demandante, puesto que, si decide no dirigirse contra el tercero llamado, la sentencia no podrá condenarlo o absolverlo, ni podrá imponerle costas, pero sí producirá efectos oponibles frente a él, pues en un proceso ulterior no

91. PÉREZ-CABALLERO ABAD, P., *La responsabilidad por hecho ajeno...*, cit. pp. 177-178.

92. SANTANA NAVARRO, F. L., *La responsabilidad en la Ley*, cit. pp. 224-225.

93. PÉREZ-CABALLERO ABAD, P., *La responsabilidad por hecho ajeno*, cit. pp. 84-85.

podrá oponer su ajenidad a lo actuado⁹⁴. En este sentido se ha pronunciado recientemente el TS⁹⁵, en reiteración de su anterior doctrina, que además reconoce al llamado al proceso un interés legítimo que le permite recurrir las resoluciones cuyo pronunciamiento le sea desfavorable, incluso cuando no se constituya como parte⁹⁶, y permite que la sentencia lo declare responsable, produciendo efectos vinculantes en un futuro procedimiento de reclamación en vía de regreso⁹⁷. De esta forma la llamada en garantía se configura como una ventaja para el demandado, al adelantar el enjuiciamiento del tercero responsable antes de la vía de regreso, como para el demandante, que verá reforzada su pretensión mediante la ampliación subjetiva de la demanda, sin necesidad de instar un nuevo pleito⁹⁸.

Sin embargo, la D.A. 7.^a LOE sólo permite llamar al proceso a los «*demás agentes de la edificación*», de forma que no podrán intervenir aquellos que carezcan de tal condición. Así pues, se incluyen en este supuesto la promotora, constructora, arquitecto, arquitecto técnico o aparejador, y los suministradores del material constructivo, aunque en principio deberá ser posible que el agente llamado al proceso haya podido ser el causante del daño reclamado en la demanda, excepto la promotora que podrá ser llamada en todo caso puesto que la LOE le atribuye una responsabilidad solidaria, como se expondrá en el siguiente epígrafe. Por tanto, no pueden ser llamados las aseguradoras, los organismos de control técnico y los subcontratistas, al no ostentar la condición de agentes de la edificación⁹⁹. Así pues, la jurisprudencia aprecia una correlación entre la legitimación pasiva y la facultad de ser llamado al proceso mediante la intervención provocada, ya que excluye al subcontratista de tal posibilidad¹⁰⁰.

VI. Responsabilidad y requisitos para ella

La clasificación de la responsabilidad consagrada en la LOE supera los criterios de contractual y extracontractual, ya que permite al propietario accionar frente a tanto el promotor con el que tiene un vínculo contractual por la compraventa del edificio, como a los demás agentes de la edificación con los que no comparte tal vínculo. Además, se configura como una responsabilidad objetiva por cuanto no es posible su exoneración en virtud de cumplimiento diligente del demandado, lo cual tiene lógica atendiendo al nivel de profesionalidad que la LOE atribuye a los intervinientes¹⁰¹.

94. RIVAS VELASCO, M. J., «Intervención Provocada de la Ley de Ordenación de la Edificación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2016, 2016, pp. 13-14.

95. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 1264/2024, de 7 de octubre (TOL10228803), FJ 2.º.

96. STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 459/2020, de 28 de julio (TOL8030707), FJ 3.º.

97. STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 409/2021, de 17 de junio (TOL8481102), FJ 6.º.

98. COLINA GAREA, R., «El contrato de edificación», cit. pp. 4404-4406.

99. RIVAS VELASCO, M. J., «Intervención Provocada», cit. pp. 3-11.

100. SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 510/2014, de 19 de enero de 2015 (TOL4776883), FJ 2.º; núm. 141/2018, de 14 de marzo (TOL6548108), FJ 6.º.

101. PÉREZ-CABALLERO ABAD, P., *La responsabilidad por hecho ajeno*, cit. pp. 75-79.

1. Responsabilidad solidaria por indeterminación del agente culpable

Aunque en un principio, la responsabilidad debe atribuirse de forma individual al causante de los vicios constructivos que hubieran provocado el daño, a tenor del art. 17.2 LOE, en la práctica, debido a la complejidad del proceso constructivo, esta acción lesiva suele ser complicada de atribuir a un sujeto concreto. Como solución a estas dificultades probatorias, el art. 17.3 LOE contiene una excepción a esta regla general, al determinar que en el supuesto en que no pudiera atribuirse la causa del daño a un agente individualizado, operará la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes. La jurisprudencia también ha aplicado la responsabilidad solidaria en el supuesto en que una concurrencia de culpas impida determinar el grado de participación de los agentes, en el que los daños respondieron tanto a las órdenes del arquitecto como a una ejecución deficiente del proyecto, considerando adecuada la reclamación dirigida a cualquiera de ellos por la cuantía del coste total de la reparación de los daños¹⁰².

Esta clase de responsabilidad es ventajosa para el perjudicado, por cuanto no requiere de ejercicio probatorio que demuestre quién causó el daño, sino que conforme a la jurisprudencia, aplicada sobre el art. 1591 CC¹⁰³, y reiterada tras la entrada en vigor de la LOE¹⁰⁴, media una presunción *iuris tantum*, en virtud de la cual se presume la culpabilidad de los agentes cuando el daño en el edificio se deba a vicios constructivos y se manifieste dentro del periodo de garantía, siendo suficiente para accionar la acreditación del daño y del momento en que apareció¹⁰⁵. Del mismo modo, la solidaridad también favorece la posibilidad de que el demandante logre resarcirse, ya que podrá exigir la compensación total por el valor de los daños a cualquiera de los responsables, como dispone el art. 1137 CC, al ser poco probable que todos los condenados sean insolventes. No obstante, no todo interviniente puede ser responsable solidario, ya que el propio art. 17.3 LOE circunscribe tal responsabilidad a aquellos que tengan condición de agente, de forma que queda excluido el subcontratista en virtud de la doctrina jurisprudencial expuesta en el epígrafe anterior.

2. Responsabilidad solidaria del promotor

El demandante cuenta con otro beneficio, ya que el art. 17.3 LOE atribuye en todo caso la responsabilidad solidaria al promotor. A diferencia de los demás agentes de la edificación la responsabilidad solidaria del promotor nace de forma expresa *ex lege*, sin estar condicionada a su participación en el proceso constructivo, ni a una resolución judicial que dictamine la indeterminación del causante del daño, sino que se configura como garante incondicional de la calidad del edificio, aunque sin perjuicio de que posteriormente pueda repetir frente a los demás agentes que causaran los daños¹⁰⁶. Sin embargo,

102. SAP de Palencia (Sección 1.ª) núm. 315/2017, de 12 de diciembre (TOL6499183), FJ 4.º.

103. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 190/1998, de 4 de marzo (TOL171557), FJ: 1.º: «Es decir, que no puede cargarse a la víctima de la ruina, en el sentido expuesto, la prueba de cuál ha sido la intervención y la participación de los distintos agentes de la construcción ruinosa».

104. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 799/2008 de 30 de julio (TOL1366386), FJ 4.º.

105. SANTANA NAVARRO, F. L., *La responsabilidad en la Ley*, cit. p. 214.

106. COLINA GAREA, R., «El contrato de edificación», cit. p. 4399-4402.

esta responsabilidad lleva a supuestos paradójicos cuando el promotor mantiene una parte de la propiedad del edificio, pues entonces se encontrará legitimado tanto activa como pasivamente frente a los demás agentes, aunque deberá responder de forma solidaria a las reclamaciones de los demás propietarios¹⁰⁷, hecho respaldado por la jurisprudencia¹⁰⁸. Aun así, la responsabilidad atribuida al promotor puede ser insuficiente para la satisfacción de la parte actora, pues existen supuestos similares al relato fáctico planteado, donde la promotora ha dejado de existir al entrar en concurso de acreedores, situación cada vez más frecuente dadas las crisis inmobiliarias.

Estudiados los dos supuestos de responsabilidad solidaria más relevantes contemplados en la LOE¹⁰⁹, cabe remarcar la diferencia entre cada uno. Por un lado, la responsabilidad del promotor se configura como una obligación solidaria propia, cuya fuente es la LOE y que se aplica en todo caso; y por otro lado la responsabilidad solidaria por indeterminación del sujeto responsable responde a una obligación solidaria impropia, que depende de una resolución judicial que la determine *post facto*¹¹⁰. En este sentido sigue la doctrina jurisprudencial al respecto, aunque matiza que en realidad no se trata de una obligación solidaria impropia porque se contempla en la norma, ni de una obligación solidaria propia, pues no es inicial sino que depende de la apreciación de unas circunstancias en la sentencia, de forma que lo describe como una responsabilidad solidaria, a la que atribuye los efectos de la solidaridad impropia sobre la interrupción de la prescripción de la acción¹¹¹, que se detallarán más adelante.

3. Causas de exoneración de la responsabilidad

Las causas de exoneración de los responsables se encuentran tasadas en el art. 17.8 LOE que, de forma taxativa, dispone la exoneración de los agentes cuando los daños respondan a la fuerza mayor o caso fortuito, y cuando provengan de un acto de un tercero o del propio perjudicado. Asimismo, impone la carga probatoria a los demandados, en atención al carácter *iuris tantum* de la presunción del origen de los daños expuesta anteriormente. Tal configuración de la norma conlleva a un desplazamiento del deber probatorio, por cuanto corresponde a los demandados demostrar la concurrencia de estas causas¹¹². Del mismo modo, se evidencia la naturaleza objetiva de la responsabilidad contenida en la LOE puesto al impedir la exoneración de cada agente por actuar con la diligencia debida, sino que sólo es posible a través de la ruptura del nexo causal¹¹³.

107. COLINA GAREA, R., «El contrato de edificación», cit. p. 4372-4374.

108. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 119/2011, de 28 de febrero (TOL2054430), FJ 2.º.

109. Otro supuesto aparece en el art. 17.5 LOE, que también determina la responsabilidad solidaria de los proyectistas cuando el proyecto fuera realizado por dos o más de ellos. Del mismo modo dispone el art. 17.7 LOE cuando se contratara a dos o más directores de obra.

110. BLANCO MARTÍN, P., *La responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación. Sus efectos en la prescripción, la intervención provocada y el derecho de repetición*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 137-145.

111. SSTS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 761/2014, de 16 de enero de 2015 (TOL4720057); y núm. 765/2014, de 20 de mayo de 2015 (TOL5175621), FJ 2.º; y en reiteración la más reciente la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 86/2018, de 15 de febrero de 2018 (TOL6526206), FJ 2.º.

112. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 410/2011, de 7 de junio (TOL2142480), FJ 2.º.

113. BLANCO MARTÍN, P., *La responsabilidad solidaria de los agentes*, cit. p. 53.

No interesa entrar en las causas de fuerza mayor y caso fortuito, pues son las mismas que aparecen de forma genérica como exclusión de la responsabilidad en la mayor parte de obligaciones contractuales. Sobre la exoneración a causa de acto de un tercero, éste no puede ser realizado por quien hubiera sido contratado por un agente para intervenir en el proceso constructivo, ni puede ser un trabajador dependiente de un agente, pues se trata de un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno¹¹⁴. En consecuencia, el constructor no puede exonerar su responsabilidad en virtud de la actuación del subcontratista que hubiera contratado, sino que responderá igualmente en virtud del art. 17.6 LOE, como se ha expuesto con anterioridad. Respecto de los actos del propio perjudicado, el art. 16 LOE prevé las obligaciones de los propietarios y usuarios del edificio, en concreto sobre el mantenimiento y el uso adecuado del edificio, por lo que en el supuesto de que los demandados pudieran demostrar que los daños se deben a estas causas, quedarían exonerados.

4. Contenido de la pretensión

Pese a la naturaleza resarcitoria de la acción de responsabilidad por vicios constructivos de la LOE, esta norma no determina si la obligación de quien fuera declarado responsable debe ser la reparación de los daños *in natura*, o bien si es suficiente con el pago de una indemnización equivalente al coste de la reparación. Lo único que la LOE menciona al respecto se recoge en el art. 19.6, que, en alusión a la responsabilidad de las aseguradoras de los agentes, dictamina que éstas podrán optar entre el pago de la indemnización en metálico por el valor de los daños y la reparación de los mismos. En relación a dicho precepto, y como excepción a la regla del art. 1098 CC, la jurisprudencia ha facultado al demandante a elegir cuál de ambas le es más oportuna para satisfacer su interés legítimo, bajo los fundamentos de que las dos responden a un fin resarcitorio y la difícil justificación de obligar al perjudicado a soportar la reparación de un agente que obró de forma deficiente¹¹⁵. Respecto a la cuantía de tal indemnización, el TS ha determinado que debe cubrir íntegramente el coste de la reparación, incluyendo tanto IVA como beneficio industrial, sin apreciar enriquecimiento injusto cuando la demandante sea una comunidad de propietarios, que no está sujeta a IVA por carecer de personalidad jurídica¹¹⁶.

VII. Plazo de garantía y prescripción de la acción

1. Plazo de garantía

Para poder reclamar los daños materiales sufridos por el edificio, deben haberse producido dentro del periodo de garantía establecido. Como se relató en el tercer epígrafe,

114. SANTANA NAVARRO, F. L., *La responsabilidad en la Ley*, cit. p. 233.

115. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 884/2010, de 21 de diciembre (TOL2012628), FJ 7.º; y en reiteración, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 49/2011, de 15 de febrero (TOL2046192), FJ 3.º.

116. SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 347/2014, de 26 de junio, FJ 2.º (TOL4437954); y núm. 558/2014 de 12 de octubre (TOL4538481), FJ 2.º.

estos plazos varían en función de la tipología del daño por el que se reclama. Según el art. 17.1 LOE, los daños deben haberse producido en el plazo de 10 años cuando se trate de daños estructurales, 3 años cuando sean daños de habitabilidad, y tan sólo un año cuando respondan a la terminación de la obra. Esta nueva configuración marca la principal diferencia respecto a la regulación anterior del art. 1591 CC, que sólo prevé un periodo de garantía universal de 10 años, motivo por el que se conocía como «acción decenal».

El comienzo del plazo de garantía se corresponde a la fecha de recepción de la obra, consignada en un acta firmada, conforme al art. 6.5 LOE. De igual forma, comprende un supuesto tácito de recepción, cuando tras 30 días desde la fecha de terminación de las obras, contados desde la notificación al promotor, éste no manifestara reservas o rechazo motivado. La jurisprudencia ha determinado que no se trata de un plazo de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, es decir, es un plazo que determina el presupuesto de la acción de responsabilidad, pues los daños deben producirse dentro de éste, y una vez aparezcan comenzará a computarse el plazo de prescripción¹¹⁷. Sin embargo, este plazo presenta problemas en la práctica, ya que, dadas las crisis inmobiliarias, es posible que el promotor venda el edificio después de tres años, lo que impediría a los adquirentes reclamar por daños de acabado y de habitabilidad¹¹⁸.

