

REVISTA  
JURÍDICA  
CONSEJO  
NACIONAL DE  
ESTUDIANTES  
DE DERECHO

N.º 4  
2026

**DIRECCIÓN:**

Prof. Dr. D. Jesús Ruiz Poveda

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha.  
Presidente de Honor del Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho.*

**COORDINACIÓN:**

D. Pablo Álvarez Grande

*Vocal de organización y proyectos de CONEDE*



[revistas@colex.es](mailto:revistas@colex.es)



REVISTA

# CONSEJO NACIONAL DE ESTUDIANTES DE DERECHO

© Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho

© Editorial Colex S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial), 15004, A Coruña (Galicia)

☎ 910 600 164 ✉ info@colex.es

revistas@colex.es | ISSN: 2952-6361 | DL: C 408-2025

## DIRECTOR:

**Prof. Dr. D. Jesús Ruiz Poveda**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha.

Presidente de Honor del Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho.

## COORDINACIÓN:

**D. Pablo Álvarez Grande**

Vocal de organización y proyectos de CONEDE.

## CONSEJO EDITORIAL:

**D. Alonso Sánchez Martín.**

Universidad de Huelva. Presidente de CONEDE.

**Dña. Blanca Ibarz Ribalta.**

Universidad CEU San Pablo. Tesorera de CONEDE.

**D. José Julio López Labajos.**

Universidad de Salamanca. Vicepresidente de CONEDE.

**Dña. Laura Pascual Isidro.**

Universidad de Valladolid.

**Dña. Paula Moratinos Palomo.**

Universidad de Valladolid

**D. Luis Enrique Campos Lemetre .**

Universidad de Santiago de Compostela.

**Dña. Raquel Fernández Ruiz.**

Universidad de Valladolid.

**Dña. Sheila Nieto Sánchez.**

RCU María Cristina.

**D. Sebastián García Rosaura.**

Universidad de Sevilla.

**D. Alejandro Piñeiro Marcos.**

Universidad Complutense de Madrid.

**Dña. Anna Henestrosa Martínez.**

Universitat Oberta de Catalunya.

**D. Daniel Navarro Hernández.**

Universidad de Alicante.

**D. Alberto Neira Ferreiro.**

Universidad de Santiago de Compostela..

**Dña. María Rueda Carranza.**

ISDE (Instituto Superior de Derecho y Economía)

## **COMITÉ CIENTÍFICO:**

**Prof. Dr. D. Jesús Ruiz Poveda.**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha.

**Prof. Dr. D. José León Alapont.**

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Valencia.

**Prof. Dr. D. Álvaro Alzina Lozano.**

Profesor Permanente Laboral de Derecho Penal. Universidad Rey Juan Carlos.

**Prof. Dr. D. Gabriel Martín Rodríguez.**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público. Universidad Rey Juan Carlos.

**Prof<sup>a</sup> Dra. Dña. Ana Castro Franco.**

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad de León.

**Prof. Dr. D. Alejandro Llopis Blanque.**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil. Universidad de Alicante.



# SUMARIO

Prólogo.....	7
--------------	---

## ARTÍCULOS CIENTÍFICOS

Análisis integral del régimen de las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda en el impuesto sobre sociedades.....	11
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

**Álvaro Martín-Fontecha Merino**

Sistemas de detección asistida (CAD) y opacidad algorítmica: el nuevo régimen de responsabilidad por productos sanitarios defectuosos bajo la directiva (UE) 2024/2853.....	33
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

**Desiré Álvaro Almeida**

Ajustes laborales razonables en personas con asperger.....	53
------------------------------------------------------------	----

**Carla Fernández Riveira**

Revisión de precios en contratos de prestación de servicios intensivos en mano de obra.....	83
---------------------------------------------------------------------------------------------	----

**Jordi Bravo i Rius**

## RESEÑAS

La aplicación e interpretación del artículo V de la Convención sobre Privilegios e Inmunities de las Naciones Unidas por el Tribunal Supremo.....	127
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

**Sergio Aguado Silvestre**

¿Despidos disciplinarios o despidos nulos por enfermedad y/o embarazo? Un análisis jurídico tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y no discriminación.....	139
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

**Lucía Briones Redondo**

<i>Blockchain y Smart Contracts</i> en el Derecho privado.....	149
----------------------------------------------------------------	-----

**Miquel Àngel Català Gascón**

Derecho digital y sanitario: el espacio europeo de datos de salud (EEDS) y la extraterritorialidad en el escenario jurídico de 2026.....	161
<b>María Ángeles Prieto Hidalgo</b>	

## **ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

STC 1/2025: La libertad de creación literaria y el derecho al honor en la sátira política..	175
<b>Eduardo Lorenzo López Martínez</b>	
¿Sustancia o forma? La consagración de la prueba del competidor igualmente eficiente en la Sentencia Intel C-240/22 P (2024).....	187
<b>Pol Adroher Bernal</b>	

---

# Prólogo

---

## El rigor doctrinal como vanguardia del derecho

Estimados lectores, colegas y académicos:

La publicación de esta cuarta edición de la Revista Jurídica de CONEDE marca un hito de madurez institucional. Lo que en sus albores fue una legítima aspiración de representatividad, se ha transformado hoy en una realidad tangible de transferencia de conocimiento jurídico. Alcanzar este cuarto volumen no es un mero ejercicio de continuidad, sino la reafirmación de un compromiso con la excelencia investigadora y la dialéctica jurídica en el ámbito de la formación superior.

En un contexto global definido por la complejidad normativa y la constante mutación de las realidades sociales, la labor del jurista no puede limitarse a la exégesis mecánica de la norma. El Derecho exige una visión holística y crítica, capaz de conciliar la técnica legislativa con los principios generales que informan nuestro ordenamiento. Desde esta plataforma, los estudiantes de Grado, Máster y Doctorado asumen la responsabilidad de contribuir a la doctrina científica, aportando análisis que auscultan con rigor la jurisprudencia y las transformaciones del sistema de fuentes.

El Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho (CONEDE), en su vocación de servicio a la comunidad estudiantil, entiende que la formación académica es indisociable de la inquietud intelectual. Por ello, la consolidación de este espacio editorial —respaldado por el prestigio técnico de la Editorial Colex— constituye una herramienta esencial para el desarrollo de las competencias analíticas que el mercado profesional y la academia demandan en la actualidad.

El Derecho es, en su esencia, el garante de la paz social y la arquitectura sobre la que se erige la libertad. Como recordaba el ilustre jurista Rudolf von Ihering, «la justicia tiene en una mano la balanza con la que pesa el derecho, y en la otra la espada con que lo mantiene». A través de estas páginas, nuestros autores demuestran que la balanza se equilibra con el estudio riguroso y la argumentación sólida, elementos indispensables para el ejercicio ético de nuestra profesión.

Os invito a abordar la lectura de este número con la convicción de que el pensamiento jurídico emergente es, hoy más que nunca, motor de progreso y salvaguarda de la seguridad jurídica. Que estas páginas sirvan de estímulo para continuar forjando una cultura jurídica de excelencia, basada en el estudio constante y la defensa inquebrantable de los valores constitucionales del Estado de Derecho.

D. Alonso Sánchez Martín  
*Presidente del Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho*



---

# ARTÍCULOS CIENTÍFICOS

---



---

# Análisis integral del régimen de las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda en el impuesto sobre sociedades

---

Álvaro Martín-Fontecha Merino

Estudiante Doble Máster en Acceso a la Abogacía y a la Procura y en  
Tributación y Asesoría Fiscal en Universidad CEU San Pablo  
alvaromfmerino@gmail.com

Recibido el 17 de enero de 2026; aceptado el 23 de febrero de 2026.

**Resumen:** En un mercado de alquiler tensionado, con precios crecientes y oferta insuficiente, las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda (EDAV) se presentan como un instrumento fiscal llamado a incrementar el parque de vivienda asequible. Las reformas recientes, y en especial la drástica reducción de la bonificación del 85 % al 40 %, plantean una pregunta incómoda: ¿siguen siendo realmente atractivas para los inversores y útiles para la política de vivienda? Este artículo guía al lector por la configuración jurídica, requisitos y beneficios de las EDAV, y las contrapone a las SOCIMI para valorar si el modelo todavía cumple su finalidad.

**Palabras Clave:** Impuesto sobre Sociedades – Entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda – Bonificación – Requisitos – SOCIMI.

**Abstract:** In today's tense rental market, with rising prices and too few homes available, entities dedicated to the leasing of housing (EDAVs) appear as a tax tool designed to increase the supply of affordable rental housing. However, recent legal changes, especially the strong reduction of the tax relief from 85 % to 40 %, raise doubts about whether they are still attractive for investors and effective for housing policy. This article explains in a clear way the legal regime, main requirements and tax advantages of EDAVs, and compares them with SOCIMIs to see if this model still works as intended.

**Keywords:** Corporate Income Tax – Entities dedicated to the leasing of housing – Tax relief – Requirements – SOCIMI.

## I. Introducción

En la actualidad el mercado inmobiliario residencial español atraviesa momentos críticos protagonizados por un desequilibrio estructural profundo entre la oferta y la demanda, la latente tensión inflacionaria en las rentas y una transformación en la regulación sin precedentes. En tal escenario, la fiscalidad corporativa, principalmente el Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS), no solo debe operar como un instrumento recaudatorio, sino también como aquel impulso fundamental de política económica que vaya destinado a poder modular el comportamiento de los grandes agentes inversores y, ante todo, garantizar el mandato constitucional que debe garantizar el acceso a una vivienda digna<sup>1</sup>.

El presente artículo tiene por objeto examinar exhaustivamente el régimen fiscal especial de las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda (en adelante, EDAV), regulado en el Capítulo III del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS).

La justificación del régimen especial de las EDAV no es otra que el intento de paliar la complejidad y escasez del mercado inmobiliario, principalmente en lo que a alquiler de vivienda se refiere, tratando de incrementar el parque de vivienda de alquiler ante la crecida de la demanda. La propia Exposición de Motivos de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, establecía en su apartado II que «[s]e quiere así estimular el mercado inmobiliario de viviendas en alquiler y dar respuesta a la necesidad social de contar con un parque de viviendas en alquiler, hoy muy limitado», dejando clara esa finalidad de ampliar el volumen de viviendas en alquiler en el territorio español, y, por ende, su mayor asequibilidad para todo tipo de necesidades, principalmente para aquellos sectores de población con rentas más reducidas.

## II. Configuración jurídica del régimen especial

### 1. Delimitación del concepto de arrendamiento de vivienda

El artículo 48.1 de la LIS se remite a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU), que en su artículo 2.1 define el arrendamiento de vivienda como «aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario».

Por otra parte, resulta de interés mencionar qué se entiende incluido dentro del ámbito del arrendamiento de vivienda. A dichos efectos, el artículo 2.2 de la LAU establece que la regulación destinada al arrendamiento de vivienda se aplicará también «al mobiliario,

---

1 Tal y como reza el artículo 47 de nuestra Constitución Española.

los trasteros, las plazas de garaje y cualesquiera otras dependencias, espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios de la finca por el mismo arrendador», esto es, siempre que los citados elementos se entiendan arrendados en un mismo contrato conjuntamente con la vivienda en los términos antes definidos, y no de forma independiente<sup>2</sup>.

La consideración como arrendamiento de vivienda dentro del marco jurídico impuesto por la LAU es un pilar esencial para la aplicación del régimen especial de las EDAV. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el concepto de arrendamiento de vivienda bajo el marco de la LAU afecta a otros tributos y que los criterios de la Administración Pública en la aplicación del resto de tributos pueden afectar al IS. Por ejemplo, en el marco del IRPF a efectos de dilucidar la aplicación de la reducción por arrendamiento de vivienda habitual regulada en el artículo 23.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF), la Resolución del Tribunal Económico-administrativo (en adelante, TEAC) de 8 de septiembre de 2016<sup>3</sup> establece que un arrendamiento será considerado de vivienda, no solo cuando se arriende directamente a una persona física, sino que también el caso en el que, siendo el arrendatario una persona jurídica, conste completamente acreditado que el inmueble será destinado a la vivienda de determinadas personas físicas. En esta misma línea cabe destacar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Galicia de 3 de junio de 2015<sup>4</sup> y la consulta de la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) V0026-22, de 4 de enero, entre otras.

Asimismo, se ha establecido recientemente en consultas de la DGT que no se pueden considerar como vivienda a efectos del régimen especial aquellos inmuebles que, a pesar de tener cédula de habitabilidad, el arrendamiento está destinado a oficinas<sup>5</sup>. Por otro lado, que es indiferente si no existe división horizontal en un edificio siempre y cuando la edificación cumpla con el régimen definido por la LAU para los arrendamientos de vivienda<sup>6</sup>.

## 2. Referencia a los arrendamientos de temporada vacacional o académica y profesional

Para que una entidad dedicada al arrendamiento de vivienda pueda aplicar el régimen fiscal especial, resulta crucial determinar si la relación contractual satisface una necesidad de vivienda o si, por el contrario, debe calificarse como un uso distinto por la LAU. En este sentido, el artículo 3 de la LAU otorga inicialmente al arrendamiento de temporada —sea vacacional o académica— la consideración de arrendamiento para uso distinto de vivienda. No obstante, a efectos de la aplicación de la normativa tributaria y la correcta inclusión en el régimen de las EDAV, es preciso realizar una distinción ontológica entre el arrendamiento turístico y el arrendamiento de temporada académica profesional.

2 Vid. Alberto **ATXABAL RADA**, «Las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda en el Impuesto sobre Sociedades» en Juan Enrique **VARONA ALABERN** (Dir.), *La fiscalidad del arrendamiento de vivienda y otras figuras afines*, Aranzadi, Madrid, 2024, págs. 287.

3 R.G. 5138/2013.

4 Sentencia del TSJ de Galicia de 3 de junio de 2015 (núm. rec. 15500/2014; ECLI:ES:TSJGAL:2015:4133).

5 Consulta de la DGT V0102-23, de 31 de enero.

6 Vid. la consulta de la DGT V2685-21, de 5 de noviembre.

El arrendamiento sujeto a temporada vacacional o turística queda claramente excluido del ámbito de protección de la LAU cuando concurren los requisitos del artículo 5.e) de la citada norma. Para que opere esta exclusión y se categorice inequívocamente como turístico, deben cumplirse 6 condiciones: (i) que la cesión del inmueble sea inexcusablemente temporal, (ii) que el arrendamiento sea por el inmueble entero, (iii) que este esté amueblado y equipado para su uso inmediato, (iv) ser promocionado mediante canales de promoción turística, (v) la sujeción a un régimen concreto del sector y (vi) tener ánimo de lucro<sup>7</sup>. Aunque parte de la doctrina, como **GOROSPE OVIEDO**<sup>8</sup>, sugiere que bastaría con los cuatro últimos requisitos, una interpretación estricta exige la concurrencia de todos ellos para confirmar su naturaleza turística<sup>9</sup>. Dicha tipología, por su naturaleza, imposibilita el acceso al régimen especial de las EDAV.

Por otra parte, la zona de fricción jurídica, determinante para las entidades de arrendamiento, reside en los contratos de temporada académica o profesional. Estos se definen como aquellos «arrendamientos de vivienda que, sin ser tan efímeros como los vacacionales, no están sin embargo pensados a priori para la duración que tienen habitualmente los de vivienda»<sup>10</sup>.

La cuestión principal subyace en si un arrendamiento académico, mayormente, cuya estancia puede ser cercana a los nueve meses, puede equipararse funcionalmente al arrendamiento de vivienda definido en la LAU, satisfaciendo la necesidad permanente de vivienda del arrendatario.

La interpretación de si estos contratos pueden constituir arrendamiento de vivienda ha sido completamente dispar entre la Administración Tributaria y los tribunales, tomando como referencia la reducción prevista en el artículo 23.2 de la LIRPF, cuyo criterio es extrapolable a la actividad económica de arrendamiento de vivienda del IS. Así pues, la DGT, en consultas como la V1163-04, de 3 de mayo, sostiene que el arrendamiento por temporadas, independientemente de su causa, no constituye un arrendamiento destinado a vivienda<sup>11</sup>. Bajo esta óptica, se denegaría la reducción fiscal ya que se considera que

---

7 Consuelo **ARRANZ DE ANDRÉS**, «Fiscalidad del alquiler de vivienda privada para uso vacacional o turístico» en Juan Enrique **VARONA ALABERN** (Dir.), *La fiscalidad del arrendamiento de vivienda y de otras figuras afines*, Aranzadi, Madrid, 2024, págs. 355-363.

8 Juan Ignacio **GOROSPE OVIEDO**, «Las viviendas turísticas y los arrendamientos de temporada: delimitación, tributación y control fiscal en la economía colaborativa», *VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario «Tendencias y retos del Derecho Financiero y Tributario» (2.ª parte)*, IEF, Madrid, 2018, págs. 152 y 153.

9 Fernando **DÍAZ VALES**, «Aspectos jurídico-civiles de las viviendas de uso turístico» en Manuel **LUCAS DURÁN** (Dir.), *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.

10 Manuel **LUCAS DURÁN**, «Fiscalidad de determinadas cesiones de viviendas: derechos de usufructo, uso y habitación, comodato inmobiliario, alquiler de temporada y figuras afines» en Juan Enrique **VARONA ALABERN** (Dir.), *La fiscalidad del arrendamiento de vivienda y de otras figuras afines*, Aranzadi, Madrid, 2024, pág. 514.

11 Posición seguida también por el Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante, TEAC), por ejemplo, en la Resolución de 8 de marzo de 2018 (R.G. 5663/2017).

el alquiler no satisface la finalidad prevista en la norma, lo que a su vez representaría un obstáculo para la aplicación del régimen especial en el IS.

Frente al criterio administrativo, la doctrina judicial reciente ha consolidado una postura favorable a la consideración de estos contratos como vivienda. Diversos tribunales argumentan que la necesidad de vivienda permanente puede ser temporal y no requiere una estancia mínima concreta<sup>12</sup>. Asimismo, quien la exclusión de los meses no lectivos no impide que, durante la vigencia del contrato, el inmueble constituya la residencia efectiva de los arrendatarios<sup>13</sup>.

En este sentido, se ha formado una consolidada doctrina judicial en relación con ello, admitiendo la aplicabilidad de la reducción del artículo 23.2 de la LIRPF en diversos casos<sup>14</sup>. Es más, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid de 28 de mayo de 2024<sup>15</sup>, ha acogido —como resulta lógico— tal doctrina, indicando que «los alquileres no han sido de temporada, pues los mismos han constituido la residencia de los arrendatarios, sin que, como recuerda el TSJ de Madrid, sea necesaria una estancia mínima concreta»<sup>16</sup>.

## III. Requisitos

### 1. Requisitos subjetivos

El régimen especial de EDAV será aplicable exclusivamente a entidades contribuyentes en el IS; en ningún caso podrá resultar de aplicación el régimen especial a una persona física debido, principalmente, a que dicho régimen especial no está regulado en la LIRPF<sup>17</sup>. En el presente punto, CALVO VERGÉZ critica esta posición del legislador, expo-

12 Sentencias del TSJ de Madrid de 6 de octubre de 2021 (núm. rec. 1158/2019; ECLI:ES:TSJM:2021:10348), y de 31 de enero de 2023 (núm. rec. 702/2020; ECLI:ES:TSJM:2023:1125).

13 Sentencia del TSJ de Galicia de 28 de febrero de 2024 (núm. rec. 15500/2023; ECLI:ES:TSJGAL:2024:1807).

14 Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de febrero de 2024 (núm. rec. 199/2023; ECLI:ES:TSJCV:2024:735) y Sentencia STJ de Galicia de 30 de abril de 2024 (núm. rec. 15690/2023; ECLI:ES:TSJGAL:2024:3151) y de 10 de mayo de 2024 (núm. rec. 15723/2023; ECLI:ES:TSJGAL:2024:3260).

15 R.G. 28/22382/2023.

16 Como bien se adelantaba en Manuel Lucas Durán, «¿Se aplica la reducción del 60 % prevista en el artículo 23.2 de la LIRPF para arrendamientos de bienes inmuebles con destino a «vivienda» en supuestos de alquileres de temporada y, particularmente, en alquileres turísticos?» en Revista de Contabilidad y Tributación. CEF, n.º 423, 2018, pág. 143, en el que expone que no todos los arrendamientos de temporada deben tratarse de igual forma y que, es muy difícil contra argumentar que no se cubre la necesidad permanente de vivienda en aquellos arrendamientos con una vigencia de 9 meses, que es lo que suele durar el curso académico.

17 Tal y como recoge la DGT en su consulta V2240-06, de 10 de noviembre. La consulta V0953-17, de 17 de abril, establece concretamente el hecho de que la bonificación recogida en el artículo 49.1 de la LIS, se podrá aplicar exclusivamente a aquellas entidades que realizan su actividad

niendo que no hay igualdad entre la tributación que grava esta actividad en caso de que la lleve a cabo una persona física o jurídica, por lo que ve una clara desigualdad entre la carga fiscal dependiendo de la naturaleza del sujeto<sup>18</sup>.

En relación con lo expuesto en el párrafo anterior, es importante recalcar que en caso de que sea una comunidad de bienes la que explote los inmuebles a través del arrendamiento, no será de aplicación el régimen especial de las EDAV a la propia comunidad de bienes debido a que esta no se considera como contribuyente del Impuesto sobre Sociedades por los artículos 6 y 7 LIS. No obstante, si podrá resultar de aplicación a alguno de los comuneros —por separado— que constituyen la comunidad de bienes sea una persona jurídica contribuyente del IS y aplique el régimen especial de las EDAV<sup>19</sup>.

El segundo aspecto en lo que se refiere al ámbito de la sociedad para que resulte aplicable el régimen especial, es que la sociedad debe tener como actividad principal el arrendamiento de viviendas. Actualmente, con la actual redacción de la LIS y su actual artículo 5.1, queda clara la necesidad de ejercer el arrendamiento como actividad económica, y de forma principal; sin embargo, de forma previa a la aprobación de la LIS, no había mucha claridad acerca de cuál era el concepto de actividad económica en el IS porque el TRLIS no establecía nada al respecto, por lo que se remitía al concepto regulado en el artículo 27.2 de la LIRPF. En este sentido, el Tribunal Supremo vino a corregir la doctrina del TEAC estableciendo que no se permitía la remisión al artículo 27.2 de la LIRPF para determinar el concepto de actividad económica —la doctrina del TEAC sí permitía la remisión al artículo de la LIRPF para la resolución de la controversia—<sup>20</sup>.

Actualmente, para que la actividad ejercida se pueda calificar como actividad económica en el ámbito de arrendamiento de inmuebles, es preceptivo el hecho de tener a una persona con contrato laboral y a jornada completa<sup>21</sup>. A estos efectos, no es aceptable por la Administración Tributaria la contratación de dos trabajadores a jornada parcial, ya que

---

bajo los requisitos del artículo 48 de la LIS; en ningún caso podrá aplicarse dicha bonificación a la renta de personas físicas.

18 Vid. Juan **CALVO VERGÉZ**, *Fiscalidad de la inversión inmobiliaria en el Impuesto sobre Sociedades: regímenes especiales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2010, págs. 77 y 78. No obstante, se encuentran posiciones como la expuesta en Tomás **GARCÍA LUIS**, «El régimen especial de las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda en el Impuesto sobre Sociedades» en Isaac **MERINO JARA** (Dir.), *La reforma del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, págs. 495 y 496, donde se considera aplicable el régimen de las EDAV mediante el artículo 68.2 de la LIRPF, al menos, en aquellos casos en los que la persona física haya adquirido por sí mismo las viviendas arrendadas. Además, tal posibilidad se fundamenta también con base en la discriminación a la que hace referencia **CALVO VERGÉZ** en relación con la diferencia entre la tributación entre las personas físicas y jurídicas.

19 Como expone la consulta de la DGT V2685-21, de 5 de noviembre.

20 Entre otras, *vid.* STS de 23 de julio de 2020 (núm. rec. 3334/2018; ECLI:ES:TS:2020:2713), STS de 1 de octubre de 2020 (núm. rec. 3244/2019; ECLI:ES:TS:2020:3047) y Resolución del TEAC de 5 de julio (R.G. 622/2016), respectivamente.

21 *Cfr.* artículo 5.1 de la LIS. *Vid.* consulta de la DGT V1997-21, de 24 de junio.

la norma exige inexcusablemente que al menos uno de los trabajadores sea contratado a jornada completa<sup>22</sup>.

Sin embargo, lo que *a priori* podía parecer que requería la LIS un contrato laboral, se ha admitido por la Administración Tributaria que ciertas situaciones económicas pueden llegar a suplir el requisito de la contratación de una persona. En este sentido, la DGT viene reconociendo la posibilidad de entender cumplido el requisito del empleado a jornada completa requerido por el artículo 5.1 de la LIS en caso de que se externalice la gestión de los arrendamientos de las viviendas a terceras entidades profesionalizadas atendiendo a la «dimensión de la actividad, al volumen de los negocios, así como a la complejidad de los arrendamientos»<sup>23</sup>. Concretamente, el supuesto de la consulta de la DGT V0090-24, de 15 de febrero, establece dicha posibilidad de externalización en el caso de un grupo internacional con una cartera de más de 720 millones de euros en activos y 32.000 metros cuadrados correspondientes a arrendamientos de uso distinto, entre otros criterios que denotan la complejidad de la gestión de los arrendamientos llevados a cabo por dicha sociedad. No obstante, en sentido contrario, el TSJ de Madrid, en Sentencia de 18 de octubre de 2023, prohíbe la subcontratación de terceros para la gestión de los inmuebles a una entidad propietaria de 15 viviendas en alquiler<sup>24</sup>.

Por otro lado, junto a la actividad principal que, como se ha visto, debe ser el arrendamiento de viviendas, pueden realizarse otras actividades de forma complementaria, en tanto que se respete siempre la actividad principal. Para que puedan realizarse estas actividades complementarias y pueda aplicarse el régimen especial, deberá cumplirse alguno de los requisitos: que, al menos, el 55 % de las rentas del periodo impositivo provengan de la actividad de arrendamiento de viviendas, en la medida en que se excluyen del cómputo las derivadas de la transmisión de los inmuebles arrendados una vez que hayan transcurrido los tres años de plazo determinados por la ley, o, alternatively, que por lo menos el 55 % del valor del activo de la sociedad sea susceptible de generar aquellas rentas a las que les pueda resultar de aplicación la bonificación regulada en el artículo 49.1 de la LIS<sup>25</sup>. A tal efecto, resulta relevante destacar que las viviendas que en el periodo impositivo se encuentren en promoción, no podrán computarse como bienes susceptibles de generar rentas a las que resulte de aplicación la bonificación del artículo 49.1 de la LIS<sup>26</sup>.

También debe tomarse en consideración que la LIS permite la transmisión de las viviendas arrendadas una vez que haya transcurrido el plazo mínimo de tres años. Como se ha

---

22 Vid. Las consultas de la DGT V2329-24, de 8 de noviembre, y V2705-19, de 3 de octubre.

23 Vid. consultas de la DGT V0090-24, de 15 de febrero, y V0346-25, de 19 de marzo. Si bien es cierto que, en consultas más antiguas de la DGT como la consulta V1025-11, de 20 de abril, se requería inexcusablemente la contratación de la persona a jornada completa, equiparándose al régimen de los rendimientos de actividades económicas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF).

24 Vid. Sentencia del TSJ de Madrid de 18 de octubre de 2023 (núm. rec. 836/2021; ECLI:ES:TSJM:2023:11547).

25 Vid. Tomás GARCÍA LUIS, «El régimen especial de las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda en el Impuesto sobre Sociedades» cit. págs. 511 y 512.

26 Tal y como aclara la consulta de la DGT V0102-23, de 31 de enero.

mencionado en el párrafo anterior, el resultado derivado de la transmisión de las viviendas no se tiene en cuenta para el cálculo del porcentaje requerido para la actividad principal.

Como última cuestión referida al ámbito subjetivo, deben tenerse en cuenta una serie de compatibilidades e incompatibilidades con el resto de los regímenes especiales regulados en el Título VII de la LIS. Haciendo énfasis en las incompatibilidades, el régimen especial de las EDAV es incompatible con un alto número de los regímenes especiales regulados en el Título VII de la LIS. Las incompatibilidades más reseñables son con el régimen especial de sociedades y fondos de capital-riesgo, así como con el régimen especial de las Instituciones de Inversión Colectiva, ya que la finalidad del propio régimen de las EDAV quedaría eclipsada por las actividades de inversión llevadas por este tipo de entidades. Por otro lado, cabe mencionar otras incompatibilidades debido a las actividades llevadas a cabo por las entidades a las que les pueden aplicar estos regímenes especiales, como el régimen fiscal de la minería, régimen fiscal de la investigación y explotación de hidrocarburos, régimen de las comunidades titulares de montes vecinales en mano común, y el régimen de las entidades navieras en función del tonelaje<sup>27</sup>.

Finalmente, cabe recalcar que a aquellas entidades a las que les sean de aplicación los beneficios fiscales para las empresas de reducida dimensión podrán optar entre aplicar los beneficios fiscales estipulados en el Capítulo XI del Título VII, u optar por los incentivos del régimen especial de las EDAV<sup>28</sup>.

## 2. Requisitos de carácter objetivo

Una vez examinados los requisitos relacionados con la naturaleza de la entidad y a su actividad económica, es el turno de analizar los requisitos de naturaleza objetiva necesarios para la aplicación del régimen especial de las EDAV.

En primer lugar, se recoge como requisito el hecho de «que el número de viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento por la entidad en cada período impositivo sea en todo momento igual o superior a ocho»<sup>29</sup>. En caso de que en cualquier momento durante el período impositivo el número de viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento sea menor al requerido, conllevará a la inaplicación total del régimen especial en ese período impositivo<sup>30</sup>.

---

27 A parte de lo expresado en el artículo 48.4 de la LIS, se recoge expresamente la compatibilidad con el régimen de consolidación fiscal (consulta de la DGT V2299-23, de 31 de julio), así como con el régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activo, canje de valores (consulta de la DGT V2657-20, de 12 de agosto).

28 Todo ello en relación con el artículo 48.4 de la LIS y *vid.* Alberto **ATXABAL RADA**, «Las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda en el Impuesto sobre Sociedades» cit., págs. 284 y 285.

29 *Cfr.* artículo 48.2.a) de la LIS.

30 En este sentido, *vid.* la consulta de la DGT V2379-08, de 16 de diciembre. *Vid.* en Tomás **GARCÍA LUIS**, «El régimen especial de las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda en el Impuesto sobre Sociedades» cit., pág. 528, se expone que debe disponerse de 8 viviendas arrendadas u ofrecidas todos y cada uno de los días del período impositivo que se pretenda aplicar

Concretamente, en relación con la flexibilidad que otorga el legislador mediante la posibilidad de que la vivienda esté arrendada u ofrecida en arrendamiento, es valorada positivamente por CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, debido a que son muy numerosos los casos en los que la entidad se puede quedar sin arrendatario de manera repentina por voluntad de este, en cuyo caso la entidad no podría buscar un arrendatario el cual se incorporara inmediatamente<sup>31</sup>.

Por otro lado, es importante recalcar la forma de adquisición de las viviendas por parte de la sociedad, ya que la LIS menciona que pueden ser viviendas, que deben estar en suelo español, construidas, promovidas o adquiridas por la sociedad. En cuanto el término «adquiridas» deja mucho margen de especificación; resulta relevante mencionar métodos de adquisición válidos como mediante una ampliación de capital o las viviendas adquiridas mediante arrendamiento financiero<sup>32</sup>.

En segundo lugar, las viviendas deben estar arrendadas u ofrecidas en arrendamiento durante un periodo superior a tres años para que le resulte aplicable a dicha vivienda el régimen especial. El inicio del plazo de tres años se podrá determinar de forma distinta en función de si el inmueble se tiene en propiedad antes o después de que la entidad opte por la aplicación del régimen especial<sup>33</sup>.

De un lado, en caso de que la vivienda estuviera integrada en el patrimonio de la entidad antes de optar por el régimen especial, deberá diferenciarse si la vivienda se encontraba arrendada antes de optar a dicho régimen especial o no. En caso de que en el momento del inicio del periodo impositivo en el que se opta por la aplicación del régimen especial se encuentre arrendada, empezará a computar el plazo desde la fecha en la que inicia dicho periodo impositivo; en caso contrario, empezará a computarse el plazo en la fecha en la que se puso en arrendamiento por primera vez. De otra parte, en caso de que una vivienda se integre en el patrimonio de la sociedad posteriormente al ejercicio de la opción al régimen especial, el cómputo del plazo se iniciará en el momento en el que se arriende por primera vez dicha vivienda<sup>34</sup>.

Asimismo, es importante recalcar que la norma equipara, al igual que ocurría con el requisito del número de viviendas, el arrendamiento al ofrecimiento en arrendamiento. Sin

---

el régimen especial; en consecuencia, aquella sociedad que comience el periodo impositivo con número de viviendas arrendadas u ofrecidas inferior a 8 no podrá aplicarse dicho régimen especial en dicho ejercicio, independientemente de que al finalizar el ejercicio sí que ostente el número de viviendas requerido.

31 Vid. Pilar CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, «Entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda», en Antonio CUBERO TRUYO y Ana LUQUE CORTELLA (Coords.), *Los regímenes especiales del Impuesto sobre Sociedades y del IVA*, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 69.

32 Vid. las contestaciones a las consultas V0387-14, de 14 de febrero, y V2242-06, de 10 de noviembre; así como vid. José Antonio LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, *Memento Práctico Impuesto sobre Sociedades 2023*, Francis Lefebvre, Madrid, 2023, pág. 1146.

33 Cfr. artículo 48.2.b) de la LIS.

34 Vid. Alberto ATXABAL RADA, «Las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda en el Impuesto sobre Sociedades» cit., pág. 290.

embargo, al contrario que en el requisito anterior, esto solo opera una vez se haya arrendado una primera vez. Es decir, el cómputo del plazo no podrá iniciarse en caso de que la vivienda se encuentre en ofrecimiento de arrendamiento, sin haber estado anteriormente en arrendamiento<sup>35</sup>.

También es relevante mencionar que, a efectos del cómputo del plazo mínimo de 3 años que deben estar arrendados u ofrecidos en alquiler las viviendas, solo podrán computarse a tal efecto los propios periodos en los que se ha aplicado dicho régimen especial. Así pues, en caso de estar una vivienda arrendada sin concurrir alguno de los otros requisitos del artículo 48 de la LIS, no podrá computarse el periodo por el que haya estado arrendado la vivienda a efectos de alcanzar el plazo mínimo de 3 años<sup>36</sup>.

Aparte de lo expuesto anteriormente, cabe destacar cuáles son las consecuencias de que no se cumpla el plazo de tres años en alguna de las viviendas puestas en arrendamiento por la entidad. Este incumplimiento conlleva la inaplicación de las bonificaciones sobre la cuota íntegra respecto de las rentas obtenidas por dicha vivienda; en otras palabras, a dicha vivienda no le podrá aplicar el régimen especial. Respecto a estas viviendas, deberá llevarse a cabo una regularización en los anteriores periodos en los que se le haya aplicado las bonificaciones pertinentes<sup>37</sup>. No obstante, si a consecuencia de dichos incumplimientos se infringe el primer requisito, no podrá aplicarse el régimen especial a dicho periodo impositivo<sup>38</sup>.

En último lugar, debe referirse que las actividades de promoción inmobiliaria y el arrendamiento se deben llevar a cabo mediante una contabilización independiente para cada inmueble<sup>39</sup>. Ello parece tener la principal función de facilitar las regularizaciones derivadas del incumplimiento del anterior requisito, que como se ha visto, conlleva la regularización de los periodos impositivos anteriores con relación a una vivienda en concreto. Más allá de esto, también se requiere la contabilización separada respecto a inmuebles que sean

---

35 Para todo ello, *vid.* Alberto **ATXABAL RADA**, «Las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda en el Impuesto sobre Sociedades» cit., pág. 291.

36 *Vid.* consulta de la DGT V1857-24, de 6 de agosto. «En este punto debe señalarse que a efectos del cómputo del plazo mínimo de tres años durante los cuales las viviendas deben permanecer arrendadas u ofrecidas en arrendamiento, únicamente debe tomarse en consideración aquellos periodos en los que ha resultado de aplicación el régimen especial, de manera que si en algún periodo impositivo se han incumplido los requisitos para su aplicación (ratio de rentas o inversión; contabilización separada; número mínimo de viviendas arrendadas), dicho periodo no se consideraría computable en el plazo mínimo de tres años, sin perjuicio de que si en periodos posteriores, en tanto la entidad no renuncie al régimen, se deba continuar aplicando el régimen especial, por cumplirse de nuevo los requisitos legalmente establecidos, tales periodos si puedan incluirse en el cómputo».

37 *Vid.* Tomás **GARCÍA LUIS**, «El régimen especial de las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda en el Impuesto sobre Sociedades» cit., pág. 530.

38 *Vid.* José Antonio **LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES**, *Memento Práctico Impuesto sobre Sociedades 2023* cit., pág. 1147.

39 *Cfr.* artículo 48.2.c) de la LIS. También, *vid.* en Tomás **GARCÍA LUIS**, «El régimen especial de las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda en el Impuesto sobre Sociedades» cit., pág. 515.

distintos a vivienda, en caso de que se arrienden de forma conjunta a la vivienda, como puede ser el caso de garajes o trasteros<sup>40</sup>.

Recapitulando, los tres requisitos de carácter objetivo son que el número de viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento no sea inferior a ocho, que estas viviendas se encuentren arrendadas u ofrecidas en arrendamiento durante un plazo de al menos tres años, y que se lleve una contabilidad separada en el desarrollo de la promoción inmobiliaria y el arrendamiento de viviendas respecto de cada inmueble.

### 3. Aspectos formales

El régimen especial de las EDAV no es de aplicación automática, es decir, requiere del contribuyente una voluntad de manifestación dirigida a la Administración tributaria para que pueda aplicarse<sup>41</sup>. Dicha manifestación de voluntad por parte del contribuyente debe ser en forma de comunicación, a pesar de que su forma y contenido no esté regulado en ningún momento por la legislación aplicable; es por ello por lo que la jurisprudencia menor ha terminado concluyendo que será posible comunicar a la Administración tributaria la voluntad de aplicar el régimen especial mediante cualquier forma válida en derecho<sup>42</sup>.

La comunicación para optar a la aplicación del régimen especial no tiene plazo concreto. Simplemente, se deberá comunicar antes de que finalice el ejercicio de la entidad al que se quiera aplicar el régimen especial, ya que el régimen se aplicará al periodo impositivo actual en el momento de la comunicación.

En el momento en el que se comunica la intención del aplicar el régimen especial, no es obligatorio que en ese preciso momento se cumpla con los requisitos necesarios para la aplicación de dicho régimen especial, especialmente en lo relativo al requisito de mantenimiento en alquiler u ofrecimiento de las viviendas durante un periodo mínimo de tres años<sup>43</sup>.

Asimismo, la renuncia al régimen especial deberá ser comunicada a la Administración tributaria en los mismo términos y condiciones establecidos para el ejercicio de la opción. No obstante, a diferencia de esta última, el régimen especial continuará aplicándose hasta el periodo impositivo concluido con anterioridad a la fecha en que el contribuyente notifique formalmente su renuncia a la Administración tributaria. A pesar de ello, debe recalarse que en caso de que se comunique la renuncia a la Administración tributaria, estando alguna vivienda dentro del plazo de los tres años en los que se debe mantener en arrendamiento, se produce la pérdida del régimen especial respecto de esas viviendas

---

40 Vid. Pilar CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, «Entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda» en *Los regímenes especiales del Impuesto sobre Sociedades y del IVA* cit., pág. 68; y la consulta de la DGT V0805-06, de 24 de abril.