2. Prescripción

En virtud del art. 18.1 LOE, la acción prevista en la LOE prescribe a los 2 años desde que se produzcan los daños. La jurisprudencia ha matizado este aspecto, pues fija el *dies a quo* en el momento en que éstos se manifesten, y en concreto, cuando el perjudicado conociera su existencia¹¹⁹. Tal consideración trae a causa los supuestos conocidos en la doctrina como daños duraderos y daños continuados¹²⁰. Los primeros responden a aquellos que ocurren en determinado momento por acción u omisión del demandado, y luego persisten o empeoran con el paso del tiempo sin causa atribuible a él, por lo que el plazo de prescripción nace en el momento en que lo conoce el perjudicado¹²¹. Los segundos son los que, aunque se produzcan a causa de una actividad dañosa continuada, no puedan dividirse en etapas diferentes o hechos diferenciados, por lo que el cómputo del plazo de prescripción comienza cuando se estabilicen¹²². Así pues, conforme a la jurisprudencia, destaca la importancia del informe pericial que determine si los daños son estabilizados, o si de contrario, pueden ser reclamados sin necesidad de esperar a que empeoren.

117. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 451/2016, de 1 de julio, FJ 3.º (TOL5775396).

118. BLANCO MARTÍN, P., *La responsabilidad solidaria de los agentes*, cit. p. 184.

119. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 444/2013, de 5 de julio, FJ 2.º (TOL4102074).

120. BLANCO MARTÍN, P., *La responsabilidad solidaria de los agentes*, cit. p. 198.

121. La STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 391/2022, de 10 de mayo, FJ 2.º (TOL8932541) aprecia como daños duraderos y no continuados los producidos por filtraciones de agua, pues eran conocidos por los propietarios y se encontraban estabilizados conforme a informe pericial, sin perjuicio de que las filtraciones pudieran causar otros daños.

122. La STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 454/2016, de 4 de julio, FJ 2.º (TOL5775290) subsume bajo tal clasificación los daños que, a pesar de ser apreciados en la primera visita del perito de la demandante, conforme al informe del perito judicial éstos tardaron año para consolidarse, a partir del cual comenzó el plazo de prescripción.

Por otro lado, la interrupción de la prescripción también guarda relación con la naturaleza solidaria de la responsabilidad. Así pues, la jurisprudencia ha determinado que la reclamación emitida al promotor no interrumpe la prescripción de la acción frente a los demás agentes de la edificación¹²³, pero la reclamación a cualquiera de los demás agentes sí la interrumpe respecto del promotor. Tal supuesto se configura a causa de una distribución desigual de la solidaridad, pues como se expuso con anterioridad, el promotor responderá solidariamente en todo caso, mientras que los demás agentes sólo lo harán cuando no pudiera determinarse el culpable¹²⁴.

VIII. Otras acciones distintas de la LOE

1. Otras acciones del propietario para reclamar por vicios constructivos

Al margen de la acción del art. 17 LOE, el mismo precepto dispone la compatibilidad de acciones de responsabilidad contractual de los propietarios. En este sentido, el art. 17.9 LOE expresa tal compatibilidad con las acciones derivadas de la compraventa. Entre estas acciones se incluyen las acciones de cumplimiento del contrato de los arts. 1098 y 1101 CC, así como las acciones de saneamiento de vicios ocultos contempladas en los arts. 1484 y 1486 CC, frente al promotor o anterior propietario pues es éste quien guarda un nexo contractual con el perjudicado. Es destacable que ambas acciones cuentan con un plazo de prescripción distinto, siendo para la primera de 5 años desde que pudiera ejercerse conforme a los arts. 1964.2 y 1969 CC, y de 6 meses desde la entrega del edificio para las segundas en virtud del art. 1490 CC¹²⁵. La acumulación de estas acciones ha sido admitida por la jurisprudencia, que ha estimado la responsabilidad del promotor incluso después de haber prescrita la acción del art. 17 LOE¹²⁶, y que mantiene que el plazo aplicable es el de 5 años previsto en el art. 1964.2 CC al considerar en un caso que la acción ejercida era la del art. 1101 y no la del art. 1484 CC, cuyo plazo había sido aplicado en la sentencia recurrida¹²⁷.

Por otro lado, también es posible ejercer la acción de responsabilidad extracontractual prevista en el art. 1902 CC, frente a quien fuera el causante de los vicios que provocaron el daño en el edificio, aunque tal planteamiento es complicado en la práctica por cuanto además del plazo de prescripción restrictivo de un año del art. 1968.2.º CC, esta acción además conlleva la carga de la prueba al demandante de demostrar quién causó el daño,

123. STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 765/2014, de 20 de mayo de 2015 (TOL5175621), FJ 2.º.

124. STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 761/2014, de 16 de enero de 2015 (TOL4720057), FJ 2.º.

125. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. A., «Responsabilidad por defectos constructivos. Compatibilidad entre las acciones legales y las acciones que dimanar de la relación contractual. Plazo de prescripción. Comentario a la STS de 18 de diciembre de 2018», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 111, 2019, pp. 153-172, en pp. 162-163.

126. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 756/2014, de 7 de enero de 2015 (TOL4687122), FJ 3.º.

127. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 710/2018, de 18 de diciembre (TOL6976670), FJ 2.º.

así como la negligencia o dolo en su actuación¹²⁸. La jurisprudencia, pese a no pronunciarse sobre la posibilidad de ejercer esta acción a todo supuesto cubierto por la LOE, sí ha reconocido su aplicación sobre la reclamación de los daños morales, que se encuentran excluidos de la LOE¹²⁹.

Cuando el edificio se trate de una vivienda, los residentes también podrán interponer acción reclamatoria en materia de consumidores y usuarios, en virtud de los arts. 148 y 149 TRLGDCU, si bien sólo se aplicará sobre aquellos daños no cubiertos por la LOE. Conforme a la doctrina, el plazo de prescripción de esta acción se corresponde al contemplado en los arts. 1964.2 y 1968.2.º CC según si media vínculo contractual o no entre el perjudicado y el causante del daño¹³⁰.

Por último, el art. 1591 CC, era el precepto que regulaba la responsabilidad por vicios constructivos con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE, aunque esta norma no prevé una derogación explícita del art. 1591 CC, sino que sólo se remite a la derogación de las normas anteriores de igual o inferior rango que se opongan a ésta. Por tanto, la doctrina mayoritaria asume la derogación tácita del art. 1591 CC, por cuanto sólo se aplicará a los edificios cuya licencia de obras fuera anterior a la entrada en vigor de la LOE, conforme a la D. T. 1.ª LOE. La jurisprudencia ha reconocido la sustitución por la LOE sobre el régimen de responsabilidad de los agentes de la edificación cuando la licencia de obras sea posterior a la LOE¹³¹.

2. Acción de repetición del constructor frente al subcontratista

Pese a que la LOE contempla de forma expresa la acción de repetición en el art. 18.2, ésta se prevé para que un agente de la edificación que hubiera satisfecho el pago de la condena en virtud de la responsabilidad solidaria pueda repetir en un distinto procedimiento frente a los demás agentes que considere responsables, mediando los efectos de cosa juzgada que se expusieron en el epígrafe V.3. También es cierto que el art. 17.6 LOE contempla la facultad del constructor de repetir contra el subcontratista por los daños que se derivaran de los vicios constructivos provocados por su actuación, ya que como se relató el constructor es responsable por cuenta ajena de los actos del subcontratista, que carece de la condición de agente de la edificación. Por tanto, la acción de repetición del constructor frente al subcontratista se ejercerá mediante las acciones derivadas de la responsabilidad contractual, recogidas en los arts. 1101 CC y ss., mediando los plazos relatados en el epígrafe anterior. En este sentido se ha pronunciado el TS al inadmitir un recurso interpuesto por una subcontratista frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, que desestimó su recurso frente a la sentencia dictada en primera instancia, en el que opuso la prescripción de la acción de repetición del art. 18.2 LOE, pues consideró que no procedía aplicar tal acción ya que el subcontratista no es agente de la edificación, por lo que la acción del art. 1101 CC que sí era aplicable no había prescrito¹³².

128. SANTANA NAVARRO, F. L., «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado», en *Anuario de derecho civil*, vol. 72, núm. 2, 2019, pp. 355-418, en pp. 382-385.

129. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 530/2011, de 15 de julio (TOL2187178), FJ 5.º.

130. SANTANA NAVARRO, F. L., «La coordinación entre la LOE», cit. pp. 404-407.

131. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 790/2013, de 27 de diciembre (TOL4124341), FFJJ 16.º y 17.º.

132. ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 3 de noviembre de 2021 (TOL8639897) y SAP de Álava (Sección 1.ª) núm. 374/2019, de 6 de mayo (TOL7416664), FJ 1.º.

IX. Solución del supuesto planteado

Tras haber estudiado la legislación, doctrina y jurisprudencia sobre el asunto, procede ofrecer la solución que consideramos adecuada al supuesto planteado. En primer lugar, respecto a la calificación de los daños, cabe distinguir entre aquellos por los que se reclama. Así pues, por los daños en la fachada provocados a causa de la dilatación de la cubierta debido a la falta de instalación del elemento separador, conforme afirma el perito propuesto de parte, estos podrían afectar a la estructura del edificio. Por tanto, estos daños se configuran como daños estructurales, por cuanto comprometen la resistencia mecánica y estabilidad del edificio en los términos del art. 3.1.a) LOE, por lo que como dispone la STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 221/2014, de 5 de mayo, en su FJ 6.º, los daños se ven materializados por el perjuicio económico en torno a la infravaloración de la vivienda a causa de la falta de un elemento que podría afectar a la estabilidad. De igual forma, también sería atribuible la responsabilidad a la constructora pues no es un elemento que forma parte de la estructura del edificio, sino que, sin formar parte de ella, afecta a la estabilidad, por lo que no procede argumentar que sería responsabilidad de la anterior constructora que construyó la estructura.

Por otro lado, respecto de los desprendimientos de la fachada por la mala instalación del pladur, y los daños de grietas y humedades en el interior del edificio provocados por filtraciones en la medianera, salvo que los demandados pudieran acreditar que fueran a causa de una mala conservación por parte de los propietarios, según la jurisprudencia incardinan en los daños de habitabilidad, de forma que el plazo de garantía es de 3 años a partir de la fecha de recepción el 5 de junio de 2012. Los demandados oponen que los daños no fueron determinados hasta que recibieron el burofax en 2016, fuera del plazo de garantía. Discrepamos en este aspecto, pues estos daños sí existían y se conocían dentro de este plazo, ya que se notificaron a la promotora como indican las actas de las juntas de 14 de abril de 2014 y 27 de enero de 2015, en el que se reclaman los daños en presencia de la promotora y se acuerda enviar reclamación por burofax a los demandados. Además, se encuentran acreditados los desprendimientos de la fachada producidos el 20 de mayo de 2015. Así pues, teniendo en cuenta que el plazo de garantía no es un plazo de prescripción, basta con acreditar de que los daños existían en ese momento.

Respecto de los demás daños, se reclama por las deficiencias en la carpintería, la barandilla de la escalera y los remates de yeso. Tales desperfectos se comprenden como daños en el acabado, por cuanto no son de tal entidad que afecten al uso del edificio, de forma que debería responder por ellos la constructora. Sin embargo, atendiendo al breve plazo de garantía de un año, estos daños ya no podrían reclamarse mediante la LOE, ya que transcurrió antes de que la promotora vendiera el edificio.

En segundo lugar, se plantea la cuestión sobre la legitimación activa del presidente de la comunidad para accionar en nombre de ésta, que deberá ser admitida al aportarse Acta de la Junta de la comunidad que lo autoriza. Además, también se opone la falta de legitimación pasiva, pues la constructora considera que deberían ser demandados los subcontratistas que causaron los daños por los que se reclama. Conforme a la jurisprudencia, no procede la intervención de los subcontratistas en este proceso, puesto que el subcontratista no es agente de la edificación, por lo que no puede ser demandado por el propietario a través de la LOE. Además, tampoco puede invocarse esta excep-

ción procesal, pues la D. A. 7.º LOE prevé la intervención provocada a instancia de los demandados.

En tercer lugar, sobre la responsabilidad, en este supuesto se aprecia de forma clara la solidaridad por indeterminación del causante del daño, pues no es posible determinar si los daños se deben a errores en el proyecto o si éste era correcto y se corresponden a problemas de ejecución, ya que cada uno de los agentes atribuyen los daños a distintas causas. Por otro lado, la promotora debe responder solidariamente en todo caso, en virtud del art. 17.3 LOE, pero en este caso al haberse disuelto la sociedad por falta de recursos, pese a que se dicte sentencia que la condene, habrá dificultades para que ésta satisfaga el pago de lo reclamado.

En cuarto lugar, sobre la responsabilidad de los subcontratistas, la constructora que los contrató será responsable por sus actos en virtud del art. 17.6 LOE. Como no pueden ser parte del procedimiento debido a carecer de la condición de agente de la edificación, la constructora, en vía de repetición, deberá instar un procedimiento distinto frente a los subcontratistas por cuantía que tuvo que abonar a los perjudicados, en ejercicio de la acción de cumplimiento contractual del art. 1101 CC, y con un plazo de 5 años desde que se dictara la sentencia del procedimiento principal.

En quinto lugar, la acción prevista en la LOE no está prescrita debido a los burofaxes enviados a los demandados, que interrumpen el plazo de prescripción. Sin embargo, la acción frente a la arquitecta sí estaría prescrita según la jurisprudencia sobre responsabilidad solidaria impropia, ya que la interrupción ocurre cuando el destinatario recibe el burofax. En cuanto a la cuantía, cabe reclamar el coste completo de la reparación, sin permitir una reparación parcial como proponen los peritos de los demandados, ya que es necesario abordar la causa de los daños e instalar el elemento separador faltante en la cubierta.

Por último, respecto a las demás acciones ejercidas de forma subsidiaria a la acción de la LOE, conforme a la jurisprudencia es admisible su acumulación en este procedimiento. Así pues, la acción de responsabilidad contractual del art. 1101 CC frente a la promotora procede ser estimada por cuanto concurren los presupuestos para ello. No obstante, no procede la acción de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC, pues ésta ha prescrito. Tampoco procede la reclamación por los arts. 148 y 149 LGDCU ya que estos preceptos son de aplicación residual a los daños no cubiertos por la LOE, como los daños morales, por los que no se reclaman. Finalmente, no cabe aplicar el art. 1591 CC ya que la licencia de obra es posterior a la entrada en vigor de la LOE. En conclusión, procede estimar la demanda parcialmente, declarando la responsabilidad solidaria de los demandantes, a excepción de la arquitecta, por todos los daños reclamados, salvo los de acabado.

X. Conclusiones

PRIMERA.- Pese al esfuerzo realizado por la LOE, que fue elaborada para codificar la extensa jurisprudencia relativa al art. 1591 CC, esta norma sigue siendo deficiente en determinados aspectos. En primer lugar, no aporta una definición clara de edificio, lo

que llevó a cuestiones sobre su aplicación, que fueron resueltas por la jurisprudencia. En segundo lugar, sigue siendo imprecisa respecto a los daños de habitabilidad, puesto que si bien trata de relacionarlos con el incumplimiento de las condiciones del art. 3.1.c), la remisión genérica de su apartado cuarto, así como la indeterminación de los daños de acabado, plantean dudas sobre la distinción entre ambas tipologías.

SEGUNDA.- Sobre el asunto estudiado, destaca la vital importancia de la prueba pericial, al ser determinante no sólo de la cuantía a reclamar, sino que la LOE, al tipificar distintas clases de daños, también fija el plazo de garantía para reclamar por ellos, y además permite discernir quién es el causante. Sin embargo, esta configuración plantea problemas en la práctica, donde cada parte llevará siempre su perito que emitirá un informe favorable a sus intereses, de forma que se complica la formación de la convicción del juez, que desconoce las prácticas constructivas y se encuentra con informes periciales contradictorios.

TERCERA.- Consideramos la legitimación activa planteada recogida en la LOE insuficiente, pues excluye a los arrendatarios, cuya relevancia actual no cabe negar en el ámbito de la vivienda. Además, tampoco tiene en cuenta la figura del autopromotor, sobre la que se produce una conmixión de legitimación activa y pasiva. Respecto de la legitimación pasiva, seguimos el criterio compartido por la doctrina que reconoce el carácter de agente de la edificación al subcontratista, por dos motivos. Por un lado, el tenor literal de los arts. 8 y 17.1 LOE determina la responsabilidad de los intervinientes en el proceso edificativo, y no sólo de los agentes de la edificación, por lo que es lógica la inclusión de los subcontratistas. Por otro lado, mantenemos que incluirlos en el procedimiento tiene sentido, aunque el constructor deba responder por cuenta de ellos, pues permite entrar de lleno en la causa de los daños y atribuir la responsabilidad a quien causa el daño realmente, de forma que se facilitaría la consecuente acción de repetición por el constructor.

CUARTA.- La responsabilidad solidaria por indeterminación del causante del daño es una gran ventaja para el demandante, pues aligera la carga de la prueba y es habitual que se aprecie en la práctica. Sin embargo, la responsabilidad solidaria del promotor en todo caso no nos parece completamente ajustada a la actualidad, pues la LOE se elaboró antes de la crisis inmobiliaria de 2008, que llevó a la quiebra de muchos promotores, y, en consecuencia, al vacío de esta garantía del adquirente. Por este motivo consideramos necesaria una actualización de la normativa sobre la materia, ya que la LOE ha sido objeto de escasas reformas desde su entrada en vigor hace más de 20 años.

QUINTA.- Sobre el plazo de garantía, consideramos insuficientes los plazos previstos en la LOE, pues son un enorme recorte de la garantía decenal prevista en el art. 1591 CC, que se aplicaba a casi toda clase de daños en el edificio. Este punto choca con la supuesta finalidad de la LOE, que alega buscar la protección de los propietarios, a la vez que conlleva una reducción del plazo de garantía. En concreto, la garantía anual por daños en el acabado es de difícil aplicación en la práctica, ya que es frecuente que el promotor no venda el edificio dentro de un año desde la fecha de entrega. Tal supuesto limita la reclamación a la responsabilidad contractual del promotor, que a diferencia de la responsabilidad fijada en la LOE, es de carácter subjetivo, por lo que se impone al demandante la prueba del dolo o negligencia en la actuación del demandado.

Bibliografía

- ARNAU MOYA, F.**, *Los vicios de la construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, consultado en versión digital disponible en Tirant Biblioteca Virtual con TOL468388.
- BLANCO MARTÍN, P.**, *La responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación. Sus efectos en la prescripción, la intervención provocada y el derecho de repetición*, Dykinson, Madrid, 2021.
- BLASCO GASCÓ, F. P.**, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2014 (2612/2014): Ámbito de responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación. Concepto de daños materiales en la estructura o sus elementos», en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil) Volumen 6 (2013-2014)*, (dir. M. YZQUIERDO TOLSADA, coord. J. ESPÍN GRANIZO), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 607-615.
- CARRASCO BARRANCO, C. y RUIZ-RICO RUIZ, J. M.**, «Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I). El concepto legal de edificio», en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación* (coords. J. M. RUIZ-RICO RUIZ y M. L. MORENO-TORRES HERRERA), Comares, Granada, 2002, pp. 25-50
- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. Y GONZÁLEZ CARRASCO, M.**, *Comentarios a la legislación de ordenación de la edificación 5.ª edición*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- COLINA GAREA, R.**, «El contrato de edificación», en *Tratado de Contratos 4.ª edición* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, coords. S. QUICIOS MOLINA, N. MORALEJO IMBERNÓN y S. LÓPEZ MATA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, Tomo III, pp. 4323-4416.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. A.**, «Responsabilidad por defectos constructivos. Compatibilidad entre las acciones legales y las acciones que dimanen de la relación contractual. Plazo de prescripción. Comentario a la STS de 18 de diciembre de 2018», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 111, 2019, pp. 153-172.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.**, «Subcontratación en la construcción y responsabilidad en cadena», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1/2007, Barcelona, 2007
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.**, «Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción», en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 18, 2006, pp. 27-50.
- PÁRAMO DE SANTIAGO, C.**, «Acción de responsabilidad contractual por vicios y defectos constructivos ejercitada por comunidad de propietarios», en *CEFLegal Revista práctica de Derecho*, núm. 201, 2017, pp. 149-154.
- PÉREZ-CABALLERO ÁBAD, P.**, *La responsabilidad por hecho ajeno en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

RIVAS VELASCO, M. J., «Intervención Provocada de la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2016, 2016.

SANTANA NAVARRO, F. L., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Marcial Pons, Barcelona, 2018.

SANTANA NAVARRO, F. L., «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado», en *Anuario de derecho civil*, vol. 72, núm. 2, 2019, pp. 355-418.

Normativa utilizada

- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.
- Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.
- Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre la propiedad horizontal.
- Código Civil, publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889.

Jurisprudencia

Tribunal Supremo

- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 1264/2024, de 7 de octubre (TOL10228803).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 332/2024, de 6 de marzo (TOL9944574).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 198/2023, de 9 de febrero (TOL9398563).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 391/2022, de 10 de mayo (TOL8932541).
- ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 3 de noviembre de 2021 (TOL8639897).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 909/2021, de 22 de diciembre (TOL8739498).
- STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 409/2021, de 17 de junio (TOL8481102).
- STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 459/2020, de 28 de julio (TOL8030707).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 228/2020, de 1 junio (TOL7966060).
- ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 17 de julio de 2019 (TOL7431891).
- ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 8 de junio de 2019 (TOL7235642).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 1/2019, de 8 de enero (TOL6988643).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 710/2018, de 18 de diciembre (TOL6976670).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 553/2018, de 9 de octubre (TOL6845739).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 141/2018, de 14 de marzo (TOL6548108).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 383/2017, de 16 de junio (TOL6185732).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 454/2016, de 4 de julio (TOL5775290).

- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 451/2016, de 1 de julio (TOL5775396).
- STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 765/2014, de 20 de mayo de 2015 (TOL5175621).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 510/2014, de 19 de enero de 2015 (TOL4776883).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 558/2014, de 12 de octubre (TOL4538481).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 347/2014, de 26 de junio (TOL4437954).
- STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 761/2014, de 16 de enero de 2015 (TOL4720057).
- STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 221/2014, de 5 de mayo (TOL4418306).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 183/2014, de 11 de abril (TOL4264340).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 756/2014, de 7 de enero (TOL4687122).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 790/2013, de 27 de diciembre (TOL4124341).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 659/2013, de 19 de febrero (TOL4142260).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 597/2013, de 17 de octubre (TOL4259328).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 444/2013, de 5 de julio (TOL4102074).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 426/2012, de 27 de junio (TOL2584212).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 204/2012, de 26 de marzo (TOL2503209).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 699/2011, de 10 de octubre (TOL2269334).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 410/2011, de 7 de junio (TOL2142480).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 119/2011, de 28 de febrero (TOL2054430).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 49/2011, de 15 de febrero (TOL2046192).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 884/2010, de 21 de diciembre (TOL2012628).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 530/2011, de 15 de julio (TOL2187178).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 517/2010, de 19 de julio (TOL1946599).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 4/2010, de 10 febrero (TOL1790762).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 624/2008, de 3 de julio (TOL1351249).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 372/2008, de 13 de mayo (TOL1370036).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 934/2007, de 10 de septiembre (TOL1143876).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 880/2007, de 17 de julio (TOL1123888).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 1035/2006, de 25 de octubre (TOL1006890).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 896/2003, de 2 de octubre (TOL314152).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 1024/2002, de 4 de noviembre (TOL4974972).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 11 de diciembre de 2000 (TOL71759).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 190/1998, de 4 de marzo (TOL171557).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 1101/1999, de 23 de diciembre (TOL5157529).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 967/1996, de 19 de noviembre (TOL5152802).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 631/1995, de 19 de junio (TOL5127689).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 46/1995, de 31 de enero (TOL1667066).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 391/1990, de 22 de junio (TOL1730262).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 857/1988, de 14 de noviembre (TOL1734128).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 700/1985, de 23 de noviembre (TOL1736851).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 24 de diciembre de 1982 (JUR\1982\2381).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 24 de febrero de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:4612).

Audiencias Provinciales

- SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) núm. 158/2024, de 24 de marzo (TOL10050816).
- SAP de Jaén (Sección 1.ª) núm. 794/2024, de 3 de junio (TOL10199175).
- SAP de Castellón (Sección 3.ª) núm. 257/2022, de 26 de abril (TOL9139842).
- SAP de Málaga (Sección 5.ª) núm. 722/2021, de 30 de noviembre (TOL8870509).

- SAP de Madrid (Sección 13.^a) núm. 388/2021, de 19 de octubre (TOL8736613).
- SAP de Soria (Sección 1.^a) núm. 232/2021, de 14 octubre (TOL8712955).
- SAP de Murcia (Sección 5.^a) núm.82/2020, de 25 de mayo (TOL8025790).
- SAP de Burgos (Sección 3.^a) núm. 11/2020, de 15 de enero (TOL7873304).
- SAP de Álava (Sección 1.^a) núm. 374/2019, de 6 de mayo (TOL7416664).
- SAP de Palencia (Sección 1.^a) núm. 315/2017, de 12 de diciembre (TOL6499183).
- SAP de Ciudad Real (Sección 1.^a) núm. 199/2015, de 15 de julio (TOL5220929).
- SAP de Vizcaya (Sección 5.^a) núm. 89/2014, de 29 de abril (TOL4423975).
- SAP de Barcelona (Sección 1.^a) núm. 162/2014, de 8 de abril (TOL4318649).
- SAP de Albacete (Sección 2.^a) núm. 142/2013, de 23 de septiembre (TOL3961185).
- SAP de Barcelona (Sección 1.^a) núm. 305/2013, de 21 de junio (TOL3984021).
- SAP de La Coruña (Sección 3.^a) núm. 12/2013, de 11 de enero (TOL3016953).
- SAP de Albacete (Sección 2.^a) núm. 255/2012, de 9 de diciembre (TOL2718176).
- SAP de Madrid (Sección 10.^a) núm. 410/2012, de 20 de junio (TOL2603288).
- SAP de Guadalajara (Sección 1.^a) núm. 148/2012, de 19 de junio (TOL2593013).
- SAP de Guadalajara (Sección 1.^a) núm. 45/2012, de 9 de febrero (TOL2467524).
- SAP de Asturias (Sección 1.^a) núm. 365/2011, de 26 de septiembre (TOL2292754).
- SAP de Córdoba (Sección 2.^a) núm. 106/2011, de 10 de abril (TOL2259736).
- SAP de Valencia (Sección 8.^a) núm. 164/2011, de 24 de marzo (TOL2142068).
- SAP de Vizcaya (Sección 3.^a) núm. 134/2011, de 16 de marzo (TOL2213849).
- SAP de Las Palmas (Sección 4.^a) núm.75/2011, de 21 de febrero (TOL2167184).
- SAP de Murcia (Sección 1.^a) núm. 439/2010, de 29 de julio (TOL1926926).
- SAP de Castellón (Sección 3.^a) núm. 237/2010, de 1 de julio (TOL1953503).
- SAP de Tarragona (Sección 1.^a) núm. 350/2007, de 30 de julio (TOL7310625).
- SAP de La Coruña (Sección 4.^a), núm. 177/2002, de 9 de mayo (ECLI:ES:APC:2002:1168).

Responsabilidad civil por uso de algoritmos y marco europeo comparativo

CIVIL LIABILITY FOR THE USE OF ALGORITHMS AND THE COMPARATIVE EUROPEAN FRAMEWORK

Lidia Navas Esteller

Profesora Asociada, Derecho Civil, Universitat Jaume I (España)

RESUMEN

La creciente implantación de la inteligencia artificial plantea nuevos desafíos para el Derecho de daños. La autonomía de los algoritmos y sistemas inteligentes obliga a repensar las categorías clásicas de culpa, riesgo y nexo causal. El debate gira en torno a si debe aplicarse un régimen de responsabilidad objetiva o de productos defectuosos. La normativa europea proyectada pretende armonizar criterios, garantizando seguridad jurídica y protección de los derechos fundamentales. Este trabajo analiza las principales propuestas y sus implicaciones para la responsabilidad civil.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil, inteligencia artificial, responsabilidad objetiva, responsabilidad por productos defectuosos, algoritmos, sistemas autónomos, nexos causales, derechos fundamentales, regulación europea, innovación tecnológica

ABSTRACT

The growing use of artificial intelligence raises new challenges for tort law. The autonomy of algorithms and intelligent systems compels a rethinking of traditional categories such as fault, risk, and causation. The debate focuses on whether strict liability or product liability regimes should apply. The forthcoming European regulation seeks to harmonize standards, ensuring legal certainty and the protection of fundamental rights. This paper examines the main proposals and their implications for civil liability.

KEY WORDS

Civil liability, artificial intelligence, strict liability, product liability, algorithms, autonomous systems, causal link, fundamental rights, European regulation, technological innovation

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO GENERAL. II. MARCO NORMATIVO TRADICIONAL EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL. III. DESAFÍOS DE LOS ALGORITMOS AUTÓNOMOS: CULPA, CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN. IV. ENFOQUES DE RESPONSABILIDAD PROPUESTOS PARA DAÑOS DE IA. V. PROPUESTAS NORMATIVAS Y EVOLUCIÓN EN LA UE. VI. ENFOQUE EN EL DERECHO ESPAÑOL ACTUAL. VII. SECTORES CLAVE DE RESPONSABILIDAD POR IA. VIII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción. Planteamiento general

El creciente uso de algoritmos autónomos e inteligencia artificial (IA) en actividades cotidianas plantea nuevos retos jurídicos, especialmente en materia de responsabilidad civil por daños. Estos sistemas pueden tomar decisiones o ejecutar acciones sin intervención humana directa, llegando a ocasionar perjuicios a personas o bienes. Surgen así preguntas fundamentales: ¿cómo encajar estos supuestos en el régimen clásico de responsabilidad civil? ¿Quién debe responder cuando una IA causa un daño —el programador, el propietario, el usuario, el fabricante, un tercero— o la máquina misma? Actualmente, el Derecho civil español carece de normas específicas sobre IA, debiendo aplicar por analogía principios tradicionales (culpa, causalidad, imputación subjetiva) a situaciones para las cuales no fueron originalmente pensados¹. A continuación, se analiza la doctrina al respecto², la (escasa) jurisprudencia existente³, propuestas de reforma legislativa⁴ y una comparativa con otras jurisdicciones europeas, con referencia a sectores clave (vehículos autónomos, IA médica, asistentes virtuales, etc.). El objetivo es evaluar si el marco legal vigente es suficiente o requiere adaptaciones para afrontar los nuevos riesgos tecnológicos.