41 Cfr. artículo 48.3 de la LIS.

42 Vid. Sentencia del TSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2013 (rec. 218/2010; ECLI:ES:TSJCAT:2013:7040).

43 Consulta de la DGT V2169-20, de 29 de junio.

que no han cumplido el plazo mínimo, con la posterior regulación que debe llevarse a cabo posteriormente<sup>44</sup>.

## IV. Los beneficios fiscales aplicables a las EDAV

En el presente apartado se expondrán los beneficios fiscales que se originan con la aplicación del régimen especial de las EDAV los cuales se originan tanto para la propia entidad que aplica el régimen especial como para sus socios. Dichos beneficios fiscales solo se aplicarán a aquellas entidades que cumplan los requisitos expuestos en el apartado anterior.

### 1. Bonificación de la cuota íntegra en el régimen especial de las EDAV

La bonificación sobre la parte de la cuota íntegra que corresponda —exclusivamente— a las rentas obtenidas por el arrendamiento de vivienda es el mayor incentivo fiscal para la aplicación del presente régimen especial. O al menos lo era, hasta que la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, ejecutó una reducción drástica del porcentaje bonificable de un 85 por ciento a un 40 por ciento<sup>45</sup>.

La LIS establece de forma concreta la forma en la que debe ejecutarse la bonificación de la cuota íntegra procedente de las rentas obtenidas por el arrendamiento de viviendas. Para ello, la renta obtenida debe estar separada para cada vivienda, cuya renta se minorará con los gastos fiscalmente deducibles que hayan estado directamente relacionados con la obtención de la renta, y con la cuota correspondiente proporcionalmente de los gastos generales en relación con la renta obtenida por esa vivienda arrendada<sup>46</sup>. Es reseñable que la bonificación mencionada no es compatible con la reducción de la base imponible por aplicación de la reserva de capitalización.

En consonancia con el párrafo anterior, debe destacarse que para la aplicación de la bonificación tal y como se ha explicado *supra*, aquellas viviendas que se hayan adquirido mediante contrato de arrendamiento financiero en los que la parte arrendadora sea

---

44 Vid. José Antonio LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, *Memento Práctico Impuesto sobre Sociedades 2023* cit., pág. 1150.

45 Vid. José Antonio LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, *Memento Práctico Impuesto sobre Sociedades 2023* cit., pág. 1154; expone que en aquellos casos en los que el 100 por cien de las rentas fueran bonificables, el tipo efectivo de gravamen ha incrementado del 3,75 por ciento a un 15 por ciento.

46 Cfr. artículo 49.2 de la LIS y; vid. Alberto ATXABAL RADA, «Las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda en el Impuesto sobre Sociedades» cit., pág. 294.

una entidad de crédito o establecimiento financiero de crédito, no se podrán tener en cuenta las correcciones derivadas de la aplicación del artículo regulador del régimen especial<sup>47</sup>.

Otra cuestión relevante es la referida a la aplicación de dicha bonificación en aquellos supuestos en los que opere también el régimen de consolidación fiscal. En tal caso, más allá de que los requisitos para la aplicación del régimen especial de las EDAV deban cumplirse por aquellas sociedades del grupo con intención en la aplicación de dicho régimen sin que se deban tener en cuenta las actividades y rentas del resto de sociedades que puedan integrar el grupo fiscal<sup>48</sup>, la bonificación solo se aplicará sobre la parte de la cuota íntegra del grupo fiscal que corresponda a las rentas de las sociedades a las que resulta de aplicación el régimen especial de las EDAV<sup>49</sup>.

Finalmente, el TEAC en su Resolución de 26 de enero de 2021<sup>50</sup>(fundamentos jurídicos 3.º y 4.º) ha establecido que para el cálculo de la bonificación deben tenerse en cuenta tanto las rentas positivas derivadas del arrendamiento de vivienda como las negativas, es decir, no pueden excluirse del cómputo las rentas negativas a la hora de calcular la bonificación.

A efectos de representar la bajada del porcentaje de bonificación se propone el siguiente ejemplo:

La sociedad X arrienda 9 inmuebles destinados a vivienda de sus respectivos inquilinos. Todos los inmuebles tienen un valor de adquisición de 300.000 euros, siendo todos estos valores mayores que sus respectivos valores catastrales, de cuyos importes un 70 % representa el valor de la construcción. Todos los inmuebles son arrendados por una renta mensual de 1.900 euros, lo cual refleja unos rendimientos íntegros anuales de 205.200 euros. Por otra parte, la sociedad ha incurrido en un gasto deducible, sin especificar el concepto, de 3.000 euros por inmueble arrendado, así como un gasto de 22.000 euros para tener un empleado contratado a jornada completa, incluyendo sueldo y cotizaciones a la Seguridad Social.

47 Cfr. artículo 106 de la LIS.

48 Cfr. artículo 71 de la LIS, en el que no se recoge la bonificación del artículo 49.1 de la LIS dentro del grupo de bonificaciones que deban cumplirse por todo el grupo fiscal para su posible aplicación. A propósito de la mención del grupo de consolidación fiscal, el Tribunal Supremo admitió a trámite a través de Auto de 29 de enero de 2025 (núm. rec. 1143/2024; ECLI:ES:TS:2025:616A) un recurso de casación por el que se plantea si, a efectos de una reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, se puede entender cumplido el requisito de actividad económica del artículo 5.1 de la LIS en caso de tener solo una sociedad del grupo una persona contratada a jornada completa o, si por el contrario, se exige que todas y cada una de las sociedades que integran el grupo de consolidación fiscal deben contar con una persona contratada a jornada completa.

49 Tal y como expone la consulta de la DGT V2299-23, de 31 de julio.

50 R. G. 817/2020.

Tributación en sede de la sociedad X antes de la modificación del porcentaje de bonificación:

Rendimientos íntegros de 205.200 euros. Con los gastos deducibles de las amortizaciones, que constituyen el 2 por cien del valor de adquisición en la parte de la construcción por la sociedad ( $4.200 \times 9$ ), que resulta un total amortizable de 37.800 euros; los 3.000 euros de gastos deducibles indeterminados por inmueble, de lo que resulta un total de 27.000 euros; y el sueldo de la empleada que es de 22.000 euros incluyendo la cotización a la Seguridad Social; todo ello hace una suma de gastos deducibles de 86.800 euros. Resultando una cuantía de rendimiento neto de 118.400 euros. Aplicando el tipo impositivo general del IS de 25 % resulta una cuota íntegra de 29.600 euros. Presumiendo que todas las rentas corresponden a la actividad del arrendamiento de viviendas y aplicando la bonificación establecida en la anterior redacción a la modificación realizada por la Ley 22/2021, se aplicaría un porcentaje de bonificación de 85 % sobre la cuota íntegra, lo que resultaría una cuantía bonificada de 25.160 euros y una cuantía a ingresar de 4.440 euros.

Tributación en sede de la sociedad X después de la modificación del porcentaje de bonificación:

Rendimientos íntegros de 205.200 euros. Con los gastos deducibles de las amortizaciones, que constituyen el 2 por cien del valor de adquisición en la parte de la construcción por la sociedad ( $4.200 \times 9$ ), que resulta un total amortizable de 37.800 euros; los 3.000 euros de gastos deducibles indeterminados por inmueble, de lo que resulta un total de 27.000 euros; y el sueldo de la empleada que es de 22.000 euros incluyendo la cotización a la Seguridad Social; todo ello hace una suma de gastos deducibles de 86.800 euros. Resultando una cuantía de rendimiento neto de 118.400 euros. Aplicando el tipo impositivo general del IS de 25 % resulta una cuota íntegra de 29.600 euros. Presumiendo que todas las rentas corresponden a la actividad del arrendamiento de viviendas y aplicando la bonificación establecida tras la modificación realizada por la Ley 22/2021, se aplicará un porcentaje de bonificación de 40 % sobre la cuota íntegra, lo que resultaría una cuantía bonificada de 11.840 euros y una cuantía a ingresar de 17.760 euros.

## 2. El reparto de dividendos por las EDAV

La aplicación de esta especialidad dependerá de si el socio es persona física o persona jurídica. Por un lado, si el socio es una persona física, su régimen de tributación no se verá alterado de ninguna manera; así pues, los dividendos que reciba por parte de la entidad tributarán en el IRPF por rendimientos del capital mobiliario con la consecuente integración en la base general del ahorro<sup>51</sup>.

Por otro lado, cuando el socio al que se le reparten los dividendos es persona jurídica, debe atenderse a si los dividendos provienen o no de rentas a las que les ha resultado de aplicación la bonificación establecida en el artículo 49.1 de la LIS. Por ello, a aquellos

---

51 *Vid.* Alberto **ATXABAL RADA**, «Las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda en el Impuesto sobre Sociedades» cit., pág. 297; y *cfr.* artículo 25.1.a) de la LIRPF.

dividendos que provienen de rentas bonificadas, les resultará de aplicación un 50 % de su importe la exención regulada en el artículo 21 de la LIS, mientras que el otro 50 % se imputará en la base imponible del propio socio que recibe los dividendos. Por el contrario, a aquellos dividendos que provienen de rentas no bonificadas se les aplicará la exención regulada en el artículo 21 de la LIS a la totalidad del importe<sup>52</sup>.

Más allá de lo expuesto en el anterior párrafo, la aplicación de la exención del artículo 21 de la LIS está condicionada a la concurrencia de una serie de requisitos: (i) el socio debe tener una participación mínima de cinco por ciento en la entidad participada, (ii) dichas participaciones que ostenten ese porcentaje de participación mínima deben poseerse durante un periodo de al menos un año de forma ininterrumpida al día en el que sea exigible el dividendo<sup>53</sup>. Por último, un requisito adicional establece que, en caso de que la entidad participada sea no residente fiscalmente en España, se requiera que la entidad participada haya estado sujeta y no exenta a un impuesto de naturaleza análoga al IS, que esté gravado con un tipo nominal de al menos un 10 % en el periodo impositivo en el que se proceda al reparto de los dividendos<sup>54</sup>.

Paralelamente, es importante recordar que la exención del artículo 21 de la LIS no se aplicará en aquellos casos en los que la entidad perceptora y la entidad participada tributen por el régimen especial de consolidación fiscal —pertenecientes al mismo grupo—, sin perjuicio de que la entidad que reciba los dividendos procedentes del reparto, a la hora de calcular su base imponible individual, pueda aplicar dicha exención al 50 % de su importe<sup>55</sup>.

En definitiva, esta limitación que evita el doble beneficio que obtendría la sociedad con participación en la entidad arrendadora de vivienda ha perdido parte de justificación con la reducción de la bonificación —de un 85 % a un 40 %—. Téngase en cuenta que esta modificación ha supuesto que la tributación efectiva de estas entidades haya incrementado hasta el 15 %<sup>56</sup>. En consecuencia, la limitación ha perdido cierto valor técnico en la actualidad, dado que la tributación del socio persona jurídica resulta superior que el tipo nominal exigido por el artículo 21 de la LIS para aquellas entidades participadas no residentes fiscalmente en España, aun concurrendo los requisitos de participación y antigüedad requeridos en el artículo 21 de la LIS<sup>57</sup>.

En relación con esto último, se observa un riesgo alto de que se comprometa seriamente la finalidad extrafiscal del régimen especial en cuestión debido a que, con el alza que ha

52 Cfr. artículo 49.3 de la LIS.

53 Vid. Gonzalo DE FRUTOS RAMÍREZ, «Base imponible. Exenciones de doble imposición», en Francisco M. MELLADO BENAVENTE (Coord.), *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pág. 422.

54 Todos los requisitos basándose en los apartados a) y b) del artículo 21.1 de la LIS.

55 Vid. José Antonio LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, *Memento Práctico Impuesto sobre Sociedades 2023* cit., pág. 1156.

56 Porcentaje resultante de aplicar el porcentaje de la cuota no bonificada —60 % sobre el tipo de gravamen— al tipo general del Impuesto sobre Sociedades, siendo este el 25 %.

57 Vid. Alberto ATXABAL RADA, «Las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda en el Impuesto sobre Sociedades» cit., pág. 298.

sufrido el tipo efectivo de estas entidades, puede llegar el momento en el que al inversor no le compense el riesgo y, en consecuencia, el capital y la inversión huya hacia otros modelos de negocio que ofrezcan una mayor rentabilidad dentro del mercado inmobiliario —como pueden llegar a ser el alquiler turístico o la venta directa de los inmuebles—.

### 3. La transmisión de participaciones en las EDAV

Al igual que en el apartado anterior, para poder estudiar si se pueden bonificar aquellas rentas provenientes de la transmisión de participaciones, deberán diferenciarse las rentas dependiendo de si el socio que transmite las acciones es persona física o persona jurídica, siendo irrelevantes otros aspectos en la operación como el régimen fiscal aplicable a la entidad transmitente en el momento de la transmisión de las acciones o en qué momento se lleva a cabo dicha enajenación.

En caso de que el socio de la entidad tribute como persona física, lo hará por el régimen general, calificándose estos rendimientos como ganancia patrimonial en el ámbito del IRPF<sup>58</sup>.

Por otra parte, el socio que sea una persona jurídica, siempre y cuando sea contribuyente del IS, deberá diferenciar la renta que proceda de beneficios no distribuidos a los que le correspondió la bonificación por la aplicación del régimen especial de aquella renta que no provenga de dichos beneficios. En relación con la parte de los dividendos no distribuidos que haya sido objeto de la bonificación, el 50 % de la renta se integrará en la base imponible del socio y el otro 50 % quedará sujeto a la exención del 95 % regulada en el artículo 21 de la LIS, siempre que se cumplan los requisitos expuestos en el subapartado anterior<sup>59</sup>.

Es importante recalcar que no es posible la aplicación de esta bonificación a aquellas rentas que provengan de una operación interna enmarcada dentro de dos sociedades que correspondan al mismo régimen fiscal.

## V. Análisis comparativo de la EDAV frente a la SOCIMI

Dentro del ámbito de la inversión inmobiliaria considerada profesionalmente, se entiende imprescindible la contraposición del régimen especial de las EDAV con la que puede ser considerada como su «hermana mayor» dentro de los mercados de capitales que son las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (en adelante, SOCIMI). Y es que realmente ambas figuras comparten un fin común que es la

---

58 Vid. Alberto ATXABAL RADA, «Las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda en el Impuesto sobre Sociedades» cit., pág. 299; y *cfr.* artículo 33 de la LIRPF.

59 *Cfr.* artículo 49.3 de la LIS.

de dinamización del mercado del alquiler a través de la profesionalización; sin embargo, conservan una estructura jurídica, requisitos de entrada y tratamiento fiscal, configurando dos vehículos de inversión dirigidos a perfiles de inversor completamente diferentes.

Las SOCIMI, reguladas por la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (en adelante, LSOCIMI), representan un vehículo de inversión por excelencia destinado a la gran inversión institucional y el capital riesgo. A diferencia de las EDAV, que pueden adoptar cualquier forma societaria mercantil, como pueda ser la sociedad anónima o la limitada, y pueden mantenerse como entidades cerradas o familiares, la SOCIMI exige imperativamente la forma de sociedad anónima, un capital social mínimo desembolsado de 5 millones de euros y, como requisito distintivo, la obligación de cotizar en un mercado regulado o sistema multilateral de negociación, como puede ser el Mercado Alternativo Bursátil<sup>60</sup>. La SOCIMI debe tener como objeto social principal la adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su posterior arrendamiento<sup>61</sup>.

También es importante mencionar que la SOCIMI ostenta la obligación legal de repartir dividendos. Dicha obligación engloba el reparto del 80 % de los beneficios operativos y el 50 % de las plusvalías. Sin embargo, la EDAV no tiene obligación de reparto forzoso más allá de la obligación mercantil, permitiendo la acumulación de reservas y la reinversión de beneficios sin tributación adicional. Desde la perspectiva de los activos, mientras que la EDAV requiere un umbral mínimo de 8 viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento, la SOCIMI no se rige por un número mínimo de bienes inmuebles, sino que al menos el 80 % del valor del activo debe estar invertido en bienes inmuebles urbanos destinados al arrendamiento, o en terrenos para su promoción. Además, el objeto de la SOCIMI es mucho más amplio, ya que no solo abarca vivienda como la EDAV, sino que engloba tanto oficinas, logística y centros comerciales<sup>62</sup>. En este punto se quiere hacer especial énfasis en el alto cumplimiento regulatorio que debe soportar la sociedad para poder ser beneficiaria del régimen fiscal que se expone a continuación.

Respecto a la tributación de la sociedad, la SOCIMI opera bajo un régimen de neutralidad fiscal estricta, tributando un 0 % en el IS. En contraste, la EDAV es un sujeto pasivo pleno del IS que tributa al tipo general del 25 %, sobre el cual tiene derecho a aplicar una bonificación del 40 % sobre la cuota correspondiente a las rentas que provengan del arrendamiento de vivienda.

También es de recibo mencionar que, desde la reforma introducida por la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, los beneficios no distribuidos son objeto de tributación especial mediante un tipo impositivo de 15 %, exclusivamente por la parte de esos beneficios no repartidos que no hayan sido gravados por el tipo general del IS.

---

60 Cfr. artículos 4 y 5 de la LSOCIMI.

61 Vid. Jordi DE JUAN CASADEVALL, «El régimen fiscal de la SOCIMI» en *La fiscalidad en el arrendamiento de vivienda y otras figuras afines*, en Juan Enrique VARONA ALABERN (Dir.), Aranzadi, Madrid, 2024, págs. 238 y 239.

62 Cfr. artículo 3 de la LSOCIMI.

Finalmente, respecto a la tributación del socio, en la SOCIMI el gravamen se traslada íntegramente al socio, el cual tributará por el dividendo recibido en su Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF) o IS sin derecho a la exención por doble imposición del artículo 21 de la LIS, dado que en ningún caso la renta tributó en sede de la sociedad. En la EDAV, sin embargo, al haber tributado en la sociedad se produce la doble imposición y resulta de aplicación la exención por doble imposición en el IS, en caso de que el socio sea persona jurídica.

A la luz de las diferencias entre ambos regímenes especiales, no resulta lógico que se establezca esta discriminación en cuanto a la fiscalidad se refiere, por la forma jurídica o por el volumen de capital. Ya que, en la actualidad, se prima al gran capital institucional, a través de la SOCIMI, frente a una mediana empresa o un grupo patrimonial familiar, instrumentalizado por la EDAV, teniendo en cuenta que normalmente, son estos últimos los que son los actores clave en la rehabilitación y puesta en el mercado viviendas en los diversos casos urbanos de la geografía española.

## VI. Conclusiones

A la luz del análisis pormenorizado llevado a cabo en el presente artículo sobre el régimen de las EDAV en el IS, así como considerando la situación actual del mercado inmobiliario español, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

El régimen especial de las EDAV se configura no solo como un mecanismo para la incentivación fiscal, sino como un instrumento de política económica esencial para dar cumplimiento al mandato constitucional y acceso a una vivienda digna. Ante el desequilibrio estructural entre oferta y demanda y las tensiones inflacionarias en el mercado del alquiler que se llevan arrastrando desde largo tiempo, el legislador ha buscado, a través de la fiscalidad, fomentar la profesionalización del sector y, en consecuencia, el incremento del parque de vivienda en alquiler asequible.

En el ecosistema de la inversión inmobiliaria profesionalizada, la EDAV se erige como la alternativa flexible y accesible frente a la SOCIMI. Mientras que esta última queda reservada para la gran inversión y el capital riesgo, la EDAV permite canalizar la inversión de capitales familiares o cerrados de forma restringida. La estructura de la EDAV abierta y la ausencia de obligación de reparto de dividendos permiten la capitalización y reinversión de los beneficios obtenidos, convirtiéndose así en el vehículo idóneo para una gestión patrimonial profesionalizada de menor cuantía que no requiere acudir a los mercados de capitales en ningún caso.

La aplicación del régimen está sometida a una rigurosa carga administrativa y de cumplimiento. Los requisitos objetivos —el mantenimiento de un mínimo de 8 viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento durante 3 años y la llevanza de la contabilidad separada— actúan como una gran barrera de entrada para garantizar que el beneficio fiscal se aplique exclusivamente a una verdadera actividad económica de arrendamiento de inmuebles llevada a cabo por la sociedad. Asimismo, la seguridad jurídica del régimen depende en gran

medida de la interpretación doctrinal y jurisprudencial del concepto de arrendamiento de vivienda, siendo en este caso determinante la postura de la DGT y el TEAC.

El que podía ser el mayor atractivo fiscal del régimen ha sufrido un severo revés tras la modificación introducida por la Ley 22/2021 de Presupuestos Generales del Estado. La reducción de la bonificación de la cuota íntegra del 85 % al 40 % ha alterado sustancialmente la fiscalidad final de estas entidades, elevando su tributación efectiva. Esta medida no solo desincentiva la adopción del régimen frente a escenarios anteriores, sino que, a mi parecer, genera distorsiones técnicas en la tributación de los socios personas jurídicas. Como se ha expuesto *supra*, la limitación en la exención por doble imposición (artículo 21 de la LIS) sobre los dividendos distribuidos pierde parte de su justificación técnica actual, dado que la entidad ya soporta una carga tributaria considerable en sede social, penalizando así la rentabilidad final del inversor como persona jurídica.

En definitiva, a pesar del reciente recorte en los beneficios fiscales, el régimen de las EDAV continúa siendo una opción válida para la profesionalización del arrendamiento de bienes inmuebles destinados a vivienda en España, especialmente para aquellos inversores que no pueden o no quieren asumir los costes y rigideces del régimen jurídico de una SOCIMI. No obstante, la viabilidad de su adopción requiere hoy, más que nunca, un análisis preciso que pondere el ahorro fiscal del 40 % a través de la bonificación frente a los costes de gestión y la obligación de mantenimiento de los inmuebles durante los 3 años.

## Bibliografía

### 1. Artículos doctrinales

**ARRANZ DE ANDRÉS, Consuelo**, «Fiscalidad del alquiler de vivienda privada para uso vacacional o turístico» en **VARONA ALABERN**, Juan Enrique (Dir.), *La fiscalidad del arrendamiento de vivienda y de otras figuras afines*, Aranzadi, Madrid, 2024, págs. 343-413.

**ATXABAL RADA, Alberto**, «Las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda en el Impuesto sobre Sociedades» en **VARONA ALABERN**, Juan Enrique (Dir.), *La fiscalidad del arrendamiento de vivienda y de otras figuras afines*, Aranzadi, Madrid, 2024, págs. 271-303.

**CALVO VERGÉZ, Juan**, *Fiscalidad de la inversión inmobiliaria en el Impuesto sobre Sociedades: regímenes especiales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2010, págs. 77 y 78.

**CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, Pilar**, «Entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda» en **CUBERO TRUYO**, Antonio y **LUQUE CORTELLA**, Ana (Coords.), *Los regímenes especiales del Impuesto sobre Sociedades y del IVA*, Tecnos, Madrid, 2016, págs. 63-75.

**DE FRUTOS RAMÍREZ, Gonzalo**, «Base imponible. Exenciones de doble imposición», en MELLADO BENAVENTE, Francisco M. (Coord.), *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, págs. 409-466.

**DE JUAN CASADEVALL, Jordi**, «El régimen fiscal de la SOCIMI» en *La fiscalidad en el arrendamiento de vivienda y otras figuras afines*, en VARONA ALABERN, Juan Enrique (Dir.), Aranzadi, Madrid, 2024, págs. 238 y 239.

**DÍAZ VALES, Fernando**, «Aspectos jurídicos-civiles de las viviendas de uso turístico» en LUCAS DURÁN, Manuel (Dir.), *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, págs. 95-184.

**GARCÍA LUIS, Tomás**, «El régimen especial de las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda en el Impuesto sobre Sociedades» en MERINO JARA, Isaac (Dir.), *La reforma del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, págs. 489-545.

**GOROSPE OVIEDO, Juan Ignacio**, «Las viviendas turísticas y los arrendamientos de temporada: delimitación, tributación y control fiscal en la economía colaborativa», *VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario «Tendencias y retos del Derecho Financiero y Tributario»* (2.ª parte), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018, págs. 150-162.

**LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, José Antonio**, *Memento Práctico Impuesto sobre Sociedades 2023*, Francis Lefebvre, Madrid, 2023.

**LUCAS DURÁN, Manuel**,

– «¿Se aplica la reducción del 60 % prevista en el artículo 23.2 de la LIRPF para arrendamientos de bienes inmuebles con destino a "vivienda" en supuestos de alquileres de temporada y, particularmente, en alquileres turísticos?» en *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 423, 2018, págs. 131-144.

– «Fiscalidad de determinadas cesiones de viviendas: derechos de usufructo, uso y habitación, comodato inmobiliario, alquiler de temporada y figuras afines» en VARONA ALABERN, Juan Enrique (Dir.), *La fiscalidad del arrendamiento de vivienda y de otras figuras afines*, Aranzadi, Madrid, 2024, págs. 455-537.

## 2. Legislación

- Constitución española (BOE 29 de diciembre de 1978).
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE 25 de noviembre de 1994).
- Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE 29 de noviembre de 2006).

- Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (BOE 27 de octubre de 2009).
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 28 de noviembre de 2014).

### 3. Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020 (núm. rec. 3334/2018; ECLI:ES:TS:2020:2713).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2020 (núm. rec. 3244/2019; ECLI:ES:TS:2020:3047).
- Auto del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2025 (núm. rec. 1143/2024; ECLI:ES:TS:2025:616A).
- Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 30 de mayo de 2013 (núm. rec. 218/2010; ECLI:ES:TSJCAT:2013:7040).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 de junio de 2015 (núm. rec. 15500/2014; ECLI:ES:TSJGAL:2015:4133).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de octubre de 2021 (núm. rec. 1158/2019; ECLI:ES:TSJM:2021:10348).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de enero de 2023 (núm. rec. 702/2020; ECLI:ES:TSJM:2023:1125).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de octubre de 2023 (núm. rec. 836/2021; ECLI:ES:TSJM:2023:11547).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 22 de febrero de 2024 (núm. rec. 15500/2023; ECLI:ES:TSJCV:2024:735).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 30 de abril de 2024 (núm. rec. 15690/2023; ECLI:ES:TSJGAL:2024:3151).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de mayo de 2024 (núm. rec. 15723/2023; ECLI:ES:TSJGAL:2024:3260).

### 4. Doctrina administrativa

- Resolución del TEAC de 5 de julio de 2016, R.G. 622/2016.
- Resolución del TEAC de 8 de septiembre de 2016, R.G. 5138/2013.
- Resolución del TEAC de 26 de enero de 2021, R.G. 817/2020.
- Resolución del TEAR de Madrid de 28 de mayo de 2024, R.G. 28/22382/2023.
- Consulta de la DGT 1163-04, de 3 de mayo de 2004.
- Consulta de la DGT V2240-06, de 10 de noviembre de 2006.
- Consulta de la DGT V2242-06, de 10 de noviembre de 2006.
- Consulta de la DGT V1025-11, de 20 de abril de 2011.
- Consulta de la DGT V0387-14, de 14 de febrero de 2014.
- Consulta de la DGT V0953-17, de 17 de abril de 2017.
- Consulta de la DGT V2705-19, de 3 de octubre de 2019.
- Consulta de la DGT V2169, de 29 de junio de 2020.
- Consulta de la DGT V2657-20, de 12 de agosto de 2020.

- Consulta de la DGT V1997-21, de 24 de junio de 2021.
- Consulta de la DGT V2685-21, de 5 de noviembre de 2021.
- Consulta de la DGT V0026-22, de 4 de enero de 2022.
- Consulta de la DGT V0102-23, de 31 de enero de 2023.
- Consulta de la DGT V2299-23, de 31 de julio de 2023.
- Consulta de la DGT V0090-24, de 15 de febrero de 2024.
- Consulta de la DGT V1857-24, de 6 de agosto de 2024.
- Consulta de la DGT V2329-24, de 3 de octubre de 2024.
- Consulta de la DGT V0346-25, de 19 de marzo de 2025.

---

# Sistemas de detección asistida (CAD) y opacidad algorítmica: el nuevo régimen de responsabilidad por productos sanitarios defectuosos bajo la directiva (UE) 2024/2853

---

## COMPUTER-AIDED DETECTION (CAD) SYSTEMS AND ALGORITHMIC OPACITY: THE EMERGING LIABILITY FRAMEWORK FOR DEFECTIVE MEDICAL DEVICES UNDER DIRECTIVE (EU) 2024/2853

Desiré Álvaro Almeida

Estudiante del Grado en Derecho de la Universidad de La Rioja  
desireealvaro1@gmail.com

Recibido el 26 de enero de 2026; aceptado el 23 de febrero de 2026.

**Resumen:** La irrupción de la inteligencia artificial y de los sistemas de diagnóstico asistido por ordenador ha transformado el acto médico, evidenciando las limitaciones del régimen clásico de responsabilidad por productos defectuosos. Este artículo examina el impacto jurídico de los errores diagnósticos derivados de la tecnología CAD en oncología bajo la Directiva 2024/2853. Se analiza el software como producto autónomo, su conexión con el Reglamento de Inteligencia Artificial y el de Productos Sanitarios, y el nuevo estándar de seguridad legítimamente esperada. Asimismo, se estudian los mecanismos de protección del paciente frente al fabricante y la ampliación del concepto de daño.

**Palabras Clave:** Responsabilidad por productos – CAD – pérdida de oportunidad – opacidad algorítmica– seguridad legítimamente esperada.

**Abstract:** The advent of artificial intelligence and computer-assisted diagnostic systems has transformed medical practice, exposing the limitations of the traditional defective products liability framework. This article critically examines the legal implications of diagnostic errors arising from CAD technology in oncology under Directive 2024/2853. It considers sof-

ware as an autonomous product, its interaction with the Artificial Intelligence Regulation and the Medical Devices Regulation, and the emerging standard of reasonably expected safety. Furthermore, it assesses mechanisms for protecting patients against manufacturers and the broadened concept of harm within this evolving legal framework.

**Keywords:** Product liability - Computer-Assisted Diagnosis (CAD) - loss of opportunity - algorithmic opacity - standard of reasonably expected safety.

**Índice.** I. Introducción. II. Producto sanitario como producto defectuoso: antes y después de la Directiva 2024/2853. 1. El escenario previo: la tangibilidad como eje de la norma. 2. Software como producto autónomo. 3. Integración con el Reglamento de Productos Sanitarios. III. La tecnología CAD y el reglamento de inteligencia artificial. IV. La protección integral de la salud física y mental frente al error algorítmico. 1. La pérdida de oportunidad terapéutica. 2. La materialización de la lesión corporal: agravamiento y sobretratamiento. 3. El daño a la salud psicológica: una nueva categoría de lesión corporal. V. Mecanismos de protección del paciente frente al fabricante. 1. El deber de exhibición de pruebas y la tutela del secreto comercial. 2. El sistema de presunciones iuris tantum. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía. 1. Obras doctrinales. 2. Legislación. 3. Jurisprudencia. 4. Otras fuentes.

## I. Introducción

En los últimos años, hemos sido testigos de una revolución sin precedentes en la ciencia médica, manifestada en la investigación primero, y de forma más disruptiva, en la práctica diagnóstica. La incorporación de productos digitales y, muy recientemente, de la Inteligencia Artificial (IA) ha desplazado el eje del acto médico. Esto implica un cambio de paradigma bidimensional; por un lado, queda diluida la exclusividad del juicio del facultativo en favor de sistemas automatizados; por otro, se transforma el marco de protección al paciente frente al diagnóstico erróneo.

Hasta el 23 de octubre de 2024, la norma que protege al paciente como consumidor era la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos<sup>1</sup>.

Esta norma marcó un hito al establecer un sistema de responsabilidad objetiva del productor puesto que el régimen se basa en la constatación de que un producto no ofrece la seguridad que de él se podría esperar en condiciones normales de uso (STJUE de 5 de marzo de 2015, Asuntos C-503/13 y C-504/13, apartados 37 y 38); esta responsabilidad objetiva encontraba grandes dificultades cuando el defecto era intangible o algorítmico lo que justifica la necesidad de promulgar una nueva Directiva que diera cobertura a estas situaciones.

---

1 En adelante, Directiva 85/374.

La nueva Directiva 2024/2853, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo<sup>2</sup> es la respuesta normativa a la evolución mencionada anteriormente e introduce una serie de novedades que son de hondo calado jurídico. En este sentido, destaca el nuevo concepto de producto, así como la conexión con otras normas aprobadas por la Unión Europea como el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024<sup>3</sup>, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

En la ciencia médica, igual que ocurre en otras ciencias, no se ha quedado atrás en la implementación de la tecnología para mejorar el servicio al ciudadano. En este sentido, ya el Parlamento Europeo se planteó la posibilidad de incorporar la responsabilidad objetiva en lo que a sistemas de IA de alto riesgo se refiere<sup>4</sup>, grupo al que, como se verá en líneas posteriores, pertenece la tecnología CAD.

Un claro ejemplo de ello es la tecnología CAD (Diagnóstico Asistido por Computadora) que se utiliza con ciertas imágenes como la mamografía para ayudar a diagnosticar enfermedades como el cáncer y que tiene su origen en los años 90 como una herramienta de apoyo al diagnóstico en mamografía<sup>5</sup>.

El presente estudio analiza las implicaciones jurídicas derivadas de la utilización de sistemas de software de detección asistida (CAD) y las consecuencias de sus errores diagnósticos. Bajo el prisma de la reciente Directiva (UE) 2024/2853, examinaremos cómo el ordenamiento europeo responde a los fallos de estos sistemas, cuya opacidad técnica a menudo los hace indetectables para el ojo humano, redefiniendo así el régimen de responsabilidad por productos defectuosos en la era digital.

## II. Producto sanitario como producto defectuoso: antes y después de la Directiva 2024/2853

### 1. El escenario previo: la tangibilidad como eje de la norma

Bajo la vigencia de la Directiva 85/374/CEE, la protección del paciente frente a errores en un software médico se hallaba en una zona de incertidumbre. Esto fue provocado por

2 En adelante, Directiva 2024/2853.

3 En adelante, RIA.

4 GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Responsabilidad por daños causados por la inteligencia artificial», *InDret*, núm.1, 2025, p.3.

5 DÍAZ, O., RODRÍGUEZ – RUIZ, A., GUBERN-MÉRIDA, A., MARTÍ, R., CHEVALIER, M. «¿Son los sistemas de inteligencia artificial una herramienta útil para los programas de cribado de cáncer de mama?», *Sociedad Española de Radiología Médica*, n.º 63, 2021, p.236-244.

la propia definición de producto dada por la norma, que mencionaba explícitamente en su artículo 2 que «se entiende por producto cualquier bien mueble» lo que, en primer lugar, respondía a una realidad analógica pero predominante en la época y, en segundo lugar, no se adaptó con facilidad a la complejidad de los sistemas que operan hoy en el entorno hospitalario.

En este contexto, en el caso de la tecnología CAD presentaba un desafío conceptual disruptivo: si el fallo se encontraba en el algoritmo y no en el hardware del mamógrafo, la doctrina y la jurisprudencia debían realizar un verdadero esfuerzo interpretativo para poder incluir ese software en la categoría de producto tangible.

La propia exposición de motivos de la norma de 1985 permitía sostener posturas antagónicas. De un lado, una interpretación evolutiva encontraba amparo en el Considerando 2, que apela a conceptos como «creciente tecnicismo» o «justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna». Por otro, una interpretación estricta que se apoyaba en el Considerando 3, que restringía la responsabilidad objetiva «únicamente a los bienes muebles producidos industrialmente», cerrando la puerta *a priori* a la inclusión de bienes que no sean muebles.

Esta falta de nitidez normativa situaba al paciente en una posición de vulnerabilidad. Ante el diagnóstico erróneo derivado de un soporte digital (y no de una mala praxis del facultativo), el perjudicado se enfrentaba a la dificultad de accionar contra un fabricante cuyo producto no encajaba en el tipo legal. Esta situación resulta crítica en los procedimientos de cribado oncológico preventivo; en estas fases tempranas y asintomáticas, el juicio clínico del facultativo depende de manera casi exclusiva de un soporte digital, convirtiendo cualquier error del sistema en una barrera insalvable tanto para el paciente como para el facultativo.

La importancia de los programas preventivos y, por tanto, de los softwares utilizados en los mismos no es menor puesto que en el año 2024 se han realizado mamografías para la detección de cáncer de mama en el plazo recomendado a 7 de cada 10 mujeres de entre 50 y 69 años<sup>6</sup>.

## 2. Software como producto autónomo

Si bien ha quedado expuesto que el software no encajaba en la dicción literal del art.2 de la Directiva 85/374/CEE, la solución normativa a esta incertidumbre jurídica está en el art.4.1 de la Directiva 2024/2853. Esta disposición expande el concepto para incluir, de forma expresa, los archivos de fabricación digital y los programas informáticos.

Así, dispone que son programas informáticos «sistemas operativos, los microprogramas, los programas de ordenador, las aplicaciones o los sistemas de IA» a modo mera-

---

6 Así se dice en el apartado 5.1.1.2 del «Informe Anual del Sistema Nacional de Salud 2024», publicado el 17 de septiembre de 2025.

mente ejemplificativo. Resulta llamativo que en el glosario del art.4 no se incluya una definición de programa informático, a diferencia de lo que ocurre con los archivos de fabricación digital o los componentes. El legislador europeo opta por una fórmula ejemplificativa en los Considerandos, citando «los sistemas operativos, microprogramas, los programas de ordenador, las aplicaciones o los sistemas de IA».

A efectos de encontrar una definición de programa informático hay que acudir al Reglamento (UE) 2024/2847 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativo a los requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales<sup>7</sup>, cuyo artículo 3.4 define el programa informático como «la parte de un sistema electrónico de información consistente en un código informático» por lo que podría utilizarse la misma como guía interpretativa. Esta remisión al «código» como esencia del software es la que permite clarificar los debates sobre responsabilidad cuando el daño es causa de un fallo algorítmico.

La Directiva 2024/2853 destaca la doble naturaleza que pueden ostentar estos programas: productos en sí mismos o integrarse como componentes en otros bienes. En este punto, la distinción entre sujetos es crucial. La Directiva se centra en el comportamiento del producto y sus efectos sobre el consumidor final. En el ecosistema sanitario, el foco debe desplazarse del facultativo (quien actúa como usuario profesional de la herramienta) hacia el paciente, que es el consumidor real del servicio diagnóstico y el perjudicado directo ante un fallo del sistema.

El concepto de consumidor que rige en el 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 es el siguiente: «las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»; y si acudimos a la Directiva 2024/2853 nos encontramos con la eliminación de ese concepto tradicional con la incorporación de términos como «personas perjudicadas» en su Considerando 27 o «personas físicas» en su artículo 1.

La intención de la norma es, claramente, ampliar el registro de protección ante situaciones como las que se analizan en el presente texto en las que se encuentren pacientes y que se corresponde con la realidad fáctica en la que ser consumidor es una condición circunstancial que una persona asume en un momento concreto<sup>8</sup>.

Uno de los pilares que sostuvieron a la Directiva 85/374 CEE y que vuelve a ser esencial en la Directiva 2024/2853 es el estándar de la «seguridad que cabe esperar» en un producto y que, como bien indica el artículo 7 de ésta última, hay que tener en cuenta una serie de circunstancias a la hora de valorar dicha seguridad. Este precepto funciona como un segundo estándar, que bien puede ser alternativo o cumulativo<sup>9</sup>. En el caso de los CAD, es necesario acudir al Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del

---

7 En adelante, Reglamento de Ciberresiliencia.

8 FLASH, G. «El concepto de consumidor», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo IX, 2017, p.14.

9 PAZOS CASTRO, R. «El carácter defectuoso del producto en la Directiva 2024/2853», *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, núm.43, 2025, p.3.

Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios<sup>10</sup>, entre otras normas, para complementar lo dispuesto en la Directiva aquí analizada.

### 3. Integración con el Reglamento de Productos Sanitarios

En el art.2 del RPS (Reglamento sobre los Productos Sanitarios) al igual que sucede en otras normas ya mencionadas, se encuentran una serie de definiciones que sirven de herramienta para delimitar el ámbito de aplicación de la misma; así, nos encontramos que se define el producto sanitario como «todo instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, implante, reactivo, material u otro artículo destinado por el fabricante a ser utilizado en personas, por separado o en combinación, con alguno de los siguientes fines médicos específicos: diagnóstico, prevención, seguimiento, predicción, pronóstico, tratamiento o alivio de una enfermedad».

La tecnología CAD se integra a la perfección en esta norma puesto que se trata, en esencia, de un programa informático con una finalidad específica de diagnóstico, y su inclusión en esta categoría provoca que esté bajo el paraguas de la Directiva 2024/2853 *ipso facto*. Lo que otorga tanto a pacientes como a juristas una seguridad jurídica notablemente mayor a la existente previamente a la aprobación de dicha Directiva.

En este sentido, encontramos en el artículo 7 de la Directiva 2024/2853 uno de los principales criterios, si no el principal, para determinar cuándo un producto es defectuoso y cuándo no lo es: el estándar de «la seguridad que una persona tiene derecho a esperar».

Este concepto, aparentemente vago, no es indeterminado, pues en el mismo texto legal se da la solución para dotar de contenido al mismo en 2 capas: la primera, la seguridad que se exige «en virtud del Derecho de la Unión o nacional»; la segunda, una serie de circunstancias que se detallan en el párrafo segundo del mismo artículo. No obstante, la clave de este texto es que todas esas circunstancias que se pueden tener en cuenta, puede decirse que lo son a modo ejemplificativo puesto que la dicción literal es «se tendrán en cuenta todas las circunstancias, incluso»; es este «incluso» el que permite que se convierta en una lista *numerus apertus* en la que existan otras circunstancias que puedan ser valoradas bien sean de origen técnico o jurisprudencial.

En definitiva, este marco flexible permite que el estándar de seguridad no se agote en el cumplimiento de la norma técnica, sino que se adapte a la vulnerabilidad del paciente en el entorno clínico.

Puede existir la duda, en el ámbito que nos ocupa, si este estándar opera en los facultativos o en los pacientes. La respuesta es clara: una vez que se trata de un fallo algorítmico, insuperable para el médico y que rompe la seguridad que éste tiene en el producto, automáticamente queda roto también el estándar del paciente; y si aun esto no fuera evidente, hay que recordar que en esta relación el consumidor es el paciente y, por tanto, el que ha de ser considerado es el estándar de seguridad que el mismo pudiera esperar.

---

10 En adelante, RPS.

### III. La tecnología CAD y el reglamento de inteligencia artificial

El algoritmo que utiliza el software de la tecnología CAD se encuadra en lo que el RIA (Reglamento de Inteligencia Artificial) denomina como «sistema de IA de alto riesgo». Esto se deriva de lo siguiente: como ya se ha visto, la naturaleza del producto hace que en virtud del RPS sea un producto sanitario; el artículo 6.1 RIA<sup>11</sup> establece las reglas de clasificación de los sistemas de IA de alto riesgo, que consisten en 2 circunstancias acumulativas; que se considere como producto autónomo y que deba someterse a una evaluación obligatoria de la conformidad de terceros para su puesta en servicio con arreglo a los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I; en este anexo se encuentra el RPS, por lo que le es aplicable las disposiciones que se prevén para este tipo de sistemas.

Las consecuencias jurídicas de la inclusión en esta categoría son trascendentales puesto que es este texto, junto con el RPS, el que dota de contenido al artículo 7 de la Directiva 2024/2853. Esto es así por dos circunstancias: la primera, el estándar de la seguridad legítimamente esperada del que se hablará a continuación y, la segunda, el principio de transparencia que atraviesa el RIA.

En este sentido, el Reglamento impone una serie de requisitos que no son meros trámites técnicos, sino que son estándares de seguridad jurídica. Comienzan los requisitos en los artículos 8 y 9, centrándose en la gestión de riesgos y continúa en el artículo 13 con la interpretabilidad de algoritmos de este tipo. Así, la arquitectura técnica del sistema CAD, ahora rígidamente regulada, facilita que el concepto de «seguridad legítimamente esperada» del paciente deje de ser un estándar abstracto para convertirse en un catálogo de obligaciones verificables para el fabricante.

Como ya se ha tratado con anterioridad que la categoría de consumidor se adquiere de forma dinámica, con esta triada normativa (RPS, RIA y la Directiva 2024/2853) y la evolución de la realidad de este tipo de productos es evidente que este estándar de seguridad también es dinámico, y, por tanto, no es absoluto ni el mismo para todo tipo de productos.

En el caso de la tecnología CAD, genera una expectativa de seguridad altísima al tratarse de un asunto tan importante como el diagnóstico de una enfermedad como el

---

11 1. Con independencia de si se ha introducido en el mercado o se ha puesto en servicio sin estar integrado en los productos que se mencionan en las letras a) y b), un sistema de IA se considerará de alto riesgo cuando reúna las dos condiciones que se indican a continuación: a) que el sistema de IA esté destinado a ser utilizado como componente de seguridad de un producto que entre en el ámbito de aplicación de los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, o que el propio sistema de IA sea uno de dichos productos, y b) que el producto del que el sistema de IA sea componente de seguridad con arreglo a la letra a), o el propio sistema de IA como producto, deba someterse a una evaluación de la conformidad de terceros para su introducción en el mercado o puesta en servicio con arreglo a los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I.

cáncer. Y este artículo 9 es la base de esta seguridad ya que es aquí donde la norma trata de forma explícita la probabilidad de que se produzca un perjuicio y su gravedad, y establece qué tiene que hacer exactamente el fabricante para que ese riesgo sea aceptable.

El dinamismo del concepto se ve claramente en la redacción de este artículo en el momento en el que la evaluación del riesgo se convierte en un «proceso iterativo continuo durante todo el ciclo de vida», y no en un momento único en la vida del producto. En el caso de que esto no suceda así, es decir, que en algún momento del ciclo de vida deje de llevarse a cabo ese proceso, se está incumpliendo el tipo y rompiendo el estándar de seguridad, lo que lleva a que el producto sea defectuoso.

Dentro de estos riesgos el art.9.2 a) incluye «la determinación y el análisis de los riesgos conocidos y previsibles que el sistema de IA de alto riesgo pueda plantear para la salud... cuando el sistema de IA de alto riesgo se utilice de conformidad con su finalidad prevista» lo que implica que un error en el CAD es una amenaza al derecho a la salud e integridad física del paciente; salud que, por otro lado, no especifica si se trata únicamente de salud física o se incluye la salud mental: no obstante, al cubrir la Directiva 2024/2853 los daños tanto físicos como psicológicos, es necesario entender que el RIA también habla de estos daños psicológicos, siempre y cuando estén diagnosticados.

No menos importante es el artículo 13, que recoge de forma clara y concisa el principio de transparencia que recorre vertebralmente el Reglamento. Su importancia radica en el mandato a los fabricantes de sistemas de IA de alto riesgo, a quienes exige que se desarrollen de forma «se garantice que funcionen con un nivel de transparencia suficiente para que los responsables del despliegue interpreten y usen correctamente sus resultados de salida». Esto significa que, en caso de que el algoritmo funcione de manera adecuada, si los resultados no pueden ser explicados o interpretados correctamente, está incumpliendo este precepto convirtiéndose, una vez más, en un producto defectuoso.

La interpretabilidad no es únicamente poder acceder a dicho código, sino que es un límite a la opacidad intrínseca de los algoritmos que a su vez dificulta detectar un error tempranamente. La opacidad deja de ser una limitación técnica aceptable para convertirse en un incumplimiento legal del deber de transparencia, lo que facilita la subsunción del sistema CAD bajo el concepto de producto defectuoso al no permitir que el facultativo valide el resultado.

Otro pilar fundamental que cierra el círculo de transparencia, y que por otro lado lo sostiene, es la supervisión humana preceptiva en los sistemas de IA de alto riesgo, recogida en el art.14 RIA. El algoritmo debe estar diseñado para que una persona física sea capaz de comprenderlo, explicarlo y detectar errores para que, por ejemplo, no señale lesiones como cancerosas cuando no lo son o, por el contrario, pase por alto lesiones que sí sean malignas.

Se trata, en esencia, de evitar en la máxima de lo posible el sesgo de automatización<sup>12</sup> en el facultativo; que, si bien forma parte del estándar de seguridad que tiene que

---

12 Definición de sesgo de automatización, art.14.4 b) RIA: «posible tendencia a confiar automáticamente o en exceso en los resultados de salida generados por un sistema de IA de alto riesgo».

garantizar el fabricante, está fuera de la seguridad que debe esperar el médico. Es decir, el facultativo tiene derecho a esperar que el sistema de alto riesgo, en este caso el CAD, no induzca ningún sesgo cognitivo, que a su vez recaer en que el paciente espera que el médico sea capaz de detectar estos «sesgos» o fallos en el algoritmo.

En este sentido, para que la intervención médica rompa el nexo causal sería necesario que el sistema ofreciera una advertencia clara, comprensible y clínicamente contextualizada, acompañada de información suficiente sobre su fundamento y grado de fiabilidad. En ausencia de esa transparencia mínima, la «última palabra» del médico se convierte en una ficción normativa: formalmente decide, pero materialmente lo hace condicionado por un proceso decisorio que no puede escuchar. En ese escenario, el riesgo de confianza excesiva no es una desviación imprevisible del uso del producto, sino una consecuencia estructural de su diseño.

Desde esta perspectiva, el sesgo de automatización no desplaza la responsabilidad hacia el profesional, sino que refuerza la imputación al productor cuando el sistema está configurado de modo que induce razonablemente a la deferencia. Si el algoritmo es opaco y no permite comprender por qué emite (o no emite) una alerta, la capacidad correctora del médico se ve sustancialmente limitada, y la intervención humana pierde eficacia como mecanismo de seguridad. Por tanto, la responsabilidad del fabricante solo podría verse mitigada en supuestos excepcionales de actuación médica claramente negligente frente a advertencias inequívocas; pero cuando la arquitectura del sistema dificulta una supervisión real y fomenta la confianza automática, la intervención humana no debería considerarse jurídicamente suficiente para eximir al productor.

## IV. La protección integral de la salud física y mental frente al error algorítmico

Conforme al régimen vigente en el artículo 9 de la Directiva 85/374, son indemnizables:

«a) los daños causados por muerte o lesiones corporales; b) los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, que no sea el propio producto defectuoso, previa deducción de una franquicia de 500 ECUS, a condición de que tal cosa: i) sea de las que normalmente se destinan al uso o consumo privados y ii) el perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados».

A pesar de la clara redacción del artículo 9.1 a), referida a los daños causados por muerte o lesiones corporales, a lo largo de la vigencia de la norma han surgido distintas cuestiones interpretativas respecto a qué se encuentra dentro de daños causados por lesiones corporales. Así, ha sido el TJUE quien ha tenido que especificar que ha de realizarse una amplia interpretación del concepto «daños causados por muerte o por lesiones corporales», tal y como señala la STJUE de 5 de marzo de 2015 (Asuntos 503/13 y 504/13) en su apartado 47.

En tal sentido y vista la evolución de otros conceptos, es destacable señalar que en cuanto a los daños también ha habido novedades en la Directiva 2024/2853. Ya desde el inicio, en los Considerandos 20 a 25, se introducen una serie de aclaraciones que afectan a los «daños para la salud psicológica reconocidos y certificados médicamente que afecten al estado de salud general de la víctima y que puedan requerir terapia o tratamiento médico» (Considerando 21).

Es el artículo 6 el que especifica los tipos de daños a los que resultará derecho a indemnización conforme al precepto anterior, con la siguiente redacción: «1. El derecho a indemnización en virtud del artículo 5 se aplicará únicamente con respecto a los siguientes tipos de daños: a) muerte o lesiones corporales, incluidos los daños a la salud psicológica reconocidos médicamente...». Los daños que pueden producirse en el entorno oncológico son de ambos tipos, bien porque se dé un diagnóstico erróneo y se detecte una lesión cancerosa demasiado tarde (lo que provoca de un lado un daño psicológico, que incluso podría llegar a la muerte del paciente) o bien porque se dé un falso positivo o un falso negativo, lo que puede derivar posteriormente en diversos trastornos como ansiedad o depresión.

Para realizar un examen coherente con la misma Directiva, la lectura del artículo 6.1 a) ha de hacerse conjuntamente con el Considerando 21. Éste último puntualiza que los daños psicológicos reconocidos y certificados médicamente constituyen un tipo de lesión corporal. Pero no todos los daños de esa índole, sino todos los «que afecten al estado de salud general de la víctima y que puedan requerir terapia o tratamiento médico». Todo ello hay que completarlo con la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, entre otras cosas.

Además, hay que destacar que es necesario demostrar una relación de causalidad entre defecto y el daño sufrido; no obstante, es importante reseñar que la propia Directiva en su artículo 10 establece una serie de circunstancias en las que el producto podrá presumirse defectuoso. Esto es crucial para la protección del paciente como consumidor dada la complejidad técnica de estos productos. La incorporación de los daños psicológicos es un acierto dada la importancia creciente en los últimos años otorgada a la salud mental, y será crucial la interpretación que los tribunales (tanto nacionales como del TJUE) hagan para un correcto funcionamiento de la medida.

En este punto es menester hacerse la siguiente pregunta: ¿hasta dónde es causa de un fallecimiento de un paciente un error en el diagnóstico de una enfermedad, si dicha enfermedad tiene una probabilidad limitada de supervivencia? Es decir, ¿puede un error en una imagen salida de un sistema CAD provocar la muerte de una persona?

## 1. La pérdida de oportunidad terapéutica

Para dar respuesta a esta cuestión ha de acudirse, en primer lugar, a la teoría de la pérdida de oportunidad terapéutica, que hace referencia al supuesto en el que la negligencia del facultativo (en este caso, del fabricante) «hace perder al paciente la posibilidad de

obtener un beneficio o evitar un daño»<sup>13</sup>. En esta situación, de un error en la tecnología CAD estamos ante un daño cierto, bien sea el fallecimiento, bien sea un daño psicológico; no obstante, la dificultad reside en determinar en qué medida esta negligencia ha contribuido a su causa<sup>14</sup>.

En el caso de los tribunales españoles esta teoría ha sido aplicada en el ámbito de responsabilidad de la Administración y los pacientes han sufrido daños ciertos (muerte o secuelas)<sup>15</sup>. En este sentido, debe hacerse una interpretación amplia de esta teoría y subsumirla en la nueva situación que genera la Directiva 2024/2853, con la que se produce un cambio de sujetos, así como de objeto. Por un lado, en el entorno que aquí se analiza, la negligencia se origina en el fabricante por el incumplimiento del RIA lo que habilita la posible consideración de producto defectuoso; por otro, el objeto que, como ya se ha visto, puede ser un daño físico o psicológico.

Como bien apunta la doctrina citada, en estos casos no se indemniza el daño final (la muerte), sino la expectativa frustrada. Al aplicar esto a la tecnología CAD, la cuantificación de la indemnización debería guardar una relación proporcional con la tasa de fiabilidad que el sistema de IA prometía y que, debido al defecto, no alcanzó. No obstante, la cuantificación de esta indemnización no puede realizarse de forma abstracta atendiendo únicamente al fallo del software. Para un cálculo riguroso de la expectativa frustrada, los tribunales deberán ponderar la tasa de fiabilidad técnica del sistema CAD junto con los factores clínicos del paciente. Esto implica analizar la salud general del perjudicado y la tasa de supervivencia estadística asociada al tipo y estadio de la enfermedad en el momento en que el sistema de IA debió detectarla. Solo mediante la conjunción de la probabilidad técnica de acierto del algoritmo y la viabilidad biológica del paciente se puede determinar con justicia el «quantum» indemnizable, evitando así que el fabricante responda por la evolución natural e inevitable de la enfermedad.

Así, tal y como aseguran los tribunales, «la pérdida de oportunidad se configura como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño anti-jurídico consecuencia del funcionamiento del servicio»<sup>16</sup>.

## 2. La materialización de la lesión corporal: agravamiento y sobretreatmento

Dentro de las consecuencias de un error diagnóstico, encontramos principalmente 2: el empeoramiento de las lesiones corporales, de los tratamientos que tienen que llevarse a

13 MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Editorial Civitas-Thomson, Madrid, 2007, p.55.

14 SANTOS MORÓN, M.<sup>a</sup> J. «A vueltas con la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», *InDret*, núm.2, 2024, p.5.

15 *Ibidem*, p.12.

16 Así aparece en la STS 462/2018 de 20 de marzo, entre otras.

cabo para el tratamiento de la enfermedad y, como última consecuencia, el fallecimiento del paciente en primer lugar y en segundo lugar todas las pruebas que haya que realizar después de un falso positivo como pueden ser biopsias u otras incisiones.

Esta categoría de daños se encuentra dentro del art.6.1 a) de la Directiva 2024/2853. En el escenario del falso negativo, el daño físico se manifiesta como un agravamiento de la patología preexistente. Aquí, el defecto del sistema CAD (ya sea por una tasa de error superior a la publicitada o por una falta de robustez en el procesamiento de la imagen) no genera la enfermedad, pero sí altera su curso clínico. El daño resarcible comprende, por tanto, el diferencial de lesividad: desde la mayor agresividad de los ciclos de quimioterapia necesarios por el retraso, hasta la reducción de la integridad física derivada de cirugías más invasivas (por ejemplo, una mastectomía que podría haber sido tumorectomía)<sup>17</sup>.

Por el contrario, en el supuesto de los falsos positivos, el daño físico derivado de biopsias o intervenciones quirúrgicas innecesarias constituye una lesión corporal directa y positiva. A diferencia del caso anterior, aquí no hay una patología previa que progrese, sino que es el propio funcionamiento defectuoso del producto el que «crea» un daño que el paciente no tenía.

Desde la óptica de la responsabilidad proyectada en la Directiva 2024/2853, el fabricante no podrá eximirse alegando que la decisión final fue del médico si el sistema CAD no proporcionó la explicabilidad suficiente para que el profesional cuestionara el hallazgo algorítmico, incurriendo así en el ya mencionado sesgo de automatización. Este sobretratamiento representa una quiebra de la integridad física que el fabricante debe resarcir, ya que el paciente se somete a riesgos quirúrgicos y estéticos basados en una información errónea proporcionada por un producto que no ofrecía la seguridad legítimamente esperada.

### 3. El daño a la salud psicológica: una nueva categoría de lesión corporal

Es cierto que un error algorítmico como el que aquí se trata es más propenso a que se manifieste en forma de lesión física o en la pérdida de oportunidad terapéutica, pero la Directiva 2024/2853 introduce una de las grandes innovaciones que trae consigo la norma, y es el reconocimiento explícito en su artículo 6.1 a) de los daños a la salud psicológica.

Es un gran avance en la disciplina médica ya que esta novedad responde a la necesidad de proteger al paciente frente al impacto emocional que supone un diagnóstico erróneo, si bien el legislador europeo ha impuesto límites estrictos.

Dichos límites se hallan en el Considerando 21, que establece que «las lesiones corporales incluyen los daños para la salud psicológica reconocidos y certificados médica-

---

17 EUROHEALTH. «Mastectomía, segmentectomía y tumorectomía», Cancer Communication Project (CANCOM). La mastectomía implica la extirpación de todo el pecho, habiendo dentro de ésta hasta 3 tipos. En cambio, en una tumorectomía se extrae únicamente la lesión cancerosa y tejido sano de alrededor para minimizar el riesgo de recaída.

mente que afecten al estado de salud general de la víctima y que puedan requerir terapia o tratamiento médico, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud».

Es importante analizar la redacción del Considerando puesto que es aquí donde se recoge de forma más finalista la voluntad del legislador. Así pues, estos daños tienen que ser reconocidos y certificados, términos que no se utilizan como sinónimos en una redacción disyuntiva, sino que ambos son necesarios. El reconocimiento alude a la parte clínica, donde no es suficiente con que el paciente presente sintomatología compatible con una enfermedad catalogada, sino que debe diagnosticarse una alteración de la salud mental ensumible en una de estas patologías. En cambio, la certificación funciona como una capa probatoria; es decir, no es suficiente con que la enfermedad exista *de facto*, sino que debe haber sido formalizada por un facultativo competente a través de un documento que acredite no sólo la existencia del trastorno, también su gravedad y la necesidad de tratamiento.

Esta doble exigencia actúa como un filtro de seguridad para el fabricante del sistema CAD, garantizando que la responsabilidad solo nazca ante daños psíquicos de cierta entidad, excluyendo las reacciones emocionales leves que, si bien son comprensibles ante un error diagnóstico, no llegan a alterar el «estado de salud general» que protege la norma.

Asimismo, consecuencia de lo anterior es la exigencia de que afecten a la salud general, que es otro requisito intrínseco al que se ha visto en párrafos anteriores.

Siguiendo esta misma lógica, la Directiva 2024/2853 distingue entre terapia» y «tratamiento médico» (Considerando 21), una dualidad que refuerza la voluntad de proteger la salud mental desde una perspectiva integral. En este caso no es necesario que el paciente necesite las 2, es suficiente con que necesite o solo tratamiento o solo terapia.

El tratamiento médico se asocia a la intervención farmacológica o clínica mientras que el término terapia abre el abanico hacia la intervención psicológica (psicoterapia) o rehabilitadora, que puede no requerir fármacos, pero sí una asistencia profesional continuada. Al exigir que el daño sea de tal entidad que «pueda requerir» alguna de estas 2 vías, la Directiva establece un umbral de gravedad. Esto significa que el «shock» derivado de un error en el sistema CAD debe ser lo suficientemente profundo como para que la simple autorregulación emocional del paciente sea insuficiente, necesitando una intervención externa profesional.

Por tanto, el daño psicológico indemnizable bajo la Directiva no es el mero sentimiento de indignación o miedo, sino una patología que altera la funcionalidad del individuo y que requiere de un proceso activo de curación.

En definitiva, la traslación de estos requisitos al ámbito de la oncología asistida por IA implica que el paciente debe acreditar un nexo causal específico entre el defecto del sistema CAD y la patología mental resultante. No basta, por tanto, con invocar el temor genérico a la enfermedad, sino que debe probarse que el error del algoritmo (ya sea por el trauma de un falso positivo que indujo a una cirugía innecesaria o por la angustia prolongada de un diagnóstico tardío) ha cristalizado en un cuadro clínico de entidad suficiente.

Esta configuración del daño psicológico como una «lesión corporal» por derecho propio (y no como un mero daño moral accesorio) obliga a los tribunales a una valoración técnica minuciosa, donde la pericial psiquiátrica o psicológica será tan determinante como la pericial informática sobre el algoritmo. Solo así se garantiza una protección integral que, aunque restrictiva en sus formas, reconoce por primera vez que la salud del consumidor es una unidad física y psíquica indisoluble frente a los riesgos de la era digital.

Finalmente, es imperativo precisar que el círculo de protección de la Directiva 2024/2853 no se restringe exclusivamente al paciente que se somete al sistema CAD, sino que se extiende a cualquier persona perjudicada. En este sentido, los familiares del paciente pueden ostentar la condición de víctimas indirectas cuando el error algorítmico (fallecimiento o lesión corporal grave) proyecte sus efectos sobre ellos en forma de daño psicológico.

De este modo, la Directiva armoniza la protección del entorno familiar del paciente, reconociendo que la «caja negra» del algoritmo no solo pone en riesgo la salud del examinado, sino que puede quebrar la estabilidad psíquica de quienes conforman su núcleo de apoyo, siempre que dicha afectación alcance el umbral de gravedad clínica exigido por el legislador comunitario.

## V. Mecanismos de protección del paciente frente al fabricante

La complejidad de la tecnología CAD es evidente, y es esto mismo lo que puede generar dudas a la hora de probar el carácter defectuoso de un producto. La preocupación de la norma por el ejercicio de los derechos del consumidor se presenta a partir del Considerando 28, pero es el Considerando 30 el que recoge la esencia y refleja el objetivo de la norma en lo referido al estándar de seguridad: «algunos productos, como los productos sanitarios de soporte vital, conllevan un riesgo especialmente elevado de daños para las personas y, por lo tanto, generan unas expectativas de seguridad especialmente elevadas».

Es necesario puntualizar que, si bien un sistema CAD oncológico no constituye, por lo general, un producto sanitario de soporte vital en los términos estrictos del Considerando 30 de la Directiva (reservado a dispositivos de los que depende la subsistencia biológica inmediata del usuario), ello no merma la exigencia de un estándar de seguridad extraordinariamente elevado.

Teniendo en cuenta que es la misma complejidad del producto, en este caso, la que ha pasado el filtro de la praxis del facultativo, es esta dificultad la que impide al paciente demostrar un defecto como el que se expone. Ante esta realidad, que se ha dado no solo en productos sanitarios, la Directiva introduce una serie de novedades para facilitar al consumidor probar ante el juez el daño, el defecto y principalmente el nexo causal.

En este sentido, el Considerando 48 dice lo siguiente: «los órganos jurisdiccionales nacionales deben presumir el carácter defectuoso de un producto o el nexo causal entre el daño y el defecto, o ambos, cuando, a pesar de la revelación de información por parte del demandado, resulte excesivamente difícil para el demandante, en especial debido a la complejidad técnica o científica del caso, demostrar su carácter defectuoso o el nexo causal, o ambas cosas».

Así, la protección del paciente como consumidor se articula a través de 2 herramientas: el derecho al acceso a las fuentes de prueba del artículo 9 por un lado y la triada de presunciones del artículo 10 por otro.

## 1. El deber de exhibición de pruebas y la tutela del secreto comercial

La complejidad intrínseca de los sistemas de detección asistida por ordenador sitúa al paciente en una clara posición de desventaja en materia probatoria, asunto del que es consciente el legislador europeo<sup>18</sup>. Para corregir esta asimetría, el artículo 9 de la Directiva 2024/2853 establece un mecanismo de exhibición de pruebas que revoluciona el sistema tradicional. Bajo este precepto, una vez que el demandante acredita la verosimilitud de su pretensión (aportando, por ejemplo, el contraste entre el informe dado con ayuda de la tecnología CAD y el diagnóstico clínico real), el fabricante queda obligado a revelar las pruebas pertinentes bajo su control. No se exige al paciente que pruebe el defecto antes de pedir la información, sino que demuestre que su reclamación no es arbitraria.

En este sentido, la norma tiene su precedente en la interpretación de la Directiva 85/374 llevada a cabo por el tribunal en la STJUE de 21 de junio de 2017, Asunto C-621/15, apartados 36 y 37.

Este deber de exhibición no es únicamente la entrega de manuales de uso, sino que pueden ser los datos de entrenamiento o los registros de rendimiento. Un aspecto de importancia vital es el que regula el artículo 9.6, que faculta al tribunal para exigir que la información se aporte de forma «comprensible». Esta disposición es clave para impedir que el fabricante eluda su responsabilidad mediante la entrega de datos técnicos masivos e indescifrables que perpetúen la opacidad algorítmica. Este deber de explicabilidad es el mismo que se encuentra en el RIA, y debe ser inteligible para técnicos; en caso de que no lo sea, estaremos ante información incomprensible.

Asimismo, la norma equilibra este derecho con la protección de los secretos comerciales, permitiendo que el órgano jurisdiccional adopte medidas de confidencialidad que garanticen que la tutela del paciente no suponga un perjuicio injustificado para la propiedad industrial del desarrollador. En lo referido al algoritmo, en un escenario de error oncológico, resulta indispensable la exposición de los conjuntos de datos con los que fue entrenado el sistema. Si el defecto reside en un sesgo derivado de una muestra no repre-

---

18 PÉREZ GARCÍA, M.J. «La responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: análisis de la Directiva (UE) 2024/2853 y una propuesta de ley ferenda de incorporación al Ordenamiento español», *InDret*, núm.3, 2025, p.20.

sentativa de la población (ya sea por razones de etnia, edad o tipología de los equipos de imagen utilizados en el entrenamiento), el paciente debe tener derecho a acceder a dichos registros. Solo mediante este acceso se puede demostrar que el producto carecía de la seguridad legítimamente esperada desde su puesta en circulación.

## 2. El sistema de presunciones *iusuris tantum*

Es preciso señalar que la configuración de estas presunciones supone una ruptura con la doctrina tradicionalmente sostenida por nuestro Tribunal Supremo en materia de responsabilidad sanitaria<sup>19</sup>. Hasta la fecha, el criterio imperante (basado en la *lex artis ad hoc*) hacía recaer sobre el paciente una carga probatoria extremadamente rigurosa, limitando la inversión de dicha carga a supuestos absolutamente excepcionales como el daño desproporcionado o la ausencia de historia clínica. Sin embargo, el nuevo marco jurídico europeo altera este equilibrio: ante la opacidad algorítmica de los sistemas CAD, la «excepcionalidad» clásica cede paso a una tutela en favor del perjudicado. Así, lo que antes se consideraba una dificultad probatoria que el paciente debía soportar, hoy se transforma, por imperativo del artículo 10 de la Directiva, en una presunción de defectuosidad que desplaza el riesgo de la incertidumbre tecnológica hacia el fabricante.

La Directiva 2024/2853 refuerza la idea de que si bien el consumidor final es el paciente, quien interactúa *a priori* es el facultativo; y que, siendo esto así, la primera barrera de seguridad que se traspasa con un defecto en el CAD es la del médico. Esto es lo que recoge el artículo 7.2 h) de la disposición, con una redacción que es la que sigue: «al valorar el carácter defectuoso de un producto, se tendrán en cuenta todas las circunstancias, incluso: las necesidades específicas del grupo de usuarios finales a los que se destina el producto».

Este precepto no trata sobre las necesidades que un paciente pueda tener respecto a ese producto, sino lo que necesita un radiólogo y/u oncólogo para interactuar de forma correcta con el mismo.

Ante la complejidad, por un lado, de la relación de consumo entre fabricante, médico y paciente y, por otro, de las características intrínsecas al producto, la Directiva se propone mejorar la situación del consumidor (en este caso el paciente) articulando un sistema de presunciones que interactúan activamente tanto con el RIA como con el RPS.

En este sentido, es menester analizar el artículo 10, que es donde se encuentra este sistema de presunciones para comprender cuáles son las posibilidades que ostenta un paciente. En primer lugar, el art.10.1 dice que se exigirá al demandante (en este caso el paciente), que demuestre el carácter defectuoso del producto, el daño sufrido y el nexo causal entre ese carácter defectuoso y el daño producido.

Seguidamente, el art.10.2 recoge una triada de excepciones que habilitan a la autoridad judicial a presumir que un producto es defectuoso, aunque no se haya dado o no se

---

19 ALBI NUEVO, J. «La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, p.260-262.

pueda dar alguno de los requisitos anteriores, en específico el carácter defectuoso y el nexo causal.

La primera de ellas es que, si el demandado no presenta las pruebas necesarias conforme al artículo 9, el producto se presume defectuoso. Estas pruebas, como se ha visto, pueden comprender datos de entrenamiento, instrucciones de uso, estadísticas del riesgo intrínseco al producto (el margen de error que puede tener aun sin defecto) y todo ello de forma que permita a peritos informáticos, por ejemplo, o al facultativo, entender el funcionamiento de ese software y por qué se comportó así.

La segunda es la establecida en el artículo 10.2 b), cuya redacción es la siguiente: «el demandante demuestre que el producto no cumple los requisitos obligatorios de seguridad del producto establecidos en el Derecho de la Unión o nacional que tienen por objeto proteger contra el riesgo del daño sufrido por la persona perjudicada». Este precepto es una remisión normativa que obedece a la naturaleza de cada producto puesto que trata de adaptarse a la evolución del mercado.

En este caso, tratándose de la tecnología CAD, esa norma que dota de contenido a esta premisa es el RIA. Cuando la Directiva habla de «requisitos obligatorios de seguridad del producto establecidos en el Derecho de la Unión», se refiere, entre otros, a los siguientes aspectos: gestión de riesgos, gobernanza de datos, transparencia y suministro de información a los usuarios (el médico) y la vigilancia humana<sup>20</sup>.

Ante todo, esto, la presunción funciona de la siguiente manera: si el demandante (paciente) logra demostrar que el fabricante del CAD no cumplió con uno de estos artículos (por ejemplo, que el sistema no era transparente o que no permitía una vigilancia humana efectiva), el tribunal deberá considerar el producto como defectuoso *iuris tantum* facilitando así el resarcimiento ante la pérdida de oportunidad terapéutica sufrida.

Por si esto no fuera suficiente, la tercera y última de las presunciones hace alusión al uso razonablemente previsible (otro estándar dinámico que depende del producto específico, en este caso el CAD), con la redacción que sigue: «el demandante demuestre que el daño fue causado por un mal funcionamiento manifiesto del producto durante un uso razonablemente previsible o en circunstancias normales». Aun en el caso de que no pueda demostrarse fehacientemente el incumplimiento de los requisitos del RIA, opera esta presunción en tanto que el no marcaje de lesiones cancerosas, así como el resalto de lesiones inexistentes es un mal funcionamiento manifiesto en las circunstancias normales de uso del CAD, siempre que esté dentro del uso razonablemente previsible indicado por el fabricante (el entorno hospitalario).

Finalmente, la Directiva introduce en su artículo 10.4 una cláusula de cierre de una importancia capital para enlazar la medicina y la tecnología: la presunción por excesiva dificultad de la prueba. Este precepto reconoce que, aun cuando el fabricante cumpla con sus deberes de transparencia y no se acredite un incumplimiento flagrante del RIA, la naturaleza opaca puede situar al paciente en una posición de indefensión técnica insalvable.

---

20 Artículos 9, 10, 13 y 14 del Reglamento de Inteligencia Artificial.

Bajo esta disposición, el órgano jurisdiccional está facultado para presumir el carácter defectuoso del sistema CAD y su nexo causal con el daño cuando, tras haber agotado los mecanismos de exhibición de pruebas del artículo 9, la complejidad científica del software impida al demandante demostrar el error. Para activar esta red de seguridad, basta con que el paciente aporte indicios suficientes de la anomalía, como una discrepancia injustificada entre el marcaje del algoritmo y la evidencia clínica posterior, o una tasa de error que exceda los estándares de validación del producto.

Esta presunción supone la culminación de un cambio de paradigma: el legislador europeo asume que la «inexplicabilidad» intrínseca de los sistemas de IA oncológica no puede ser un riesgo que soporte la víctima. Al trasladar la carga de la prueba al fabricante en supuestos de alta complejidad, el artículo 10.4 garantiza que la opacidad tecnológica no se convierta en una patente de impunidad procesal, obligando al desarrollador a ser quien demuestre que su sistema funcionó conforme a la seguridad legítimamente esperada.

## VI. Conclusiones

La entrada en vigor de la Directiva (UE) 2024/2853 supone un hito en la protección del paciente frente a la medicina algorítmica, al poner fin a la inseguridad jurídica que rodeaba a los productos intangibles. Al reconocer el software como un producto autónomo, el legislador europeo garantiza que los daños derivados de la opacidad en sistemas CAD no queden en un vacío legal, permitiendo al perjudicado invocar un régimen de responsabilidad objetiva que trasciende la clásica exigencia de la culpa.

Una de las tesis centrales de este estudio es que la seguridad de estos sistemas no puede evaluarse de forma aislada, sino en estrecha relación con el facultativo. A través del artículo 7.2 h), se colige que el carácter defectuoso de un sistema CAD nace de su incapacidad para satisfacer las necesidades de claridad del médico. Si la falta de explicabilidad induce a un error de diagnóstico, el producto quiebra la primera barrera de seguridad clínica, convirtiendo la opacidad del diseño en el fundamento de la responsabilidad del fabricante.

Asimismo, la integración del Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA) en el sistema de responsabilidad civil dota de contenido a los estándares de seguridad. El incumplimiento de los deberes de transparencia y supervisión humana no solo conlleva sanciones administrativas, sino que activa las presunciones de defectuosidad de la Directiva. Este mecanismo, sumado a la facultad judicial de presumir el defecto ante la excesiva complejidad técnica de la IA, equilibra la balanza procesal, trasladando el riesgo de la incertidumbre tecnológica de la víctima al desarrollador.

En definitiva, el nuevo marco normativo permite una tutela judicial efectiva y humana. Al reconocer el agravamiento de la salud y el daño psicológico como lesiones corporales resarcibles, el Derecho europeo se adapta a la realidad del paciente oncológico, asegurando que la innovación tecnológica no suponga un retroceso en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

## VII. Bibliografía

### 1. Obras doctrinales

- ALBI NUEVO, J.** «La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.8, 2013.
- DÍAZ, O., RODRIGUEZ-RUIZ, A., GUBERN-MÉRIDA, A., MARTÍ, R., CHEVALIER, M.** «¿Son los sistemas de inteligencia artificial una herramienta útil para los programas de cribado de cáncer de mama?», *Sociedad Española de Radiología Médica*, núm.63, 2021.
- FLASH, G.** «El concepto de consumidor», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo IX, 2017.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C.**, «Responsabilidad por daños causados por la inteligencia artificial», *InDret*, núm.1, 2025.
- MEDINA ALCOZ, L.** *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Editorial Civitas-Thomson, Madrid, 2007.
- PAZOS CASTRO, R.** «El carácter defectuoso del producto en la Directiva 2024/2853», *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, núm.43, 2025.
- PÉREZ GARCÍA, M.J.** «La responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: análisis de la Directiva (UE) 2024/2853 y una propuesta de lege ferenda de incorporación al Ordenamiento español», *InDret*, núm.3, 2025.
- SANTOS MORÓN, M.<sup>a</sup> J.** «A vueltas con la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», *InDret*, núm.2, 2024.

### 2. Legislación

- Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. DOUE L 210, de 7 de agosto de 1985.
- Directiva 2024/2853, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo. DOUE L 2024/2853, de 18 de noviembre de 2024.
- 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. DOUE L 2024/1689, de 12 de julio de 2024.

- Reglamento (UE) 2024/2847 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativo a los requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales. DOUE L 2024/2847, de 20 de noviembre de 2024.
- Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios. DOUE L 117, de 5 de mayo de 2017.
- 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. BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

### 3. Jurisprudencia

- STJUE, de 5 de marzo de 2015, asuntos C-503/13 y C-504/13 (ECLI:EU:C:2015:148).
- STJUE, de 21 de junio de 2017, asunto C-621/15 (ECLI:EU:C:2017:484).
- STS 462/2018, de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1036).

### 4. Otras fuentes

**MINISTERIO DE SANIDAD.** *Informe anual del Sistema Nacional de Salud 2024*, publicado el 17 de septiembre de 2025.

**EUROHEALTH.** «Mastectomía, segmentectomía y tumorectomía», *Cancer Communication Project (CANCOM)*.

---

# Ajustes laborales razonables en personas con asperger

---

## REASONABLE WORK ADJUSTEMENTS FOR PEOPLE WITH ASPERGER'S

Carla Fernández Riveira

Estudiante del Máster de Abogacía de la Universidade da Coruña  
riveirafc@gmail.com

Recibido el 3 de febrero de 2026; aceptado el 23 de febrero de 2026.