1. Vid. NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C., *Inteligencia artificial y responsabilidad civil: régimen jurídico de los daños causados por robots autónomos con inteligencia artificial*, Madrid, Reus, 2019, p. 37 y ss.; DOMÍNGUEZ VILLARROEL, M. P., *La responsabilidad civil derivada del uso de la inteligencia artificial*, Univ. de La Laguna, 2021, p. 22. Ambas autoras destacan la necesidad de aplicar por analogía las categorías clásicas de culpa y causalidad en ausencia de un marco normativo específico.
2. ATIENZA NAVARRO, M.L.: *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, Atelier, Madrid, 2022, pp. 45-67; EVANGELIO LLORCA, R., *Responsabilidad civil e inteligencia artificial en el ámbito sanitario: posibles vías de reclamación*, Madrid, Dykinson, 2024, p. 19. Ambos trabajos sistematizan la doctrina española reciente sobre IA y responsabilidad civil.
3. Aunque aún escasa, puede citarse la SAP de Valencia, Sección 7.^a, 10 junio 2010 (n.º 321/2010) como referente en materia de responsabilidad por productos defectuosos, aplicada analógicamente a entornos tecnológicos avanzados.
4. COMISIÓN EUROPEA, *Comparative Law Study on Civil Liability for Artificial Intelligence*, 2021; Parlamento Europeo, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025. Ambos documentos contienen propuestas de armonización y de reforma legislativa a nivel europeo.

II. Marco normativo tradicional en el Derecho civil español

En España, la responsabilidad civil extracontractual se basa en el principio general de culpa o negligencia consagrado en el art. 1902 del Código Civil: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»⁵. Para que surja responsabilidad, clásicamente se exigen tres requisitos: (1) una acción u omisión culposa o negligente violatoria de un deber jurídico, (2) la causación de un daño efectivo (personal o patrimonial) y (3) un nexo de causalidad entre dicha conducta y el daño⁶. Este es el modelo subjetivo o por culpa, centrado en reprochar la conducta del agente causante del daño⁷.

No obstante, el propio ordenamiento contempla supuestos de responsabilidad objetiva o «por riesgo» en áreas donde la actividad genera un peligro elevado⁸. Así, aunque la culpa es la regla general, existe en España una «sólida tradición de objetivación» de la responsabilidad cuando la actividad crea un riesgo que excede lo normal⁹. Un ejemplo típico es la responsabilidad del conductor y propietario de vehículos a motor: conforme a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCS-CVM), el propietario o asegurador responde de los daños de tráfico prácticamente con independencia de culpa (salvo casos excepcionales), instaurando un régimen cuasi-objetivo por riesgo en pro de las víctimas¹⁰. Otros ejemplos en el Código Civil incluyen la responsabilidad por daños causados por animales (art. 1905 CC) o por objetos (p. ej., la ruina de edificios, art. 1907 CC), donde se presume la responsabilidad del dueño o custodio¹¹. Asimismo, el art. 1903 CC prevé responsabilidad indirecta o vicaria por hechos ajenos (ej.

-
5. Código Civil español, art. 1902. Sobre su origen y formulación clásica, *vid.* ALBALADEJO, M., *Derecho civil. Introducción y parte general*, 20.^a ed., Barcelona, Bosch, 2012, p. 453; Díez-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil, Vol. II: Derecho de obligaciones. Contratos y responsabilidad civil*, 6.^a ed., Madrid, Tecnos, 2011, pp. 321-322.
 6. Así lo sintetiza la jurisprudencia: STS, 21 octubre 1999 (RJ 1999, 7524), que recuerda los requisitos tradicionales de la responsabilidad extracontractual —acción u omisión, daño y nexo causal—; en la doctrina, PANTALEÓN, F.: «Causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil extracontractual», *Revista de Derecho Privado*, núm. 67 (1990), pp. 15-48.
 7. Sobre el carácter subjetivo del modelo y su evolución, *vid.* SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil*, 8.^a ed., Madrid, Dykinson, 2015, pp. 102-104; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La responsabilidad civil en el Código Civil: entre culpa y riesgo», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 34, 2014, pp. 25-47.
 8. Díez-PICAZO, L.: *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 343; PANTALEÓN, F., «Responsabilidad objetiva y riesgo creado», en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, 1993, pp. 5-48.
 9. SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 145-147, donde se habla de la «objetivación progresiva» de la responsabilidad. Véase también STS, 30 junio 1993 (RJ 1993, 5271), que reconoce la evolución hacia regímenes de riesgo en actividades peligrosas.
 10. Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (que modifica la LRCS-CVM). Jurisprudencia consolidada: STS, Pleno, 29 septiembre 2004 (RJ 2004, 5806), que confirma el carácter cuasi-objetivo de la responsabilidad en materia de circulación.
 11. Código Civil, arts. 1905 y 1907. Sobre su aplicación, *vid.* ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, cit., 2012, p. 472; STS, 15 diciembre 1987 (RJ 1987, 9502), sobre daños causados por animales.

padres por hijos, empleador por empleados, etc.)¹². En síntesis, el régimen clásico combina una base subjetiva general (culpa) con excepciones de responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva en actividades peligrosas o por determinadas relaciones jurídicas¹³.

Aplicado a algoritmos autónomos, a falta de regulación especial, en principio regirían estas normas generales¹⁴. Es decir, habría que identificar una persona (física o jurídica) a la que imputar el comportamiento del algoritmo y demostrar que actuó con culpa o negligencia en relación con el daño causado¹⁵. Podría pensarse en la negligencia del desarrollador (por un diseño defectuoso), del proveedor o empresa que despliega la IA, o del usuario que la emplea incorrectamente¹⁶. Sin embargo, este encaje genera dificultades en la práctica, analizadas seguidamente¹⁷.

III. Desafíos de los algoritmos autónomos: culpa, causalidad e imputación

Los sistemas de IA modernos (p. ej. *machine learning* de tipo «caja negra») presentan características que tensionan los requisitos de la responsabilidad civil clásica: en primer lugar, la autonomía y falta de intervención humana directa¹⁸. Por definición, un algoritmo autónomo toma decisiones sin supervisión inmediata¹⁹. Si causa un daño, no hay una acción humana directa que analizar bajo el prisma de la culpa²⁰. La conducta

12. Código Civil, art. 1903. Sobre la responsabilidad vicaria, vid. **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.**, «Responsabilidad por hecho ajeno: fundamento y evolución», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28 (2012), pp. 11-38; STS 19 febrero 1998 (RJ 1998/1143), sobre responsabilidad del empresario por actos de sus empleados.
13. **DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.**, *La responsabilidad civil: en busca de un sistema*, 2.ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 89-91, quien resalta la coexistencia entre la regla general de la culpa y regímenes de responsabilidad objetiva en ámbitos especiales.
14. **NÚÑEZ ZORRILLA, M.ª C.**, *Inteligencia artificial*, cit., pp. 55-57, quien afirma que, en ausencia de normas específicas, se aplican por analogía las categorías generales de la responsabilidad civil.
15. **BORGHETTI, J.S.**: «Civil Liability for Artificial Intelligence: What Should its Basis Be?», *SSRN*, 2019, p. 7, donde plantea que imputar la culpa a una persona natural o jurídica sigue siendo el esquema dominante en derecho comparado.
16. **KARNER, E.**: *Civil Liability for Artificial Intelligence and Software*, Berlín, De Gruyter, 2022, pp. 43-45, analiza los distintos sujetos potencialmente responsables (fabricante, proveedor, usuario). En España, vid. **ATIENZA NAVARRO, M.L.**: *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, Madrid, Atelier, 2022, pp. 89-91.
17. **PARLAMENTO EUROPEO**, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 16-18, que subraya la dificultad probatoria de encajar los daños de la IA en los esquemas clásicos de culpa y causalidad.
18. **ATIENZA NAVARRO, M.L.**: *Daños causados*, cit., pp. 123-125, donde se analiza expresamente el problema de la autonomía y el distanciamiento de la intervención humana.
19. **NÚÑEZ ZORRILLA, M.ª C.**: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 65-67, que advierte sobre la dificultad de aplicar el modelo de culpa en entornos de autonomía algorítmica.
20. **BORGHETTI, J.S.**: «Civil Liability», cit., p. 11, señalando que la ausencia de conducta humana inmediata rompe el esquema tradicional de imputación subjetiva.

aparentemente dañosa es la de la máquina. Esto dificulta enormemente localizar un culpable humano: a priori no hay un acto humano inmediato que haya causado el daño, lo que complica atribuir negligencia²¹. Por ejemplo, si un vehículo autónomo en piloto automático causa un accidente, el «conductor» humano puede no haber intervenido en absoluto²².

En segundo lugar, la complejidad técnica y la «opacidad» algorítmica. Muchos sistemas de IA son opacos (*efecto black box*)²³. Ni siquiera sus creadores pueden explicar con facilidad por qué el algoritmo tomó cierta decisión errónea²⁴. Probar que un daño se debió a una falta de diligencia en el diseño o entrenamiento del modelo puede requerir conocimientos altamente especializados y auditar código/datos de enorme complejidad²⁵. Esta dificultad probatoria contrasta con la exigencia de demostrar la negligencia del demandado en el modelo por culpa²⁶.

En tercer lugar, la difusión de la responsabilidad por la existencia de múltiples agentes involucrados: en el ciclo de vida de una IA intervienen diversos actores: desarrolladores del algoritmo, empresas proveedoras, integradores, usuarios finales, etc.²⁷. Cuando ocurre un daño, puede no estar claro quién debía haber actuado diligentemente²⁸. ¿Falló el programador en prever cierto escenario? ¿O el usuario en vigilar la salida del sistema? ¿O fue un *bug* introducido por un tercero en una actualización? La cadena causal puede ser difusa o concurrente, diluyendo la imputación subjetiva²⁹. Por ejemplo, imaginemos un dron militar autónomo: si ataca un objetivo equivocado causando víctimas, ¿es responsable el operador que lo desplegó sin supervisión, el fabricante por un fallo de diseño, o «el propio dron» que tomó una decisión inespera-

-
21. KARNER, E.: *Civil Liability*, cit., pp. 89-91, sobre la complejidad de atribuir negligencia en contextos de decisiones algorítmicas autónomas (*black box problem*).
 22. EUROPEAN COMMISSION, *Comparative Law Study on Civil Liability for Artificial Intelligence*, 2021, pp. 54-57, que expone el ejemplo de los vehículos autónomos y las dificultades para determinar la responsabilidad del conductor, fabricante o programador.
 23. BURRELL, J.: «How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms», *Big Data & Society*, vol. 3, núm. 1 (2016), pp. 1-12, que acuña el concepto de *opacity* en algoritmos de aprendizaje automático.
 24. NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 71-74, sobre la imposibilidad de atribuir intencionalidad y la falta de explicabilidad en la IA avanzada.
 25. KARNER, E.: *Civil Liability*, cit., pp. 103-106, sobre los retos de auditoría de datos y entrenamiento para acreditar negligencia en el diseño. Véase también PARLAMENTO EUROPEO, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 22-24, que advierte del elevado coste y complejidad técnica de la prueba.
 26. PANTALEÓN, F.: «Causalidad e imputación objetiva», cit. pp. 15-48, donde se recuerda que el sistema por culpa exige demostrar la negligencia del demandado, contraste que se agrava en los entornos tecnológicos opacos.
 27. EUROPEAN COMMISSION, *Comparative Law Study on Civil Liability for Artificial Intelligence*, 2021, pp. 61-64, donde se señala la complejidad de identificar al responsable en una cadena de múltiples actores.
 28. NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 81-84, destacando la dificultad de determinar el sujeto negligente en entornos de IA distribuidos.
 29. KARNER, E.: *Civil Liability*, cit., pp. 131-134, sobre causalidad concurrente y la posible fragmentación de la responsabilidad.

da?³⁰ La doctrina reconoce que en estos casos es difícil achacar la culpa con claridad a un sujeto concreto³¹.

En cuarto lugar, está la imprevisibilidad y autoaprendizaje: en modalidades de IA que aprenden con el tiempo (p. ej. redes neuronales entrenadas con datos dinámicos), el comportamiento del sistema puede divergir de lo originalmente programado³². Aunque no haya un error de diseño como tal, la IA podría evolucionar hacia conductas dañinas no anticipadas³³. Desde la óptica de la culpa, ¿se le puede reprochar al desarrollador no haber previsto un resultado emergente completamente novedoso?³⁴ La noción clásica de negligencia (falta de previsión de lo previsible) flaquea cuando el daño proviene de lo inherentemente imprevisible en sistemas adaptativos³⁵.

Por todas estas razones, aplicar la responsabilidad subjetiva tradicional a los algoritmos autónomos puede dejar lagunas y víctimas sin resarcir³⁶. La IA carece de personalidad jurídica, por lo que no puede ser sujeto pasivo directo de una reclamación (no podemos «demandar al algoritmo»)³⁷. Es necesario encontrar una persona (normalmente el operador, fabricante o usuario) a quien imputar jurídicamente el daño³⁸. La pregunta es quién y en qué condiciones. Distintas soluciones se han propuesto doctrinal y normativamente para afrontar este reto, desde extender las figuras existentes por analogía hasta crear nuevos regímenes específicos³⁹.

30. SANTANA, J.: «Autonomous weapon systems and responsibility gaps», *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 12, núm. 1 (2021), pp. 75-102.

31. ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados*, cit., pp. 155-158, subrayando que la imputación subjetiva se diluye cuando la conducta lesiva es el resultado de la interacción de distintos sujetos y fases tecnológicas.

32. NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 95-97, donde se describe la dificultad de controlar sistemas de *machine learning* que evolucionan tras su programación inicial.

33. ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados*, cit., pp. 175-178, que señala los riesgos de «desviaciones funcionales» en sistemas adaptativos.

34. BORGHETTI, J.S.: «Civil Liability», cit., 14-15, cuestiona la posibilidad de imputar negligencia por resultados emergentes no anticipables.

35. EUROPEAN PARLIAMENT, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 28-30, que advierte que los sistemas de autoaprendizaje generan daños potencialmente imprevisibles y tensionan el criterio clásico de previsibilidad en la culpa.

36. ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados*, cit., pp. 201-204, sobre los riesgos de dejar sin compensación a las víctimas cuando falla la imputación subjetiva.

37. PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 16 de febrero de 2017, sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), en la que se discutió la posibilidad —finalmente descartada— de reconocer personalidad electrónica a determinados robots autónomos.

38. NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 115-118, señalando que la imputación debe recaer necesariamente en una persona física o jurídica vinculada al ciclo de vida del sistema.