**Resumen:** El presente trabajo desarrolla un estudio exhaustivo, de orientación marcadamente laboralista y práctica, sobre los ajustes razonables en el entorno laboral aplicables a trabajadores con síndrome de Asperger. El análisis se centra en la incidencia directa que la ausencia de ajustes razonables tiene sobre la validez jurídica de decisiones empresariales ordinarias (despidos, sanciones, evaluaciones de desempeño, modificaciones sustanciales) y en la forma en que la jurisdicción social está construyendo criterios cada vez más consolidados. A partir del Estatuto de los Trabajadores, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el Real Decreto Legislativo 1/2013, el Derecho de la Unión Europea y una amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia, Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se elaboran razonamientos jurídicos propios sobre los ajustes razonables como límite estructural al poder de dirección y disciplinario.

Se incorporan, además, epígrafes específicos sobre criterios judiciales de los TSJ, litigación laboral estratégica, despido nulo frente a improcedente en supuestos de discapacidad y un análisis de la neurodiversidad desde la gestión ordinaria de las relaciones laborales. El trabajo concluye que los ajustes razonables constituyen hoy un parámetro ordinario de legalidad en el derecho del trabajo español.

**Palabras clave:** ajustes razonables; síndrome de Asperger; discapacidad; despido nulo; poder disciplinario; criterios TSJ; derecho del trabajo; litigación laboral.

**Abstract:** This paper presents a comprehensive study, with a strong labor-law and practical focus, on reasonable accommodations in the workplace for workers with Asperger syndrome. The analysis focuses on the direct impact that the absence of reasonable adjustments has on the legal validity of ordinary business decisions (dismissals, sanctions, performance evaluations, substantial modifications) and on the way in which social jurisdiction is developing increasingly consolidated criteria. Based on the Workers' Statute, the Law Regulating Social Jurisdiction, Royal Legislative Decree 1/2013, European Union law, and extensive case law from the Supreme Court, High Courts of Justice, Constitutional Court, and Court of Justice of the European Union, the article develops its own legal reasoning on reasonable accommodations as a structural limit to managerial and disciplinary power.

Specific sections are also included on the judicial criteria of the Supreme Court, strategic labor litigation, null dismissal versus unfair dismissal in cases of disability, and an analysis of neurodiversity from the perspective of ordinary labor relations management. The study concludes that reasonable accommodations are now a standard parameter of legality in Spanish labor law.

**Keywords:** reasonable adjustments; Asperger's syndrome; disability; null dismissal; disciplinary power; TSJ criteria; labor law; labor litigation.

**Índice:** abreviaturas. I. Introducción. II. Marco normativo aplicable. III. Jurisprudencia y doctrina. 1. Criterios jurisprudenciales. 2. Breve análisis comparado. IV. La tipología de los ajustes razonables en la práctica laboral. V. Ajustes razonables y poder disciplinario. 1. Evaluación del desempeño, criterios aparentemente neutros y discriminación indirecta. 2. El despido de trabajadores con asperger: nulidad, improcedencia y juicio de proporcionalidad. 3. La carga de la prueba en los litigios sobre ajustes razonables: especialidades procesales y tutela reforzada. 4. La indemnización por daños morales en supuestos de omisión de ajustes razonables. VI. Conclusiones. Bibliografía. Apéndice legislativo. Apéndice jurisprudencial. Apéndice administrativo.

## Abreviaturas

<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>DOCE</b>	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
<b>DOUE</b>	Diario Oficial de la Unión Europea
<b>LRJS</b>	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
<b>RDL</b>	Real Decreto Legislativo
<b>ONU</b>	Organización de las Naciones Unidas
<b>TEA</b>	Trastorno del Espectro Autista
<b>TJUE</b>	Tribunal Justicia de la Unión Europea
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia

## I. Introducción

La incorporación del enfoque de derechos humanos al Derecho del Trabajo ha modificado de forma sustancial la manera en que se entienden las obligaciones empresariales en materia de igualdad.

Durante mucho tiempo, la protección laboral de la discapacidad se articuló principalmente mediante instrumentos cuantitativos (como las cuotas de reserva) o a través de fórmulas de empleo protegido. Tales mecanismos, aun siendo relevantes, no resultaban suficientes para asegurar una igualdad material cuando las barreras no eran visibles.

En tal contexto, y desde una perspectiva jurídico-laboral, los ajustes razonables han pasado de ser una figura periférica para convertirse en un elemento central para garantizar la inclusión efectiva de las personas con discapacidad en el empleo ordinario, constituyendo una obligación positiva integrada en el contenido del derecho a la igualdad en el empleo. Su existencia cobra especial relevancia en relación con trabajadores con síndrome de Asperger<sup>1</sup>, donde la ausencia de adaptaciones puede desembocar en conflictos disciplinarios o extintivos que, aunque formalmente neutros, encubren situaciones de discriminación indirecta.

Nos encontramos ante perfiles profesionales que, en muchos casos, presentan un alto nivel de cualificación técnica, pero cuyas particularidades en la comunicación, interacción social o gestión de estímulos sensoriales colisionan con organizaciones del trabajo rígidas, poco transparentes y escasamente dialogadas. Desde una perspectiva laboralista, el núcleo del conflicto no es clínico ni psicológico, sino jurídico: cómo se ejerce el poder de dirección y si dicho ejercicio respeta los límites impuestos por el principio de igualdad y no discriminación.

Desde este enfoque, el Asperger se convierte en un presupuesto jurídicamente relevante cuando la empresa, conociendo la situación del trabajador, mantiene inalteradas exigencias organizativas que generan una desventaja objetiva y previsible. En tales casos, la omisión de ajustes razonables no puede considerarse neutra, sino que constituye un elemento estructural que condiciona la validez de las decisiones empresariales posteriores.

## II. Marco normativo aplicable

El concepto de neurodiversidad<sup>2</sup> ha irrumpido con fuerza en el discurso empresarial, a menudo vinculado a políticas de responsabilidad social corporativa o a estrategias

- 1 El síndrome de Asperger es una condición del neurodesarrollo incluida actualmente dentro del trastorno del espectro autista (TEA), caracterizada principalmente por dificultades persistentes en la comunicación e interacción social, así como por patrones de comportamiento, intereses o actividades restringidos y repetitivos. A diferencia de otros perfiles del espectro, las personas con Asperger no presentan discapacidad intelectual ni retraso significativo en el desarrollo del lenguaje, aunque sí pueden manifestar un estilo comunicativo literal, rigidez cognitiva y dificultades para interpretar normas sociales implícitas. Para más detalle, *vid.* **BARON-COHEN, S.** *Autismo y síndrome de Asperger*. Alianza Editorial, 2010.
- 2 La neurodiversidad es un enfoque que reconoce y valora la diversidad natural del funcionamiento neurológico humano. Parte de la idea de que condiciones como el autismo no deben entenderse únicamente como trastornos o déficits, sino como variaciones neurológicas que

de diversidad e inclusión. Sin embargo, desde una perspectiva jurídico-laboral, resulta imprescindible deslindar claramente el plano de la voluntariedad del plano de la obligación jurídica<sup>3</sup>.

Las personas neurodivergentes, incluidas aquellas con síndrome de Asperger, están amparadas por el marco legal de protección frente a la discriminación por discapacidad cuando sus características interactúan con barreras organizativas que limitan su participación plena en el empleo.

En tal sentido, la empresa no puede ampararse en políticas genéricas de diversidad para eludir la adopción de medidas concretas de adaptación. La igualdad efectiva se construye en el diseño cotidiano de los puestos de trabajo, en la forma de comunicar instrucciones, en los sistemas de evaluación y en la gestión de los conflictos laborales. La ausencia de una cultura organizativa sensible a la neurodiversidad no es jurídicamente neutra, sino que puede constituir el sustrato de prácticas discriminatorias indirectas.

Desde dicho enfoque, la gestión de la neurodiversidad debe integrarse en la prevención de riesgos jurídicos. La adopción temprana de ajustes razonables no solo favorece la inclusión, sino que reduce de manera significativa la litigiosidad y el riesgo de condenas por vulneración de derechos fundamentales. La empresa que ignora esta realidad se expone no solo a responsabilidades económicas, sino también a un reproche jurídico que afecta a la legitimidad de su poder de dirección.

El fundamento jurídico de los ajustes razonables en el ordenamiento español se asienta, en primer lugar, en el principio constitucional de igualdad y no discriminación consagrada en el artículo 14 de la Constitución Española<sup>4</sup> (en adelante, «CE»). Este principio, en conexión con el derecho al trabajo (art. 35 CE<sup>5</sup>) y el mandato específico de protección a las personas con discapacidad (artículo 49 CE<sup>6</sup>), impone a los poderes públicos y a los parti-

---

forman parte de la condición humana. En el ámbito jurídico, este concepto resulta relevante para promover la igualdad, la no discriminación y la adaptación razonable, garantizando la plena participación social y el respeto a los derechos fundamentales de las personas neurodivergentes. Para más detalle, *vid.* CRUZ PUERTO, M. S. y SANDÍN VÁZQUEZ, M. «Neurodiversidad, discapacidad y enfoque social: una reflexión teórica y crítica», en *Revista Española de Discapacidad*, 12(1), 2024, pp. 213-222.

3 Cfr. CERNA VERGARA, H. «La neurodiversidad, una ventaja estratégica para las organizaciones», en *Capital Humano*, n.º 398, Sección Conciliación y diversidad, 2024.

4 *Vid.* «BOE» núm. 311, 29 de diciembre de 1978. Disponible en [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con).

5 Cuyo tenor literal manifiesta 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*».

6 En tal sentido, el artículo señala que «*las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas*», para lo cual «*los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles*».

culares obligaciones positivas orientadas a garantizar la igualdad material. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado (especialmente en el Fundamento Jurídico Quinto de la STC 269/1994<sup>7</sup>) que el marco constitucional busca asegurar el pleno disfrute de sus derechos cívicos, políticos, sociales, culturales y económicos<sup>8</sup>, otorgando una relevancia primordial a la plena integración social y laboral<sup>9</sup>.

El marco de protección constitucional en España se materializa legislativamente a través del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social<sup>10</sup>. Esta norma no solo refunde la legislación previa, sino que integra de manera efectiva los principios de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por España<sup>11</sup> y de aplicación directa en nuestro ordenamiento<sup>12</sup>.

Bajo este prisma internacional, la discapacidad se reconoce como un concepto evolutivo que no reside únicamente en la persona, sino que resulta de la interacción entre sus deficiencias y las barreras actitudinales y del entorno que impiden su participación plena. Este enfoque busca paliar la profunda desventaja social que históricamente han padecido estas personas, promoviendo su dignidad y la igualdad de oportunidades en los ámbitos civil, político, económico y cultural<sup>13</sup>.

Consecuentemente, el artículo 4 del citado Real Decreto Legislativo define a las personas con discapacidad como aquellas que presentan «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes, que al interactuar con diversas

7 STC 269/1994, de 3 de octubre de 1994 (ECLI:ES:TC:1994:269).

8 Cfr. **OLARTE ENCABO, S.** «Protección jurídica de la discapacidad y sus fuentes reguladoras». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, Número Extraordinario 2023, 2023, p. 61

9 Concretamente, señala que «(...) en las Bases de la convocatoria se establecía una reserva de puestos para personas afectadas de minusvalías superiores a un determinado porcentaje, y esta reserva en modo alguno supone la existencia de acepción de personas, asegurando el ingreso en la función pública de personas singularmente consideradas, sino que trata de potenciar la integración laboral de sujetos que, por la incapacidad que padecen, se encontrarían en inferioridad de condiciones respecto de los demás concursantes».

10 Vid. «BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 2013. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2013/11/29/1/con>.

11 Vid. «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2008/04/21/pdfs/A20648-20659.pdf>.

12 En tal sentido, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue adaptado a la normativa española por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Vid. «BOE» núm. 184, de 2 de agosto de 2011. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/L/2011/08/01/26/con>.

13 Así lo explican **MONEREO PÉREZ, J. L.** y **ORTEGA LOZANO, P. G.** en **MONEREO PÉREZ, J. L.** y **ORTEGA LOZANO, P. G.** «El modelo legal de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el Derecho Internacional», en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, Número Extraordinario 2023, 2023, p. 26.

*barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones*». Esta definición es deliberadamente amplia y flexible, lo que permite la inclusión de condiciones con necesidades de apoyo específicas, como el síndrome de Asperger, garantizando así que la protección jurídica alcance a quienes, a pesar de los instrumentos existentes, siguen encontrando obstáculos para el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales.

Para operativizar tal inclusión en las políticas públicas, el Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, destinado a mejorar la empleabilidad, la inserción laboral y la calidad del empleo<sup>14</sup>, mencionaba expresamente a las personas con trastorno del espectro del autismo como grupo susceptible de reconocimiento de discapacidad, siempre que se acredite un grado igual o superior al 33 %. Dicho reconocimiento se articula mediante el procedimiento reglado en el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad<sup>15</sup>, es aplicable a cualquier condición susceptible de valoración, incluido el síndrome de Asperger.

Una vez acreditada la condición de discapacidad, la protección se traslada al ámbito estrictamente laboral, cabe prestar especial atención al artículo 17 del 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<sup>16</sup>, que prohíbe cualquier discriminación directa o indirecta en el empleo<sup>17</sup>. Este precepto se complementa y refuerza con el ya mencionado Real Decreto Legislativo 1/2013. Así, dicha normativa define los «ajustes razonables» como *«las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida...»*.

Bajo este marco, se garantiza no solo la igualdad de trato (*cf.* art. 35 Real Decreto Legislativo 1/2013), sino que se impone al empresario una obligación proactiva. Tal como dispone, el artículo 40 del Real Decreto Legislativo 1/2013, *«los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta...»*. En última instancia, dicha normativa sienta así las bases del modelo de derechos: el incumplimiento de estos ajustes en el ámbito laboral constituye discriminación prohibida (*cf.* art. 63 del Real Decreto Legislativo 1/2013) y puede viciar cualquier sanción, despido o medida disciplinaria motivada en la no adaptación del trabajador.

---

14 Vid. «BOE» núm. 292, de 7 de diciembre de 2021. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/2021/12/04/1069/con>.

15 Vid. «BOE» núm. 252, de 20 de octubre de 2022. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/2022/10/18/888>.

16 Vid. «BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2015. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11430>.

17 Para más detalle, *vid.* **SEMPERE NAVARRO, A. V.** «Sobre discapacidad y normas laborales», en *Revista de Derecho Laboral VLex*, n.º 7, 2022, pp. 11-19.

Tal exigencia de adaptabilidad no se circunscribe al sector privado, sino que se extiende con igual rigor al empleo público. En dicho ámbito, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>18</sup>, incorpora expresamente la obligación de ajustes razonables. El artículo 59.2 prevé que *«cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios... y, una vez superado el proceso selectivo, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad»*. Este mandato traslada al ámbito de las oposiciones y la función pública el mismo deber de acomodar al aspirante o empleado con discapacidad. De este modo, la normativa garantiza que la persona con Asperger, reconocida formalmente como persona con discapacidad, reciba las adaptaciones oportunas (como tutorías especializadas, pausas sensoriales o flexibilización de horarios) durante la selección de empleo y, tras su ingreso, en el desarrollo de sus tareas<sup>19</sup>.

Consecuentemente, el marco normativo español no se limita a proclamar un principio general, sino que proyecta sobre todo empleador, sea público o privado, el deber de adoptar medidas que garanticen una igualdad de oportunidades efectiva.

Esta obligación encuentra, además, un sólido respaldo en la dimensión europea, particularmente la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Dicha norma comunitaria establece con claridad que la negativa a realizar ajustes razonables no es una mera omisión administrativa, sino una forma autónoma y punible de discriminación por discapacidad<sup>20</sup>.

Desde tal perspectiva, los ajustes razonables dejan de ser una excepción al principio de igualdad para convertirse en su concreción práctica. La empresa no cumple con la igualdad tratando de manera idéntica a todos los trabajadores, sino adoptando las medidas necesarias para que las diferencias relevantes no se traduzcan en desventajas injustificadas. En el caso de las personas con Asperger, esta obligación se proyecta directamente sobre la organización del trabajo, los sistemas de comunicación interna, los criterios de evaluación y el ejercicio del poder disciplinario.

En síntesis, el ordenamiento jurídico prescribe que las personas con discapacidad deben disfrutar del derecho al trabajo en igualdad de condiciones. A tal fin, se impone al empleador la obligación de evaluar y aplicar ajustes siempre que no supongan una carga excesiva; una ponderación que deberá realizarse considerando las ayudas públicas disponibles y la capacidad de la organización.

---

18 Vid. «BOE» núm. 261, de 31 de octubre de 2015. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/5/con>.

19 Se profundizará en este punto el apartado «IV. LA TIPOLOGÍA DE LOS AJUSTES RAZONABLES EN LA PRÁCTICA LABORAL».

20 Vid. «DOCE» núm. 303, de 2 de diciembre de 2000. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357>.

## III. Jurisprudencia y doctrina

### 1. Criterios jurisprudenciales

Una de las aportaciones más relevantes de la jurisprudencia reciente en materia de discapacidad consiste en la reformulación de los límites clásicos del poder de dirección empresarial. Tradicionalmente, este poder se ha concebido como una facultad amplia, derivada de la titularidad de los medios de producción y del carácter subordinado de la relación laboral; sin embargo, la obligatoriedad de los ajustes razonables ha introducido una restricción estructural que condiciona su ejercicio legítimo. Desde esta perspectiva, dichos ajustes no actúan únicamente como una medida correctora *ex post*, sino como un presupuesto de procedibilidad: la empresa debe cumplir con su deber de adaptación antes de poder exigir determinados estándares de conducta, rendimiento o adecuación organizativa. Dicha concepción no es meramente jurisprudencial, sino que encuentra un sólido respaldo doctrinal. En tal sentido, se ha señalado que los ajustes razonables «no constituyen una medida de benevolencia empresarial ni una política opcional de recursos humanos, sino una exigencia jurídica integrada en el contenido esencial del derecho a la igualdad», cuya función es remover «barreras organizativas que impiden el ejercicio efectivo de los derechos laborales por parte de las personas con discapacidad», lo que refuerza su naturaleza de presupuesto estructural del ejercicio legítimo del poder de dirección<sup>21</sup>.

En el caso de trabajadores con síndrome de Asperger, tal exigencia adquiere una especial intensidad. Muchas de las conductas que pueden ser calificadas formalmente como incumplimientos (como puede ser dificultades en la comunicación interpersonal, rigidez en la interpretación de instrucciones ambiguas, resistencia a cambios organizativos repentinos<sup>22</sup>) no pueden analizarse aisladamente, sino en relación con la ausencia de ajustes razonables. Por el contrario, deben valorarse en relación directa con la presencia o ausencia de adaptaciones previas, pues la empresa no puede pretender una transición unilateral del trabajador sin haber adecuado primero el entorno laboral.

Esta lógica ha sido progresivamente asumida por los tribunales sociales, que han comenzado a exigir a las empresas una actitud activa y diligente en la identificación de las necesidades de adaptación. Bajo este prisma, el incumplimiento de esta obligación no se traduce únicamente en una irregularidad organizativa, sino en una vulneración sustantiva del principio de igualdad. En consecuencia, la ausencia de estos ajustes vicia la validez de las órdenes empresariales y, por extensión, de cualquier decisión sancionadora basada en su inobservancia.

---

21 MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G. «El modelo legal de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el Derecho Internacional», en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, Número Extraordinario 2023, 2023, pp. 26-47.

22 Cfr. BARON-COHEN, S. *Autismo y síndrome de Asperger*. Alianza Editorial, 2010.

Esta concepción ha sido blindada de manera definitiva por la jurisprudencia constitucional. En particular, la Sentencia del Tribunal Constitucional 51/2021 constituye un hito fundamental en esta materia. En el caso de un funcionario con síndrome de Asperger sancionado por supuestas deficiencias en su desempeño, el Tribunal estimó el recurso de amparo al apreciar una discriminación por razón de discapacidad. El fallo establece con claridad que la falta de ajustes razonables vicia de raíz el procedimiento disciplinario, elevando la obligación de adaptación a un requisito indispensable para el ejercicio legítimo del poder de dirección en el marco de un Estado social y democrático de derecho<sup>23</sup>.

En tal sentido, la sentencia subraya que el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por discapacidad (*cf.* art. 14 CE) incluye de manera inherente el derecho a la adopción de ajustes razonables, afirmando expresamente en su Fundamento Jurídico Tercero que las medidas de adaptación «están integradas en el derecho a la igualdad de trato». Bajo esta premisa, el Tribunal sitúa la obligación de adaptar el entorno con carácter previo al juicio sobre cualquier posible incumplimiento, y no como una consideración accesoria o posterior. En consecuencia, cuando un empleador prescinde de dichos ajustes, cualquier decisión sancionadora o extintiva basada en un rendimiento considerado «insuficiente» incurre en una vulneración constitucional directa.

En el caso analizado, resulta especialmente relevante que el recurrente hubiera solicitado medidas de adaptación de forma expresa, lo que activaba en el empleador un deber de respuesta motivada. El Tribunal consideró que la denegación tácita de tales ajustes lesionó derechos fundamentales, al eludir la valoración activa de las necesidades derivadas de la discapacidad. De este modo, la STC 51/2021 consolida la doctrina de que el poder de dirección (y, en particular, el disciplinario) no puede ejercerse de forma abstracta o neutral, sino que debe estar necesariamente precedido por un análisis diligente de las posibilidades de adecuación del puesto de trabajo.

Finalmente, este fallo refuerza una lectura sistemática y garantista del derecho antidiscriminatorio al apoyarse expresamente en fuentes internacionales. Al invocar tanto la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>24</sup> como la jurisprudencia europea, el Tribunal Constitucional ratifica que la denegación de ajustes razonables constituye, en sí misma, una forma de discriminación. Esta interpretación obliga a entender el ajuste no como una concesión graciosa de la empresa, sino como un mandato jurídico de obligado cumplimiento para garantizar la participación plena y efectiva del trabajador con Asperger en el mercado laboral.

---

23 STC 51/2021, de 15 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:51)

24 Concretamente, el apartado a) de su Fundamento Jurídico Tercero señala que «la aplicación de la cláusula del artículo 10.2 CE conlleva que, en este tipo de casos [aquellos que versan sobre discriminación sobre razón de discapacidad], el tribunal otorgue especial relevancia exegética a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad». En tal sentido, la STC 3/2018, de 22 de enero (ECLI:ES:TC:2018:3) destaca que «según el Convenio existe discriminación por razón de la discapacidad tanto si se acredita un propósito de causar perjuicio a la persona por el mero hecho de ser discapacitada, como si se constata que se ha producido un resultado (el «efecto», en palabras del art. 2) debido a la acción de un responsable».

Esta lógica constitucional ha sido consolidada recientemente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el despido por ineptitud sobrevenida. En particular, su Sentencia n.º 6044/2025, de 22 de diciembre<sup>25</sup>, aborda si la mera existencia de un informe del servicio de prevención que declare al trabajador «no apto» es suficiente para justificar la extinción contractual bajo el artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores.

El Alto Tribunal resuelve esta cuestión restringiendo el poder extintivo empresarial al determinar que dicha declaración no agota, por sí sola, el juicio de legitimidad del despido.

Bajo esta doctrina, la empresa asume la carga de probar que ha valorado y, en su caso, aplicado de manera efectiva medidas de readaptación o recolocación razonable antes de optar por la rescisión del contrato. Esta obligación persiste incluso en ausencia de un mandato expreso de recolocación en el convenio colectivo o de un reconocimiento previo de incapacidad permanente por la Seguridad Social. En el caso analizado por el Supremo, el despido fue calificado como improcedente al no haber acreditado las empresas el cumplimiento de este deber de ajuste previo.

El Tribunal Supremo resuelve esta cuestión en sentido restrictivo del poder extintivo empresarial, afirmando que la declaración de no aptitud no agota por sí sola el juicio de legitimidad del despido, incluso en ausencia de una obligación expresa de recolocación en el convenio colectivo aplicable y aunque no exista un reconocimiento previo de incapacidad permanente por parte de la Seguridad Social<sup>26</sup>. Para el Alto Tribunal, la clave reside en que la empresa asume la carga de probar que ha valorado y, en su caso, aplicado de manera efectiva medidas de readaptación o recolocación razonable antes de optar por la extinción del contrato.

De este modo, cuando la ineptitud sobrevenida presenta elementos funcionalmente equiparables a una situación de discapacidad, el deber de realizar ajustes razonables opera como un límite estructural al poder de despido. Su omisión no se considera una simple irregularidad organizativa, sino una vulneración del principio de igualdad que vicia la validez de la decisión extintiva. La jurisprudencia social exige así una actitud activa y diligente del empleador, configurando los ajustes no como una opción discrecional, sino como un requisito de validez indispensable frente a la pérdida de capacidad laboral del trabajador.

---

25 STS n.º 6044/2025, de 22 de diciembre de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:6044).

26 En el mismo sentido se han pronunciado ciertos autores al señalar que, si bien dentro de la relación laboral el trabajador se halla expuesto al poder empresarial del empleador, lo cierto es que tal facultad no debe entenderse como absoluta. Esta limitación obedece a que el centro de trabajo no constituye un espacio de excepción para el ejercicio de los derechos fundamentales. Por el contrario, el poder de dirección (y su vertiente más severa, el poder disciplinario) se encuentra condicionado por la dignidad de la persona y el principio de igualdad de trato. *Vid.* **MONEREO PÉREZ, J. L.** y **GUINDO MORALES, S.** «Sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores: STC núm. 118/2019, de 16 de octubre», en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 7, 2019, versión electrónica y **GUINDO MORALES, S.** «La protección social de la figura de los cuidadores no profesionales de las personas que se encuentran en situación de dependencia: aspectos críticos», en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. 17, 2018, pp. 113 y ss, entre otros.

Conviene, no obstante, precisar que la calificación jurídica del despido en estos supuestos no es uniforme y depende del encuadre concreto del caso. Mientras que la falta de acreditación de intentos de adaptación o recolocación puede determinar la improcedencia cuando se analiza exclusivamente bajo la óptica del artículo 52.a) ET, dicha omisión conduce inevitablemente a la nulidad cuando concurren indicios de discriminación por discapacidad o por una situación funcional equiparable<sup>27</sup>. Bajo esta premisa, la doctrina especializada subraya que, siempre que se aprecie una vulneración de derechos fundamentales en el seno del despido, este debe ser calificado como nulo a todos los efectos, desplazando la mera declaración de improcedencia para garantizar la plena restauración del derecho conculcado.

En este sentido, la doctrina especializada subraya que, ante una situación de discriminación o vulneración de derechos fundamentales en la extinción del contrato, el despido debe ser calificado necesariamente como nulo a todos los efectos<sup>28</sup>. Bajo esta premisa, la distinción entre improcedencia y nulidad no desvirtúa la tesis central, sino que refuerza la idea de que los ajustes razonables constituyen un presupuesto previo e ineludible para el ejercicio legítimo del poder de dirección y de la facultad extintiva del empleador<sup>29</sup>.

En la misma línea, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia ha venido aplicando con creciente rigor este deber de adaptación, incluso en fases tempranas de la relación laboral. Resulta especialmente ilustrativa la sentencia 594/2023 del TSJ de la Comunidad Valenciana, que declaró nulo por discriminatorio el cese de un trabajador municipal con síndrome de Asperger al no superar el período de prueba<sup>30</sup>. En dicho pronunciamiento, la Sala de lo Social consideró que la Administración había prescindido indebidamente de la valoración de ajustes dirigidos a facilitar su integración (como apoyos específicos o la adscripción a un puesto compatible) antes de resolver el contrato. De este modo, el tribunal rechazó que el período de prueba opere como un espacio exento de control antidiscriminatorio, afirmando que el deber de adaptación se proyecta desde el inicio mismo del vínculo laboral.

La Sala de lo Social consideró que la Administración empleadora había prescindido indebidamente de la valoración de ajustes razonables dirigidos a facilitar la integración laboral del trabajador, tales como la asignación de apoyos específicos o la posible adscripción a otro puesto compatible, antes de acordar la finalización del contrato. En este contexto, el tribunal rechazó que el período de prueba pudiera operar como un espacio

27 En tal sentido, el operador jurídico tiene que estar particularmente atento cuando el despido encubre un acto discriminatorio merecedor de la calificación de nulidad. Esta vigilancia no es una facultad discrecional, sino un mandato derivado de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el principio de igualdad. Para más detalle, *vid.* **GUINDO MORALES, S.** «Los efectos jurídicos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas en el terreno de la seguridad social», en **BARRIOS BAUDOR, G. L.** y **RODRÍGUEZ INIESTA, G.** (Dirs.) *et al.*, *Derecho vivo de la Seguridad Social, Laborum*, 2019, págs. 81 y ss.

28 *Cfr.* **MONEREO PÉREZ, J. L.** y **MALDONADO MOLINA, J. A.** «El modelo legal de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el Derecho Internacional», en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, Número Extraordinario 2023, 2023, p. 47.

29 Para más detalle, *vid.* punto «V. AJUSTES RAZONABLES Y PODER DISCIPLINARIO».

30 STSJ de la Comunidad Valenciana, n.º 594/2023, de 23 de abril de 2023 (ECLI:ES:TSJCV:2023:2320).

exento de control antidiscriminatorio, afirmando que el deber de adaptación se proyecta desde el inicio mismo de la relación laboral.

La citada resolución fundamenta su razonamiento en la Directiva 2000/78/CE y en el derecho interno, subrayando que los ajustes razonables se integran en el derecho a la igualdad de trato. Así, el TSJ sanciona la ausencia de estos acomodos no como una mera deficiencia organizativa, sino como un indicio cualificado de discriminación por discapacidad, elevando los ajustes a presupuesto imprescindible de validez incluso en decisiones formalmente discrecionales.

Tales enfoques encuentran un respaldo decisivo en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). Así, la jurisprudencia del TJUE ha configurado de manera progresiva los ajustes razonables como un elemento estructural del principio de igualdad material en el empleo. Un hito decisivo lo constituye la sentencia *HK Danmark c. Dansk almennyttigt Boligselskab*<sup>31</sup>, en la que el Tribunal afirmó que la discapacidad debe interpretarse conforme a un modelo social y funcional, vinculado a la interacción entre limitaciones individuales y barreras del entorno laboral, y barreras del entorno laboral, al dictaminar que el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78/CE comprende «una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración» (apartado 1).

El Tribunal subrayó que la obligación de ajustes razonables impone al empleador un deber positivo de intervención organizativa orientado a permitir la continuidad de la relación laboral, de modo que la extinción del contrato sin haber explorado previamente tales medidas resultan incompatibles con la Directiva 2000/78/CE. Esta doctrina fue posteriormente reforzada en el asunto *DW c. Nobel Plastiques Ibérica, S.A.*, donde el TJUE afirmó que el despido por causas objetivas de una persona con discapacidad constituye una discriminación indirecta, salvo que el empleador haya acreditado la realización previa de los ajustes necesarios para permitir la continuidad de la relación laboral<sup>32</sup>.

Así, el TJUE declaró que el concepto de ajustes razonables debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las diferentes barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (apartados 58 y ss.). El empresario debe adoptar medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre, sin que tales medidas impongan al empresario una carga desproporcionada (apartados 65 y ss.).

31 STJUE C-335/11, de 11 de abril de 2013, caso *HK Danmark c. Dansk almennyttigt Boligselskab*, (ECLI:EU:C:2013:222).

32 STJUE C-397/18, de 11 de septiembre de 2019, caso *DW c. Nobel Plastiques Ibérica, S.A.*, (ECLI:EU:C:2019:703).

No obstante, si el órgano jurisdiccional remitente llegara a la conclusión de que el empleador no adoptó las medidas adecuadas y, por consiguiente, no realizó ajustes razonables, el despido de un trabajador con discapacidad por cumplir criterios de selección como productividad inferior, menor polivalencia y elevado absentismo constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad (apartado 71). A este respecto, resulta relevante que, según su considerando 17, la Directiva 2000/78/CE no obliga a mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad (apartado 74).

Esta línea jurisprudencial ha sido reforzada de manera especialmente clara por la sentencia *J.M.A.R. c. Ca Na Negreta, S. A.*, dictada por el TJUE a raíz de una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial español en relación con la extinción del contrato tras el reconocimiento de una incapacidad permanente<sup>33</sup>. Su relevancia es histórica: el Tribunal dictamina que la discapacidad no puede ser, por sí misma, una causa de extinción del contrato, obligando a las empresas a priorizar la integración profesional sobre la exclusión del mercado laboral.

Desde el punto de vista jurídico, el fallo se fundamenta en el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, que exige a los empleadores realizar ajustes razonables para que el trabajador conserve su empleo, siempre que esto no suponga una carga excesiva (apartados 43 y ss.). Así, el TJUE sostuvo que la normativa española, al permitir el cese automático, vulnera el principio de igualdad de trato y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, ya que convierte la discapacidad en el motivo directo del despido. En términos tajantes, el TJUE advirtió que una regulación de este tipo «convierte la discapacidad del trabajador en causa de despido», vulnerando frontalmente el principio de igualdad de trato.

Este pronunciamiento ha obligado a recontextualizar el régimen español (especialmente el antiguo artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores<sup>34</sup>), consolidando la idea de que la valoración e implementación de acomodaciones posibles debe preceder necesariamente a cualquier decisión extintiva. De la evolución analizada se desprende, por tanto, una regla estructural común: el deber de realizar ajustes razonables opera como un presupuesto previo e ineludible de legitimidad del poder de dirección y disciplinario del empleador.

En consecuencia, el poder empresarial ya no puede concebirse como una facultad abstracta o neutral, sino como un poder condicionado por el derecho fundamental a la igualdad. Bajo este prisma, los ajustes razonables dejan de ser una medida accesoria para convertirse en un filtro de legalidad que condiciona la validez de las órdenes empresariales. Esta exigencia de diligencia se apoya, además, en una comprensión amplia de la

---

33 STJUE C-631/18, de 18 de enero de 2024, caso *J.M.A.R. c. Ca Na Negreta, S. A.* (ECLI:EU:C:2024:53).

34 La antigua redacción del artículo 49.1.e) señalaba, hasta el 30 de abril de 2024, que el contrato de trabajo se extinguiría por «muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 [suspensión con reserva de puesto de trabajo]»

discapacidad que atiende al impacto funcional. Un ejemplo claro es la Sentencia del TSJ de Galicia 7258/2015, que refuerza la consideración del síndrome de Asperger como una condición generadora de necesidades significativas de apoyo<sup>35</sup>; trasladado al plano laboral, esto implica que las particularidades sociales y comunicativas de estos trabajadores no pueden ser ignoradas por la organización sin riesgo de incurrir en discriminación<sup>36</sup>.

En paralelo, esta obligación adquiere una dimensión preventiva a través de los criterios de la Inspección de Trabajo. El Criterio Técnico 69/2009 subraya la necesidad de evaluar riesgos psicosociales y adoptar medidas que reduzcan el estrés o la ambigüedad comunicativa, entornos donde las personas con TEA son especialmente vulnerables<sup>37</sup>. Asimismo, el Criterio Técnico 98/2016 recuerda que la integración efectiva exige condiciones compatibles con la permanencia y el desarrollo profesional. En definitiva, la omisión de estos ajustes (que incluyen protocolos de comunicación clara o entornos predecibles) no constituye un mero defecto organizativo, sino una vulneración sustantiva del derecho antidiscriminatorio que conlleva la nulidad de las decisiones empresariales<sup>38</sup>.

## 2. Breve análisis comparado

La consolidación de esta concepción estructural en el ordenamiento español no constituye un fenómeno aislado ni una particularidad doméstica, sino que responde a una tendencia firme y expansiva en el derecho comparado europeo. Como ha sido analizado, la jurisprudencia del TJUE ha configurado los ajustes razonables como un componente intrínseco y preeminente del principio de igualdad material, rechazando de plano una lectura meramente formal de la no discriminación. Bajo este prisma, el Tribunal insiste en que la igualdad de trato en el empleo no se satisface mediante la aplicación uniforme de reglas aparentemente neutrales, sino a través de una intervención activa y diligente del empleador orientada a neutralizar las barreras que impiden la participación efectiva. En tal sentido, subraya la doctrina de referencia inglesa<sup>39</sup>, este enfoque transforma la archi-

35 STSJ Galicia, Sala de lo Social, n.º 7258/2015, de 29 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TSJGAL:2015:7258).

36 Concretamente, el cuerpo de la sentencia manifiesta lo siguiente: «(...) puesto que el Síndrome de Asperger es un trastorno severo del desarrollo, considerado como un trastorno neuro-biológico en el cual existen desviaciones o anomalías en diferentes aspectos del desarrollo, como en las conexiones y habilidades sociales o en el uso del lenguaje con fines comunicativos y puesto que estos niños, al igual que Alfredo tienen severas y crónicas incapacidades en lo social, conductual y comunicacional, y pese a que tiene nueve años y una atención especializada, no tiene capacidad para llevar una vida autónoma».

37 Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo, de 19 de febrero de 2009. Disponible en [https://oeitss.gob.es/content/dam/oeitss/documentos/4-0-informaci%C3%B3n-y-normativa/4-1-a-criterios-t%C3%A9cnicos/CT\\_69\\_2009.pdf](https://oeitss.gob.es/content/dam/oeitss/documentos/4-0-informaci%C3%B3n-y-normativa/4-1-a-criterios-t%C3%A9cnicos/CT_69_2009.pdf).

38 Criterio Técnico 98/2016 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, de 24 de junio de 2016. Disponible en [https://oeitss.gob.es/content/dam/oeitss/documentos/4-0-informaci%C3%B3n-y-normativa/4-1-a-criterios-t%C3%A9cnicos/CT\\_98\\_2016.pdf](https://oeitss.gob.es/content/dam/oeitss/documentos/4-0-informaci%C3%B3n-y-normativa/4-1-a-criterios-t%C3%A9cnicos/CT_98_2016.pdf).

39 Cfr. BRODERICK, A. Y WADDINGTON, L. «Disability law and reasonable accommodation beyond

tectura clásica del poder empresarial al imponer un deber positivo de reorganización del entorno laboral como presupuesto de licitud de las decisiones disciplinarias y extintivas.

Este estándar mínimo común proyecta sus efectos sobre los ordenamientos nacionales, observándose evoluciones de gran calado en sistemas como el alemán y el francés, que han dotado a esta obligación de un contenido prestacional muy exigente. En el derecho alemán, la jurisprudencia del *Bundesarbeitsgericht*<sup>40</sup> (en adelante, BAG) ha desarrollado una doctrina especialmente rigurosa en materia de adaptación del puesto (en alemán, *Leidensgerechte Beschäftigung*<sup>41</sup>). En su Sentencia del 10 de diciembre de 2009, el BAG<sup>42</sup> sostuvo que, antes de que una empresa pueda proceder a la extinción del contrato por pérdida de capacidad o ineptitud, debe acreditar de forma fehaciente haber explorado todas las posibilidades de reubicación y readaptación funcional<sup>43</sup>.

Esta concepción sustantiva de la igualdad encuentra un reflejo nítido en la jurisprudencia francesa, que ha blindado la estabilidad en el empleo frente a evaluaciones de capacidad apresuradas o sesgada. Un ejemplo reseñable es la sentencia de la *Cour de cassation*<sup>44</sup> de 3 de febrero de 2010. En este caso, el alto tribunal dictaminó que un despido basado en la inaptitud y en la imposibilidad de reubicación carece de causa real y sería si el dictamen médico inicial es invalidado posteriormente, incluso si dicha anulación ocurre después de la extinción del contrato<sup>45</sup>.

---

employment: A legal analysis of the situation in EU Member States», en *Directorate-General for Justice and Consumers*, 2016. pp. 87 y ss. Disponible en [https://www.researchgate.net/publication/302984788\\_Disability\\_law\\_and\\_reasonable\\_accommodation\\_beyond\\_employment\\_A\\_legal\\_analysis\\_of\\_the\\_situation\\_in\\_EU\\_Member\\_States](https://www.researchgate.net/publication/302984788_Disability_law_and_reasonable_accommodation_beyond_employment_A_legal_analysis_of_the_situation_in_EU_Member_States).

40 El *Bundesarbeitsgericht* es el Tribunal Federal del Trabajo de Alemania, el órgano judicial de última instancia en materia laboral dentro del sistema jurídico alemán.

41 El concepto de *Leidensgerechte Beschäftigung* (que podría traducirse como «ocupación adecuada al padecimiento» o «empleo compatible con la limitación») es una de las construcciones más potentes de la jurisprudencia del BAG para proteger la estabilidad en el empleo de las personas con discapacidad o salud debilitada.

42 Sentencia del BAG de 10 de diciembre de 2009 (2 AZR 400/08). Disponible en [https://www.hensche.de/Rechtsanwalt\\_Arbeitsrecht\\_Urteile\\_Eingliederungsmanagement\\_BAG\\_2AZR400-08.html](https://www.hensche.de/Rechtsanwalt_Arbeitsrecht_Urteile_Eingliederungsmanagement_BAG_2AZR400-08.html).

43 Concretamente, en el caso de una empleada de hospital con ausencias significativas por enfermedad durante varios años, el tribunal dictaminó que, antes de proceder con un despido, el empleador debe considerar seriamente medidas de readaptación, como la adaptación del puesto de trabajo o la reducción de horas, y si estas opciones podrían evitar futuras ausencias. Así, la sentencia establece que la implementación de un *Leidensgerechte Beschäftigung* no es un requisito formal indispensable para un despido relacionado con la salud, pero sí es un factor crucial en la evaluación de la proporcionalidad de la medida. Si el empleador no realiza un *Leidensgerechte Beschäftigung*, recae sobre él una mayor carga de prueba para demostrar que no existían opciones de empleo más leves que el despido.

44 La *Cour de cassation* es el tribunal de mayor jerarquía dentro del sistema judicial francés para asuntos civiles y penales.

45 Sentencia de la *Cour de cassation civile*, de 3 de febrero de 2010 (n.º 08-44.455). Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000021788122/>.

La relevancia de este fallo para el trabajador con síndrome de Asperger es determinante. A menudo, las dificultades en la comunicación social o la rigidez de conducta pueden interpretarse erróneamente por el empleador como una falta de capacidad funcional insalvable. Sin embargo, la jurisprudencia francesa establece que la licitud de la decisión extintiva no descansa en la percepción subjetiva de la empresa, sino en la certeza absoluta de una incapacidad que no pueda ser neutralizada. Al igual que sucede con la neurodivergencia, donde un diagnóstico puede ser matizado o corregido mediante la implementación de ajustes razonables en el entorno, la sentencia subraya que el empleador asume el riesgo de cualquier decisión precipitada.

Así, al trasladar la carga de la diligencia íntegramente al empresario y eximir al trabajador de la obligación de informar sobre sus recursos administrativos, la justicia francesa refuerza la idea de que el deber de adaptación es un presupuesto de licitud infranqueable. En definitiva, esta jurisprudencia impide que una evaluación superficial de la capacidad del trabajador con Asperger se convierta en una vía de salida automática, obligando a la empresa a una intervención activa que agote todas las vías de reorganización antes de dar por finalizada la relación laboral.

Este enfoque comparado resulta particularmente revelador para los trabajadores con condiciones neurodivergentes, como el síndrome de Asperger. Al reconocer que las aparentes deficiencias de rendimiento suelen ser, en realidad, el resultado de barreras organizativas o comunicativas no corregidas, el derecho europeo traslada el foco del «defecto» del trabajador al «defecto» del entorno. En definitiva, la convergencia entre los modelos alemán, francés y europeo ratifica que el ajuste razonable en España no es una concesión graciable, sino una juridificación del deber empresarial de inclusión. De este modo, la omisión de un entorno predecible o de canales de comunicación claros para un perfil neurodivergente se sanciona no solo como un error de gestión, sino como una quiebra de la validez misma del poder de dirección, situando la adaptación proactiva como el eje central de la legalidad laboral europea.

## IV. La tipología de los ajustes razonables en la práctica laboral

La consolidación del deber de realizar ajustes razonables como presupuesto de legitimidad del poder de dirección exige transitar del plano abstracto al análisis concreto de las medidas exigibles. Los ajustes razonables no constituyen una categoría cerrada, sino un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse caso por caso. Como establece el artículo 40.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, el empresario tiene la obligación de adoptar «medidas apropiadas» de adaptación y accesibilidad para garantizar que la persona con discapacidad desempeñe su trabajo en igualdad de condiciones. Esta obligación de «adaptar el trabajo a la persona» no es una mera recomendación preventiva, sino un mandato activo que impide situar al trabajador en un estándar de protección inferior al del resto de la plantilla<sup>46</sup>.

---

46 AMORES MORENO, R. M. «La salud y seguridad laboral de las personas con discapacidad», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, número extraordinario, 245-270, 2023, p. 253.

Desde una perspectiva funcional, los ajustes en el entorno del síndrome de Asperger se revelan frecuentemente como medidas de bajo coste económico, pero de alto impacto organizativo. La doctrina y la práctica jurídica permiten identificar tres ejes fundamentales:

- a) Ajustes Organizativos y Estructurales: Orientados a dotar a la prestación laboral de mayor previsibilidad. Incluyen la definición precisa de tareas, el uso de guiones de actividad, la comunicación anticipada de cambios y la instauración de rutinas claras. Estas medidas, amparadas en la Directiva 2000/78/CE, son cruciales para deslegitimar el ejercicio del poder disciplinario cuando una conducta laboral inadecuada sea, en realidad, consecuencia de un entorno deficientemente diseñado<sup>47</sup>.
- b) Ajustes Comunicativos y de Evaluación: La empresa debe adaptar sus canales al perfil cognitivo del trabajador, priorizando mensajes directos, lenguaje explícito y la formulación escrita de instrucciones. Críticamente, esto obliga a que la evaluación del desempeño se base en resultados objetivos y medibles, desechando valoraciones subjetivas sobre habilidades sociales que, al ser aparentemente neutras, podrían incurrir en una discriminación indirecta según la jurisprudencia del TJUE<sup>48</sup>.
- c) Ajustes Físico-Sensoriales: La normativa exige modificar el ambiente físico para reducir estímulos excesivos. Medidas como la asignación de espacios tranquilos, la regulación de la iluminación o el uso de dispositivos de cancelación de ruido no son concesiones graciosas, sino requisitos de accesibilidad cuya omisión constituye un indicio cualificado de discriminación<sup>49</sup>.

Ahora bien, el deber de acomodación no es absoluto, pues ha de recordarse que en virtud del artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, el ajuste razonable es exigible siempre que no suponga una carga desproporcionada o indebida para el empleador.

No obstante, como ya ha sido señalado, el deber de acomodación no es absoluto. El artículo 2 del RDL 1/2013 introduce una salvaguarda: el ajuste es exigible siempre que no suponga una carga desproporcionada o indebida. Esta tensión requiere una ponderación cuidadosa entre la eliminación de barreras y la preservación de la finalidad de la actividad laboral.

Un ejemplo crítico de este límite se observa en la STJ de Madrid 695/2018, que rechazó el uso de un cuestionario de «lectura fácil» en un proceso selectivo al considerar que alteraba las competencias esenciales que se pretendían evaluar<sup>50</sup>. De este modo, la juris-

47 En tal sentido, el artículo 5 de la Directiva señala que a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades».

48 Cfr. STJUE C-397/18, de 11 de septiembre de 2019, caso DW c. Nobel Plastiques Ibérica, S.A.

49 Cfr. arts. 2 y 27 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

50 STSJ de Madrid, n.º 695/2018, de 11 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TSJM:2018:9043).

prudencia introduce un criterio de proporcionalidad: el ajuste debe ser idóneo para la integración, pero no puede desvirtuar el contenido esencial de la función o de la prueba.

Así, la denegación de un ajuste razonable ha dejado de ser una deficiencia procedimental para configurarse como una forma autónoma de discriminación. Las consecuencias jurídicas son drásticas: desde la nulidad de despidos y sanciones fundadas en rendimientos «insuficientes» no contextualizados, hasta la imposición de sanciones administrativas. Los ajustes razonables se erigen, así, en el filtro definitivo de legalidad que condiciona la validez de cualquier decisión empresarial en el marco de la discapacidad<sup>51</sup>.

Finalmente, cabe destacar que los ajustes en materia de formación y apoyo tecnológico desempeñan un papel esencial e innovador en la integración laboral efectiva. Así, la provisión de tecnologías de apoyo tales como agendas electrónicas, *software* de organización o herramientas de lectura asistida permiten mitigar obstáculos relacionados con la planificación o la memoria operativa. Tales medidas refuerzan la doctrina sostenida tanto por el TJUE<sup>52</sup>, reforzando la idea de que la igualdad real no se alcanza mediante una exigencia de adaptación unilateral del trabajador, sino a través de la obligación activa del empleador de configurar un entorno inclusivo y funcional.

En conclusión, el concepto de ajuste razonable se erige hoy como una pieza estructural del derecho antidiscriminatorio laboral. Su función trasciende la mera corrección de desigualdades puntuales para convertirse en un verdadero presupuesto de validez del poder empresarial. Esta exigencia (delimitada siempre por el criterio de proporcionalidad y la ausencia de carga indebida) impone al empleador un protocolo ineludible de identificación, valoración e implementación de medidas de adaptación.

Bajo este nuevo paradigma, la omisión injustificada de tales ajustes no solo compromete la legalidad ordinaria de la empresa, sino que se traduce en una vulneración de derechos fundamentales. Por todo ello, los ajustes razonables deben situarse como el punto de partida imprescindible para el análisis de cualquier decisión organizativa, disciplinaria o extintiva, garantizando que el derecho al trabajo sea, para las personas con discapacidad, un derecho pleno y efectivo.

## V. Ajustes razonables y poder disciplinario

El ámbito donde la exigencia de ajustes razonables proyecta su eficacia con mayor nitidez es, sin duda, el del poder disciplinario. Desde una perspectiva jurídica estricta, toda sanción laboral presupone la imputabilidad del incumplimiento al trabajador; sin embargo, esta premisa de culpabilidad se ve seriamente comprometida cuando el comportamiento sancionado guarda relación directa con una situación de discapacidad y la empresa ha omitido las adaptaciones exigibles. Bajo este prisma, no resulta admisible sancionar una conducta que podría haberse evitado mediante una configuración adecuada del entorno

51 Cfr. STSJ de la Comunidad Valenciana, n.º 594/2023, de 23 de abril de 2023.

52 Cfr. STJUE C-631/2022, de 18 de enero de 2024, caso *J.M.A.R. c. Ca Na Negreta, S. A.*

de trabajo, desplazando la responsabilidad del conflicto hacia el empleador que incumplió su deber legal de acomodación.

Tal conclusión, lejos de responder a una lógica paternalista, constituye una aplicación rigurosa del principio de igualdad material. Así, como ya ha sido señalado, se declarará la nulidad de sanciones cuando se aprecia que la empresa reacciona de forma punitiva frente a manifestaciones de la discapacidad sin haber explorado previamente medidas de ajuste. Este criterio adquiere una relevancia capital en el síndrome de Asperger, donde la frontera entre una supuesta «indisciplina» y una manifestación de la condición neurodivergente (como una respuesta ante la sobrecarga sensorial o una interpretación literal de instrucciones ambiguas) suele ser difusa si se ignora el contexto organizativo.

Desde un análisis sistemático, la omisión de estos ajustes rompe el equilibrio contractual que legitima el poder de dirección. La sanción deja de ser una respuesta proporcional a un incumplimiento culpable para transformarse en un mecanismo de exclusión indirecta. Al acreditarse esta carencia de apoyo previo, el conflicto trasciende la legalidad ordinaria y se sitúa en la esfera de los derechos fundamentales. En definitiva, el ajuste razonable actúa aquí como una «condición de procedibilidad» del poder disciplinario: sin una previa y diligente adaptación del entorno, cualquier ejercicio de la potestad sancionadora carece de la base de validez necesaria, convirtiéndose en un indicio cualificado de discriminación.

## 1. Evaluación del desempeño, criterios aparentemente neutros y discriminación indirecta

La evaluación del desempeño en el entorno laboral, si bien se consolida como una herramienta de gestión estandarizada, adquiere una dimensión jurídica singular cuando se proyecta sobre trabajadores con discapacidad, como ocurre en el caso de las personas con síndrome de Asperger. Según se desprende de la doctrina<sup>53</sup>, el marco normativo actual sugiere un tránsito desde criterios de evaluación uniformes hacia un enfoque individualizado, donde el poder de dirección y control empresarial encuentra su límite en la dignidad del trabajador y en su «capacidad real». Esta noción implica que cualquier medida de vigilancia o valoración del rendimiento debe ponderarse en función de las aptitudes efectivas del empleado, evitando la comparación genérica con un rendimiento estándar o pactado que podría resultar inalcanzable por causas ligadas a la propia discapacidad.

En la práctica empresarial, sin embargo, estas evaluaciones suelen articularse mediante criterios que se presentan como objetivos y neutros (tales como la capacidad de trabajo en equipo, la iniciativa o la flexibilidad ante cambios organizativos). Es precisamente aquí donde la aplicación acritica de estos parámetros puede generar efectos adversos para el colectivo con síndrome de Asperger, cuyas características neurodivergentes inciden de forma directa en dichas dimensiones relacionales. Desde una perspectiva jurídica,

---

53 Vid. **ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.** «Particularidades en la prestación de servicios de los trabajadores con discapacidad», en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, Número Extraordinario 2023, 2023, pp. 215 y ss.

estos supuestos se aproximan a la figura de la discriminación indirecta: aunque el criterio evaluador sea formalmente neutro, produce un impacto negativo previsible al penalizar rasgos inherentes a la condición del trabajador.

Bajo esta premisa, y de conformidad con el artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78/CE y la interpretación del TJUE<sup>54</sup>, la legitimidad de estos sistemas de evaluación queda condicionada a que el empleador acredite su necesidad objetiva y la ausencia de alternativas menos lesivas. En este sentido, la adopción de ajustes razonables surge como el instrumento idóneo para neutralizar el impacto discriminatorio sin sacrificar las exigencias del puesto. De no mediar estas adaptaciones, la evaluación corre el riesgo de no reflejar un déficit de desempeño real, sino la persistencia de barreras estructurales no corregidas.

En esta línea, cabe recordar que la STC 51/2021 afirma que la ausencia de ajustes razonables impide considerar legítima cualquier valoración negativa del rendimiento basada en comportamientos relacionados con la discapacidad. Este planteamiento vicia el presupuesto mismo del poder disciplinario, pues el incumplimiento atribuido al trabajador no puede considerarse culpable cuando deriva de un entorno laboral no adaptado, lo que refuerza la nulidad de la sanción por vulneración del derecho fundamental a la igualdad<sup>55</sup>.

Este planteamiento tiene consecuencias especialmente relevantes cuando se conecta con el ejercicio del poder disciplinario. En la medida en que muchas sanciones se fundamentan en informes de evaluación del desempeño, la falta de ajustes razonables en la fase evaluadora vicia el presupuesto mismo de la imputación disciplinaria. El incumplimiento atribuido al trabajador no puede considerarse culpable ni imputable cuando deriva de un entorno laboral no adaptado, lo que deslegitima la sanción y refuerza su eventual nulidad por vulneración del derecho fundamental a la igualdad, tal y como ha reconocido de forma reiterada la jurisprudencia social ya señalada hasta el momento.

Así, la conexión entre la evaluación de desempeño y poder disciplinario se extiende a las facultades extintivas, todo ello en la medida en que tales facultades (ya se articulen bajo la figura de la ineptitud sobrevenida o se vinculen la no superación del periodo de prueba) suelen encontrar su respaldo argumentativo en este tipo de valoraciones de rendimiento. Si dichas valoraciones han sido elaboradas sin la debida acomodación, toda la cadena decisoria queda contaminada, convirtiendo la discapacidad en una causa indirecta de despido<sup>56</sup>. En consecuencia, la evaluación del desempeño no es un instrumento técnico neutral, sino un espacio condicionado por el deber de ajustes razonables, cuya ausencia transforma una métrica válida en un mecanismo de discriminación con efectos invalidantes sobre cualquier decisión extintiva posterior.

---

54 Cfr. STJUE C-397/18, de 11 de septiembre de 2019, caso *DW* (ECLI:EU:C:2019:703).

55 STSJ de la Comunidad Valenciana, n.º 594/2023, de 23 de abril de 2023 (ECLI:ES:TSJ-CV:2023:2320)

56 Cfr. STJUE C-631/18, de 18 de enero de 2024, caso *J.M.A.R. c. Ca Na Negreta, S. A.* (ECLI:EU:C:2024:53).

## 2. El despido de trabajadores con asperger: nulidad, improcedencia y juicio de proporcionalidad

De acuerdo con lo analizado hasta el momento, resulta evidente que la validez del despido de un trabajador con síndrome de Asperger exige un análisis riguroso de la relación causal entre la decisión extintiva y su discapacidad. Desde una perspectiva jurídica, no basta con atender a la causa formal alegada por la empresa (ya sea disciplinaria, objetiva o por no superación del periodo de prueba); resulta imprescindible indagar si dicha causa está condicionada por la omisión de ajustes razonables previamente exigibles.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional y europea integra los ajustes razonables en el contenido esencial del derecho a la igualdad<sup>57</sup>. Por ello, cuando el despido se fundamenta en comportamientos o rendimientos vinculados a la discapacidad (como dificultades comunicativas o rigidez ante cambios no anticipados) sin que la empresa haya adaptado el entorno, la decisión se considera una exclusión estructural. Bajo esta óptica, el despido opera como una sanción encubierta que vicia de raíz la decisión empresarial, derivando inevitablemente en la nulidad por vulneración de derechos fundamentales.

No obstante, la discapacidad no otorga una inmunidad automática. Este juicio de proporcionalidad cumple una función garantista esencial, al evitar tanto la impunidad automática frente a incumplimientos graves y ajenos a la discapacidad como la exclusión injustificada de trabajadores cuya situación funcional no ha sido debidamente atendida. Sin embargo, conviene subrayar que la carga de la prueba recae íntegramente sobre la empresa, que debe acreditar no solo la existencia de la causa extintiva alegada, sino también haber agotado de forma real y documentada la vía de los ajustes razonables. La mera invocación genérica de, por ejemplo, dificultades organizativas, de tensiones en el equipo o de un bajo rendimiento no resulta suficiente cuando está en juego un derecho fundamental, siendo exigible una justificación reforzada y basada en datos objetivos.

Aun así, cabe recordar que la obligación del empresario de adoptar medidas adecuadas está limitada por la «carga excesiva», para cuya determinación se deben tener en cuenta factores como las ayudas públicas, los costes financieros y el tamaño de la empresa. Por ejemplo, un elemento clave en este análisis es si el coste resulta paliado por ayudas o subvenciones públicas; de ser así, la carga no podrá considerarse excesiva, garantizando que la protección del trabajador prevalezca siempre que la viabilidad económica de la empresa no se vea comprometida de forma desproporcionada<sup>58</sup>. Tal consi-

---

57 Cfr. STC 51/2021 y STJUE C-335/11, de 11 de abril de 2013, caso *HK Danmark c. Dansk almennyttigt Boligselskab*.

58 Así lo recuerda el artículo 40.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, el cual señala que «los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario».

deración es clave para el juicio de proporcionalidad ya que, si la empresa demuestra una carga excesiva, su decisión podría ser considerada procedente<sup>59</sup>.

En síntesis, a la luz de la doctrina expuesta, la calificación del despido de trabajadores con síndrome de Asperger puede sistematizarse en tres escenarios. En primer lugar, el despido será nulo cuando la decisión extintiva se base, directa o indirectamente, en conductas o rendimientos vinculados a la discapacidad y la empresa no haya acreditado la adopción previa de ajustes razonables, por vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. En segundo lugar, el despido podrá calificarse como improcedente cuando, aun no apreciándose un móvil discriminatorio directo, la empresa no logre probar de forma suficiente la causa alegada o el cumplimiento de su deber de adaptación o recolocación. Finalmente, solo de manera excepcional podrá considerarse procedente el despido cuando el empleador acredite haber implementado ajustes razonables adecuados y proporcionados y, pese a ello, subsista un incumplimiento grave y ajeno a la discapacidad, superando un estricto juicio de proporcionalidad.

Así pues, el despido de trabajadores con síndrome de Asperger se configura como un espacio de control judicial especialmente intenso, en el que los ajustes razonables actúan como un auténtico filtro de constitucionalidad. Su ausencia conduce, en la mayoría de los casos, a la nulidad del despido por discriminación; su presencia, en cambio, no legitima automáticamente la extinción, sino que abre un exigente juicio de proporcionalidad que condiciona la validez de la decisión empresarial.

### 3. La carga de la prueba en los litigios sobre ajustes razonables: especialidades procesales y tutela reforzada

Uno de los elementos decisivos para la efectividad real del derecho a los ajustes razonables reside en el régimen de la carga de la prueba, que actúa como instrumento de corrección de las asimetrías estructurales existentes en los litigios por discriminación. El legislador procesal laboral, plenamente consciente de las dificultades probatorias que afronta la persona trabajadora (especialmente cuando se trata de discapacidades invisibles como el síndrome de Asperger), ha configurado un sistema de tutela reforzada que desplaza parcialmente el esfuerzo probatorio hacia la parte empresarial.

En tal sentido, el artículo 96 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social<sup>60</sup> establece una regla de inversión de la carga probatoria en los procesos en los que se alegue vulneración de derechos fundamentales<sup>61</sup>. Basta con que la parte deman-

59 Vid. **MONEREO PÉREZ, J. L. Y MALDONADO MOLINA, J. A.**: «Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)», en **MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J. L.** (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pág. 590.

60 Vid. «BOE» núm. 245, de 11 de octubre de 2011. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/L/2011/10/10/36/con>.

61 Concretamente, tal artículo señala que «en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo,

dante aporte indicios razonables de discriminación para que corresponda al empleador acreditar que su actuación fue objetiva, razonable y ajena a cualquier finalidad o efecto discriminatorio. En el ámbito específico de los ajustes razonables, dichos indicios pueden derivarse, entre otros elementos, de la acreditación de una situación de discapacidad, de la existencia de dificultades objetivas para el desempeño del trabajo en ausencia de adaptaciones, o de la imposición de sanciones disciplinarias o decisiones extintivas fundadas en conductas o rendimientos estrechamente vinculados a dicha situación.

Esta especialidad procesal debe interpretarse en el marco del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, y del *principio pro actione*. La jurisprudencia ha consolidado que este principio impide que interpretaciones excesivamente rigoristas o formalistas de los requisitos procesales obstaculicen el acceso a la justicia, especialmente en ámbitos donde una de las partes se encuentra en una posición de desventaja probatoria<sup>62</sup>. Asimismo, tal y como señala el Tribunal Supremo<sup>63</sup>, las decisiones de inadmisión o que perjudiquen la pretensión del actor deben evitar el formalismo excesivo cuando se revelen desproporcionadas.

No obstante, cabe recordar el *principio pro actione* no exime al demandante de su deber de diligencia. Así, la inversión de la carga probatoria se activa a partir de una base fáctica suficiente, por lo que el trabajador debe cumplir con la exigencia del artículo 80.1.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que requiere una «enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión». Como advierte el TSJ de Galicia<sup>64</sup>, la falta de concreción en los hechos que constituyen los indicios de discriminación puede generar indefensión en la parte demandada, lo que justificaría una decisión de archivo si, tras ser requerido para subsanar, el demandante no lo hace. Por tanto, el equilibrio procesal exige que el trabajador aporte un relato fáctico coherente y verosímil que active el mecanismo de inversión probatoria, momento a partir del cual la empresa asume la carga de justificar objetiva y razonablemente su actuación.

Una vez activado este desplazamiento, la empresa no puede limitarse a negar la discriminación. Debe demostrar de manera concreta y detallada que valoró la adopción de ajustes razonables y que estos no resultaban exigibles por suponer una carga desproporcionada o indebida. La ausencia de esta prueba activa suele ser interpretada por los tribunales como un incumplimiento del deber de adaptación, con las consecuencias jurídicas que ello comporta.

---

*orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».*

62 En tal sentido, *vid.* auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid, n.º 360/2015, de 19 de junio de 2015 (ECLI:ES:JMM:2015:930A).

63 ATS n.º 156/2007, de 7 de octubre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:8574A).

64 Cfr. STSJ Galicia, n.º 7258/2015, de 29 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TSJGAL:2015:7258).

## 4. La indemnización por daños morales en supuestos de omisión de ajustes razonables

El concepto de indemnización en el ámbito de la discapacidad laboral se configura como una figura poliédrica que abarca desde la compensación económica por la extinción del contrato hasta la reparación integral de los daños sufridos en el desempeño profesional. En el contexto de la terminación del vínculo laboral, la indemnización se presenta como una consecuencia directa cuya cuantía varía significativamente (oscilando habitualmente entre los 20 y 33 días por año de servicio, en función de si se trata de un despido improcedente u objetivo procedente<sup>65</sup>), lo que pone de manifiesto un riesgo latente: que la decisión extintiva se vea influida por un mero cálculo de costes, permitiendo en la práctica mercantilizar la salud de las personas trabajadoras<sup>66</sup>. Sin embargo, cuando dicha extinción o sanción deriva de una vulneración del derecho a la igualdad, la simple compensación por cese resulta insuficiente.

En estos supuestos, la declaración de nulidad por omisión de ajustes razonables no agota las consecuencias jurídicas. El artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social impone la obligación de reparar íntegramente el daño causado, un mandato que exige tanto la restitución de la situación jurídica lesionada como la compensación de los daños morales derivados de la transgresión del derecho fundamental. Esta necesidad de resarcimiento adquiere una relevancia crítica en casos de discapacidad, como el síndrome de Asperger, donde la ausencia de adaptaciones se traduce en situaciones de exclusión y estigmatización que impactan la dignidad del trabajador. Por ello, la jurisprudencia ha consolidado la procedencia autónoma de la indemnización por daño moral, estableciendo que la mera constatación de la lesión es suficiente para inferir un menoscabo relevante sin requerir una prueba exhaustiva del sufrimiento.

Desde una perspectiva funcional, esta indemnización cumple una doble misión: por un lado, una función reparadora que compensa el impacto de la conducta discriminatoria en la esfera personal y profesional del afectado; por otro, una función disuasoria, esencial para prevenir prácticas empresariales omisivas y barreras estructurales que, de no acarrear consecuencias jurídicas significativas, tenderían a perpetuarse de forma sistemática.

Finalmente, y ante la ausencia de baremos específicos, la cuantificación del daño debe ser determinada por los tribunales atendiendo a la gravedad de la conducta, la duración de la discriminación, la reiteración de la omisión y la intensidad de la afectación a la dignidad humana. En definitiva, la tutela judicial efectiva no se satisface con la simple nulidad del acto, sino que exige una reparación íntegra que restaure plenamente el derecho vulnerado.

65 *Vid.* arts. 53 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, respectivamente.

66 *Cfr.* **MOLINA NAVARRETE, C.** «Adiós al despido por absentismo justificado: expulsando, látigo jurídico en mano, a los mercaderes del templo de la salud, pero sin regla de derecho intertemporal y sin prohibición causal», en *CEF. Laboral Social*, 2020. En el mismo sentido, **MONEREO PÉREZ, J. L.** y **GUINDO MORALES, S.** «Extinción contractual y discapacidad. Soluciones jurídicas como alternativa a la extinción de la relación laboral por incapacidad sobrevenida», en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, Número Extraordinario 2023, 2023, p. 280.

## VI. Conclusiones

El reconocimiento jurídico de la neurodiversidad, y específicamente del síndrome de Asperger, ha consolidado el tránsito del modelo médico de discapacidad hacia un modelo social y de derechos. En este nuevo escenario, los ajustes razonables se erigen como el eje estructural de la tutela antidiscriminatoria, transformando la igualdad de una aspiración formal en una obligación de garantía real y efectiva en el ámbito laboral.

Esta evolución ha alterado profundamente los límites del poder de dirección empresarial. La facultad de organizar el trabajo ya no puede ejercerse de forma uniforme, sino que debe subordinarse a la acomodación activa de las circunstancias personales del trabajador. Así, los ajustes operan como un presupuesto de legitimidad previa para cualquier orden, sistema de evaluación o medida disciplinaria; de modo que, sin ellos, criterios aparentemente neutros como la «capacidad de comunicación» o la «flexibilidad» pueden derivar en situaciones de discriminación indirecta al no reflejar el rendimiento real, sino la existencia de barreras organizativas no corregidas.

Bajo el impulso de la Directiva 2000/78/CE, la Convención de la ONU y la jurisprudencia del TJUE, TS y TC, la omisión injustificada de estas adaptaciones se califica hoy como una vulneración del derecho fundamental a la igualdad. Esta interpretación expansiva tiene un impacto crítico en la calificación del despido: ante la ausencia de una valoración previa de ajustes, la extinción del contrato tiende irremediablemente a la nulidad. La procedencia queda reservada de forma excepcional a aquellos casos donde el empleador acredite haber implementado medidas proporcionadas que resultaron insuficientes por causas ajenas a la discapacidad.

En este marco, el régimen de la carga de la prueba (art. 96 LRJS) resulta decisivo, especialmente en discapacidades «invisibles». El empleador queda obligado a documentar activamente que evaluó la viabilidad de los ajustes, sin que la falta de una solicitud formal del trabajador le exonere de su deber de adaptación.

Finalmente, la tutela judicial efectiva exige una reparación íntegra que trascienda la mera restitución del puesto. Conforme al artículo 183 de la LRJS, la declaración de nulidad debe acompañarse de una indemnización por daños morales con funciones tanto reparatorias como disuasorias. En definitiva, el modelo español se alinea con la tendencia europea de concebir el ajuste razonable no como una concesión facultativa, sino como una obligación jurídica ineludible que redefine las relaciones laborales hacia un sistema respetuoso con la diversidad funcional y cognitiva.

## Bibliografía

**ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.** «Particularidades en la prestación de servicios de los trabajadores con discapacidad», en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, Número Extraordinario 2023, 2023, pp. 215 y ss.

**AMORES MORENO, R. M.** «La salud y seguridad laboral de las personas con discapacidad», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, número extraordinario, 245-270, 2023, p. 253.

**BARON-COHEN, S.** *Autismo y síndrome de Asperger*. Alianza Editorial, 2010.

**BRODERICK, A. Y WADDINGTON, L.** «Disability law and reasonable accommodation beyond employment: A legal analysis of the situation in EU Member States», en *Directorate-General for Justice and Consumers*, 2016. pp. 87 y ss.

**CERNA VERGARA, H.** «La neurodiversidad, una ventaja estratégica para las organizaciones», en *Capital Humano*, n.º 398, Sección Conciliación y diversidad, 2024.

**CRUZ PUERTO, M. S. y SANDÍN VÁZQUEZ, M.** «Neurodiversidad, discapacidad y enfoque social: una reflexión teórica y crítica», en *Revista Española de Discapacidad*, 12(1), 2024, pp. 213-222.

**GUINDO MORALES, S.**

«La protección social de la figura de los cuidadores no profesionales de las personas que se encuentran en situación de dependencia: aspectos críticos», en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. 17, 2018, págs. 113 y ss.

«Los efectos jurídicos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas en el terreno de la seguridad social», en **BARRIOS BAUDOR, G. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.** (Dir.) *et al*, *Derecho vivo de la Seguridad Social, Laborum*, 2019, págs. 81 y ss.

**MOLINA NAVARRETE, C.** «Adiós al despido por absentismo justificado: expulsando, látigo jurídico en mano, a los mercaderes del templo de la salud, pero sin regla de derecho intertemporal y sin prohibición causal», en *CEF. Laboral Social*, 2020.

**MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.** «Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)», en **MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L.** (Dir. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pág. 590.

**MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.** «El modelo legal de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el Derecho Internacional», en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, Número Extraordinario 2023, 2023, pp. 26-47.

**MONEREO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S.**

«Extinción contractual y discapacidad. Soluciones jurídicas como alternativa a la extinción de la relación laboral por incapacidad sobrevenida», en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, Número Extraordinario 2023, 2023, p. 280.

«Sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores: STC núm. 118/2019, de 16 de octubre», en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 7, 2019, versión electrónica.

**OLARTE ENCABO, S.** «Protección jurídica de la discapacidad y sus fuentes reguladoras», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, Número Extraordinario 2023, 2023, p. 61.

**SEMPERE NAVARRO, A. V.** «Sobre discapacidad y normas laborales», en *Revista de Derecho Laboral VLex*, n.º 7, 2022, p. 11-19.

## Apéndice legislativo

### Normativa comunitaria

- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. «DOCE» núm. 303, de 2 de diciembre de 2000. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357>

### Normas nacionales con rango de ley

- Constitución española. «BOE» núm. 311, 29 de diciembre de 1978. Disponible en [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con).
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2008/04/21/pdfs/A20648-20659.pdf>.
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. «BOE» núm. 184, de 2 de agosto de 2011. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/08/01/26/con>.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. «BOE» núm. 245, de 11 de octubre de 2011. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/10/36/con>.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. «BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 2013. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2013/11/29/1/con>.
- 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. «BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2015. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11430>.
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. *Vid.* «BOE»

núm. 261, de 31 de octubre de 2015. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/5/con>.

- Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024. «BOE» núm. 292, de 7 de diciembre de 2021. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/2021/12/04/1069/con>.
- Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. «BOE» núm. 252, de 20 de octubre de 2022. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/2022/10/18/888>.

## Apéndice jurisprudencial

### Tribunales europeos

- STJUE C-335/11, de 11 de abril de 2013, caso *HK Danmark c. Dansk almennyttigt Boligselskab* (ECLI:EU:C:2013:222).
- STJUE C-397/18, de 11 de septiembre de 2019, caso *DW c. Nobel Plastiques Ibérica, S.A.* (ECLI:EU:C:2019:703).
- STJUE C-631/18, de 18 de enero de 2024, caso *J.M.A.R. c. Ca Na Negreta, S. A.* (ECLI:EU:C:2024:53).

### Otros tribunales internacionales

- Alemania. Sentencia del BAG de 10 de diciembre de 2009 (2 AZR 400/08). Disponible en [https://www.hensche.de/Rechtsanwalt\\_Arbeitsrecht\\_Urteile\\_Eingliederungsmanagement\\_BAG\\_2AZR400-08.html](https://www.hensche.de/Rechtsanwalt_Arbeitsrecht_Urteile_Eingliederungsmanagement_BAG_2AZR400-08.html).
- Francia. Sentencia de la *Cour de cassation civile*, de 3 de febrero de 2010 (n.º 08-44.455). Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000021788122/>.

### Tribunal Constitucional

- STC 269/1994, de 3 de octubre de 1994 (ECLI:ES:TC:1994:269).
- STC 3/2018, de 22 de enero (ECLI:ES:TC:2018:3).
- STC 51/2021, de 15 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:51).

### Tribunal Supremo

- ATS n.º 156/2007, de 7 de octubre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:8574A).
- STS n.º 6044/2025, de 22 de diciembre de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:6044).

## Tribunales superiores de justicia

- STSJ Galicia, n.º 7258/2015, de 29 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TSJGAL:2015:7258).
- STSJ de Madrid, n.º 695/2018, de 11 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TSJM:2018:9043).
- STSJ de la Comunidad Valenciana, n.º 594/2023, de 23 de abril de 2023 (ECLI:ES:TSJCV:2023:2320).

## Tribunales de primera instancia e instrucción

- Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid, n.º 360/2015, de 19 de junio de 2015 (ECLI:ES:JMM:2015:930A).

## Apéndice administrativo

- Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo, de 19 de febrero de 2009. Disponible en [https://oeitss.gob.es/content/dam/oeitss/documentos/4-0-informaci%C3%B3n-y-normativa/4-1-a-criterios-t%C3%A9cnicos/CT\\_69\\_2009.pdf](https://oeitss.gob.es/content/dam/oeitss/documentos/4-0-informaci%C3%B3n-y-normativa/4-1-a-criterios-t%C3%A9cnicos/CT_69_2009.pdf).
- Criterio Técnico 98/2016 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, de 24 de junio de 2016. Disponible en [https://oeitss.gob.es/content/dam/oeitss/documentos/4-0-informaci%C3%B3n-y-normativa/4-1-a-criterios-t%C3%A9cnicos/CT\\_98\\_2016.pdf](https://oeitss.gob.es/content/dam/oeitss/documentos/4-0-informaci%C3%B3n-y-normativa/4-1-a-criterios-t%C3%A9cnicos/CT_98_2016.pdf).



---

# Revisión de precios en contratos de prestación de servicios intensivos en mano de obra

---

Jordi Bravo i Rius  
Universitat Pompeu Fabra

Recibido el 10 de febrero de 2026; aceptado el 23 de febrero de 2026.

**Resumen:** El presente trabajo analiza el régimen jurídico de la revisión de precios en la contratación pública española, con especial atención a los contratos de prestación de servicios intensivos en mano de obra. Partiendo del principio general de riesgo y ventura del contratista y de su conexión con el *pacta sunt servanda*, se examinan las excepciones admitidas por el ordenamiento —fuerza mayor, riesgo imprevisible y reequilibrio económico— y, en particular, el alcance y límites de la revisión de precios regulada en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público. El estudio pone de manifiesto las disfunciones estructurales del modelo vigente, que, debido a su rigidez normativa y a una configuración excesivamente restrictiva, resulta en la práctica inaplicable a la mayoría de los contratos de servicios con elevado peso del factor trabajo. A partir del análisis doctrinal, jurisprudencial y administrativo, se sostiene la necesidad de una adaptación del régimen jurídico de la revisión de precios que permita preservar el equilibrio económico del contrato y su función social, sin desnaturalizar los principios de estabilidad presupuestaria, competencia competitiva e igualdad.

**Palabras clave:** Derecho Administrativo; contratación pública; revisión de precios; servicios intensivos en mano de obra; riesgo imprevisible; equilibrio económico-financiero del contrato.

**Abstract:** This article examines the legal framework governing price revision in Spanish public procurement, with particular emphasis on labour-intensive service contracts. Starting from the general principle of risk and reward borne by the contractor and its relationship with the *pacta sunt servanda* doctrine, the paper analyses the exceptions recognised by the legal system —force majeure, unforeseeable risk and economic rebalancing mechanisms— focusing especially on the scope and limits of price revision under Article 103 of the Public Sector Contracts Act. The study highlights the structural shortcomings of the current regulatory model, whose rigidity and restrictive design render price revision largely inapplicable in practice to service contracts where labour costs constitute the predominant component of the contract price. Drawing on doctrinal, judicial and administrative sources, the article argues for the need to reform the existing framework in order to ensure the effective preservation of contractual economic balance and the social function of public procurement, while remaining consistent with the principles of budgetary stability, competition and equality.

## Abreviaturas

<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CC</b>	Código Civil
<b>LCSP</b>	Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público
<b>LPGE</b>	Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.
<b>RCCL</b>	Decreto de 9 de enero de 1953 por el que se aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.
<b>TACRC</b>	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
<b>TARC Andalucía</b>	Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia
<b>OARC / KEAO</b>	Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra
<b>JACP País Vasco</b>	Junta asesora de contratación pública del País Vasco

## I. Introducción

Desde sus inicios el hombre ha necesitado relacionarse con otros para satisfacer sus necesidades. La imposibilidad de, por sí mismo, llegar a producir todos los bienes que necesitaba, así como la imposibilidad de especialización generalizada en todas las cuestiones de la vida, dieron nacimiento a las primeras relaciones mercantiles. A mayores fueron estas necesidades, en mayor modo se fue expandiendo el comercio. En los inicios, ante la ausencia de Administraciones Públicas con un cierto protagonismo —y quien habla de protagonismo lo hace de injerencia o participación en los mercados—, el régimen de la contratación se desarrolló en su mayoría en la esfera privada de los individuos y por imperio de la *autonomía de la voluntad* o de ciertas normas sociales y costumbres. Así las cosas, surgieron tímidas normas que empezaron a regular los negocios mercantiles y fueron poco a poco desarrollándose en las primeras cartas constitucionales los derechos al libre comercio cuya concreción vendría a darse en un estadio posterior en las variopintas leyes comerciales y civiles.