39. EUROPEAN COMMISSION, *Comparative Law Study on Civil Liability for Artificial Intelligence*, 2021, pp. 73-76, donde se plantean soluciones como la extensión de la responsabilidad objetiva, la creación de seguros obligatorios o la adaptación del régimen de productos defectuosos. Véase también BORGHETTI, J.S.: «Civil Liability», cit., pp.18-20.

IV. Enfoques de responsabilidad propuestos para daños de IA

Diversos modelos de responsabilidad civil han sido planteados por la doctrina para resolver la cuestión de los daños causados por IA autónoma. Entre las principales soluciones (no excluyentes entre sí) destacan las siguientes:

En primer lugar, la responsabilidad por culpa del operador o desarrollador: mantener el esquema clásico, atribuyendo la responsabilidad al elemento humano que esté más próximo al riesgo⁴⁰. Implicaría exigir al operador o usuario de la IA un deber de supervisión y diligencia especial, de modo que, si la IA causa daño por un funcionamiento anómalo que debió haber sido evitado o controlado, ese operador responda por negligencia⁴¹. Similarmente, podría imputarse al desarrollador o fabricante si el daño se origina en un defecto de programación o entrenamiento del algoritmo (análogo a un fallo profesional o de producto)⁴². Este enfoque trata de «personalizar» siempre la falla: la IA sería un instrumento a través del cual se manifiesta la culpa humana. De hecho, algunos autores sostienen que en la mayoría de casos será posible remontarse hasta un agente humano responsable, y que «en todo caso, la responsabilidad debe recaer en un humano y no en un robot»⁴³. Sin embargo, este modelo deja zonas grises cuando ninguno de los involucrados incumplió realmente un deber (p. ej., todos actuaron diligentemente y aun así ocurrió el daño por la autonomía del sistema)⁴⁴.

En segundo lugar, la responsabilidad objetiva por riesgo creado: consiste en atribuir responsabilidad sin necesidad de probar culpa a quien se beneficia o controla la actividad de IA, por el solo hecho de generar un riesgo significativo⁴⁵. Sería un régimen objetivo (independiente de negligencia) similar al de los vehículos a motor o actividades peligrosas⁴⁶. Muchos especialistas abogan por esta solución al menos para las aplicaciones de IA de alto riesgo, entendiendo por tales las que pueden ocasionar daños graves de manera autónoma (vehículos sin conductor, robots médicos, etc.⁴⁷). La idea es que quien

40. NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 119-122, defendiendo la aplicación del modelo clásico con un deber reforzado de diligencia para operadores y usuarios.

41. ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados*, cit., 2022, pp. 211-214, sobre la exigencia de un deber especial de vigilancia en el uso de sistemas inteligentes.

42. KARNER, E.: *Civil Liability*, cit., pp. 145-148, donde se analiza la imputación al desarrollador por defectos de programación o entrenamiento, en paralelo con la responsabilidad profesional o por productos.

43. EUROPEAN PARLIAMENT, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 35-36, que insiste en que la imputación última debe recaer siempre en una persona humana y no en la máquina.

44. BORGHETTI, J.S.: «Civil Liability», cit., pp. 20-22, advirtiendo de las zonas grises cuando el daño es atribuible a la autonomía del sistema sin culpa clara de los agentes humanos.

45. PANTALEÓN, F.: «Causalidad e imputación objetiva», cit., pp. 5-48, fundamento clásico de este modelo en Derecho civil español.

46. SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 210-212, sobre la analogía con actividades peligrosas y el seguro de automóviles.

47. NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 127-130, quien propone regímenes objetivos para aplicaciones de IA de alto riesgo

utiliza o introduce una IA potencialmente dañina debe asumir los riesgos que ello conlleva, asegurando la indemnización de las víctimas, aunque no haya cometido una falta⁴⁸. Este modelo suele venir acompañado de la exigencia de seguros obligatorios: el operador o empresa que explota la IA de alto riesgo contrata un seguro de responsabilidad civil que cubra eventuales daños⁴⁹. Así, por ejemplo, se ha propuesto que los vehículos autónomos estén sujetos a un régimen objetivo en cabeza del operador/propietario, análogo al seguro automotor actual, sin perjuicio de que luego la aseguradora repita contra el fabricante si hubo un defecto técnico⁵⁰. De hecho, en el seno de la UE se ha planteado un sistema dual: responsabilidad objetiva para IA de alto riesgo y responsabilidad por culpa (con inversión de la carga de la prueba) para IA de riesgo ordinario⁵¹.

En tercer lugar, la responsabilidad por producto defectuoso: muchos supuestos de daños por algoritmos pueden reconducirse al ámbito de la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos, regulada en España por el Real Decreto Legislativo 1/2007 (trasposición de la Dir. 85/374/CEE)⁵². Si consideramos a la IA como un producto o parte componente de un producto, el fabricante responde de forma objetiva (sin culpa) si el producto es defectuoso y causa un daño⁵³. Un defecto se define como la falta de seguridad que cabría legítimamente esperar⁵⁴. Por ejemplo, si un asistente doméstico dotado de IA provoca un incendio por un fallo de diseño, o un software médico da un diagnóstico erróneo debido a un error algorítmico, se podría alegar que el producto (el robot o el programa) era defectuoso y exigir al productor la reparación del daño⁵⁵. La ventaja es que el perjudicado no necesita demostrar negligencia del fabricante, solo el defecto, el daño y la relación causal⁵⁶. Este régimen ya existe y sería aplicable siempre que la IA encaje en el concepto de producto (en principio sí, aunque sea intangible, pues en España el software se considera bien mueble incorporal)⁵⁷. De hecho, se espera a nivel europeo una reforma para aclarar que los sistemas de IA están cubiertos expresamente por la normativa de productos defec-

-
48. KARNER, E.: *Civil Liability*, cit., pp. 155-158, analiza la conveniencia de atribuir responsabilidad objetiva a quienes explotan IA de riesgo.
49. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 223-226, sobre la necesidad de seguros obligatorios en regímenes de riesgo.
50. EUROPEAN COMMISSION, *Comparative Law Study on Civil Liability for Artificial Intelligence*, 2021, pp. 84-87, que discute la propuesta de un seguro obligatorio para vehículos autónomos bajo régimen objetivo.
51. PARLAMENTO EUROPEO, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 41-44, donde se plantea el sistema dual: responsabilidad objetiva para IA de alto riesgo y responsabilidad por culpa (con inversión de la carga de la prueba) para IA ordinaria.
52. *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, arts. 135-146.
53. DÍEZ-PICAZO, L.: *Sistema de Derecho Civil*, cit., pp. 355-357, sobre la responsabilidad objetiva del productor.
54. STS, 21 junio 1993 (RJ 1993/4917), que define el defecto como la «falta de seguridad que cabría legítimamente esperar».
55. NÚÑEZ ZORRILLA, M.ª C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 133-136, aplicando el régimen de productos defectuosos a fallos de algoritmos y robots inteligentes.
56. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 242-244.
57. STS, 3 diciembre 2014 (RJ 2014/6335), que califica el software como bien mueble incorporal a efectos de responsabilidad.

tuosos⁵⁸. La limitación de esta vía es que no todos los fallos de una IA serán jurídicamente «defectos» —p. ej., decisiones erróneas de una IA sin un error identificable en su programación podrían escapar a esta categoría⁵⁹—. Además, el fabricante puede exonerarse si prueba que el defecto era imprevisible dado el estado de la ciencia (riesgo de desarrollo)⁶⁰.

En cuarto lugar, la responsabilidad indirecta o por hecho ajeno (dueño, empleador): otra aproximación es utilizar analogías con figuras de responsabilidad por hechos de terceros o cosas bajo control del demandado. Por ejemplo, equiparar un sistema autónomo a un animal bajo el cuidado de alguien: así como el dueño de un perro responde si este muerde a alguien (salvo caso fortuito), el dueño o titular de un robot/IA podría responder objetivamente por los daños que cause la máquina, con fundamento en una obligación de custodia⁶¹. La legislación española no contempla aún explícitamente «la cosa inteligente» en estos supuestos, pero sí reconoce la responsabilidad del poseedor de una cosa que se cae de un edificio (art. 1910 CC) o del dueño de animales (1905 CC)⁶². La doctrina sugiere que los tribunales podrían llegar a aplicar por analogía estas figuras a los dueños de sistemas de IA o robots⁶³. En otros ordenamientos esta analogía está más desarrollada: en Francia, por ejemplo, rige la responsabilidad del hecho de las cosas (art. 1242 *Code Civil*), donde el guardián de una cosa inanimada que causa daño responde salvo que pruebe causa extraña⁶⁴. Ese régimen podría abarcar daños causados por un algoritmo bajo la guarda de alguien, sin necesidad de probar culpa. Asimismo, si un empleador utiliza una IA en su actividad, podría responder por daños causados en ejercicio de funciones, como extensión de la responsabilidad por hechos de empleados o auxiliares (aunque la IA no es persona, la idea es considerarla un instrumento de la empresa)⁶⁵. Este enfoque refuerza la tesis de que la persona que tiene la potestad de control y se beneficia de la IA debe cargar con las consecuencias dañinas de su actuación, incluso si no medió falta por su parte⁶⁶.

58. Directiva (UE) 2024/2853, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por productos defectuosos, DOUE L 2024/2853, que amplía expresamente el concepto de producto a software e IA; *vid.* también PARLAMENTO EUROPEO, Artificial Intelligence and Civil Liability, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 47-49.

59. KARNER, E.: *Civil Liability*, cit., p. 169-171, sobre la dificultad de calificar como «defecto» los fallos de decisión autónoma sin error técnico identificable.

60. Art. 139.1.e RDL 1/2007, que contempla la exoneración del fabricante en caso de «riesgo de desarrollo»; STS, 20 junio 2003 (RJ 2003/4208), que aplica la excepción en materia de productos farmacéuticos.

61. NÚÑEZ ZORRILLA, M.ª C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 141-143, quien compara la custodia de animales con la custodia de robots inteligentes.

62. Código Civil español, arts. 1905 y 1910. Véase STS, 15 diciembre 1987 (RJ 1987/9502) sobre daños causados por animales y STS, 26 febrero 1992 (RJ 1992/1520) sobre responsabilidad por cosas que caen de edificios.

63. ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados*, cit., pp. 225-228, donde se plantea la posible aplicación analógica de la responsabilidad por custodia de cosas a sistemas de IA.

64. Code Civil français, art. 1242; MALAURIE, P. / AYNÈS, L.: *Les obligations*, 12.ª ed., Paris, Defrénois, 2020, pp. 489-492, sobre la responsabilidad del *gardien de la chose*.

65. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 259-261, analizando la responsabilidad del empleador por actos de auxiliares y su posible extensión a instrumentos tecnológicos.

66. PARLAMENTO EUROPEO, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 52-54, donde se recoge el principio de imputar la responsabilidad a quien controla y se beneficia del uso de la IA.

En quinto lugar, los seguros obligatorios y fondos de compensación: sea bajo un modelo objetivo o no, se propone reforzar los mecanismos de aseguramiento y fondos para garantizar la indemnización⁶⁷. Por ejemplo, requerir seguros obligatorios para la explotación de determinadas IA (al estilo del seguro de automóvil o de responsabilidad médica)⁶⁸. Así, la víctima siempre podría resarcirse a través del seguro. Complementariamente, se ha discutido la creación de un fondo de garantía financiado por los fabricantes u operadores de IA de alto riesgo, que indemnice daños cuando el responsable es insolvente o no identificado⁶⁹. Esta idea apareció en informes europeos iniciales (Proyecto Robolaw y Resolución del Parlamento Europeo de 2017) para cubrir daños sin responsable identificado o difusos⁷⁰. Actualmente, la tendencia es más hacia el seguro privado obligatorio que hacia un fondo público, pero son opciones sobre la mesa para mejorar la protección de las víctimas⁷¹.

En sexto lugar, está la tesis de la personalidad jurídica electrónica de la IA (rechazada): en un extremo teórico, algunos propusieron dotar a los sistemas de IA avanzados de una personalidad jurídica electrónica propia, de modo que fueran sujetos de derechos y obligaciones —incluso pudiendo suscribir un seguro o patrimonio autónomo para responder por daños⁷²—. Esta propuesta ganó notoriedad a raíz de la Resolución del Parlamento Europeo de 2017 sobre robótica, que sugirió estudiar la figura de una «*electronic person*»⁷³. Sin embargo, dicha idea fue duramente criticada y finalmente descartada⁷⁴. En 2020, el Parlamento Europeo explícitamente rechazó la necesidad de atribuir personalidad jurídica a la IA, afirmando que cualquier marco jurídico debe aclarar que los sistemas de IA no tienen personalidad jurídica ni conciencia y que su única función es servir a la humanidad⁷⁵. En lugar

-
67. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 289-291, donde se analiza la función de los seguros en la cobertura de riesgos modernos.
68. NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 149-151, quien propone la introducción de seguros obligatorios para sistemas de IA de alto riesgo.
69. ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados*, cit., pp. 239-242, sobre la conveniencia de un fondo de garantía como complemento al aseguramiento privado.
70. PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 16 de febrero de 2017, sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), apartado 59, que proponía la creación de un fondo de compensación financiado por fabricantes y operadores. Véase también SANTORO, A. et al., *RoboLaw. Regulating Emerging Robotic Technologies in Europe: Robotics facing Law and Ethics*, Proyecto FP7, 2014, pp. 98-102.
71. PARLAMENTO EUROPEO, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 55-57, que muestra la evolución hacia la preferencia por seguros obligatorios frente a fondos públicos de compensación.
72. SANTORO, A. et al., *RoboLaw. Regulating Emerging Robotic Technologies in Europe: Robotics facing Law and Ethics*, Proyecto FP7, 2014, pp. 104-107, donde se menciona la hipótesis de dotar a los robots de una personalidad jurídica autónoma.
73. PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 16 de febrero de 2017, sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), apartado 59, donde se propone explorar la figura de la *electronic person*.
74. BERTOLINI, A.: «Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules», *Law, Innovation and Technology*, vol. 5, núm. 2 (2013), pp. 214-218, crítico con la idea de otorgar personalidad a los robots. Véase también ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados*, cit., pp. 251-253.
75. PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 20 de octubre de 2020, sobre el marco de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)), considerando F y art. 2, que niega expresamente la personalidad jurídica de la IA.

de crear «robots responsables», la aproximación actual es identificar entre los humanos involucrados al sujeto responsable (fabricante, operador, usuario...) y exigirle a este la reparación del daño⁷⁶. La propia Resolución de 2020 del Parlamento Europeo, al formular una propuesta de reglamento de responsabilidad para IA, confirmó que las demandas deberán dirigirse contra los operadores de sistemas de IA, no contra las máquinas⁷⁷.

En resumen, las soluciones oscilan entre extender categorías existentes (culpa, producto defectuoso, hecho de las cosas) adaptándolas al fenómeno de la IA, o crear regímenes *ad hoc* (objetiva por riesgo, seguros obligatorios) para cubrir los supuestos donde la lógica tradicional no alcanza⁷⁸. Veamos cómo se ha abordado normativamente este asunto en la UE y países de nuestro entorno, así como cualquier avance jurisprudencial relevante⁷⁹.