Este escenario se vería sustancialmente alterado con la paulatina consolidación del Sector Público como actor central en la vida económica, fenómeno particularmente acentuado a partir de la Revolución francesa y del posterior desarrollo del Estado moderno. Con el transcurso del tiempo, las crecientes necesidades de adquisición de suministros, construcción de obras públicas, así como provisión de servicios públicos por parte de las Administraciones Públicas, justificaron una creciente regulación con respecto a la Contratación por parte de los Entes Públicos —si bien, en los inicios sería más preciso hablar de «Administraciones Públicas *stricto sensu*»<sup>1</sup>—. Las primeras manifestaciones sistemáticas de la contratación pública dicha tuvieron por objeto el satisfacer necesidades de suministro militar, así como la construcción de obras públicas. Sirva a corte de ejemplo la Instrucción de Obras Públicas de 10 de octubre de 1845 que introdujo la ejecución por contrata, regímenes semejantes a los actuales contratos de obra y concesiones de obras<sup>2</sup>.

Desde entonces, hemos podido advertir un desarrollo y perfeccionamiento del modelo<sup>3</sup>, si bien cabe advertir que el Derecho Administrativo —o el derecho en general— es multiforme, variando en función de cuales sean las condiciones político-organizativas en las que se desarrolle<sup>4</sup>. Lejos de ser ello una debilidad estructural, es una consecuencia indefectible que deriva de su carácter instrumental, pues el Derecho Administrativo no es un fin en sí mismo, pero un instrumento que permite —o prohíbe en ciertos casos— alcanzar los fines del legislador.

El sistema público de contratación posee es que es quizá uno de los regímenes regulatorios más complejos, así como cambiantes del ordenamiento jurídico español. La más reciente de las obras legislativas que operan en el estado español en referencia a los procesos públicos de contratación es la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público —en adelante, «LCSP»— que vino a trasponer las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Empero son numerosas las antecesoras que ha tenido la misma y que se han venido adaptando a las realidades cambiantes que ha ido teniendo en Sector Público en general<sup>5</sup>.

- 
- 1 Con esta diferenciación, pretendemos atisbar la complejidad que ha alcanzado la estructura administrativa y, en particular, el surgimiento de Entes Instrumentales de los que se sirven las distintas Administraciones Públicas para la realización del interés general. En lo que sigue emplearemos la denominación «Entes del Sector Público» para englobar a los Entes Instrumentales, así como a las distintas instituciones.
  - 2 **SÁNCHEZ MORÓN**, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, 20.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2024, pág. 592.
  - 3 **GIRALDES GUTIÉRREZ**, Luis Salvador: «La evolución histórica del contrato administrativo. Una reflexión sobre la situación actual de la figura y sus perspectivas de futuro desde sus bases institucionales», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, Iustel, mayo 2014.
  - 4 **BARNES, JAVIER** (Coord.), «La colaboración interadministrativa a través del procedimiento nacional», en *La Transformación del procedimiento administrativo*, obra colectiva, págs. 238 y ss.
  - 5 Sin ánimo de ser exhaustivos, citaremos la Ley de Contratos del Estado de 1965 y su normativa de desarrollo; ya en la etapa constitucional, la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas —LCAP—, y su posterior Texto Refundido de 2000 —TRLCAP—; más tarde, la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, que supuso un giro conceptual relevante al desplazar el eje desde las «Administraciones» hacia el «Sector Público» y reforzar la centralidad de los

A nuestro juicio debe verse cierta atención a la realidad cambiante a la que la Contratación en general, y la administrativa en particular, deben hacer frente. En pleno siglo XXI hemos sufrido una gran cantidad de sucesos que bien pueden considerarse como atípicos y que, sin ápice de duda, constituyen una alteración de la normalidad, como por ejemplo la crisis financiera global de 2008, la pandemia provocada por el COVID-19 — que dio lugar en España a la declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo—, la guerra en Ucrania y la consiguiente crisis energética e inflacionaria, así como las perturbaciones en las cadenas de suministro a escala internacional. Todos estos fenómenos han tenido un impacto directo y principal en la ejecución de los contratos —también en los públicos—, afectando de manera singular a su equilibrio económico, plazos de ejecución y a los costes inicialmente previstos por los licitadores.

Esta realidad profundamente cambiante, causa que, mientras que los presupuestos fácticos que sirven de base al contrato pueden alterarse de manera significativa y en un corto periodo de tiempo durante la ejecución del mismo, de otro lado, los presupuestos jurídicos, esto es, las cláusulas de los pliegos y las disposiciones de carácter imperativo —singularmente, en esta materia, las contenidas en la LCSP— permanecen esencialmente inalterados, resistentes a la adaptación y con un contenido que dificulta su aplicabilidad en lo que respecta a la mutación de los contratos. Cabe tener en cuenta, en este sentido, que el contrato administrativo, en sentido estricto, solo puede completar o concretar dicho régimen jurídico, pero en ningún caso alterarlo o contradecirlo, limitándose a precisar, cuando proceda, las condiciones de ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones previamente fijadas en los pliegos<sup>6</sup>.

En este contexto, resulta patente que el régimen vigente de la contratación pública no ofrece respuestas *plenamente* satisfactorias frente a escenarios de alteración intensa y prolongada de las condiciones económicas de ejecución.

Ciertamente, nuestro ordenamiento jurídico contempla un elenco de mecanismos de adaptación contractual vinculados a supuestos de fuerza mayor o a alteraciones excepcionales de las circunstancias, empero tales mecanismos se revelan, a nuestro juicio, insuficientes tanto en su configuración normativa como en su alcance práctico. Su carácter estrictamente excepcional, unido a una interpretación jurisprudencial estricta y restrictiva, limita notablemente su eficacia práctica como instrumentos de reequilibrio contractual.

El problema no radica tanto en la inexistencia de técnicas de reequilibrio como en su insuficiente adecuación a ciertas realidades contractuales contemporáneas. En particular, los *contratos de prestación de servicios intensivos en mano de obra* revelan con especial claridad esta tensión. En ellos, el coste salarial constituye el elemento central de la estructura económica del contrato, pero su evolución escapa en buena medida al control del contratista al estar condicionada por dinámicas normativas y convencionales ajenas

---

principios de concurrencia y transparencia; y, finalmente, el Texto Refundido de 2011 —TRLCSPP—, que ordenó y sistematizó el marco precedente hasta la aprobación de la vigente LCSP

6 MESA VILA, Manuel, «Problemas jurídicos de la modificación de los pliegos después de su publicación», *Observatorio de Contratación Pública* (ObCP), sección «Opinión», 14 de septiembre de 2020.

a su esfera decisonal. Cuando tales variaciones inciden de manera significativa sobre los márgenes que pudieron razonablemente preverse al tiempo de la licitación, emerge una fricción entre el principio de riesgo y ventura y la propia racionalidad económica del contrato administrativo.

De ahí que se haga imprescindible plantear una reorientación del modelo de contratación pública, de modo que una futura reforma normativa avance hacia un sistema más flexible y resiliente, capaz de responder adecuadamente a escenarios de incertidumbre y riesgo estructural. Con este artículo pretendemos reflexionar sobre la posibilidad de acomodar la rigidez de los presupuestos normativos del contrato a la evolución de las circunstancias que presiden su ejecución. Esto no debe interpretarse como una llamada para la introducción de una flexibilidad máxima en los contratos públicos intensivos en mano de obra, antes en la articulación de una serie de mecanismos jurídicos que faculten al ajuste de las condiciones económicas del contrato para mantener lo tanto doctrina como jurisprudencia vienen llamando «equilibrio económico del contrato»<sup>7</sup>. Sostenemos con este trabajo que, o bien debe abrirse un espacio interpretativo más preciso para la aplicación excepcional de las técnicas de reequilibrio económico —singularmente en supuestos cualificados de alteración imprevisible—, o bien resulta necesaria una reconsideración normativa del régimen vigente para evitar que el principio de riesgo y ventura opere como un mecanismo de transferencia automática de riesgos no gestionables al contratista. Por tanto, hacer que esa flexibilidad se traduzca en la posibilidad de, por un lado, absorber alteraciones *relevantes*, pero sin, por otro lado, comprometer la viabilidad del vínculo obligacional —salvaguardando los principios de *pacta sunt servanda* y *riesgo y ventura*— así como el interés público subyacente.

Finalmente, como veremos, el impacto que puede llegar a poseer sobre el interés general la inobservancia de dicha adaptación de los presupuestos jurídicos del contrato a la variación de las circunstancias envolventes del mismo es mayúsculo, pudiendo incluso comprometer la continuidad en la prestación de servicios esenciales para la ciudadanía, básicos en un Estado social como el español, tales como la sanidad o la educación, entre otros. Ello refuerza la necesidad de plantear en profundidad la cuestión aquí planteada.

## II. Los contratos de prestación de servicios intensivos en mano de obra

### 1. Concepto y delimitación

De acuerdo con de definición aportada por el artículo 17 de la LCSP «son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer, consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro». De este modo, se configuran y se distinguen, en primer lugar, de los contratos de obra, en

---

7 Al respecto, véase las SSTs de 21 de febrero de 1998 y de 19 de septiembre de 2000.

los que la prestación tiene carácter estrictamente *resultadista* y no se agota en una mera actividad continuada<sup>8</sup>. Asimismo, se diferencian de los denominados contratos atípicos o innominados, en la medida en que estos últimos carecen de una tipificación normativa propia<sup>9</sup>, mientras que los contratos de servicios se insertan plenamente en una categoría contractual expresamente regulada por el ordenamiento jurídico, como veremos a continuación.

De este modo, el precepto introduce un par de particularidades relevantes. En primer lugar, reconoce que en los contratos de prestación de servicios *existe un resultado*, si bien distinto del propio de los contratos de obra o de suministro. No se trata, por tanto, de un resultado materializado en una obra o en la entrega de un bien, sino de un resultado funcional vinculado al desarrollo de una actividad. Esta formulación, ciertamente abierta, ha sido interpretada como una cláusula de delimitación residual, destinada a acoger aquellas prestaciones resultadistas que no encuentran encaje ni en el contrato de obra ni en el de suministro, sin que ello implique conferir a la Administración un margen discrecional ilimitado en la configuración del objeto contractual.

A nuestro juicio definir el contrato de servicios como una prestación dirigida a la obtención de un resultado resulta, cuando menos, conceptualmente imprecisa. Al equiparar de forma genérica los contratos de servicios a contratos de resultado, el precepto omite una distinción esencial ampliamente asentada en la teoría general de las obligaciones, esto es, la diferencia entre el resultado como *satisfacción del interés primario del acreedor* y el resultado *razonablemente exigible al deudor en atención a la naturaleza de la prestación*<sup>10</sup>. Esta formulación normativa, excesivamente abierta, corre el riesgo de proyectar una concepción resultadista allí donde, en puridad, la obligación asumida por el contratista se limita a una prestación de actividad diligente —si bien con unas responsabilidades, pero que derivan en todo caso de la propia actividad y no de la exigencia de un resultado—, generando así una fuente potencial de confusión dogmática y de inseguridad interpretativa en la delimitación del régimen jurídico aplicable.

De este modo, la definición legal del contrato de servicios, combina dos elementos: de un lado, la caracterización de la prestación como una obligación de hacer; de otro, la determinación de su resultado como algo distinto de una obra o de un suministro. En este tipo de contratos se combinan los elementos propios de la *locatio conductio operarum*, donde lo fundamental es la actividad —como sucederá típicamente en las prestaciones de carácter intelectual— con los específicos de la *locatio conductio operis*, donde pre-

---

8 Si bien, consideramos esto como una mera simplificación pues la responsabilidad derivada del vínculo obligacional en los contratos de prestación de servicios se extiende más allá de la propia existencia de una actividad, como se desprende de los artículos 311 y siguientes de la LCSP.

9 A tales efectos, resulta ilustrativa la SAP Tenerife 211/2019 que destaca que los contratos atípicos son importados del sistema anglosajón. Para mayor abundamiento sobre los contratos atípicos, véase: PAREJO GAMIR, R.: «Contratos administrativos típicos», *Revista de administración pública*, núm. 55, 1968, págs. 400 y ss.

10 CRESPO MORA, M.<sup>a</sup> Carmen, «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, abril de 2013.

domina la atención al resultado, supuesto aplicable a las prestaciones eminentemente materiales<sup>11</sup>.

En segundo lugar, el artículo establece como prohibición expresa la contratación de servicios el ejercicio de potestades administrativas. Ello excluye, por ejemplo, la posibilidad de contratar a terceros para dictar resoluciones sancionadoras, como sería la imposición de multas de tráfico. No obstante, como se verá, la Administración ha llevado a cabo —con el respaldo de la jurisprudencia— una interpretación funcional de este límite. Así, en supuestos como el indicado, lo que se contrata no es el ejercicio de la potestad sancionadora en sentido estricto, que queda reservada al funcionario público competente, sino servicios auxiliares o de apoyo material, tales como la captación de pruebas, la toma de fotografías o la formulación de denuncias, permitiendo de este modo compatibilizar la externalización de determinadas tareas con el respeto a la reserva legal establecida en el artículo 17.2 de la LCSP.

Del mismo modo, aparece una subcategoría dentro de los contratos de prestación de servicios: los contratos de prestación de servicios *intensivos en mano de obra*. Desde una perspectiva dogmática, puede entenderse por tales aquellos contratos cuyo objeto consiste en una prestación de hacer, propia del contrato de servicios, y en el que la mayor parte del precio viene determinada por el coste del factor trabajo. En estos contratos, el precio no responde a una contingencia externa o accidental, o tampoco a costes de infraestructura o materiales, sino que se trata de prestaciones que, por su propia naturaleza, requieren la adscripción continuada de un número elevado de trabajadores para su ejecución, en proporción significativamente superior a las exigencias de capital o inversión material. De este modo, el coste laboral se erige en el elemento estructural y predominante del valor estimado del contrato, condicionando decisivamente su configuración económica y su régimen jurídico. Podemos pensar a modo de ejemplo, contratos de servicios de limpieza que, si bien tendrán gastos derivados de los productos sanitarios que empleen para fregar los suelos, sacar el polvo, etc. su partida principal será el personal que los usa. De la misma manera puede pensarse en los costes de un contrato de control de accesos o labores de vigilancia para una universidad pública.

Sin embargo, es preciso advertir que en este tipo de contratos el precio no se agota en los salarios, sino que incorpora necesariamente una estructura organizativa real, vinculada a la gestión del personal, la coordinación de turnos, las sustituciones, la formación y el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social. Así lo pone de manifiesto, a título ilustrativo, el Informe 38/2024 de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña.

En nuestro ejemplo anterior, la empresa que es contratada para realizar la limpieza de un Museo, no sólo se limita a pagar las nóminas de los empleados, sino que debe coordinarse con el museo para atender los horarios, variar las necesidades de limpieza en función de dónde haya nuevas exposiciones o mayor afluencia, legalizar los tributos y contribuciones que se desprenden de los propios contratos laborales y la actividad

---

11 BERMEJO BREA, José (dir.); BERNAL BLAY, Miguel Ángel (coord.), *Diccionario de Contratación Pública*, 1.ª ed., Madrid, Editorial Iustel, 2009.

empresarial; y un largo etcétera de tareas que requieren de un personal. Desconocer esta realidad económica pone en riesgo el interés general en tanto en cuanto quedarán *ex ante* procesos de licitación de contratos desiertos y *ex post* obras sin terminar y servicios —potencialmente esenciales— sin prestar<sup>12</sup>.

Desde el punto de vista normativo, el artículo 145.3.g) de la LCSP proporciona un criterio relevante para la delimitación de esta categoría, al referirse a ellos como contratos en los que la mano de obra es un factor especialmente relevante en la ejecución. De manera parecida, aunque un poco más rígida el TACRC ha proporcionado una definición de servicio intensivo en mano de obra que se expone en sus resoluciones n.º 702/2018 de 20 de julio, n.º 738/2018 de 31 de julio, o la n.º 745/2018 de 31 de julio, n.º 990/2018, entre otras. Concretamente el fundamento sexto de la primera de estas resoluciones sostiene que:

«El término de contratos o actividades en mano de obra intensiva proviene del inglés *labor intensive* y designa aquellas actividades económicas que requieren un gran número de trabajadores en comparación con las exigencias de capital que precisan». Este argumento sumado a la consideración en relación con la primacía de los costes laborales con valor predominante en el valor estimado del contrato que han de ser calculados debidamente, conjugan que nos hallamos ante un servicio intensivo en mano de obra que requiere la imbricación de varios criterios de adjudicación ex artículo 145.3 letra g) de la LCSP».

Debe de distinguirse estos contratos en particular de los contratos menores —art. 29.8 LCSP—. A tales efectos el artículo 308.2 de la LCSP establece de forma expresa que «*en ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores*». Mediante esta cláusula de cierre, el legislador pretende evitar que la Administración eluda los procedimientos legalmente establecidos para la selección y contratación de su personal laboral, recurriendo de manera impropia a contratos de prestación de servicios para encubrir relaciones de carácter laboral. Se trata, en definitiva, de impedir prácticas funcionalmente equivalentes a las que, en otros ámbitos, han sido calificadas como supuestos de falsa externalización o de «falsos autónomos», garantizando así el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen el acceso al empleo público. Para los efectos de este artículo nos basaremos en los contratos de prestación de servicios *stricto sensu* pues son quizá los que, por su duración, están mayormente expuestos a roturas de la ecuación económico-financiera del contrato.

Ahora bien, el órgano de control se muestra claramente reticente a la fijación de umbrales porcentuales rígidos para determinar cuándo un contrato puede calificarse como intensivo en mano de obra, tal como se desprende de la Resolución n.º 1115/2023. Antes, al contrario, el Tribunal ha precisado que no resulta suficiente, a estos efectos, con que el peso de los costes laborales supere el 50 % del valor estimado del contrato, siendo necesario que el factor trabajo resulte claramente predominante dentro de la estructura global de costes. Asimismo, ha señalado que existen determinados tipos de contratos de

12 A. GARCÍA JIMÉNEZ, «La revisión de precios de los contratos públicos en un escenario inflacionista», *Revista de Administración Pública*, núm. 221, 2023.

servicios que, *prima facie*, pueden presumirse *iuris tantum* intensivos en mano de obra, tal como reiteran las Resoluciones n.º 1115/2023 y n.º 1307/2024.

Si bien, en su Resolución 549/2020, de 17 de abril, el TACRC se atreve a categorizar ciertos «extremos» como *intensivos en mano de obra*. En el caso concreto resuelve para un contrato de prestación de servicios de limpieza en el que el 90 % de los gastos de la empresa era en concepto mano de obra. La doctrina del Tribunal nos permite ver cómo hay una serie de zonas de certeza positiva que parece que entran con *quasi*-absoluta seguridad en el concepto de *intensivo en mano de obra*. Asimismo, resulta interesante ver como el TACRC valora no sólo el peso de esta partida en las cuentas de la propia empresa pero también la proporción con respecto a las empresas del sector.

Estas interpretaciones resultan, a nuestro juicio, plenamente acertadas, en la medida en que los órganos encargados de la resolución de controversias no pueden ni deben fijar criterios tasados allí donde el propio legislador ha optado deliberadamente por preservar un margen de apreciación *para ponderar una serie de factores relevantes en cada caso*. En efecto, la remisión a una valoración caso por caso no constituye una carencia normativa, sino una opción consciente del legislador, que traslada a los órganos de evaluación y control la responsabilidad de ponderar las circunstancias concurrentes sin sustituir la ley por reglas generales de creación jurisprudencial. En este sentido, como advierte FERRERES COMELLA<sup>13</sup>, «*la jurisprudencia puede contribuir a clarificar dichos factores cuando la ley no los explicita, pero no debe destruir el casuismo que el legislador ha querido preservar en cada decisión*».

De lo anterior se desprende que este tipo de contratos no se define mediante criterios rígidos ni a través de umbrales porcentuales predeterminados que permitan identificar *ipso facto* o *ipso iure* cuándo nos hallamos ante un contrato intensivo en mano de obra. Ni el legislador, ni la doctrina administrativa, ni la jurisprudencia han optado por fórmulas cerradas, sino que remiten deliberadamente a *conceptos jurídicos indeterminados*, en particular al peso relativo del factor trabajo dentro de la estructura global de costes del contrato. No es extraño que suceda esto, sobre todo en materia administrativa y en el fondo, si bien pone en tensión la seguridad jurídica —lo cual se traduce en mayor litigiosidad y menor inversión—, tiene como contrapartida un análisis «case by case» que protege la norma de supuestos de *underinclusiveness* y *overinclusiveness*<sup>14</sup>.

En la misma línea que el TACRC, la jurisprudencia comunitaria resulta especialmente clarificadora al realizar una interpretación conforme de la trasposición de las leyes nacionales con la originaria Directiva 2014/24/UE. A tales efectos en la STJUE C-789/23 [ECLI:EU:C:2025:984] el tribunal reconoce a lo largo de su razonamiento cómo los contratos intensivos en mano de obra son contratos no neutros desde una perspectiva económica ni social. Reconoce el tribunal que, de igual modo que venimos advirtiendo, estos son contratos *sui generis* por la relevancia estructural que poseen al ser una parte sustan-

13 FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Civitas, 2002, pp. 156 y ss.

14 SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life*, Oxford University Press, Oxford, 1991.

cial del precio del contrato la mano de obra empleada para poder atender la prestación objeto de contratación. Sin embargo, introduce la sentencia una particularidad —en base a lo que argumenta el *Consiglio di Stato* en su petición de cuestión pre-judicial— esto es, que las exigencias del artículo 67, apartado 2, de la Directiva 2014/24/UE, establecen de manera clara una segunda particularidad de estos contratos, en tanto en cuanto poseen una afectación en la esfera personal de los trabajadores, así como la de sus familias. El argumento, que es avalado por el alto tribunal europeo, es precisamente que la regulación que hace la directiva de este tipo de contratos encuentra como *ratio legis* la protección del empleo, cuestiones primordiales en la contratación pública según el derecho de la Unión así como la *constitutzione*.

Esta interpretación busca mirar las dos caras de la moneda en lo que respecta a este tipo de contratos. Pues si bien una alteración grave de las circunstancias, que devenga en la rotura completa del contrato por imposibilidad económica de cumplimiento, afecta a la mercantil o empresario adjudicatario, no es menos cierto que posee una gran afectación a quienes pueden, potencialmente, perder sus empleos a causa de dicho quebrantamiento. Con anterioridad, hemos introducido además una tercera vertiente que es la afectación al interés general cuando, como comentábamos, del incumplimiento devienen futuras licitaciones desiertas o bien la no-prestación de servicios. Por tanto, de la no revisión de precios de este tipo de contratos deriva una situación de «triple-loose»: pierden los empresarios, los trabajadores y los ciudadanos. No parece que se requiera extensos conocimientos en derechos para atisbar que será contrario al interés general una actuación, o como en este caso, omisión de la administración que pudiera derivar en semejantes consecuencias.

Pero a mayor abundancia, en servicios laborales, el «precio» no se agota en salarios; existe estructura organizativa real, y negar su reconocimiento lleva a licitaciones fallidas o a baja calidad. Consecuencia directa de la anterior circunstancia, es la cláusula de revisión de precios unitarios para mantener la «indemnidad patrimonial» de la empresa, es decir, se asume que los precios del contrato pueden sufrir variaciones al alza, por lo que el contrato no se limita a «reembolsar un coste» fijo y determinado, sino que admite la posible variación de esos costes, y la consecuente revisión del precio. Ya no estamos ante un «reembolso» en los términos de la Ley 11/2016, que por su naturaleza es un acto puntual —o en términos de la Abogacía General UE, la retribución de un coste fijo y permanente—, sino ante un equilibrio económico consecuencia del desarrollo de las anualidades.

### III. Marco normativo general de la revisión de precios en la contratación pública

#### 1. El principio de riesgo y ventura del contratista

El principio de riesgo y ventura del contratista constituye uno de los pilares clásicos sobre los que se ha edificado históricamente el régimen jurídico de la contratación admi-

nistrativa. Este principio, según MUÑOZ MACHADO<sup>15</sup>, supone que el contratista se obliga a entregar una obra determinada y asumir las consecuencias y vicisitudes que pueden producirse antes que la obra sea entregada definitivamente; los daños que se puedan ocasionar a la obra o perjuicios que circunstancias sobrevenidas pueden irrogar al contratista serán de su cuenta y tendrá que asumirlos necesariamente.

De manera muy parecida a la anteriormente expuesta y, un poco más genérica, el diccionario parahispánico del español jurídico define riesgo y ventura como un sublema de riesgo consistente en un «principio por el que el contratista asume los riesgos a que está expuesto el desarrollo de un contrato y que repercuten en el beneficio económico que espera obtener».

A mayores, la ejecución de los contratos está presidida por un principio rector fundamental en materia contractual, que resulta de aplicación común tanto al régimen de la contratación privada como al de la contratación pública: el principio de *pacta sunt servanda*. Dicho principio impone la obligación de cumplir los acuerdos válidamente celebrados entre las partes, esto es, aquellos perfeccionados con la concurrencia de los elementos esenciales del contrato —consentimiento, objeto y causa<sup>16</sup>— a los que se refiere el artículo 1261 del Código Civil. Este principio ha sido unánime reconocido por la Jurisprudencia como reflejan las SSTs 5365/2013; de 10 de diciembre de 1990; de 06 de noviembre de 1992; 15 de noviembre de 2000 y 28 de octubre de 2015.

En materia administrativa viene este principio consagrado en el artículo 189 de la LCSP cuando expone que «los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas». De dicho mandato se derivan dos consecuencias prácticas fundamentales para la fase de ejecución contractual: de un lado, la inmutabilidad general de las prestaciones pactadas; de otro, la atribución al contratista del riesgo y ventura inherente a la ejecución del contrato, tal como ha reiterado la jurisprudencia contencioso-administrativa —STS de 28 de octubre de 2015—. Debe añadirse, asimismo, que los pliegos de cláusulas administrativas particulares constituyen la ley del contrato, principio positivizado en el artículo 139 de la vigente LCSP —por todas, SSTs de 19 de marzo de 2001; 1543/2023, 22 de noviembre de 2023; y 1579/2025, 4 de diciembre de 2025— con lo que el principio de *pacta sunt servanda* debe predicarse respecto a su contenido.

Como estamos viendo, se trata pues de un principio de **aplicación cuasi absoluta**, cuyos únicos límites pueden subsumirse en una interpretación analógica del artículo 1255 CC —la ley, el orden público y la moral—, y este primero en particular, en la medida en que el ordenamiento admite modulaciones excepcionales del contenido obligacional cuando concurren circunstancias extraordinarias debidamente justificadas —en un sentido análogo, STS 1359/2022, de 24 de octubre—. El principio es en el fondo primordial en lo que respecta al Derecho y a la Economía, pues, es este principio el que permite que los ciu-

15 MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo XIII: La Administración del Estado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pp. 181 y ss.

16 Sobre decir que en algunos casos la forma será, en atención a lo que dispongan las disposiciones legales ad hoc, un requisito adicional.

dadanos puedan fiarse de las Administraciones Públicas y que, en definitiva, no queden desiertos todos los concursos que la Administración abre a licitación. La esperanza de cumplimiento por la contraparte es primordial para el buen funcionamiento del mercado y, en este caso, del Derecho de los contratos, sean públicos o privados.

Pues bien, el deber de cumplir lo pactado constituye el marco general de obligatoriedad dentro del cual se inserta el principio de riesgo y ventura, pero no puede afirmarse que este último derive de aquel de forma directa o automática. Mientras aquel opera en el plano de la exigibilidad de la prestación, el riesgo y ventura actúa como un criterio normativo de imputación económica: no define qué debe cumplirse, sino quién debe soportar las consecuencias ordinarias de su ejecución. Responde a una opción normativa específica de distribución del riesgo contractual. En este sentido, el riesgo y ventura no se limita a exigir la reverencia a la palabra —en especial frente a un cambio de circunstancias—, sino que determina *ex ante* qué parte debe soportar las consecuencias económicas ordinarias derivadas de la ejecución del contrato, aun cuando estas resulten más gravosas de lo inicialmente previsto. Es el legislador quien elige trasladar el riesgo ordinario sobre el contratista por razones funcionales —estabilidad del gasto público, concurrencia, disciplina presupuestaria, entre otras—. Este margen general no impide que, en el Derecho administrativo puedan advertirse marcos excepcionales que actúen como límites excepcionales cuando concurren circunstancias extraordinarias que rompen de manera cualificada la base económica del contrato —como la fuerza mayor u otros supuestos de alteración imprevisible—. En ellos es el propio ordenamiento admite modulaciones de la regla general, precisamente porque ya no resulta razonable exigir a una de las partes el sacrificio económico inicialmente asumido. Pues dentro de estos últimos casos cabe advertir algunos supuestos en los que la afectación sea de menor entidad que el *numerus clausus* de los casos de fuerza mayor pero que, sin embargo, quebrantan de igual modo el equilibrio financiero del contrato. A estos supuestos es a los que estamos dirigiendo nuestra atención en la defensa de la revisión de precios en contratos intensivos en mano de obra.

La aplicación de lo anterior en la contratación pública proviene al mismo tiempo de las exigencias que han venido desarrollándose en el régimen de la contratación privada. De hecho, es primordial destacar que, en la actualidad, la legislación civil es de carácter supletorio a la administrativa, pudiendo aplicarse la primera en los casos en los que la segunda contuviera texturas abiertas o bien no regulase ciertas materias —SSTS 53/2020, de 22 de enero [ECLI:ES:TS:2020:124]; 102/2019, de 29 de enero [ECLI:ES:TS:2020:274]—<sup>17</sup>.

17 No obstante, la STS 53/2020 niega que el Derecho civil actúe de forma automática como derecho supletorio del Derecho administrativo, apoyándose en las siguientes consideraciones: (i) el artículo 4.3 del Código Civil se refiere primordialmente a la legislación civil y mercantil, y no a la normativa administrativa; (ii) la aplicación supletoria del Derecho civil solo resulta procedente cuando así lo disponen expresamente las normas administrativas —como ocurre, entre otros supuestos, en el artículo 19 de la Ley de Contratos del Sector Público o en el artículo 17 de la Ley General Tributaria—, sin que pueda afirmarse una supletoriedad indiscriminada o generalizada, tal y como ya señaló la STS de 9 de marzo de 2012; y (iii) el Derecho administrativo constituye un ordenamiento autónomo, con un régimen jurisdiccional propio y sustentado en principios estructurales claramente diferenciados de los que informan el Derecho privado.

A estos efectos, cabe advertir que el principio de riesgo y ventura proviene de uno más general, el *principio de asunción del riesgo contractual*, que cuenta con una antiquísima regulación en el Derecho privado. De manera concreta, el artículo 1593 del Código Civil de 1889 —vigente en la actualidad— establece que, en el caso de los contratos de obra privados, el contratista debe responder por su ejecución pese a los incrementos en los precios de los materiales y/o jornales, sin que por ello pueda exigirse una ampliación presupuestaria. Una regulación más general es la que nos ofrece el artículo 1258 CC que establece que el contenido obligacional de cualquier contrato se extiende más allá de lo expresamente pactado, alcanzando también a todas aquellas consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley<sup>18</sup>. Si bien es cierto que en lo que respecta a aquellas obligaciones de hacer, esto es los hoy llamados *contratos de prestación de servicios*, no encuentran una regulación tal como las anteriores, —poco o nada dicen los artículos 1583 y siguientes del Código Civil al respecto—, cabe entender que son de aplicación los anteriores preceptos por generales.

Junto al Código Civil estatal, el Derecho Privado ofrece en la actualidad expresiones normativas claras del principio general de asunción del riesgo contractual tanto en la legislación especial como, de manera particularmente explícita, en el Código Civil de Cataluña. En efecto, los artículos 621-45, 621-46 y 621-49 CCCat consagran que el deudor no queda liberado por la mayor onerosidad sobrevenida del cumplimiento del contrato. De este modo, integra en el contenido obligacional los riesgos típicos y previsibles del contrato y excluyendo cualquier alteración unilateral fundada en la pérdida de rentabilidad. La institución de la revisión del contrato resta reservada a supuestos estrictamente excepcionales de alteración extraordinaria de las circunstancias —regulada en el artículo 621-54 CCCat—. La razón de ser de este principio es principalmente que la obligación de un contrato de obra es de resultado, el contratado se obliga a entregar *algo* terminado, concreto y de las características pactadas *ex ante* y, en consecuencia, la ausencia de entrega constituye un incumplimiento por una de las partes que justifica el incumplimiento correlativo y la extinción de la obligación. Como comentábamos anteriormente, serán solamente circunstancias muy excepcionales y tasadas las que permitan quebrantar este principio.

Es importante destacar que, esto mismo se traslada al ámbito administrativo por vía del principio de riesgo y ventura que, en ningún caso se erige como una manifestación de la posición privilegiada de la Administración, sino que, como señaló GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>19</sup>, se inspira en el principio de inmutabilidad del *contractus lex* reflejando de este modo el deber del empresario de entregar un «resultado logrado», sin el que no surgirá el correlativo deber de entregar el precio pactado. En consecuencia, hasta que el empresario no cumpla su obligación la Administración no tendrá por qué llevar a cabo la suya. Sin embargo, cabría ir más allá en nuestro análisis y no sólo preguntarnos el cuándo y cómo de su existencia, sino el por qué.

18 Cabe destacar que son varias las sentencias de nuestro Tribunal Supremo que declaran que debe de hacerse una interpretación ciertamente restrictiva de este precepto. A corte de ejemplo las SSTs de 13 de junio de 1944 y de 23 de noviembre de 1988.

19 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo I*, 19.ª ed., Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2020, cap. XIII, epígr. 2.º.

Las primeras manifestaciones de este principio en la regulación administrativa las encontramos en el ámbito local, siendo especialmente significativos el Pliego General de Condiciones de 1861. Si bien parece que, en realidad, el principio de riesgo y ventura reposa en aquellos tiempos a una concepción primigenia del contrato administrativo propia del Estado liberal decimonónico, en el que la prioridad era blindar el erario frente a reclamaciones del contratista más que articular mecanismos sofisticados de gestión del riesgo. Esta regulación fue evolucionando de manera posterior en el artículo 43 del *Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas*, aprobado por Real Decreto de 13 de marzo de 1903 que establecía que:

«El contratista no podrá, bajo ningún pretexto de error u omisión, reclamar aumento de los precios».

Asimismo, impone que en los pliegos de condiciones particulares se haga constar necesariamente, entre otros extremos:

«los casos en que el rematante pueda pedir aumento o disminución del precio o rescisión del contrato, o la advertencia de que éste se hace a riesgo y ventura para el rematante, sin que por ninguna causa pueda pedir alteración del precio o rescisión».

Como vemos, la regulación en materia de revisión de precios es muy parca y la lógica del sistema es inversa: una negativa por defecto, una aceptación en casos marcados. Si bien puede *prima facie* parecer un sistema de ahorro para la administración, debe recordarse que la eficiencia presupuestaria debe ser la única vara de medir en la toma de decisiones de una administración y no puede, bajo ningún concepto, contravenir el interés general. Ya entrado el S.XX, el Decreto de 9 de enero de 1953, por el que se aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales reguló de manera más exhaustiva la materia en su artículo 57, seguía con el desarrollo de susodicho principio, si bien cabe advertir que lo hace todavía en una formulación incipiente y menos elaborada que la que posteriormente consolidaría la legislación general de contratos administrativos:

«Los contratos en que intervengan las Corporaciones locales se entenderán siempre convenidos a riesgo y ventura para el contratista, sin que pueda solicitar alteración del precio o indemnización, excepto por alguna de las siguientes causas: a) incendios originados por electricidad atmosférica...».

Con posterioridad apareció la LCSP 2007 y el TRLCSP 2011 que lo incluyeron tanto en las disposiciones generales, como de forma específica para la concesión de obra pública y el contrato de gestión de servicios públicos.

En la actualidad, la moderna LCSP 2017 contempla susodicho principio en el artículo 197. Es de notar como este se encuentra ubicado en el Título I, sobre Disposiciones generales de la Contratación Pública, lo que pone de relieve su vocación de aplicación transversal a la totalidad de los contratos celebrados por los entes del sector público. Asimismo, el principio se reitera de forma específica en el artículo 254 para las concesiones de obra pública.

En el caso de la concesión de servicios, si bien no encontramos un precepto que recoja expresamente el principio, este operará empero con total normalidad, no solo por ser de

aplicación a todos los contratos administrativos, sino por no excluirse expresamente su aplicación en el artículo 286 LCSP.

Esta atribución del riesgo al contratista se configura, además, como una exigencia de carácter imperativo e irrenunciable, cuya observancia ha sido incluso afirmada desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su STJUE de 10 de septiembre de 2009<sup>20</sup>. En este sentido, es también preciso recordar la STJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (C-458/03) donde el tribunal sentenció que en todo caso debe ser «el prestador del servicio [el que] asume el riesgo de explotación de los servicios».

Dentro de los contratos típicos regulados en la LCSP, son estos últimos contratos, los de concesión —sea de obras o de servicios— los que tienen una expresión particular de este principio. Esta peculiaridad será la asunción por parte del contratista del riesgo operacional, una versión cualificada de riesgo y ventura. Se trata de un riesgo de naturaleza económica que deriva de la exposición real del concesionario a las incertidumbres del mercado y vinculado a la explotación de una obra o servicio, cuya característica definitoria es que no se garantiza al concesionario la recuperación de las inversiones realizadas ni la cobertura de los costes de explotación en condiciones normales de funcionamiento<sup>21</sup>. Puede proceder del riesgo de demanda, del riesgo de suministro u oferta, o de ambos, siempre que su transferencia sea real y significativa y no meramente nominal<sup>22</sup>.

Esto viene reflejado en los considerandos 18 a 20 de la Directiva 2014/23/UE, que señalan lo siguiente: «La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional». Para añadir más adelante que «cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no se debería considerar concesión a efectos de la presente Directiva». En este sentido, es también preciso recordar la STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset* (C-196/08) cuando definió que el riesgo que tiene el deber de soportar, más allá del riesgo y ventura, es el «riesgo vinculado a la explotación del servicio». De este modo, el tribunal empezaba a introducir el concepto de «riesgo operacional». Esta atribución del riesgo al contratista se configura, además, como una exigencia de carácter imperativo e irrenunciable, cuya observancia ha sido incluso afirmada desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su STJUE de 10 de septiembre de 2009 (C-206/08), [ECLI:EU:C:2009:540].

En la cual desarrolló su jurisprudencia entendiendo que en los contratos administrativos «debe existir un riesgo de explotación importante, pero que no es necesario que este se corresponda con el riesgo económico que existe habitualmente en un mercado libre».

20 STJUE de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-206/08 (Sala tercera), [ECLI:EU:C:2009:540].

21 LAZO VITORIA, X., «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión», en GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup> (dir.), *Estudio sistemático de la LCSP*, 2018, pp. 517-544.

22 Para mayor abundamiento en la materia, nos remitimos a: LÓPEZ MORA, M.<sup>a</sup> E., *El riesgo operacional en la nueva LCSP*, BOE, 2019.

Merece una especial mención la emblemática STJUE de 10 de noviembre de 2011, Norma SIA y Dekom (C-348/10), al afirmar que:

«el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede traducirse en el riesgo a enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de la insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio».

De un modo parecido al alto tribunal europeo, nuestro Tribunal Supremo viene sentando jurisprudencia al respecto desde su STS 27 de octubre de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:6531] en cita a las SSTS de 14 de mayo y 22 de noviembre de 2001:

«el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión **riesgo** como contingencia o proximidad de un daño y **ventura** como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial.

Ello implica, que si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados, la Administración no podrá reducir el precio, mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen, el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización».

Siguió el Alto Tribunal desarrollando su jurisprudencia en las SSTS 1868/2018 [ECLI:ES:TS:2018:4429], de 20 de julio; y 20 de julio de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:3839].

Recuerda asimismo la STS 27 de octubre de 2009 Sin embargo, la Ley prevé como excepción los supuestos de fuerza mayor, definidos por la STS de 15 de marzo de 2005 [ECLI:ES:TS:2005:1593] como acontecimientos imprevisibles, anormales y ajenos a la voluntad del contratista que inciden negativamente en el contrato. Asimismo, la Sala Tercera ha reconocido, desde la STS de 27 de diciembre de 1990, la doctrina del riesgo imprevisible, admitiendo que circunstancias extraordinarias y no previsibles pueden justificar un reequilibrio cuando se produce una alteración sustancial de la economía del contrato.

Como puede verse, la interpretación que hace nuestro tribunal de este principio es mucho más rigurosa que la que realiza el TJUE o si más no, más acercada a su naturaleza. Cabe advertir a tales efectos que es el TS quien se encuentra en mejor posición para apreciar el resultado de las trasposiciones que ha realizado España de las Directivas en materia de contratación pública; así como para conocer las realidades o el día a día de las variopintas administraciones públicas y sus relaciones contractuales. Por así decirlo, es nuestro alto tribunal quien trabaja con el cuadro terminado y no con el boceto que

hacen las directivas —que sin duda serán de gran utilidad, motivo por el cual nos iremos refiriendo a ellas a lo largo del presente artículo—.

## 2. La revisión de precios como excepción: fundamento y límites

Como comentábamos con anterioridad, la legislación administrativa actual en materia de contratación pública permite la revisión de las condiciones económicas que riegan el contrato esto es, la revisión de precios, bajo la existencia de un presupuesto: la existencia de un riesgo imprevisible. Nuestro punto de partida es que el *ius variandi* que pueden ejercer los distintos Entes del Sector público se erige como, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>23</sup>, una «manifestación de la potestad expropiatoria general, que exige siempre una justa compensación».

No obstante, cabe tener en cuenta que la doctrina del riesgo imprevisible se erige como una regla de salvaguarda al principio rector de *riesgo y ventura*, que garantiza que las alteraciones que se produzcan sean gravosas y no pueda tras una mera pérdida de beneficio alterar el precio de un contrato que, recuérdese, es un elemento esencial del contrato. El que es quizá el ejemplo más famoso de su aplicación es el *arrêt Gaz de Bordeaux*, de 30 de marzo de 1916<sup>24</sup>, que resolvió el problema del mayor coste u onerosidad de las prestaciones exigidas a un contratista como consecuencia de la alteración de los precios del carbón y del gas se produjeron a consecuencia de la I Guerra Mundial.

La aplicación de dicha doctrina permite que el contratista, al igual que se beneficia de las mayores ventajas que en relación con las previstas que le depara la dinámica del contrato, deba soportar la mayor onerosidad que para él pueda significar su ejecución. El que sea expresión de la potestad expropiatoria de la Administración refuerza la nota de excepcionalidad del ejercicio del *ius variandi*<sup>25</sup>, en concreto, la revisión de precios.

Desde la óptica de la contratación privada, esta adaptación resulta, en términos generales, relativamente sencilla, sobre todo *ex ante*. El principio de autonomía de la voluntad permite que sean las propias partes las que, ya en el momento de configuración del contrato, diseñen un régimen obligacional más o menos flexible, incorporando cláusulas de revisión,

23 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 20.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2022, Capítulo XIII.

24 Puede consultarse en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-PB-2018-86\\_2](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-86_2)

25 En referencia a la excepcionalidad de la expropiación: la STS de 15 de julio de 1983, subrayó el carácter excepcional de la expropiación urgente y la necesidad de efectuar una interpretación restrictiva de los presupuestos para su realización; la STS de 09 de marzo de 19 93 declaró la nulidad de una declaración de urgencia, por no ser lógico ni racional acordar la urgente expropiación para realizar una obra sobre la que aún no se han pedido, ni por supuesto obtenido, las necesarias autorizaciones administrativas<sup>10</sup>; en fin, la STS de 22 de enero de 1996, consideró, igualmente, nula de pleno derecho una declaración de urgencia, al no existir crédito presupuestario debidamente aprobado para la adquisición de la finca que se pretendía expropiar. (Citas extraídas de. MINISTERIO DE HACIENDA (2003). *La Ley de Expropiación Forzosa. Análisis y perspectivas de reforma*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Hacienda, Madrid.)

adaptación o renegociación en función de la evolución de las circunstancias. Como comentaba, el acuerdo de voluntades actúa, así como instrumento primario de gestión del riesgo *ex ante*, más aún cuando la existencia de disposiciones legales de carácter imperativo es parca. Ciertamente es que salvo en contadas excepciones en las que más adelante tendremos tiempo para detenernos, la contratación privada debe atender a las razones del principio de *pacta sunt servanda* en el momento inmediatamente posterior a la perfección del contrato lo que deja, *ex post* una clara limitación de la variabilidad y adaptación. Es por ello, que podemos decir que mientras que la contratación pública es, como veremos, un elemento dinámico, la contratación privada se caracteriza por una cierta inmutabilidad<sup>26</sup>.

Por contraposición a la contratación privada, la contratación administrativa se sitúa en un plano radicalmente distinto en tanto en cuanto el Derecho Administrativo de la contratación parte de un esquema normativo que, desde su origen, configura el contrato como un instrumento fuertemente reglado, caracterizado por la inmutabilidad del contenido esencial pactado y, por una concepción ciertamente rígida del equilibrio contractual. A corte de ejemplo, las ofertas presentadas, sin que estas hayan sido adjudicadas, no podrán variar antes de ser adjudicadas en aras de los principios de transparencia e igualdad de licitadores<sup>27</sup>. El sistema parece estar pensado, en gran medida, para operar en contextos de estabilidad, previendo en consecuencia muy escasos mecanismos de adaptación dinámica una vez perfeccionado el contrato. Debe tenerse en cuenta a estos efectos que los contratos perfeccionados por la administración se extienden, en muchas ocasiones, durante largos periodos temporales lo que los expone a mayores riesgos en lo que respecta a la variabilidad de sus presupuestos fácticos.

La consecuencia de este planteamiento es que la problemática surge con especial intensidad en aquellos supuestos en los que concurren afectaciones externas de carácter extraordinario, ajenas a la voluntad de las partes, que inciden de forma directa y profunda en las condiciones de ejecución del contrato y, en particular, en la ecuación económico-financiera del mismo<sup>28</sup>. Piénsese a corte de ejemplo en catástrofes naturales, conflictos bélicos, crisis energéticas o perturbaciones económicas de carácter disruptivo<sup>29</sup>.

No se trata, en rigor, de acontecimientos inéditos en la historia económica, sino de manifestaciones cíclicas de inestabilidad cuya irrupción concreta, intensidad y duración presentan, sin embargo, un componente relevante de imprevisibilidad, situando al régi-

---

26 ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de Derecho administrativo*, 12.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2025, p. 347.

27 Resoluciones 4/2025, TARC Andalucía; 131/2012 OARC/KEAO; 120/2019 OARC/KEAO; 38/2022, OARC/KEAO; 53/2019 TACRC; 230/2017, TACRC; 45/2019 TACRC; 704/2023 TACRC; 439/2024 TACRC; SSTJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, [ECLI:EU:C:2012:191] y de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, [ECLI: EU:C:2018:122].

28 CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN, Dictámenes núms. 688/2004, de 2 de diciembre; 150/2014, de 8 de mayo; 1377/2010, de 25 de noviembre; y 44/2015, de 25 de febrero.

29 Una cuestión relevante a efectos de determinar la procedibilidad de la aplicación de las nociones ulteriormente analizadas de «fuerza mayor» o «alteración sustancial de las circunstancias» será el categorizar las rescisiones económicas como fenómenos los cuales sea predicable una cierta predictibilidad o bien por el contrario sean insospechados, imprevisibles y/o inevitables.

men jurídico de la contratación pública ante la encrucijada de determinar en qué medida tales alteraciones deben ser absorbidas por el principio de riesgo y ventura o, por el contrario, dar lugar a mecanismos excepcionales de reequilibrio.

Además, como ha señalado el profesor **CANO CAMPOS**<sup>30</sup>, la doctrina del riesgo imprevisible presenta notables puntos de fricción con la *cláusula rebus sic stantibus*, hasta el extremo de que en ocasiones ambas figuras han sido equiparadas o incluso confundidas. Sin embargo, dicha cláusula no constituye el fundamento del riesgo imprevisible, pues ambas técnicas descansan en un sustrato común, representado por el principio de buena fe contractual. Ahora bien, en el ámbito del riesgo imprevisible concurre un fundamento adicional y particular del derecho administrativo: la necesidad de garantizar la continuidad de los servicios públicos; lo que justifica que su aplicación pueda resultar menos restrictiva y excepcional que la de la cláusula civil y, en consecuencia, más protectora de la posición del contratista. A ello se añade que, aun compartiendo presupuestos de aplicación similares, las consecuencias jurídicas de una y otra figura no siempre coinciden, dado que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* puede conducir no solo al restablecimiento del equilibrio de las prestaciones, sino también, en determinados supuestos, a la extinción de la relación contractual<sup>31</sup>.

Desde una perspectiva histórica y dogmática, la doctrina del riesgo imprevisible no surge *ex novo* en el Derecho administrativo, sino que encuentra un antecedente remoto en la legislación civil, en particular en la regulación de la fuerza mayor como límite excepcional al principio de *pacta sunt servanda*. En este sentido, el artículo 1105 CC recoge de forma genérica los supuestos de sucesos imprevisibles o inevitables en el ámbito de la contratación privada, al disponer que:

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

Ahora bien, esta previsión civil no constituye el fundamento directo del riesgo imprevisible administrativo, pero proporciona un marco conceptual común —imprevisibilidad, inevitabilidad y ajenidad— que será posteriormente ampliado por la jurisprudencia y legislación administrativa para dar respuesta a situaciones en las que, sin concurrir fuerza mayor en sentido estricto, se produce una alteración extraordinaria y anormal del equilibrio económico del contrato.

Como se desprende del precepto analizado, el régimen jurídico del contrato admite, con carácter excepcional, una cierta variabilidad de sus términos como consecuencia de la concurrencia de supuestos de fuerza mayor. Supuestos que admite el precepto pueden ampliarse más allá del estándar genérico, en primer lugar, cuando así lo prevea expresamente una norma con rango legal; en segundo lugar, cuando derive de lo pactado

30 **CANO CAMPOS**, Tomás: «Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el *ius variandi* y el riesgo imprevisible», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 19, abril 2023, pp. 100-124.

31 **GÓMEZ POMAR** – Alti Sánchez-Aguilera, «Cláusula *rebus sic stantibus*...», *InDret*, 1/2021, pp. 502-577.

por las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, que puede ampliar convencionalmente el concepto de fuerza mayor<sup>32</sup>; y, en tercer lugar, el precepto incorpora de forma implícita elementos próximos a la cláusula *rebus sic stantibus*, al integrar dentro del concepto de fuerza mayor aquellas circunstancias extraordinarias que no podían preverse o que, aun siendo previsibles, resultaban inevitables, siempre que alteren de manera relevante las condiciones de ejecución del contrato.

De este modo, es muy interesante que el precepto abra la puerta a la ampliación del concepto de fuerza mayor, dejando por tanto atrás la antigua percepción de la fuerza mayor como un *numerus clausus*. El legislador, por tanto, podrá introducir, caso por caso y ley por ley, sector por sector, distintos supuestos de fuerza mayor, lo cual parece a todas luces compatible con la necesaria especificidad de las leyes. A corte de ejemplo, no será la misma fuerza mayor la que deba regir en un contrato de obras públicas afectado por la aparición sobrevenida de condiciones geotécnicas imprevisibles durante la ejecución, que la aplicable en un contrato de suministro energético sometido a una restricción administrativa extraordinaria o a una prohibición normativa sobrevenida que imposibilite temporalmente la prestación.

Ahora bien, lo anterior no debe conducir a una interpretación expansiva o desnaturalizadora de la institución, pues la regla general que preside el régimen contractual sigue siendo la inmutabilidad del precio —y las obligaciones en general— y el respeto al principio de riesgo y ventura. La admisión de excepciones solo resulta legítima en los estrictos términos previstos por la ley o por el propio contrato, y siempre con carácter restrictivo. Para el caso de los contratos de arrendamiento de obra el artículo 1593CC niega de manera taxativa la facultad de revisión de precio por aumento de coste para el constructor.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe refrendar el ímpetu que nos llevaría a afirmar el principio de invariabilidad de manera generalizada cuando el precio se concertase en concepto de precio alzado, pues tal previsión —el art.1593CC— al no tratarse de una norma *de ius cogens*, sino de una norma puramente dispositiva interpretativa de la voluntad de las partes, como veíamos antes puede ser derogada por pacto inicial de revisibilidad del precio. Así lo viene estableciendo la jurisprudencia española entre las que se hallan a corte de ejemplo las SSTS de 30 de abril de 1980, 4 de abril de 1981, 16 de septiembre de 1983, 8 de noviembre de 1983 y 26 de julio de 1998.

Parafraseando a ESTEVE PARDO<sup>33</sup>, el contrato privado es un instrumento rígido que no reacciona ante las incidencias que pueda sufrir, fiel siempre a la regla de *pacta sunt servanda*. Por el contrario, el contrato administrativo se dota de una nota característica que es la mutabilidad y que lo convierte en un contrato vivo.

Hablamos pues que los contratos administrativos son contratos en gerundio mientras que los contratos privados son contratos en presente.

---

32 Veremos posteriormente que esto será así en el ámbito privado, más en el caso administrativo las disposiciones generales y, en concreto la LCSP, será de carácter imperativo con lo que, no cabrá pacto en contra.

33 ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid. 2024. Págs. 346-347.

Desde la vigencia del principio de *pacta sunt servanda*, que vincula a las partes al cumplimiento estricto de lo pactado, y del principio de riesgo y ventura, que comporta la atribución al contratista del riesgo económico ordinario derivado de la ejecución del contrato, se desprende que cualquier eventual revisión de precios, en cuanto supone una alteración de un elemento esencial del contrato<sup>34</sup>, no puede operar de forma automática ni al margen del marco normativo aplicable. También en el ámbito de la contratación privada, la modificación del precio exige atender, en primer término, a lo expresamente previsto en el propio contrato y, en su defecto, a lo dispuesto por la ley —salvo que nos encontremos ante disposiciones imperativas, como la Ley de Arrendamientos Urbanos o, la Ley de Contratos de Seguro entre otras—. Esta misma lógica se proyecta, con mayor intensidad, sobre la contratación administrativa, en la que el contenido del vínculo contractual viene determinado por los pliegos de cláusulas administrativas particulares —auténtica ley del contrato— y por la normativa imperativa aplicable. En este contexto, el artículo 1255CC, aplicado de manera analógica, pone de manifiesto que uno de los límites esenciales al principio de *pacta sunt servanda* es precisamente la ley, lo que obliga a reconducir el análisis hacia la regulación específica de la contratación del sector público y, en particular, hacia el régimen jurídico de la revisión de precios previsto en la LCSP.

A tales efectos, cabe advertir como expone VILLAR EZCURRA<sup>35</sup>, que en la contratación administrativa por contraposición a lo que viene sucediendo a la luz de las generalidades del Derecho Privado, la fuerza mayor se ha caracterizado desde sus inicios —en el Pliego de contratación de 1886 y sucesivos— por la existencia de un *numerus clausus* de supuestos en los que sí proceda la aplicación de dicha doctrina.

Parece relevante ver cómo, de manera reciente, aunque aún anterior a la existencia de la nueva LCSP, los tribunales españoles del orden civil han dado nacimiento a la una figura que faculta —en la contratación privada— la revisión de los elementos esenciales del contrato, entre los que se encuentra el precio, cuando no la resolución del mismo, aún en aquellas circunstancias en las que no se hallare en el inicial acuerdo de voluntades. Destacamos a tales efectos las SSTS 966/2023, de 19 de junio [ECLI:ES:TS:2023:2770]; 156/2020, de 6 de marzo [ECLI:ES:TS:2020:791]; 333/2014, de 30 de junio [ECLI:ES:TS:2014:2823]; 591/2014, de 15 de octubre [ECLI:ES:TS:2014:5090]; 820/2012, de 17 de enero [ECLI:ES:TS:2013:1013]). Como expone FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ<sup>36</sup> este principio se corresponde pues con una visión dinámica del Derecho, como algo que requiere ser permanentemente revisado, recreado, reelaborado o reformulado para adaptarlo a los nuevos contextos en los que debe ser aplicado.

34 La STC 150/2025 [ECLI:ES:TC:2025:150] en cita a la anterior STC 68/2021[ECLI:ES:TC:2021:68] FJ 6 H) c) se pronunció al respecto en los siguientes términos: « el art. 103.6 LCSP, en virtud del cual corresponde al Consejo de Ministros aprobar fórmulas tipo de revisión de precios, es «una norma básica sobre el régimen de precios —cuestión esencial de la contratación pública [...]—»

35 VILLAR EZCURRA, J. L. (2023, 23 de febrero). «Excepciones al principio de riesgo y ventura de provenientes del contexto del contrato». *HayDerecho*. <https://www.hayderecho.com/?p=70509>

36 FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina *rebus sic stantibus*», *Persona y Derecho*, vol. 74, 2016, pp. 291-318.

Esta figura, conocida como «cláusula *rebus sic stantibus*», que bien puede traducirse como «estando así las cosas», posee asimismo unos presupuestos de aplicabilidad ciertamente restringidos resumiéndose en la concurrencia de una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias en las que se desenvuelve la actividad contractual que desemboque en una desproporción exorbitante de las prestaciones —esto es, una rotura del sinalagma contractual—. Como comentábamos, sin embargo, es una doctrina de excepcionalísima aplicación.

En el ámbito de la contratación administrativa, el legislador ha decidido «encerrar» a la fuerza mayor en un *numerus clausus* que se encuentra regulado en el artículo 239 LCSP. Para empezar, como parece lógico, realiza una exclusión de aquellos supuestos en los que media actuación imprudente por parte del sujeto, reforzando de manera encubierta la tesis de la imprevisibilidad e imposibilidad de actuación. Para seguir, encierra la fuerza mayor los casos de incendios, fenómenos naturales de efectos catastróficos —maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes— así como otros destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

Como puede verse, son todos ellos supuestos de excepcionalísima ocurrencia. No tenemos cada día temporales marítimos, incendios o destrozos ocasionados por tiempos de guerra. Si bien desde un inicio hemos advertido que una concepción demasiado amplia de la fuerza mayor sería a todas luces una *contraditio in terminis* con la propia noción de fuerza mayor, debería a nuestro juicio encapsularse una serie de alteraciones de la normalidad que fueran imprevisibles *ex ante* e inevitables *ex post*, pero que pudieran *de facto* ocurrir en el tráfico comercial.

Sin necesidad de entrar en un desarrollo más extenso, debe salarse que el precepto al que se alude se inserta sistemáticamente en el Título II, Capítulo I, referente a los contratos de Obra Pública —antiguamente denominados, contratos de arrendamiento de obra o *locatio conductio operarum*<sup>37</sup>—. Este encuadre normativo pone de manifiesto, a nuestro juicio, uno de los déficits más significativos de la actual regulación administrativa, que falla en nuestra opinión al contemplar la misma para los contratos de arrendamientos de servicios intensivos en mano de obra —y los servicios en general—. Sin embargo, la aplicación de dicho precepto viene exigiendo la existencia de un riesgo imprevisible, concepto jurídico indeterminado que ha gozado de una restrictiva interpretación tanto por tribunales jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo como de los administrativos. En el momento actual, no hay disposición legal alguna que establezca umbrales fijos para la entrada en juego del principio del riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como si fijaba el Decreto Ley 2/1964, de 4 de febrero, al cifrarlo en el 2,5 % del contrato.

Mientras que en el Derecho privado ha prevalecido tradicionalmente la primacía de la seguridad jurídica, en el ámbito del Derecho administrativo se ha ido abriendo paso, de forma progresiva, una concepción más atenta a las exigencias de la justicia material. Ello se explica porque las relaciones jurídico-administrativas se encuentran necesariamente

---

37 Para mayor información, ver: DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 3.<sup>a</sup> edic., Tirant lo Blanch, Madrid, 2001, pp. 381 y ss.

impregnadas por los principios de equidad y buena fe, que imponen atemperar la excesiva onerosidad de las prestaciones impuestas al administrado cuando concurren acontecimientos extraordinarios, inéditos y de especial trascendencia.

En tales supuestos, la corrección de los desequilibrios contractuales solo puede articularse mediante la aplicación de dichos principios, y, en último término, del principio de justicia (STS de 12 de diciembre de 1979).

Implica, por tanto, aplicar los principios de equidad (art. 3.2 C. Civil (LEG 1889, 27)) y de buena fe (art. 7.1 C. Civil) por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública. Sin embargo, cabe recordar a tales efectos, como hemos visto *ut supra* que, la legislación civil es subsidiaria de la administrativa en tanto carezca esta última de desarrollo legal. Cabría pues la posibilidad de realizar una aplicación analógica de la cláusula *rebus sic stantibus* al principio. Se hecho, así lo ha reconocido una parte de la jurisprudencia entendiendo que el riesgo imprevisible se erige como una excepción al principio de riesgo y ventura justificada en aplicación del principio *rebus sic stantibus*. A corte de ejemplo, la antes citada STS de 12 de diciembre de 1979 afirma la existencia de un fondo institucional propio de los contratos administrativos, identificado con el equilibrio económico del contrato, en virtud del cual el contratista tiene derecho no solo a la percepción de la contraprestación pactada, sino también a no sufrir un desequilibrio económico grave durante la ejecución del contrato. Añade, además, que si la Administración impone al contratista sacrificios superiores a los existentes en la contratación entre particulares, la continuidad del servicio público exige que, ante la concurrencia de un evento agravatorio extraordinario, pueda procederse al restablecimiento del equilibrio de prestaciones mediante algún tipo de auxilio al contratista.

En otros términos, se expresa el Informe 13/2023, de 18 de julio de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado circunscribiendo los prerequisites de aplicación. Expone que si bien ni dicha ley ni la jurisprudencia —tanto de los órganos jurisdiccionales como administrativos— autorizan la modificación del precio del contrato por alteración del equilibrio económico producido por causas imprevisibles al tratarse de un elemento esencial del mismo, debe de quedar circunscrita la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible a aquellos casos en que, habiéndose realizado la prestación objeto del contrato total o parcialmente, concurren los cinco motivos que resume en: (i) imprevisibilidad razonable del acontecimiento sobrevenido, conforme a criterios de diligencia normal, (ii) ajeneidad del riesgo tanto a la voluntad del contratista como a una actuación negligente de la Administración, (iii) buena fe y diligencia del contratista en la ejecución del contrato, (iv) alteración grave, excepcional y desproporcionada del equilibrio económico-financiero del contrato, que no pueda ser corregida mediante mecanismos ordinarios (e.g. revisión de precios) y (v) acreditación global del impacto económico, atendiendo al contrato en su conjunto y no a elementos parciales.

En la actualidad, nuestro Tribunal Supremo posee una interpretación del riesgo imprevisible bastante parecida a la anterior, cerrando la puerta a una determinación completa del concepto. En su STS 27 de octubre de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:6531], se pronunció en los siguientes términos:

«no se puede desconocer, que la indicada doctrina del 'riesgo imprevisible razonable', se construye sobre un elemento importante que no puede ser matemáticamente determinado para todos los supuestos, ya que se encuentra en función de su acusada 'relevancia y significación' en el contexto total de la contratación de que se trate y a cada caso en que aquélla se aplique».

Fuera del ámbito de la contratación de servicios intensivos en mano de obra, el Tribunal Supremo expone añade en la misma sentencia que:

«(...) "Respecto a la trascendencia e incidencia del incremento de los costes de estos productos en el equilibrio económico del contrato, la Sala comparte la tesis del Consejo de Estado atendiendo a una valoración conjunta de la economía contrato». En nuestra Sentencia de 18 de abril de 2008 (...) pusimos de manifiesto que "la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula *rebus sic stantibus*, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse».

Asimismo, resulta particularmente clarificadora la STS de 25 de abril de 2008, cuando afirma que la imprevisibilidad se refiere a sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario y que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento de la celebración del contrato, en cuanto sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación. De este modo, la sentencia descarta la existencia de criterios automáticos o umbrales cuantitativos predeterminados para apreciar la concurrencia del riesgo imprevisible, optando por una valoración necesariamente casuística, vinculada a las circunstancias concretas de cada contrato, señalando expresamente que:

«Debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual a que más arriba hemos hecho mención. La incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo».

De ello se desprende que la doctrina del riesgo imprevisible no responde a un esquema cerrado ni rígido, sino que exige una ponderación global del contrato afectado, atendiendo tanto a su estructura económica como a la intensidad real de la alteración producida.

En su STS 1868/2016, de 20 de julio [ECLI:ES:TS:2016:3839] matizó el asunto argumentando, en su FJ.6.º *in fine*, que para que pudiera llegar a proceder el reequilibrio financiero del contrato en aplicación del principio de riesgo y ventura no basta con que haya habido una alteración de las circunstancias económicas sobrepasando los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación, más resulta preciso que la causa de dicha alteración haya sido el «factum principis», el ejercicio del «ius variandi» o la concurrencia de circunstancias calificables de hecho imprevisible.

Finalmente, la STS 317/2020, de 4 de marzo [ECLI:ES:TS:2020:719], sistematiza con claridad el régimen jurídico que es en concreto aplicable a la revisión de precios, al declarar:

«(i) que la revisión de precios integra un supuesto específico o especial de la modificación contractual que afecta a uno de sus elementos esenciales, cual es el precio o contraprestación económica que recibe el contratista por la ejecución o cumplimiento del contrato, y que tiene un régimen jurídico propio diferente al de los supuestos típicos de modificación contractual;

(ii) que el objetivo teórico de la revisión de precios es actualizar los precios ofertados por el contratista al momento de la adjudicación a los precios de mercado que se alcanzan en un momento posterior y durante la ejecución del contrato;

(iii) que la revisión de precios tiene un carácter restrictivo pues como indicara la sentencia de esta Sala Tercera de 13 de septiembre de 2012 (ROJ: STS 5940/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5940), dictada en el recurso de casación 2105/2008, "la revisión de precios, como excepción al principio de riesgo y ventura, únicamente procederá en la forma y los casos previstos en los artículos 103 y siguientes del TR de la Ley de Contratos. No basta al respecto con invocaciones generales a la revisión o con genéricas alusiones a su traducción resarcitoria, sino que ha de estarse al régimen jurídico previsto en la Ley y a las cláusulas del contrato. Así, el apartado 3 del citado artículo 103 dispone que el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable y, en resolución motivada, podrá establecerse la improcedencia de la misma que igualmente deberá hacerse constar en dicho pliego".

(iv) que también se ha afirmado por la jurisprudencia, sentencia de esta Sala Tercera de 8 de octubre de 2014 (ROJ: STS 4018/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4018), dictada en el recurso de casación 2881/2013, que "el art. 14 TRLCAP estatuye que los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea adecuado al mercado. Por ello se fijan mecanismos legales para garantizar la equivalencia de prestaciones y el equilibrio financiero. Uno de tales mecanismos es la revisión de precios cuya fórmula o sistema de revisión deberá venir detallado en el pliego de cláusulas administrativas conforme al art. 104 TRLCAP, art. 103 TRLCAP, art. 77 de La ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, art. 89 y siguientes TR Ley Contratos del Sector Público, RD Legislativo 3/2011"».

Asimismo, resulta necesario analizar las fórmulas mediante las cuales se articula la revisión de precios, en la medida en que no todas ellas resultan jurídicamente admisibles. A este respecto, y a modo de ejemplo, el informe 18/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, se pronuncia al respecto de la prohibición de uso de índices genéricos —en concreto el IPC— como índice de revisión. Esta prohibición también la ha fijado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 360/2014 de 9 de mayo de 2014, que anuló una cláusula de un Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de un contrato de gestión de servicios públicos que establecía la revisión de las tarifas a través de una fórmula en función de la evolución del IPC.

Para el caso de los contratos que hubieren sufrido modificaciones de las prestaciones, el alto Tribunal establece por tanto una fina línea para la revisión de precios, rechazado tanto una aplicación automática del presupuesto modificado como una referencia indiscriminada al presupuesto original. Por el contrario, opta por una solución funcional y casuística, basada en la distinción entre los distintos tipos de unidades de obra afectadas

por la modificación. La Sala termina concluyendo que, una vez cumplido el requisito temporal del transcurso de un año desde la aprobación del proyecto de ejecución, el porcentaje del 20 % exento de revisión debe aplicarse en función de cada presupuesto y de cada tramo de obra, atendiendo a la naturaleza de las unidades certificadas. De este modo, el derecho a la revisión de precios se articula del siguiente modo:

- (i) sobre el presupuesto del proyecto original, respecto a certificaciones de obra referidas a unidades del proyecto inicial ejecutadas antes o después de la modificación y ya lo hubieran sido según fueron proyectadas o con excesos de medición luego convalidados con el proyecto modificado.
- (ii) sobre el presupuesto modificado, respecto de las certificaciones de obra referidas a las nuevas unidades de obra.

Sería incorrecto pues, hablar de revisiones de precios de forma indiscriminada con respecto al límite exento de revisión al presupuesto original en todos los supuestos y revoca las resoluciones impugnadas exclusivamente en lo relativo a la revisión de precios.

Para el caso de los contratos complementarios que carezcan de una cláusula de revisión de precios, pero que dependan de un contrato principal que sí que la tenga, es el Consejo de Estado en su dictamen 551/2008 —entre otros muchos— el que pronuncia al respecto alegando que aunque el contrato complementario no previera la cláusula de revisión de precios y el contratista no formulara su oferta incluyendo los precios ya actualizados, debe entenderse que tales precios debían ser ya actualizados, al formularse en las mismas condiciones que los del contrato principal. De no hacerse así, se produciría la situación singular que el contratista habría de ejecutar los trabajos de las obras complementarias a precios inferiores a los de la principal, lo que no resulta conforme a la naturaleza de las cosas, más cuando una y otras forman una unidad material.

Bajo el elenco jurisprudencial anteriormente expuesto se aprecia, por un lado, la función equilibradora y resarcitoria que cumple la institución de la revisión de precios y, por otro, su carácter excepcional, en cuanto mecanismo de corrección del principio general de riesgo y ventura, cuya aplicación queda estrictamente condicionada a los supuestos y requisitos tasados por la legislación de contratos del sector público.

Por lo que se refiere a su función equilibradora, cabe recordar que, como punto de partida, con la perfección del contrato administrativo, queda constituido el núcleo esencial del sinalagma contractual, que se traduce en el establecimiento de un régimen de obligatoriedad recíproca respecto las prestaciones asumidas por las partes. Este sinalagma incorpora una nota estructural de reciprocidad y equivalencia económica entre las prestaciones, cuyo mantenimiento resulta indispensable para la correcta ejecución del contrato. Cabe añadir, asimismo, que resulta pacífica la interpretación de la normativa vigente en el sentido de que no es jurídicamente admisible la modificación de un contrato limitada exclusivamente a la alteración de su precio, en la medida en que ello supondría incurrir en una modificación encubierta del precio, carente de amparo legal.

En este sentido las resoluciones 436/2022, de 7 de abril, o 740/2022, de 22 de junio, del TACRC; los informes 36/2024, de 5 de diciembre, y 20/2023, de 19 de julio, de la JCCP

Catalunya; la recomendación de 10 de diciembre de 2018, JCCPE, y el informe 13/2023, de 18 de julio, JCCPE; en el Informe 10/2021, de 29 de noviembre la Junta de Castilla-La Mancha, la Comisión de Andalucía en sus Informes 11/2021, de 24 de marzo y 6/2024, de 14 de marzo, el Informe 6/2022, de 28 de julio, de la Junta de Canarias; el Informe 7/2022, de 12 de mayo, de la Junta de Madrid.

Destacamos sin embargo por su claridad el Informe 5/2025, de 30 de enero de la JACP del País Vasco:

«Debe añadirse que, de acuerdo con el régimen específico establecido al efecto en la normativa de contratos del sector público, no es posible la modificación de un contrato consistente únicamente en la variación del precio, si no se alteran, además, sus prestaciones, puesto que lo contrario se incurriría en una revisión de precios encubierta y sin amparo legal».

## IV. Régimen ordinario de revisión de precios, su aplicación en los contratos de servicios intensivos en mano de obra y propuestas de futuro

### 1. Fundamento de la revisión de precios

Como hemos visto, por tanto, parece ser la revisión de precios el instrumento óptimo que debería de poder recuperar los desequilibrios en la ecuación económico-financiera del contrato. En el análisis de este epígrafe es preciso detenernos a diferenciar dos conceptos diferenciados. De un lado, la naturaleza y el propósito jurídico; de otro, la función económica y social que cumple.

Empezando por la segunda, por ser esta la causa que trae a la consecuencia, que es la primera, podemos entrever que la revisión de precios pretende que no solo la función social de la contratación se proyecte sobre el ciudadano al que se prestan servicios o sobre la Administración que adquiere un material para su funcionamiento, o sobre el conjunto de la ciudadanía que ve construida una nueva obra pública; sino que también pretende integrar a los contratistas como agentes sociales a los cuales el sector público también debe rendir cuentas o, sin más, no debe dejar de tener en cuenta al integrarlos dentro de esta función social a la cual debe procurar tener reverencia la contratación pública. Es por ello que lo que trata de evitar esta revisión de precios, de un lado, es que exista una justicia entre las prestaciones, en otras palabras, que se preserve el sinalagma contractual y que, por tanto, no exista una excesiva onerosidad entre las prestaciones a las cuales las dos partes se han obligado en el momento de perfección del contrato. Esto claro está, será, en el momento posterior a la licitación y aceptación de los pliegos.

Pues bien, este no es el único y quizá tampoco el más importante principio que rige esta función económica, pues, al fin y al cabo, hay una función mucho más simple, pero no por ello menos importante, que es la de garantizar que, de hecho, existan los servicios contratados; que se cumpla lo pactado. En caso de no existir revisiones de precios, muchos servicios resultarían ruinosos por falta de actualización de los precios al incidir sobre la prestación de los mismos condiciones económicas ajenas a la voluntad de las partes contratantes. De este modo, resultaría en una imposibilidad, por falta de viabilidad económica, de continuación de dicha prestación.

Piénsese, por ejemplo, en una compañía que se dedica al reasfaltado de vías públicas en ejecución de un contrato de obras de duración plurianual. Un incremento extraordinario e imprevisible del precio de las materias primas esenciales —como el betún asfáltico o los derivados del petróleo—, no absorbible dentro de los márgenes normales de riesgo empresarial, podría convertir la ejecución del contrato en económicamente inviable si el precio permaneciera inmutable. En tales supuestos, la revisión de precios opera como un instrumento imprescindible para garantizar la continuidad de la prestación contratada y, con ello, la efectividad del interés público perseguido. De lo contrario, en el caso que exponemos, las vías públicas seguirían sin asfaltar, poniendo en peligro a la seguridad de todos los conductores.

La consecuencia última de todo lo expuesto es que, el ciudadano, termina siendo perjudicado, así como también lo está la propia empresa prestadora de servicios o contratista de obras. Es un *lose-loose* y parece claro que está será una zona de certeza negativa<sup>38</sup> de la función social de la contratación pública. Por ello, lo que se pretende, al fin y al cabo, es que aquella necesidad que se pretendía satisfacer mediante el inicio de un proceso de licitación siga manteniéndose en el tiempo, pues muchas veces son mayores los costes de una interrupción del servicio que los del mantenimiento de una prestación. Otro ejemplo podría ser el descuido o falta de mantenimiento de ciertas instalaciones, que luego podrán conllevar un estado ruinoso de edificios y, consecuentemente, la necesidad de demolición por falta de mantenimiento. Es en estos extremos en los cuales se entrevé con mayor perspicacia la necesidad de mantener e ir revisando los precios.

Pues bien, más allá de garantizar una función social<sup>39</sup> y, por tanto, en el fondo, garantizar un tratamiento ecuánime e igualitario y atender a un concepto más amplio de equilibrio contractual, así como garantizar la propia viabilidad del servicio, se ve refor-

38 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Ed. Civitas, 3.ª edición, Madrid, 1983.

39 A los efectos del presente artículo, nos limitaremos a abordar la **función social de la contratación pública en su vertiente *inter partes***, esto es, las afecciones que las actuaciones de la Administración producen tanto sobre el administrado como sobre el contratista. Un desarrollo más amplio y sistemático de esta cuestión puede encontrarse, entre otros, en PONCE SOLÉ, J. (2006), *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, p. 479; y en GIMENO FELIÚ, J. M.ª (2017), «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites», *Anuario del Gobierno Local 2017*, Fundación Democracia y Gobierno Local – Institut de Dret Públic, Barcelona.

zado desde la perspectiva económica con una cadena, si se quiere, de impulso económico que lleva consigo una empresa licitadora contratista con la Administración. Al fin y al cabo, tenemos que pensar que el impacto que tiene el que una empresa contrate con el sector público es que esta misma empresa contrata a su vez un número de personas para la realización de dichas tareas, lo cual, en el fondo, conlleva que es el propio sector público el que, de manera indirecta, contrata a estas personas y, por tanto, incrementa la empleabilidad estatal. De hecho, esta idea no es nada revolucionaria y es la que ya estableció John Keynes en su *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*.

En segundo lugar, y como se ha venido advirtiendo a lo largo del presente artículo, la función jurídica que trata de salvaguardar el principio de revisión de precios es la de mantener el sinalagma contractual. Lo que pactan las partes al inicio del contrato, una vez perfeccionado, no constituye un mero intercambio mecánico de prestaciones, sino un auténtico acuerdo de voluntades orientado a la consecución de un fin determinado. Cabe notar empero que, como veremos en el siguiente epígrafe, la LCSP articula la revisión desde una lógica de estabilidad presupuestaria y control del gasto, lo que condiciona su alcance y excepcionalidad.

El problema surge cuando una de las prestaciones a las que se ha obligado una de las partes deviene *excesivamente* onerosa como consecuencia de circunstancias sobrevenidas ajenas a su voluntad. Lo que persigue, por tanto, la revisión de precios no es únicamente el respeto formal de las obligaciones pactadas, sino, en un plano más profundo, la preservación de las condiciones económicas que hicieron posible el desarrollo equilibrado de dichas prestaciones. En este sentido, la revisión de precios se configura como una manifestación de los principios de equidad, igualdad y seguridad jurídica, con especial intensidad cuando la contraparte contractual es un ente integrante del sector público, ex. artículo 103 CE. Se advierte así una cierta jerarquía entre la finalidad general del contrato —la correcta satisfacción del interés público— y la estricta literalidad de los pactos concretos, en la medida en que aquellos deben interpretarse a la luz de un equilibrio razonable de las prestaciones.