V. Propuestas normativas y evolución en la UE

A nivel de la Unión Europea, el debate sobre la responsabilidad civil por IA ha derivado en varias iniciativas recientes:

1.^a) Resolución del Parlamento Europeo de 16/02/2017 (Informe Mady Delvaux): fue el primer gran pronunciamiento de la UE sobre robótica e IA. Reconoció las lagunas del marco existente e instó a la Comisión a estudiar un régimen especial de responsabilidad, llegando incluso a sugerir la exploración de la personalidad electrónica para robots autónomos⁸⁰. Aunque sirvió para iniciar la discusión, muchas de sus ideas (como dicha personalidad electrónica) no prosperaron en su forma original⁸¹.

-
76. NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 161-163, defendiendo que la responsabilidad debe recaer siempre en un sujeto humano conectado con el ciclo de vida del sistema.
77. PARLAMENTO EUROPEO, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 60-62, confirmando que las reclamaciones deben dirigirse contra operadores y fabricantes, no contra los sistemas de IA.
78. ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados...*, cit., pp. 265-268, que sistematiza las soluciones doctrinales y normativas propuestas. Véase también NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 171-174, donde se explica la tensión entre adaptar categorías clásicas y diseñar regímenes específicos.
79. EUROPEAN COMMISSION, *Comparative Law Study on Civil Liability for Artificial Intelligence*, 2021, pp. 92-96, que recoge el estado de la cuestión en los Estados miembros. En el ámbito jurisprudencial, STS, 3 diciembre 2014 (RJ 2014/6335) y STS, 20 junio 2003 (RJ 2003/4208) sirven de referencia para la aplicación de la responsabilidad por productos defectuosos, anticipando problemas que podrían extenderse al ámbito de la IA.
80. PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 16 de febrero de 2017 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), apartados 57-59, DOUE C 252, 18.7.2018, pp. 239-252.
81. BERTOLINI, A.: «Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules», *Law, Innovation and Technology*, vol. 5, núm. 2 (2013), pp. 214-218, crítico con la noción de personalidad electrónica; ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados...*, cit., pp. 251-253, que confirma el abandono de esa línea.

2.^a) Resolución del Parlamento Europeo de 20/10/2020 sobre un régimen de RC en IA: supuso un avance más concreto. El Parlamento propuso un Reglamento europeo de responsabilidad civil para IA, articulando un sistema dual: responsabilidad objetiva para sistemas de IA de «alto riesgo» y responsabilidad basada en culpa (presunta) para las IA de riesgo ordinario⁸². Según esta propuesta, alto riesgo abarcaba las IA con potencial de causar daños significativos a múltiples personas (criterio de severidad y alcance). En esos casos, todo operador del sistema (definido como tanto el operador final que lo utiliza, como el operador inicial que lo diseña y proporciona, en la medida que tenga control) sería responsable objetivamente de los daños causados por la IA⁸³. Además, se requeriría a los operadores contratar un seguro obligatorio proporcional al riesgo⁸⁴. Para las IA no altas en riesgo, regiría responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba: es decir, el perjudicado no tendría que probar la negligencia; se presumiría la culpa del operador (final o inicial) salvo que este demostrase haber actuado diligentemente⁸⁵. Esta propuesta descartó expresamente atribuir responsabilidad a la IA misma y fijó la atención en los operadores humanos⁸⁶. Si bien era solo una recomendación parlamentaria, marcó la pauta para los desarrollos posteriores⁸⁷.

3.^a) Estrategia de la Comisión Europea (Informe de 2020 y Libro Blanco de IA): la Comisión, en su Informe sobre las implicaciones en seguridad y responsabilidad de IA, IoT y robótica (febrero 2020), reconoció la necesidad de adaptar las normas de responsabilidad civil vigentes a estas tecnologías emergentes⁸⁸. Apuntó varias características de la IA (complejidad, opacidad, modificabilidad, etc.) que dificultan la imputación de responsabilidad⁸⁹. Posteriormente, en el Libro Blanco de IA (2020) se planteó la opción de revisar el marco de responsabilidad, evaluando si las Directivas existentes (productos defectuosos, seguros obligatorios en ciertos sectores, etc.) eran suficientes o si harían falta instrumentos adicionales, especialmente para los

82. PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 20 de octubre de 2020 con recomendaciones a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)), DOUE C 404, 6.10.2021, pp. 107-121.

83. EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (EPRS), *Civil liability regime for artificial intelligence. European Added Value Assessment*, PE 654.178, octubre 2020, pp. 27-29, sobre la definición y alcance de «alto riesgo».

84. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 293-295, sobre seguros obligatorios en regímenes objetivos. Aplicado específicamente a IA, vid. NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 151-152.

85. ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados*, cit., pp. 272-275, donde se analiza la inversión de la carga de la prueba como mecanismo clave en responsabilidad por IA

86. PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 20 de octubre de 2020, cit., art. 2 y considerando F, que rechazan explícitamente atribuir personalidad jurídica a la IA.

87. PARLAMENTO EUROPEO, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 63-65, que destaca la influencia de la Resolución de 2020 como precedente para las propuestas legislativas posteriores.

88. EUROPEAN COMMISSION, *Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics*, COM(2020) 64 final, 19.2.2020, p. 2.

89. EUROPEAN COMMISSION, *Report on safety and liability implications*, cit., pp. 6-8, donde se enumeran complejidad, opacidad, modificabilidad y autonomía como factores de riesgo jurídico

casos no cubiertos por la responsabilidad por productos⁹⁰. Esto desembocó en propuestas legislativas en 2022⁹¹.

4.^a) Propuestas de Directivas de la Comisión (28/09/2022): la Comisión Europea presentó dos iniciativas complementarias:

En primer lugar, la Nueva Directiva de responsabilidad por productos defectuosos bajo la denominación (Directiva (UE) 2024/2853 finalmente aprobada el 23 de octubre de 2024, publicada el 18 de noviembre de 2024 que sustituye a la antigua la Directiva 85/374/EEC. Entre otras novedades, esta normativa actualiza el concepto de «producto» para incluir los sistemas de IA y el software, e introduce facilidades probatorias al demandante en caso de tecnologías complejas⁹². Por ejemplo, prevé que si un producto no cumple requisitos de seguridad establecidos en normas de la UE destinados a prevenir el daño sufrido (como pudieran ser los requisitos del Reglamento de IA), se presuma su defecto⁹³. También aclara la responsabilidad de proveedores de software, actualizaciones y algoritmos de *machine learning*, incluso cuando el producto se perfecciona tras la puesta en el mercado⁹⁴. El objetivo es garantizar que cuando una IA defectuosa cause un daño, el perjudicado obtenga compensación sin necesidad de probar la culpa del fabricante, igual que con cualquier producto⁹⁵. Los estados miembros tienen hasta el 9 de diciembre de 2026 para trasponerla⁹⁶.

En segundo lugar, la Directiva sobre responsabilidad civil en materia de IA (*AI Liability Directive*) busca adaptar las normas de responsabilidad extracontractual específicamente a la IA. No creaba un régimen sustantivo nuevo (eso se dejó al PLD y al Derecho nacional), sino que proponía armonizar ciertos aspectos procesales: por un lado, establecer la obligación de los desarrolladores u operadores de IA de divulgar pruebas (documentación técnica, datos de registro, etc.) en caso de reclamaciones por daños de IA de alto riesgo, bajo pena de sanciones⁹⁷; por otro, introducir presunciones legales para aliviar la carga de

90. EUROPEAN COMMISSION, *White Paper on Artificial Intelligence: A European approach to excellence and trust*, COM(2020) 65 final, 19.2.2020, pp. 16-18, sobre la revisión del marco de responsabilidad.

91. PARLAMENTO EUROPEO, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 68-70, que conecta las propuestas de 2020 con la iniciativa legislativa de 2022 (propuesta de Directiva de responsabilidad por IA y revisión de la Directiva de productos defectuosos).

92. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive on liability for defective products*, COM(2022) 495 final, 28.9.2022, art. 4, que amplía el concepto de «producto» a software e IA.

93. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal PLD 2022*, cit., art. 7, sobre la presunción de defecto en caso de incumplimiento de normas de seguridad de la UE.

94. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal PLD 2022*, cit., arts. 6 y 10, que extienden la responsabilidad a actualizaciones de software, algoritmos y sistemas de *machine learning*.

95. BORGHETTI, J.-S.: «The New Product Liability Directive: A Step Forward for AI Regulation?», *European Journal of Risk Regulation*, vol. 14, núm. 1 (2023), pp. 77-80, valorando la importancia de la reforma para la compensación de daños de IA.

96. PARLAMENTO EUROPEO, Comunicado de prensa, 12 de marzo de 2024, «Product liability rules: MEPs give green light to updated directive to protect consumers», confirmando la aprobación parlamentaria; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Nota de prensa, 24 de junio de 2024, sobre la adopción definitiva de la Directiva (ahora Dir. (UE) 2024/2853).

97. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive)*, COM(2022) 496 final, 28.9.2022, arts. 3-4 (disclosure of evidence).

la prueba del demandante⁹⁸. En particular, la propuesta disponía que si una IA de alto riesgo causaba un daño y se demostraba la infracción por el operador de alguna obligación legal relevante (por ejemplo, violar requisitos del Reglamento de IA en materia de calidad de datos, transparencia, supervisión humana, etc.), se presumiría la relación causal entre dicha infracción y el daño⁹⁹. Igualmente, definía la «falta» del demandado como el incumplimiento de un deber de diligencia establecido en una norma de la UE o nacional destinado a proteger contra el daño ocurrido, conectando así el régimen de responsabilidad con el incumplimiento de las obligaciones de seguridad del Reglamento de IA¹⁰⁰. Es decir, si un proveedor incumplía requisitos de diseño, transparencia, vigilancia, etc. del Reglamento (UE) 2024/1689 (*AI Act*) y eso contribuía al daño, se facilitaría al perjudicado la prueba de la culpa y el nexo causal presumiblemente¹⁰¹. Esta Directiva de IA pretendía complementar y modernizar el marco de responsabilidad civil en toda la UE, evitando la fragmentación entre países y asegurando un estándar común de protección para daños de IA¹⁰².

Lamentablemente, a inicios de 2025 surgieron dificultades políticas con esta última iniciativa: la Comisión Europea decidió congelar la tramitación de la Directiva de IA ante la falta de acuerdo entre legisladores¹⁰³. Según se reportó, el proyecto quedó «en suspenso», dejando en el aire las medidas armonizadoras previstas¹⁰⁴. No obstante, finalmente se retiró la propuesta¹⁰⁵. En consecuencia, cada Estado miembro deberá lidiar con los casos de IA con sus propias reglas nacionales de responsabilidad (eso sí, pudiendo apoyarse en la nueva Directiva de productos defectuosos, y en el propio Reglamento de IA para definir estándares de diligencia cuya violación implique negligencia)¹⁰⁶. La

98. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal AILD 2022*, cit., arts. 4-6, sobre presunciones legales en favor del demandante.

99. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal AILD 2022*, cit., art. 4.3, sobre la presunción de causalidad en caso de infracción de obligaciones de seguridad.

100. PARLAMENTO EUROPEO, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 72-74, que destaca la conexión entre el incumplimiento del *AI Act* y la imputación de responsabilidad.

101. *Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024*, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (*AI Act*), DOUE L 1689, 14.6.2024, arts. 9-15 (obligaciones de calidad de datos, documentación, supervisión humana, transparencia).

102. BORGHETTI, J.S.: «Civil Liability», cit., pp. 22-24, y KARNER, E.: *Civil Liability*, cit., pp. 189-191, sobre la necesidad de armonización para evitar fragmentación regulatoria en la UE.

103. EUROPEAN COMMISSION, *Work Programme 2025 – Adjustments and Legislative Priorities*, Bruselas, enero 2025, que confirma la decisión de retirar la propuesta de la *AI Liability Directive*.

104. EURACTIV, «EU shelves AI liability directive amid lack of political consensus», 15 enero 2025, informando del «suspenso» de la iniciativa; Parlamento Europeo – Legal Affairs Committee (JURI), Minutas de la sesión de 16 enero 2025.

105. La decisión de retirar la AILD está formalmente plasmada en los Anexos del Programa de Trabajo de la Comisión Europea para 2025 (COM(2025) 45), publicado el 11 de febrero de 2025. En el Anexo I o IV (según la numeración), bajo la sección de «Withdrawals» (Propuestas retiradas), se incluye la referencia a la «Proposal for a DIRECTIVE ... on adapting noncontractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive)».

106. Directive (EU) 2024/2853, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por productos defectuosos, DOUE L 2024/2853, que será aplicable a IA y software una vez transpuesta; Reglamento (UE) 2024/1689 (*AI Act*), DOUE L 1689, 14.6.2024, arts. 9-15, como fuente de estándares de diligencia.

Comisión ha indicado que explorará vías alternativas, pero por ahora no habrá un régimen europeo unitario de responsabilidad civil para IA en el corto plazo¹⁰⁷. En consecuencia, el Derecho español y de otros países de la UE seguirá valiéndose de sus principios generales y de la futura normativa de productos, sin perjuicio de futuros desarrollos¹⁰⁸.

5.^a) Reglamento (UE) 2024/1689 (*AI Act*): si bien el Reglamento de IA aprobado en 2024 no trata la responsabilidad civil (tiene carácter prevalentemente *ex ante*, regulando la puesta en el mercado, clasificación de riesgos y obligaciones de proveedores y usuarios de IA), merece mención por su interacción con este tema¹⁰⁹. El *AI Act* no crea un régimen indemnizatorio nuevo —de hecho, expresa que se aplica sin perjuicio de las normas vigentes de responsabilidad por daños (ya sean nacionales o de la UE, como la de productos defectuosos)¹¹⁰—. La UE deliberadamente separó la regulación de la seguridad de los sistemas de IA (*AI Act*, público) de la regulación de la responsabilidad por daños (vía la Directiva de productos y la fallida Directiva de IA, privado)¹¹¹. No obstante, el Reglamento de IA influirá en la responsabilidad civil: las obligaciones técnicas que impone (p. ej. gestionar riesgos, garantizar calidad de datos, documentación, supervisión humana en IA de alto riesgo, etc.) servirán de criterio para apreciar la culpa¹¹². Incumplir esas obligaciones podrá considerarse negligencia *per se* en caso de daños¹¹³. Es previsible que los jueces españoles, ante un daño causado por una IA de alto riesgo, examinen si el proveedor u operador cumplió con los deberes de seguridad del Reglamento; su violación podría facilitar la imputación de culpa (negligencia por infracción normativa)¹¹⁴. De hecho, la Propuesta de Directiva de IA explicitaba esta idea al definir la culpa como incumplir un deber legal de diligencia orientado a prevenir¹¹⁵.

En síntesis, en la UE se avanza hacia modernizar el marco de responsabilidad civil para adaptarlo a la IA, combinando una ampliación de la responsabilidad por productos (para cubrir IA defectuosa) con medidas procesales que ayuden al damnificado a superar las

107. PARLAMENTO EUROPEO, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 75-77, que recoge la posición de la Comisión y las alternativas futuras.

108. ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados*, cit., pp. 281-283, que destaca que, en ausencia de un régimen unitario europeo, seguirá operando el Derecho civil general de cada Estado

109. Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (*AI Act*), DOUE L 1689, 14.6.2024, arts. 1 y 2.

110. *AI Act*, cit., art. 2.5, que establece su aplicación «sin perjuicio» de las normas de responsabilidad civil.

111. PARLAMENTO EUROPEO, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 79-80, que explica la separación deliberada entre regulación *ex ante* (*AI Act*) y responsabilidad *ex post* (Directivas).

112. *AI Act*, cit., arts. 9-15, sobre gestión de riesgos, calidad de datos, documentación técnica y supervisión humana en sistemas de alto riesgo.

113. KARNER, E.: *Civil Liability*, cit., pp. 193-196, sobre el uso de normas regulatorias como estándar de diligencia en responsabilidad civil.

114. NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 177-179, anticipando que la infracción de obligaciones técnicas puede operar como negligencia *per se*.

115. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for an AI Liability Directive*, COM(2022) 496 final, art. 4.1, que definía la «falta» como incumplimiento de un deber de diligencia establecido en normas de la UE o nacionales.

dificultades probatorias de la IA (inversión de la carga, acceso a evidencias)¹¹⁶. Aunque la armonización plena todavía está inconclusa (tras frenar la Directiva de IA), el rumbo marcado es claro: no crear «sujetos electrónicos» responsables, sino reforzar la responsabilidad de los sujetos humanos involucrados, sea mediante responsabilidad objetiva (en ciertos supuestos de alto riesgo) o mediante facilitar la demostración de su culpa¹¹⁷.

VI. Enfoque en el Derecho español actual

Dado que aún no existe una directiva europea específica de responsabilidad de IA (y en tanto se transponga la nueva Directiva de productos defectuosos), España aplica el Derecho común de daños a estos supuestos¹¹⁸. Como se dijo, no hay jurisprudencia española relevante todavía sobre IA autónoma causando daños¹¹⁹. Los tribunales no han tenido que resolver (al menos de forma pública y motivada) un caso de, por ejemplo, un coche 100 % autónomo implicado en un accidente, o un error de diagnóstico por IA médica con reclamación de responsabilidad¹²⁰. La realidad es que en España aún no tenemos ni regulación ni jurisprudencia específicas al respecto (como apuntaba la doctrina a 2024)¹²¹. Por tanto, hasta que el legislador actúe o surjan casos paradigmáticos, los juristas debemos trabajar con las herramientas existentes, adaptándolas por analogía¹²².

La doctrina española coincide en diagnosticar una «crisis» del modelo clásico de responsabilidad civil ante la irrupción de la IA, pero discrepan en la solución¹²³. Algunos estiman que las reglas vigentes, bien interpretadas, pueden dar respuesta aceptable (p. ej. extendiendo la responsabilidad por productos a la mayoría de casos, o atribuyendo la culpa al usuario por falta de supervisión en último término)¹²⁴. Sin embargo, la opinión más extendida es que se requerirán nuevas previsiones legales para los casos más proble-

116. Directive (EU) 2024/2853, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por productos defectuosos, DOUE L 2024/2853; EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for an AI Liability Directive*, COM(2022) 496 final, arts. 3-6, sobre acceso a pruebas e inversión de la carga.

117. PARLAMENTO EUROPEO, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 81-83, destacando que la vía de la UE es reforzar la responsabilidad de operadores y fabricantes, descartando la personalidad electrónica de la IA; ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados*, cit., pp. 289-291.

118. Directive (EU) 2024/2853, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por productos defectuosos, DOUE L 2024/2853, aún pendiente de transposición en España.

119. SAP Valencia (Sección 7.^a), 10 junio 2010 (n.º 321/2010), en materia de responsabilidad por productos, como ejemplo indirecto de aplicación de categorías clásicas, aunque no referido a IA.

120. ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados*, cit., pp. 301-303, donde se señala expresamente la ausencia de jurisprudencia española sobre IA autónoma.

121. NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 183-186, que ya advertía de la inexistencia de pronunciamientos jurisprudenciales específicos en España.

122. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 303-305, subrayando la necesidad de aplicar por analogía las categorías clásicas a nuevos supuestos no regulados.

123. ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados*, cit., pp. 311-314, sobre la «crisis del modelo clásico» ante la IA.

124. NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 187-190, donde sostiene que una interpretación flexible del marco actual podría cubrir la mayoría de supuestos.

máticos, en particular instaurar algún tipo de responsabilidad objetiva en supuestos de IA autónoma de alto riesgo¹²⁵. Se argumenta que, así como el tráfico automotor motivó en su día excepciones al principio general de culpa, la circulación de vehículos autónomos o la utilización de IA potencialmente lesivas debería igualmente regularse con criterios de riesgo y seguro, pues sobrepasa lo que el esquema de culpa podía prever¹²⁶. De hecho, en la propuesta de Reglamento contenida en la Resolución PE 2020 —que España seguramente habría de seguir— se contemplaba exactamente eso: objetiva para IA autónoma de alto riesgo y subjetiva (culpa) con exoneración si no hubo negligencia para IA ordinaria¹²⁷.

En cuanto a la legislación interna, a finales de 2023 se produjo un hito importante con la aprobación del Reglamento (UE) 2024/1689 (*Ley de IA*), de aplicación directa¹²⁸. Para adaptarlo, el Gobierno español ha impulsado el Anteproyecto de Ley para el buen uso y la gobernanza de la IA (aprobado en Consejo de Ministros el 11 de marzo de 2025)¹²⁹. No obstante, cabe destacar que este Anteproyecto nacional se limita al régimen administrativo-sancionador y de implementación del Reglamento europeo, sin abordar la responsabilidad civil por daños de IA¹³⁰. De hecho, en la memoria del anteproyecto se aclara que el Reglamento de IA se aplica sin perjuicio del derecho de daños general y de la responsabilidad por productos defectuosos, y que la cuestión de la reparación de daños se está tratando en instrumentos normativos independientes (justamente las directivas antes mencionadas)¹³¹. Es decir, el legislador español, por ahora, ha optado por esperar la solución armonizada europea antes que crear por su cuenta un régimen de RC para IA¹³². Esto evita fragmentación normativa y es coherente con la prioridad de lograr un marco uniforme en toda la UE. Mientras tanto, los casos que surjan se resolverán aplicando: (i) la responsabilidad por culpa del art. 1902 CC o figuras clásicas (v.g. 1903, 1905 CC) cuando proceda, o (ii) la responsabilidad por productos del art. 135 y ss. RDL 1/2007 si la IA puede calificarse de producto defectuoso causante del daño^{133,7}. Adicionalmente, reglas específicas sectoriales pueden incidir —por ejemplo, si la IA se usa en tráfico, es relevante la LRCSCVM y el

125. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 315-317, quien anticipa la necesidad de excepciones objetivas en nuevos ámbitos de riesgo

126. PANTALEÓN, F., «Causalidad e imputación objetiva», cit. pp. 5-48, como referente en la justificación de la objetivación por actividades peligrosas; aplicado a IA en KARNER, E.: *Civil Liability*, cit. pp. 199-202.

127. PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 20 de octubre de 2020 sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de IA (2020/2014(INL)), DOUE C 404, 6.10.2021, arts. 4-6, proponiendo responsabilidad objetiva para IA de alto riesgo y subjetiva para IA ordinaria.

128. Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (*AI Act*), DOUE L 1689, 14.6.2024.

129. CONSEJO DE MINISTROS (España), Referencia de la reunión del 11 de marzo de 2025, sobre el Anteproyecto de Ley para el buen uso y la gobernanza de la IA.

130. MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, *Memoria del Anteproyecto de Ley para el buen uso y la gobernanza de la IA*, marzo 2025, p. 7.

131. Ídem, p. 10, donde se precisa que el *AI Act* se aplica «sin perjuicio de las normas de responsabilidad civil».

132. ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados*, cit., pp. 297-299, señalando la conveniencia de esperar la armonización europea antes de legislar en España.

133. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, arts. 135-146 (régimen de responsabilidad por productos defectuosos).

seguro obligatorio de automóviles¹³⁴; si se usa en prestación sanitaria, entran las normas de responsabilidad sanitaria (Ley 41/2002, etc.) que generalmente siguen el modelo de culpa civil o patrimonial¹³⁵—.

En suma, España se encuentra en una etapa de transición: consciente de la necesidad de reformar, pero a la espera del marco comunitario definitivo para hacerlo de forma coordinada¹³⁶. Las propuestas doctrinales nacionales van alineadas con las europeas: responsabilizar al operador de la IA (sea fabricante o usuario según el caso) y prever seguros obligatorios, especialmente para IA de alto riesgo¹³⁷. Asimismo, se destaca aprovechar las categorías existentes: aplicar *de lege lata* la responsabilidad por productos defectuosos a IA defectuosas (lo cual ya es viable)¹³⁸, e incluso explorar la aplicación analógica de la responsabilidad por objetos o animales a los sistemas autónomos¹³⁹. La doctrina patria también se ha hecho eco de iniciativas comparadas, que analizaremos a continuación¹⁴⁰.

VII. Sectores clave de responsabilidad por IA

A continuación, se ilustran estos principios con tres sectores emblemáticos donde los algoritmos autónomos plantean ya casos concretos de responsabilidad civil:

1.º) Vehículos autónomos: es quizás el ámbito más estudiado. Imaginemos un coche autónomo de nivel 5 (conducción completamente automatizada) que sufre un accidente y causa lesiones a terceros. ¿Quién responde? Si aplicamos el régimen actual español de tráfico, la víctima estaría cubierta por el seguro obligatorio de automóviles, que indemniza prácticamente en todo caso (salvo culpa exclusiva de la víctima)¹⁴¹. Luego la aseguradora

134. Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM), texto refundido aprobado por RDLeg. 8/2004, arts. 1-3; Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema de valoración de daños en accidentes de tráfico

135. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, arts. 8 y 28; vid. también STS, 30 junio 2010 (RJ 2010/4490), sobre responsabilidad sanitaria por error de diagnóstico.

136. ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados*, cit., pp. 297-299, sobre la «etapa de transición» en España en espera de armonización europea.

137. NÚÑEZ ZORRILLA, M.ª C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 149-152, defendiendo la responsabilidad del operador y la previsión de seguros obligatorios en IA de alto riesgo.

138. Directive (EU) 2024/2853, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por productos defectuosos, DOUE L 2024/2853, que amplía expresamente su ámbito a software e IA; RDL 1/2007, arts. 135-146.

139. Código Civil español, arts. 1905 y 1910; NÚÑEZ ZORRILLA, M.ª C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 141-143, sobre la analogía con la responsabilidad por animales o cosas bajo custodia; MALAURIE, P. / AYNÉS, L.: *Les obligations*, 12.ª ed., Paris, Defrénois, 2020, pp. 489-492, sobre la responsabilidad del *gardien de la chose* en Francia.

140. PARLAMENTO EUROPEO, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 84-85, que recoge la convergencia de propuestas nacionales y europeas en torno al operador y la objetivación de la responsabilidad.

141. Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM), texto refundido por RDL 8/2004, art. 1; Ley 35/2015, de 22 de septiembre, sobre reforma del baremo.

podría repetir contra el responsable del siniestro. Pero aquí surge la cuestión de fondo: ¿quién es el responsable del siniestro? En un coche convencional, el conductor humano suele tener la culpa (por distracción, imprudencia...). En un coche autónomo, podría alegarse un fallo del sistema¹⁴². Muchos opinan que la responsabilidad debe recaer en el fabricante o proveedor del vehículo autónomo, por tratarse de un defecto del producto o un riesgo propio de su tecnología¹⁴³. De hecho, en accidentes ocurridos con vehículos semi-autónomos (*Autopilot* de Tesla), se ha debatido la responsabilidad de Tesla (fabricante) frente a la del «conductor» que iba a bordo. Algunos casos en EE. UU. han derivado en acuerdos confidenciales¹⁴⁴, pero en Europa este tema es incipiente. Legalmente, en España el fabricante podría ser demandado por producto defectuoso si se demuestra que el sistema de conducción autónoma no ofrecía la seguridad esperable (por ejemplo, no detectó un obstáculo que debería haber detectado)¹⁴⁵. Alternativamente, si el dueño del coche hizo un mal uso (p. ej., activó el piloto automático en condiciones no previstas), podría imputársele negligencia ex art. 1902 Cc. Ante esta incertidumbre, la solución más segura es implantar un régimen objetivo con seguro obligatorio específico para vehículos autónomos, de modo que la víctima cobre del seguro sin discutir culpa, y luego este recupere del fabricante si hubo un defecto¹⁴⁶. Países como el Reino Unido ya siguen ese camino: su ley dispone que el seguro del vehículo autónomo paga al damnificado y luego puede reclamar al fabricante si el vehículo tenía un defecto¹⁴⁷. En España, la DGT ha autorizado pruebas de coches autónomos bajo la premisa de que siempre haya un conductor de seguridad responsable¹⁴⁸; pero a futuro, cuando no lo haya, será necesario legislar. Este sector probablemente será pionero en consagrar la responsabilidad objetiva del operador (propietario o fabricante) porque el riesgo es elevado y porque se asemeja al automóvil tradicional donde ya existía lógica de riesgo¹⁴⁹. La propia propuesta del PE 2020 citaba los vehículos autónomos como ejemplo de IA de alto riesgo cubierta por responsabilidad estricta y seguro obligatorio¹⁵⁰.

2.º) Sistemas médicos de IA. La IA se usa cada vez más en salud, desde algoritmos que asisten en diagnósticos por imagen, hasta robots cirujanos o sistemas de soporte a decisiones clínicas. Si una IA médica comete un error (p. ej., no detecta un cáncer en una radiografía, o un robot daña un órgano durante cirugía), el daño al paciente puede ser grave. ¿A quién reclamar? Tradicionalmente, en mala praxis médica responde el personal sanitario o el centro hospitalario si actuaron con negligencia¹⁵¹. Pero si el médico siguió la

142. ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados*, cit., pp. 321-324.

143. NÚÑEZ ZORRILLA, M.ª C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 133-136.

144. In re Tesla Autopilot Litigation, N.D. Cal., Case No. 3:18-cv-04865 (en curso); THE GUARDIAN, «Tesla settles first Autopilot fatal crash case», 25 abril 2023.

145. Directive (EU) 2024/2853, sobre responsabilidad por productos defectuosos, DOUE L 2024/2853; STS, 21 junio 1993 (RJ 1993/4917), sobre la definición de «defecto».

146. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 289-291.

147. Automated and Electric Vehicles Act 2018 (Reino Unido), Part 1, s. 2-3.

148. Dirección General de Tráfico (España), *Instrucción 15/V-113 de 13 de noviembre de 2015*, sobre pruebas con vehículos autónomos en vías públicas.

149. PANTALEÓN, F., «Causalidad e imputación objetiva», cit. pp. 5-48.

150. Parlamento Europeo, Resolución de 20 de octubre de 2020 sobre responsabilidad civil en materia de IA (2020/2014(INL)), DOUE C 404, 6.10.2021, arts. 4-6.

151. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, arts. 2 y 8; STS, 30 junio 2010 (RJ 2010/4490), sobre responsabilidad por error de diagnóstico

recomendación de una IA acreditada y esta estaba equivocada, el médico podría alegar que obró diligentemente confiando en una herramienta aprobada¹⁵². Aquí cobra importancia la responsabilidad del fabricante del software o dispositivo médico: si se demuestra que la IA tenía un fallo de diseño, entrenamiento o calibración, la lesión puede considerarse causada por un producto sanitario defectuoso, recayendo responsabilidad objetiva en el fabricante¹⁵³. Por ejemplo, un software de diagnóstico con tasa de error anormal sería un producto defectuoso. Ahora bien, si la IA simplemente no «acertó» en un caso difícil pese a no haber error de sistema, quizá no haya defecto legal; entonces la responsabilidad volvería hacia el médico (¿fue negligente al delegar demasiado en la IA?) o el hospital (por introducir esa tecnología sin suficiente control)¹⁵⁴. La normativa vigente (Ley 22/1984, RD 1591/2009 de productos sanitarios) ya prevé responsabilidad del productor por productos sanitarios defectuosos¹⁵⁵. Lo complejo será distinguir entre error del profesional y error de la máquina. Es de prever que los médicos deban usar la IA solo como apoyo y mantener un juicio crítico; de lo contrario incurrirían en falta¹⁵⁶. Por otro lado, los fabricantes de IA médica de alto riesgo (p. ej. diagnóstica) tendrán obligaciones estrictas bajo el Reglamento de IA y el Reglamento de dispositivos médicos, cuyo incumplimiento facilitará probar su culpa en caso de daño¹⁵⁷. Seguramente veremos litigios donde pacientes demanden tanto al hospital (por mala praxis al usar IA) como a la compañía de IA (por producto defectuoso), y los tribunales deberán repartir la responsabilidad según las circunstancias¹⁵⁸. En cualquier caso, la seguridad de la IA en salud es crítica, por lo que además de la RC *ex post*, se insiste en la homologación previa rigurosa¹⁵⁹. En resumen, en este sector coexisten la lógica de culpa profesional y la de producto defectuoso, y habrá que determinar caso a caso cuál predomina¹⁶⁰.

3.º) Asistentes virtuales y algoritmos en el entorno doméstico: los asistentes de IA (tipo Siri, Alexa, etc.) y los dispositivos del hogar inteligente también pueden ocasionar daños, aunque en principio de menor gravedad. Un asistente virtual podría, por ejemplo, dar una instrucción errónea que provoque un perjuicio (imaginemos que un asistente de voz interpreta mal una orden y conecta la calefacción al máximo, causando un incendio, o recomienda una acción peligrosa al usuario). Si de ello derivan daños materiales o personales, ¿es responsable la empresa desarrolladora del asistente? Aquí seguramente se aplicaría la responsabilidad por producto defectuoso o servicio defectuoso, alegando que el asis-

152. STS, 27 septiembre 2011 (RJ 2011/6767), sobre confianza en protocolos y sistemas aprobados como defensa frente a la imputación de negligencia.

153. Real Decreto Legislativo 1/2007, arts. 135-146, responsabilidad por productos defectuosos; Reglamento (UE) 2017/745, relativo a los productos sanitarios, DOUE L 117, 5.5.2017.

154. ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados*, cit., pp. 337-339.

155. Ley 22/1984, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos (derivada de Dir. 85/374/CEE); RD 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios.

156. NÚÑEZ ZORRILLA, M.ª C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 191-193.

157. Reglamento (UE) 2024/1689 (AI Act), DOUE L 1689, 14.6.2024, arts. 9-15; Reglamento (UE) 2017/745, arts. 10 y 56 (obligaciones del fabricante y evaluación de conformidad).

158. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Responsabilidad médica y nuevas tecnologías», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 44 (2020), pp. 123-129.

159. EUROPEAN COMMISSION, *Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics*, COM(2020) 64 final, pp. 6-8.

160. PARLAMENTO EUROPEO, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 98-100.

tente no funcionó según lo esperado razonablemente en condiciones normales¹⁶¹. Las grandes empresas tecnológicas suelen incluir cláusulas de exención de responsabilidad en las licencias de uso de estos servicios, pero dichas cláusulas no pueden evitar reclamaciones extracontractuales de terceros lesionados ni anular la responsabilidad por productos frente a consumidores¹⁶². Por tanto, si un altavoz inteligente causa un incendio por mal funcionamiento, el fabricante tendría responsabilidad objetiva (salvo prueba de que el aparato no estaba defectuoso)¹⁶³. Si un asistente virtual da un consejo negligente que resulta en daño (por ejemplo, un asistente jurídico de IA sugiere una actuación que conlleva sanciones legales), entraríamos en terrenos más novedosos: ¿se puede culpar a la IA «asesora»? Probablemente no directamente; habría que demostrar negligencia de quien implementó ese sistema sin las debidas advertencias o controles¹⁶⁴. No hay casos conocidos todavía en España de daños por un Alexa o similar, pero sí ha habido incidentes curiosos (p. ej., Alexa sugiriendo desafíos peligrosos a menores, lo cual Amazon corrigió)¹⁶⁵. En caso extremo, si un robot doméstico autónomo (por ejemplo, un robot aspirador inteligente) atropella a una mascota o persona mayor causándole daño, su dueño podría ser considerado responsable como guardián de la cosa (similar a si una herramienta eléctrica causa un accidente doméstico)¹⁶⁶. De nuevo, jugaría la garantía del producto y el seguro del hogar. Este sector muestra cómo incluso en entornos cotidianos la IA difumina la línea entre usuario responsable y fabricante responsable¹⁶⁷. Por prudencia, el usuario debe seguir las instrucciones de uso y no confiar ciegamente en la IA en situaciones de riesgo; si lo hace, podría imputársele cierta culpa concurrencial¹⁶⁸. No obstante, en la mayoría de casos domésticos el perjudicado será el propio usuario o su círculo, que buscará resarcimiento vía garantías, seguros o responsabilidad del fabricante¹⁶⁹.

Cabe mencionar otros ámbitos emergentes: drones autónomos (donde suele exigirse seguro de responsabilidad civil al operador, y éste responderá objetivamente, además de que el fabricante pueda ser responsable si falló el dron)¹⁷⁰, sistemas de IA en finanzas (algoritmos bursátiles causando pérdidas financieras —usualmente se dirimen por res-

161. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, arts. 135-146 (responsabilidad objetiva por productos defectuosos).

162. STS, 15 enero 2010 (RJ 2010/284), sobre la ineficacia de cláusulas de exoneración en contratos de consumo frente a responsabilidad extracontractual

163. Directive (EU) 2024/2853, sobre responsabilidad por productos defectuosos, DOUE L 2024/2853, que incluye software y dispositivos de IA.

164. ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados*, cit., pp. 351-353.

165. BBC NEWS, «Amazon's Alexa told girl to touch live plug with penny», 29 diciembre 2021

166. Código Civil español, art. 1905 y 1910, responsabilidad por animales y cosas; NÚÑEZ ZORRILLA, M.ª C.: *Inteligencia artificial*, cit., pp. 141-143

167. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Responsabilidad civil y nuevas tecnologías de consumo», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 45 (2020), pp. 89-92.

168. Código Civil español, art. 1103, sobre la concurrencia de culpas en la producción del daño

169. PARLAMENTO EUROPEO, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 103-104.

170. Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de aeronaves pilotadas por control remoto, arts. 33-34 (seguro obligatorio y responsabilidad del operador); EUROPEAN UNION AVIATION SAFETY AGENCY (EASA), *Regulation (EU) 2019/947 on unmanned aircraft operations*, arts. 14-16

ponsabilidad contractual con la empresa proveedora del servicio financiero—)¹⁷¹, e incluso armas autónomas en el plano militar (con implicaciones de responsabilidad del Estado más que civil)¹⁷². En todos, la pregunta de fondo es similar: ¿hubo intervención humana culpable o atribuimos el daño al riesgo mismo de la tecnología?¹⁷³

VIII. Conclusiones

La aparición de la inteligencia artificial autónoma desafía los pilares tradicionales del derecho de daños —culpa, causalidad e imputación— al introducir acciones sin actor humano inmediato, procesos opacos y potencial de daños masivos. El Derecho civil español, centrado en la responsabilidad por culpa del art. 1902 CC, se ve puesto a prueba. La doctrina ha identificado los vacíos: desde la dificultad para probar negligencia en sistemas altamente complejos hasta la necesidad de garantizar indemnizaciones cuando ningún agente actuó mal pero el daño ocurre igualmente. Para afrontarlo, se perfilan soluciones mixtas: por un lado, aprovechar las vías existentes (imputar al operador humano siempre que sea posible; aplicar responsabilidad por productos defectuosos a la IA cuando proceda; usar analogías de responsabilidad objetiva en custodia de cosas) y, por otro, introducir nuevas reglas específicas para la IA de mayor riesgo (p. ej. declarar objetiva la responsabilidad del explotador de ciertas IA, exigirle seguro obligatorio, invertir la carga de la prueba en su contra).

Actualmente, no existe jurisprudencia nacional ni europea vinculante que resuelva estos dilemas, pero se espera que los primeros casos sienten precedentes importantes. Es previsible que los tribunales españoles, llegado el momento, adopten una interpretación *pro victima*, evitando dejar sin compensación a los perjudicados por las lagunas legales. Seguramente seguirán criterios de otros países y las guías marcadas por la UE (por ejemplo, si un sistema de IA incumplió requisitos del Reglamento de IA y causó daño, inferirán negligencia). La tendencia comparada confirma que ningún país atribuirá la responsabilidad a la máquina misma: siempre habrá un humano (sea el fabricante, el programador, el proveedor o el usuario) que cargue con ella. Esto responde a la idea de que la IA es herramienta al servicio de personas, no un ente autónomo jurídicamente.

En el plano legislativo, España y Europa caminan hacia un marco adaptado a la era digital. La aprobación del Reglamento de IA en 2024 crea un ecosistema de confianza y seguridad *ex ante*, y las reformas en materia de responsabilidad (Directiva de productos revisada, posibles normas nacionales complementarias) buscarán cubrir *ex post* los

-
171. Directive 2014/65/EU (MiFID II), sobre mercados de instrumentos financieros, que impone obligaciones de diligencia y responsabilidad a las empresas de servicios financieros que utilizan algoritmos de trading; COFFEE, J. / SALE, H., *Securities Regulation: Cases and Materials*, 13.^a ed., Foundation Press, 2021, pp. 721-724.
 172. ONU, CONVENCIÓN SOBRE CIERTAS ARMAS CONVENCIONALES (CCW), Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre Sistemas de Armas Autónomas Letales (LAWS), Ginebra, 2021; BOOTHBY, W.H.: *Weapons and the Law of Armed Conflict*, 2.^a ed., Oxford University Press, 2016, pp. 229-234.
 173. PARLAMENTO EUROPEO, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Policy Department, 24 julio 2025, pp. 107-109, sobre la cuestión transversal de imputar culpa humana o riesgo tecnológico en sectores emergentes.

daños que aun así ocurran, evitando que la víctima soporte la carga de la incertidumbre tecnológica. Es esencial mantener un equilibrio: proteger eficazmente a los ciudadanos frente a riesgos de la IA (infundiendo confianza en su uso) sin desincentivar la innovación. Por ello se habla de soluciones como seguros e inversión de carga, que reparten el riesgo de forma asumible.

En conclusión, la responsabilidad civil por daños de algoritmos autónomos requerirá una evolución doctrinal y normativa significativa. España, dentro del entorno jurídico de la UE, probablemente implementará un régimen especial para IA de alto riesgo, combinando *responsabilidad objetiva* del operador y seguros obligatorios, y reforzará la aplicación de la *responsabilidad por productos* para fallos de IA, todo ello coordinado con las directrices comunitarias. Mientras estas reformas llegan, los principios generales del Código Civil siguen siendo la red de seguridad —se interpretarán con flexibilidad para dar respuesta caso por caso—. Nuestros *principios jurídicos* deben adaptarse para seguir cumpliendo su función en la era de la IA, asegurando que el desarrollo tecnológico vaya acompañado de responsabilidad. Solo así se podrá disfrutar de los enormes beneficios de la inteligencia artificial minimizando sus potenciales perjuicios, en un marco de confianza y tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos.

Bibliografía

ATIENZA NAVARRO, M. L.: *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, Madrid, Atelier, 2022.

BOOTHBY, W.H.: *Weapons and the Law of Armed Conflict*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2016.

BORGHETTI, J.S.: «Civil Liability for Artificial Intelligence: What Should its Basis Be?», *SSRN*, 2019,

«The New Product Liability Directive: A Step Forward for AI Regulation?», *European Journal of Risk Regulation*, vol. 14, n.º 1, 2023, pp. 77-80.

BUSNELLI, F.D., «Responsabilità civile e attività pericolose», *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2018, pp. 233-240.

COFFEE, J. / SALE, H., *Securities Regulation: Cases and Materials*, 13.^a ed., New York, Foundation Press, 2021.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *La responsabilidad civil: en busca de un sistema*, 2.^a ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

DI FEDERICO, G.: «Artificial Intelligence and Civil Liability in Italy: Between Tradition and Innovation», *Comparative Law Review*, vol. 28, 2024, pp. 45-52.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Responsabilidad médica y nuevas tecnologías», *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 44, 2020, pp. 123-129.

- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.:** «Responsabilidad civil y nuevas tecnologías de consumo», *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 45, 2020, pp. 89-92.
- KARNER, E.:** *Civil Liability for Artificial Intelligence and Software*, Berlín, De Gruyter, 2022.
- MALAURIE, P. / AYNÈS, L.:** *Les obligations*, 12.ª ed., París, Defrénois, 2020.
- MARCHANT, G. / LINDOR, R.:** «The Coming Collision Between Autonomous Vehicles and the Liability System», *Santa Clara Law Review*, vol. 52, 2012, pp. 1321-1340.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M.ª C.:** *Inteligencia artificial y responsabilidad civil*, Madrid, Reus, 2019.
- PANTALEÓN, F.:** «Responsabilidad objetiva y riesgo creado», *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, 1993, pp. 5-48.
- REISCHL, W.:** «Produkthaftung und Künstliche Intelligenz», *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2020, pp. 1121-1125.
- SPINDLER, G.:** «Haftung für Künstliche Intelligenz – Dogmatik und Zukunftsperspektiven», *JuristenZeitung (JZ)*, 2021, pp. 689-697.
- TERRÉ, F. / SIMLER, P. / LEQUETTE, Y.:** *Droit civil. Les obligations*, 12.ª ed., París, Dalloz, 2018.
- WAGNER, G.:** «Produkthaftung und Kettenverantwortung», *Zeitschrift für Verbraucherrecht*, 2022, pp. 201-205.



REVISTA JURÍDICA VALENCIANA

Associació de Juristes Valencians