Ahora bien, desde una perspectiva negativa, conviene subrayar que este mecanismo no incorpora una garantía de beneficio a favor del contratista que contrata con la Administración. La asunción del riesgo operacional exige una exposición real y efectiva al *aleas del mercado*, de modo que las posibles pérdidas del contratista no pueden ser meramente nominales o desdeñables, rechazándose expresamente construcciones contractuales o financieras que, bajo la apariencia de riesgo, garanticen de facto la cobertura de costes o la obtención de beneficios. En este sentido, se afirma que determinados incrementos de costes ordinarios —como los salariales, energéticos o de amortización— constituyen manifestaciones propias del principio de riesgo y ventura inherente a toda actividad empresarial, y no pueden ser neutralizados sin desnaturalizar el régimen jurídico del contrato<sup>40</sup>.

---

40 En este mismo sentido, véase el Informe 22020 del Pleno de la Oficina Nacional de Evaluación, de 23 de noviembre de 2022, relativo a la licitación del contrato de concesión del servicio público de gestión de residuos del Ayuntamiento de Pontevedra

Como venimos viendo, es reiterada la jurisprudencia al afirmar que, dentro de los márgenes razonables propios de la contratación pública, las empresas pueden y deben soportar pérdidas derivadas del principio de riesgo y ventura o, en el caso específico de las concesiones, del riesgo operacional asumido. La revisión de precios no se erige, por tanto, como un seguro frente a pérdidas, sino en un instrumento excepcional destinado a evitar la ruptura injustificada del equilibrio contractual.

## 2. Tipificación de la revisión de precios

En términos generales, la revisión de precios se regula en la LCSP, dentro del Capítulo II del Título III, siendo el artículo 103 el precepto que establece su procedencia y límites. Como principio general, dicho artículo consagra el carácter excepcional de la revisión de precios, admitiendo únicamente la revisión periódica y predeterminada, en los términos estrictos previstos en el propio capítulo, y prohibiendo con carácter general cualquier forma de revisión no periódica o no predeterminada.

Una primera cuestión que merece destacarse es la concepción amplia que el precepto adopta del concepto de precio, al definirlo como cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, ya sea satisfecha por la Administración o por los usuarios. Esta previsión adquiere especial importancia en los contratos de concesión, en los que la revisión de precios puede materializarse, en la práctica, a través del incremento de las tarifas<sup>41</sup> y, por tanto, de la retribución percibida por el concesionario, no directamente por transferencias de la administración al ente contratante.

Junto a ello, el artículo 103 delimita de forma estricta el ámbito objetivo de aplicación de la revisión de precios, que solo procederá, previa justificación en el expediente y de conformidad con la Ley 2/2015, de desindexación de la economía española<sup>42</sup>, en los contratos de obras, en los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos cuyo periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años.

En lo que respecta específicamente a los costes de mano de obra, el régimen es igualmente restrictivo, pues solo serán revisables en los contratos en los que el periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y siempre que el uso del factor trabajo resulte significativo, conforme a los criterios establecidos en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación

---

41 Resulta especialmente interesante **HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L.**, «La depuración de las técnicas de equilibrio económico aplicables a la concesión de servicios de transporte regular de viajeros (comentario de la STS 1868/2016, de 20 de julio)», *Revista de Administración Pública*, núm. 202, 2017, pp. 205-222. Otro ejemplo en vía administrativa es el que resuelve el *Informe núm. 29/2017*, de la JCCPE, sobre *diversas cuestiones relativas a la revisión de precios en una concesión de abastecimiento de aguas*.

42 Nótese que la Ley 2/2015 posee un desarrollo reglamentario que la complementa: *Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española*.

de la economía española. En concreto, en su artículo 9 expone los requisitos que se deben cumplir para la concurrencia de una revisión de precios. El informe 1/2024 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Extremadura resume esos requisitos:

«a) Que el periodo de recuperación de la inversión del contrato sea igual o superior a cinco años, que deberá determinarse conforme al criterio establecido en el artículo 10 (...).

b) Que la revisión esté prevista en el pliego, que deberá detallar la fórmula de revisión aplicable. Cuando exista una fórmula de precios para un determinado contrato, aprobada por el Consejo de Ministros, dicha fórmula debe incluirse en el pliego. Sin embargo, en el caso de que no exista fórmula tipo, para que pueda producirse la revisión periódica y predeterminada, además de incluir la fórmula en el pliego, se deberá especificar en él como mínimo:

Un desglose de los componentes de coste de la actividad objeto del contrato, y la ponderación de cada uno de ellos sobre el precio del contrato.

Los precios individuales o índices de precios específicos asociados a cada componente de coste susceptible de revisión.

El mecanismo de incentivo de eficiencia, en su caso, contemplado en el artículo 7, de este real decreto».

El régimen se completa, además, con una serie de exclusiones absolutas, al establecer el propio artículo 103 LCSP que no serán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. No obstante, el artículo introduce una excepción vinculada al peso de las materias primas, permitiendo la revisión de precios en contratos cuyo periodo de recuperación de la inversión sea inferior a cinco años cuando la participación conjunta de las materias primas, bienes intermedios y energía supere el 20 % del presupuesto base de licitación. En estos supuestos, la revisión queda estrictamente limitada a dicha fracción del precio, debiendo el pliego detallar los pesos correspondientes y los índices oficiales aplicables.

Por otra parte, desde una perspectiva institucional, resulta especialmente relevante que en su apartado tercero configure la revisión de precios como una potestad discrecional del órgano de contratación<sup>43</sup>, y no como un derecho automático del contratista, al establecer que aquel *podrá*, y no *deberá*, reconocer el derecho a la revisión. En tal caso, el órgano de contratación deberá fijar una fórmula de revisión adecuada a la naturaleza del contrato y a la estructura y evolución de sus costes. Dicha fórmula queda sujeta a una clara reserva de pliego, debiendo figurar necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares. La fórmula será invariable durante toda la vigencia del contrato, como manifestación del principio *pacta sunt servanda*, y la revisión se calculará tomando como referencia la fecha de formalización del contrato, con arreglo a las reglas temporales previstas en el propio precepto.

43 En un supuesto análogo, la STS 733/2025 de 10 de junio [ES:TS:2025:2599], afirmó que el establecimiento del denominado «*mínimo de percepción*» en las concesiones de transporte de viajeros constituye una **potestad discrecional** del órgano concedente, si bien precisó que, una vez incorporado al pliego, pasa a integrar el régimen tarifario y queda sujeto a la **obligación de revisión anual** prevista en el artículo 19,5 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Ahora bien, esta configuración normativa resulta, a mi juicio, difícilmente conciliable con la función social que entraña la contratación pública, en la medida en que permite que el ente contratante se niegue a aplicar la revisión de precios incluso cuando concurren de forma efectiva los presupuestos excepcionales previstos por el propio ordenamiento.

Una negativa de este tipo supondría un claro apartamiento de dicha función social, y sería difícilmente compatible con los fundamentos que justifican la contratación pública en el ordenamiento jurídico, no solo como instrumento de aprovisionamiento de bienes y prestación de servicios para la Administración, sino también como mecanismo de dinamización económica y de preservación del tejido productivo.

La jurisprudencia existente sobre la interpretación de este precepto es, además, escasa, lo que pone de relieve, a mi entender, una deficiente técnica legislativa en la transposición normativa. No parece adecuado dejar enteramente al arbitrio del órgano de contratación una potestad que incide de forma tan directa en el equilibrio económico del contrato.

Hubiera resultado más coherente un diseño normativo que, sin convertir la revisión en una obligación automática *stricto sensu*, impusiera su reconocimiento cuando concurrieran todos los presupuestos tasados legalmente, que, como se ha expuesto, constituyen un auténtico *numerus clausus*. Solo a través de una configuración de este tipo se lograría incentivar la participación de los operadores económicos en las licitaciones públicas y evitar que la rigidez del sistema provoque perjuicios económicos graves que desincentiven la contratación con el sector público, en detrimento del interés general que la contratación pública está llamada a servir.

La regla general para la aplicación efectiva de la revisión de precios exige, además, que el contrato se haya ejecutado al menos en un 20 % de su importe y que haya transcurrido un año desde su formalización, quedando excluidos de revisión tanto el primer 20 % ejecutado como el importe correspondiente al primer año. Esta exigencia no resulta aplicable a los contratos de concesión de servicios, en los que no se requiere el umbral mínimo de ejecución.

Finalmente, el artículo 103 incorpora una cláusula de cierre, al establecer que el régimen de revisión de precios se entiende sin perjuicio de los mecanismos de reequilibrio económico previstos en los artículos 270 y 290 LCSP, aplicables, respectivamente, a las concesiones de obras y de servicios. No nos extenderemos en esta cuestión en aras de centrar el debate sobre esta cuestión.

Para comprender el origen estructural de estas disfunciones, resulta necesario detenerse brevemente en el régimen del contrato de obra pública, que ha servido históricamente como modelo de referencia para la configuración de la contratación administrativa. Como expone GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>44</sup>, este es un contrato de resultado y será este resultado

---

44 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 20.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2022.

—la obra totalmente terminada—, y no la actividad necesaria para realizarla, la prestación que debe el contratista. En coherencia con ello, al no entregarse la obra por parte del contratista a la Administración, será el contratista el «dueño de la cosa» lo que nos lleva a la conclusión indefectible que sea él mismo el que deba soportar los riesgos de pérdida, destrucción o deterioro de la misma<sup>45</sup>.

Lo anterior deriva de la regla general, común para todo contrato de obras: la regla de *Res perit domino* —tradúzcase literalmente por «La cosa perece para su dueño»—. Este principio es aplicable ya sea éste u contrato de carácter privado particulares —artes. 1589 y 1590 CC—, o administrativo.

No obstante, la diferenciación que cabe hacer en los contratos administrativos con respecto a los privados con respecto a dicha regla es la que en los contratos de obra haya esta una excepción en los casos de fuerza mayor. En ellos se reconoce al contratista un derecho a ser resarcido por los perjuicios que hayan podido haber sufrido las obras en estos casos. La regulación administrativa resulta a tales efectos más benigna para con quien contrata con un Ente del Sector Público que lo es la civil.

La referencia a estos efectos trae causa en el artículo 239 LCSP, que reconoce al contratista el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en los supuestos legalmente previstos. La aplicabilidad de dicho precepto se circunscribe exclusivamente a los contratos de obra pública, quedando excluidos los restantes contratos del sector público —con la salvedad de los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, sometidos a un régimen específico al que no se hará mayor referencia en el presente trabajo—.

Este régimen, plenamente coherente con la lógica del contrato de obra como contrato de resultado, pone de manifiesto, sin embargo, sus límites estructurales cuando se proyecta sobre los contratos de prestación de servicios intensivos en mano de obra, en los que el peso determinante del factor trabajo y la rigidez normativa que lo caracteriza dificultan la aplicación sin fricciones de los principios de riesgo y ventura y de inmutabilidad del precio.

### 3. Aplicación concreta en los contratos de prestación de servicios intensivos en mano de obra

La proyección del régimen legal de revisión de precios sobre los contratos de prestación de servicios intensivos en mano de obra revela, con particular nitidez, las insuficiencias estructurales del modelo diseñado por la LCSP. En efecto, aun cuando el artículo 103 LCSP admite, con carácter excepcional, la revisión periódica y predeterminada

---

45 A tales efectos, el Dictamen de 7 de enero de 1966 del Consejo de Estado ha precisado que la traslación de los riesgos hay que referirla al momento de la total terminación de las obras y no al de su recepción provisional por la Administración, ya que ésta no es otra cosa que una confrontación por la Administración del hecho del cumplimiento, a cuya fecha se retrotraen en todo caso los efectos de la misma.

de los precios contractuales, lo cierto es que dicho mecanismo resulta, en la práctica, inaplicable a la mayor parte de estos contratos, al no concurrir el requisito del período de recuperación de la inversión igual o superior a cinco años que la propia norma erige en presupuesto habilitante. Es relevante ver cómo los contratos de prestación de servicios intensivos en mano de obra no llegan a superar este límite de temporalidad de los cinco años en cuantiosas ocasiones, con lo cual lo establecido bajo el tenor de la LCSP así como la normativa reglamentaria de desarrollo no resulta de aplicación.

Pensemos por ejemplo en un contrato de mantenimiento de Viviendas de Protección oficial con una duración de 2+1 años, en el que entre el 85 % y el 90 % de la estructura de costes corresponde a mano de obra. Durante la ejecución, el convenio colectivo aplicable experimenta una subida salarial significativa. El pliego no prevé revisión de precios —en aplicación del artículo 103 LCSP y del régimen de desindexación— y no resulta posible modificar el contrato únicamente para ajustar el precio.

El contratista carece así de un cauce ordinario para absorber el incremento: o ejecuta el contrato en condiciones económicamente ruinosas, o acude a mecanismos extraordinarios —resolución o reequilibrio—, evidenciando la inoperancia práctica del sistema.

Debe además recordarse que el artículo 9 del Real Decreto 55/2017 concreta el régimen jurídico de la revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del sector público distintos de los contratos de obras y de los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento estableciendo que dicha revisión solo puede operar una vez transcurridos dos años desde la formalización del contrato y ejecutado al menos el 20 % de su importe —salvo en los contratos de gestión de servicios públicos—, siempre que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y que la revisión esté expresamente prevista en los pliegos, con una fórmula detallada e invariable.

Esta exclusión normativa adquiere especial gravedad si se atiende a la estructura económica de estos contratos. En ellos, el coste laboral constituye el elemento central de la ecuación financiera, de modo que la ejecución de estos contratos se encuentra fuertemente expuesta a los incrementos salariales derivados de la negociación colectiva. Tales incrementos presentan un doble rasgo: su carácter normativamente impuesto y su rigidez, en cuanto no son disponibles ni evitables por el contratista. La lógica económica subyacente al régimen de la revisión de precios —concebido para absorber variaciones previsibles y graduales de determinados inputs— se muestra así manifiestamente inadecuada para afrontar alteraciones salariales obligatorias que inciden de forma directa y continuada sobre el coste del servicio.

Resulta imprescindible recordar que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la contratación privada, en la contratación administrativa no es admisible que las partes, al amparo de la autonomía de la voluntad, establezcan libremente sistemas de actualización de las prestaciones económicas fuera de los supuestos expresamente previstos por la ley. El carácter imperativo de la normativa de contratación pública impide introducir cláusulas de revisión de precios al margen de lo dispuesto en el artículo 103 LCSP.

La consecuencia que se deriva de lo anterior es doble. De un lado, nos encontramos con que los contratos nominados en el artículo 103 LCSP son susceptibles de que la Administración, de manera discrecional, decida introducir dichas cláusulas en los pliegos, lo cual ya hemos señalado que resulta, a nuestro juicio, contrario a la función pública y social que debe cumplir la contratación. Pero, en segundo lugar, y de manera mucho más gravosa, para aquellos contratos que no aparecen nominados por dicho precepto —como es el caso de los contratos de servicios intensivos en mano de obra—, estos no podrán ser susceptibles de revisión alguna.

Asimismo, hemos visto cómo la doctrina administrativa es pacífica en cuanto a no reconocer la posibilidad de modificar únicamente un elemento esencial del contrato, como es el precio, para solventar el quebrantamiento del equilibrio de la ecuación económico-financiera del contrato, pues ello supondría una revisión de precios encubierta.

Del mismo modo, hemos descartado los supuestos de fuerza mayor como vía para restablecer el equilibrio económico como consecuencia del incremento sobrevenido de las condiciones salariales, al no resultar de aplicación conforme al *numerus clausus* establecido en el ordenamiento jurídico. Por tanto, parece claro que nos encontramos con pocas o ninguna alternativa en lo que respecta a la aplicación de la revisión de precios. De un lado, los principios orientadores de la contratación pública parecen impulsar soluciones que permitan su aplicación; de otro, el tenor literal de la transposición realizada de la Directiva 2014/24/UE lo niega de manera taxativa.

Sin embargo, es precisamente en este punto donde debemos argumentar que, en aquellos supuestos excepcionales en los que concurren situaciones de carácter extraordinario, imprevisibles y/o inevitables que supongan una ruptura manifiesta del sinalagma contractual, deviniendo las prestaciones excesivamente onerosas respecto de lo inicialmente pactado y sin que exista causa imputable a ninguna de las partes, será posible apreciar una compensación por aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, en aras del restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Asimismo, para que ello resulte procedente, debe existir una ausencia total y absoluta de mecanismos alternativos que permitan alcanzar un resultado equivalente.

No obstante, debe precisarse que no se propugna, con carácter general, la procedencia del reequilibrio económico del contrato ante un mero incremento de los costes laborales derivado de la aprobación de nuevos convenios colectivos o de subidas del salario mínimo interprofesional, cuestiones que, a nuestro juicio, merecen un análisis específico posterior y en cuyo marco podrían entrar en juego otras figuras, como el *factum principis*. Debe quedar, por tanto, claro que nuestra argumentación se fundamenta en un sistema de excepcionalísima aplicación, pero que, al mismo tiempo, resulta respetuoso con la función social de la contratación pública.

Por último, resulta igualmente relevante advertir que la revisión de precios no aparece configurada como una potestad reglada, sino como una potestad discrecional, lo que genera una notable incertidumbre para el licitador que concurre a un procedimiento de contratación, especialmente en aquellos contratos cuya vigencia no alcanza el umbral mínimo exigido para la aplicación *ipso iure* de la revisión, esto es, los cinco años.

Todo ello evidencia la necesidad de replantear el régimen jurídico de la revisión de precios en los contratos de servicios intensivos en mano de obra, no desde una lógica de garantía de beneficio, sino desde la preservación del equilibrio económico y de la función social de la contratación pública.

## V. Conclusiones

La contratación pública se desarrolla en la actualidad en un contexto marcado por una creciente volatilidad económica, normativa y material, en un escenario nacional e internacional caracterizado por una elevada incertidumbre. Ante esta realidad, resulta esencial que, si la inestabilidad no puede ser evitada desde el entorno económico, el régimen jurídico contractual aporte estabilidad o, al menos, no contribuya a intensificar la ya existente.

En este marco, el principio de riesgo y ventura, junto con el de *pacta sunt servanda*, constituye el eje estructural del sistema contractual administrativo, imponiendo al contratista la asunción del riesgo económico ordinario derivado de la ejecución del contrato, sin garantía de beneficio ni cobertura frente a pérdidas normales. No obstante, como se ha expuesto, el ordenamiento admite excepciones tasadas a dicho principio —fuerza mayor, riesgo imprevisible o mecanismos de reequilibrio económico—, entre las que se inserta la revisión de precios, configurada como una excepción estricta y no automática, regulada en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público y circunscrita a revisiones periódicas y predeterminadas, con exclusión expresa de determinados tipos contractuales. Ello genera, sin embargo, problemas estructurales que conducen a la inaplicación práctica de la revisión de precios en la mayoría de los contratos de prestación de servicios.

El análisis realizado pone asimismo de relieve la relevancia estructural de los costes laborales en este tipo de contratos y evidencia que la respuesta normativa vigente resulta claramente insuficiente, en la medida en que un enfoque excesivamente formalista desatiende la función social de la contratación pública como límite material al diseño contractual. La ausencia de mecanismos eficaces de corrección del desequilibrio económico compromete no solo la viabilidad del contrato, sino también la continuidad y calidad de los servicios públicos.

En consecuencia, se propone la necesidad de una adaptación del régimen normativo de la revisión de precios, con especial atención al tratamiento del factor trabajo en aquellos contratos en los que este tenga un peso preponderante. Ello exige avanzar hacia una reforma estructural que permita garantizar un equilibrio contractual real y sostenible. Dicha reforma debe articularse de manera compatible con los principios de estabilidad presupuestaria, concurrencia competitiva e igualdad, sin desnaturalizar el principio de riesgo y ventura, pero asegurando la viabilidad económica del contrato y la efectividad de la función social que la contratación pública está llamada a desempeñar en escenarios de incertidumbre estructural.

## VI. Bibliografía

### Libros

- ARISTÓTELES**, *Política*, trad. J. Marías y M. Araujo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, I, 2, 1253a2-3.
- BARNES, Javier** (Coord.), «La colaboración interadministrativa a través del procedimiento nacional», en *La Transformación del procedimiento administrativo*, obra colectiva.
- DAZA MARTÍNEZ, J.** y **RODRÍGUEZ ENNES, L.**, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 3.<sup>a</sup> edic., Tirant lo Blanch, Madrid, 2001, pp. 381 y ss.
- ESTEVE PARDO, José**, *Lecciones de Derecho administrativo*, 12.<sup>a</sup> ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2025, 596 pp. ISBN 978-84-1381-920-4.
- FERRERES COMELLA, Víctor**, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 156 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo** y **FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 20.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2022.
- LÓPEZ MORA, M.<sup>a</sup> Eugenia**, *El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago**, *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*, t. XIII: Contratos del sector público, 2.<sup>a</sup> ed. (con esta estructura y formato), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018. ISBN (t. XIII): 978-84-340-2496-0.
- PONCE SOLÉ, J.** (2006), *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, p. 479
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel**, *Derecho administrativo. Parte general*, 20.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2024, pág. 592.
- TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel**, *Derecho administrativo. Parte general*, 10.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Atelier, 2025. ISBN 979-13-87867-26-3.

### Artículos

- CAMPOS ÁLVAREZ, Álvaro**, *El reequilibrio económico en la contratación pública*, Trabajo Fin de Máster, Universidad de Oviedo, esp. cap. 3.4.

- CANO CAMPOS, Tomás**, «Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el *ius variandi* y el riesgo imprevisible», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 19, INAP, abril 2023.
- ROSADO PACHECO, Santiago**, «La Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 10 de octubre de 1845 (Una contribución al estudio de la potestad reglamentaria en España)», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXXX, 2010, págs. 690-711.
- GÓMEZ POMAR, Fernando – ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, Jorge**, «Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el Derecho civil español», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1/2021, 2021, pp. 502-577.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación**, «La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina *rebus sic stantibus*. Génesis y evolución de un principio jurídico», *Persona y Derecho*, vol. 74, núm. 1, 2016, pp. 291-318.
- LAZO VITORIA, X.**, «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión», en **GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>** (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 517-544.
- MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, M. A.** (1999). *Gobierno y división del trabajo*. *Revista Empresa y Humanismo*, 1(1), 91-132.
- JORDANO, Juan Bautista**, «Los contratos atípicos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 195, julio-agosto 1953, págs. 51-95.
- GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio**, «La revisión de precios de los contratos públicos en un escenario inflacionista», *Revista de Administración Pública*, núm. 221, 2023, págs. 207-230.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, pp. 83 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Ed. Civitas, 3.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1983.
- GIRALDES GUTIÉRREZ, Luis Salvador**: «La evolución histórica del contrato administrativo. Una reflexión sobre la situación actual de la figura y sus perspectivas de futuro desde sus bases institucionales», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, lustel, mayo 2014.
- MEDINA GUIJARRO, Javier – PAJARES GIMÉNEZ, José Antonio**, «Segundo cuatrimestre del año 2018», *Revista Española de Control Externo*, vol. XX, núm. 60, septiembre 2018, pp. 313 y ss.
- LÓPEZ MORA, M.<sup>a</sup> Eugenia**, «El riesgo operacional en el nuevo contrato de concesión. Especial referencia al sector del agua», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 50, Fundación Democracia y Gobierno Local, junio de 2019, pp. 52-79.

- TORNOS MAS, Joaquín**, «Contratos concesionales y equilibrio económico. El riesgo imprevisible», *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, vol. 2, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2024, pp. 241-252.
- PAREJO GAMIR, R.**: «Contratos administrativos típicos», *Revista de administración pública*, núm. 55, 1968, págs. 400 y ss.
- SCHAUER, Frederick**, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life*, Oxford University Press, Oxford, 1991.
- VILLAR EZCURRA, J. L.** (2023, 23 de febrero). *Excepciones al principio de riesgo y ventura de provenientes del contexto del contrato*. HayDerecho.
- MINISTERIO DE HACIENDA** (2003), *La Ley de Expropiación Forzosa. Análisis y perspectivas de reforma*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Hacienda, Madrid.
- GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>** (2017), «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites», *Anuario del Gobierno Local 2017*, Fundación Democracia y Gobierno Local – Institut de Dret Públic, Barcelona.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L.**, «La depuración de las técnicas de equilibrio económico aplicables a la concesión de servicios de transporte regular de viajeros (comentario de la STS 1868/2016, de 20 de julio)», *Revista de Administración Pública*, núm. 202, 2017, pp. 205-222.
- MAGIDE, Mariano – SEGOVIA, Alicia**, «La Sentencia del Tribunal Supremo 53/2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de enero de 2020», *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, núm. 53, 2019, pp. 129-133.
- MESA VILA, Manuel**, «Problemas jurídicos de la modificación de los pliegos después de su publicación», *Observatorio de Contratación Pública (ObCP)*, sección «Opinión», 14 de septiembre de 2020.

## Jurisprudencia

### Jurisprudencia del Tribunal Supremo

- STS 12 de diciembre de 1979.
- STS 30 de abril de 1980.
- STS 21 de febrero de 1998.
- STS 19 de septiembre de 2000.
- SSTS 14 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4478).
- STS 22 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9727).
- STS 15 de marzo de 2005 [ECLI:ES:TS:2005:1593].
- STS 25 de abril de 2008.
- STS 27 de octubre de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:6531].

- STS 13 de septiembre de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:5940].
- STS 820/2012, de 17 de enero [ECLI:ES:TS:2013:1013].
- STS 333/2014, de 30 de junio [ECLI:ES:TS:2014:2823].
- STS 8 de octubre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:4018].
- STS 591/2014, de 15 de octubre [ECLI:ES:TS:2014:5090].
- STS 28 de octubre de 2015.
- STS 20 de julio de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:3839].
- STS 102/2019, de 29 de enero [ECLI:ES:TS:2020:274].
- STS 53/2020, de 22 de enero [ECLI:ES:TS:2020:124].
- STS 317/2020, de 4 de marzo [ECLI:ES:TS:2020:719].
- STS 156/2020, de 6 de marzo [ECLI:ES:TS:2020:791].
- STS 966/2023, de 19 de junio [ECLI:ES:TS:2023:2770].
- STS 424/2025, de 9 de abril [ECLI:ES:TS:2025:1604].

### Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10 [ECLI:EU:C:2012:191]
- STJUE de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16 [ECLI: EU:C:2018:122]

## Doctrina administrativa

### Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

- Informe 13/2023, de 18 de julio de 2023.
- *Informe núm. 29/2017, sobre diversas cuestiones relativas a la revisión de precios en una concesión de abastecimiento de aguas.*

### Junta Consultiva de Contratación Pública de Catalunya

- Informe 38/2024, de 5 de diciembre

### Oficina Nacional de Evaluación

- Informe 22020 del Pleno, de 23 de noviembre de 2022

### Consejo Consultivo de Castilla y León

- Dictamen núm. 150/2014, de 8 de mayo.
- *Dictamen núm. 688/2004, de 2 de diciembre.*
- *Dictamen núm. 1.377/2010, de 25 de noviembre.*
- *Dictamen núm. 44/2015, de 25 de febrero.*
- Dictamen 551/2008.

### Junta Asesora de Contratación Pública del País Vasco

- Informe 3/2025, de 30 de enero, de la Comisión Permanente.

Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales  
de la Junta de Andalucía (TARC Andalucía)

- Resolución núm. 4/2025.

Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi /  
Kontratazio Errekurtsoen Administrazio Organoa (OARC/KEAO)

- Resolución núm. 131/2012.
- Resolución núm. 120/2019.
- Resolución núm. 38/2022.

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)

- Resolución núm. 1307/2024.
- Resolución núm. 439/2024.
- Resolución núm. 1115/2023.
- Resolución núm. 704/2023.
- Resolución núm. 53/2019.
- Resolución núm. 45/2019.
- Resolución núm. 549/2020.
- Resolución núm. 990/2018.
- Resolución núm. 702/2018.
- Resolución núm. 745/2018.
- Resolución núm. 738/2018.
- Resolución núm. 230/2017.
- Resolución núm. 360/2014.



---

# RESEÑAS

---



---

# La aplicación e interpretación del artículo V de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas por el Tribunal Supremo

---

## DIRECT APPLICABILITY AND INTERPRETATION OF ARTICLE V OF THE CONVENTION ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE UNITED NATIONS BY THE SUPREME COURT

Sergio Aguado Silvestre

Becario de Colaboración del Centro de Investigación para la  
Gobernanza Global, Universidad de Salamanca  
sergioaguado@usal.es

Recibido el 3 de febrero de 2025; aceptado el 10 de febrero de 2026.

**Resumen:** El trabajo examina la aplicación e interpretación del artículo V, sección 18 (b), de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas en la reciente jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Se presta especial atención al uso correcto de los criterios interpretativos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El estudio presenta dicha jurisprudencia como referencia de interpretación de tratados internacionales, en particular para el propio Tribunal Supremo.

**Palabras clave:** Aplicación del derecho internacional en el derecho interno, aplicación directa de los tratados internacionales, interpretación de los tratados internacionales, Ley de Tratados, Tribunal Supremo.

**Abstract:** The article examines the (direct) applicability and interpretation of Article V, Section 18(b), of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations in the recent case law of the Administrative Chamber of the Spanish Supreme Court. Particular attention is paid to the proper use of the interpretative criteria laid down in the Vienna Convention on the Law of Treaties. The study presents this case law as a model of treaty interpretation, particularly for the Supreme Court itself.

**Keywords:** Domestic application of International Law, Direct applicability of international treaties, interpretation of international treaties, Spanish law on treaties, Supreme Court.

**Índice:** I. Introducción- II. Aproximación a la aplicación e interpretación de los tratados internacionales en España- 1. Aplicación directa- 2. Interpretación- III. La aplicación e interpretación del artículo V, sección 18 (b) CPINU por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo- 1. Aplicación directa- 2. Interpretación- IV. La jurisprudencia contenciosa como canon de interpretación de los tratados: el contraste con la Sala de lo Social- V. Conclusión-

## I. Introducción

Tradicionalmente, el derecho Internacional era considerado como el Derecho que regulaba las relaciones entre los Estados, sin embargo, en su configuración moderna regula con frecuencia las relaciones entre los Estados y los individuos, así como las relaciones entre individuos; de hecho, en la actualidad incide en la vida de las personas en mucha mayor medida que en el pasado, razón por la cual, su aplicación interna adquiere una importancia cada vez mayor<sup>1</sup>.

En este contexto, la Constitución española dispone la aplicación interna de los tratados internacionales de los que España es parte en su artículo 96 (1), complementado por la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (en adelante «LTOAI» o «Ley de Tratados»), en particular, por sus artículos 29 (observancia), 30 (ejecución) y 31 (prevalencia)<sup>2</sup>.

Ahora bien, la aplicación interna de los tratados no puede desligarse de su interpretación —también en sede interna—, o, más propiamente, de una particular interpretación que responda a las particularidades del sistema de producción normativa del derecho internacional<sup>3</sup>. Esta exigencia interpretativa encuentra su reflejo expreso en el artículo 35 de la Ley de Tratados.

---

1 IWASAWA, Y., «Domestic Application of International Law», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, t. 378, 2015, p. 21.

2 La obra de referencia a este respecto es ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., Díez-Hochleitner, J., MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Ley 25/2014, de 27 de noviembre*, Civitas, Madrid, 2015.

3 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Artículo 35: Reglas de Interpretación», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., Díez-Hochleitner, J., MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *op. cit.*, pp. 710 y 711, quien señala que hay que tener en cuenta en el proceso de interpretación de un tratado, entre otros: «el procedimiento de celebración y el valor especial que en el mismo se atribuye a la voluntad estatal la frecuente adopción del tratado en varias lenguas las diferentes formas de publicación a que se ven sometidos a nivel interno e internacional la dificultad intrínseca al proceso de identificación de la práctica que permita definir el alcance y significado de las disposiciones de un tratado el carácter flexible del régimen jurídico derivado de un buen número de tratados como consecuencia del juego de reservas, objeciones, declaraciones y otros instrumentos de flexibilización que en múltiples ocasiones se incorporan en los mismos la presencia cada vez más elevada de mecanismos de aplicación institucionalizada de los tratados cuya interpretación de los mismos reviste una especial importancia la presencia habitual

Sobre este trasfondo se sitúa el presente trabajo, cuyo objeto es la aplicación e interpretación en España del artículo V, sección 18 (b) de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas<sup>4</sup> (en adelante «CPINU») por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo<sup>5</sup>. El precepto convencional dispone que «los funcionarios de la Organización: [...] estarán exentos de impuestos sobre los sueldos y emolumentos pagados por la Organización [...]». La cuestión litigiosa que se suscita es si las prestaciones por jubilación percibidas por quienes fueron funcionarios de la Organización deben entenderse comprendidas dentro del término «emolumentos» y, en consecuencia, si se encuentran exentas o no en el IRPF.

Con este propósito, el trabajo se estructura de la siguiente manera: en primer lugar, se realiza una aproximación al aspecto implicado en la aplicación de los tratados, esto es, la aplicación directa, y a su interpretación, a la luz de las disposiciones pertinentes de la Ley de Tratados; en segundo lugar, se analiza el ya adelantado objeto del trabajo, esto es, la aplicación e interpretación del referido precepto de la CPINU por el Tribunal Supremo; por último, se abordará otro problema de interpretación interna de un tratado internacional distinto en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en el que debió tomarse como referencia la práctica interpretativa de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

## II. Aproximación a la aplicación e interpretación de los tratados internacionales en España

### 1. Aplicación directa

El tenor literal de una concreta disposición de un tratado internacional es de aplicación directa en un Estado parte cuando, en virtud del derecho interno de dicho Estado<sup>6</sup>, aquella es susceptible de ser aplicada sin ulterior norma nacional de desarrollo.

---

en un tratado tanto de normas self-executing como de normas que precisan de desarrollo interno o —por último— la doble funcionalidad del tratado en tanto que norma llamada a aplicarse en el ordenamiento internacional y en el ordenamiento interno».

- 4 «BOE» núm. 249, de 17 de octubre de 1974. Puede verse, a este respecto, **AZIZ, D.**, y **SEE, A.**, «Privileges and Immunities of the United Nations and Specialized Agencies», en **CHESTERMAN, S.**, **MALONE, D. M.**, **VILLALPANDO, S.** (eds.), *The Oxford Handbook of United Nations Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2019 (pp. 543–564).
- 5 SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) núm.1737/2022, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4935); núm. 458/2023, de 10 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1406); núm. 967/2024, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2956).
- 6 **BUERGENTHAL, T.**, «Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, t. 235, 1992, p. 317; **IWASAWA, Y.**, *op. cit.*, pp. 152 y 153.

El Reino de España optó inequívocamente por la aplicación directa con la introducción en 1974 del actual artículo 1(5) del Código Civil, lo cual vino a ser confirmado posteriormente por el artículo 96 (1) de la Constitución, y desarrollado, a este respecto, por el artículo 30 (1) de la Ley de Tratados<sup>7</sup>, que establece una *presunción de aplicabilidad directa*<sup>8</sup>. Ahora bien, la aplicación directa es también una cuestión de derecho interno en el sentido de que es este el que precisa los criterios para determinar que la disposición de un tratado es directamente aplicable<sup>9</sup>.

El señalado precepto dispone que «los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes» (artículo 30 [1] (cursiva añadida)). Debe entenderse que el precepto establece cuándo puede afirmarse que una disposición de un tratado es directamente aplicable, mediante una presunción *iuris tantum* de aplicación directa, toda vez que la exigencia de que no «quede condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes» no es más que la propia definición de «aplicación directa», y no la formulación del criterio o criterios para su determinación.

Estos deberán seguir siendo concretados y aplicados en cada caso concreto por la jurisprudencia<sup>10</sup>, teniendo en cuenta que la LTOAI vendría a asumir que los criterios de

7 En cierta medida vino a codificar una práctica jurisprudencial generalmente pacífica a este respecto. Se suele hacer referencia a la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 10 de marzo de 1998, rec. 3048/1992 (ECLI:ES:TS:1998:1613), que, en su F.J 6.º, recoge las tres condiciones para la aplicación directa de los tratados internacionales desarrolladas en **REMIRO BROTONS, A.**, «La aplicación de los tratados internacionales en el derecho español», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1982, p. 1212: «1) La entrada en vigor internacional; 2) su publicación oficial; y 3) la naturaleza self-executing de sus disposiciones».

8 **ESPÓSITO, C.**, «Sobre la ley de tratados y otros acuerdos internacionales», 19 de diciembre de 2014, <https://aquiencia.net/2014/12/19/sobre-la-nueva-ley-de-tratados-y-otros-acuerdos-internacionales/> (última entrada, 1 de febrero de 2026), **CARDONA LLORENS, J.**, «Artículo 30.2 y 3: Ejecución», en **ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.**, **DÍEZ-HOCHLEITNER, J.**, **MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.** (dirs.), *op. cit.*, p. 561; **ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.**, «Artículo 96», en **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.** (dir.), **CASAS BAAMONDE, M. E.** (dir.), **ARNALDO ALCUBILLA, E.** (ed.), **REMÓN PEÑALVER, J.** (ed.), **PÉREZ MANZANO, M.** (coord.), **BORRAJO INIESTA, I.** (coord.), *Comentarios a la Constitución española*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, p. 370; **IZQUIERDO SANS, C.**, «En torno al control de convencionalidad: La aplicación de los tratados internacionales en España», en **MARTÍNEZ PÉREZ, E. J.** (coord.), *Cuestiones actuales en torno a la aplicación de normas y obligaciones en materia de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 234.

9 **IWASAWA, Y.**, *op. cit.*, p. 155.

10 Así, el Tribunal Supremo ha venido aludiendo, al carácter «autosuficiente», «sustantivo», «[lim] preciso», «ejecutivo» de la disposición convencional, a su redacción «suficientemente precisa» o «claras[is], precisas[is] e incondicionales[is]», así como a exigencias de «claridad y certeza». De esta manera, la presunción *iuris tantum* de aplicación directa quedaría desvirtuada por disposiciones convencionales cuyo contenido no presenta un carácter «autosuficiente» ni «sustantivo» ni «ejecutivo», o que resulta «[lim] preciso», cuya redacción no es «suficientemente precisa», ni «claras[is], precisas[is] e incondicionales[is]», o que carece de la necesaria «claridad y certeza».

aplicabilidad directa operan fundamentalmente como razones para excluirla, más que para establecerla, toda vez que esta se presume<sup>11</sup>.

## 2. Interpretación

Como no podía ser de otra manera, atendidas las particularidades del sistema de producción normativa del derecho internacional, el artículo 35 (1) de la Ley de Tratados dispone lo siguiente:

«las disposiciones de los tratados internacionales se interpretarán de acuerdo con los criterios establecidos por las normas generales de Derecho Internacional, los consagrados en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de los Tratados y los contenidos en el propio tratado».

No podía ser de otra manera, pues

«carecería de justificación que los órganos estatales procedieran a interpretar los tratados prescindiendo de las reglas de la Convención de Viena; más aún en el caso de que el Estado —como lo es España— sea parte de la mencionada convención»<sup>12</sup>.

En efecto, los tratados internacionales se rigen por reglas (imperativas) de interpretación propias, que no son las previstas en el Código Civil, sino las establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante «CVDT»).

En relación con el señalado precepto de la LTOAI, debe destacarse que el principal valor e interés del precepto reside en el cumplimiento de una función pedagógica e informativa, pues «los operadores jurídicos que deberán interpretar el tratado no son, en la mayoría de los casos, especialistas en derecho internacional ni están necesariamente familiarizados con dicho ordenamiento»<sup>13</sup>.

Dicho lo cual, no puede pasar desapercibido que el artículo 35 (2) de la Ley de Tratados incorpora un criterio especial de interpretación — adicional a los artículos 31 a 33 de la CVDT—, aplicable a los tratados constitutivos de una organización internacional y a los adoptados por una organización internacional. Para estas dos categorías de tratados, el precepto establece que, en su interpretación, «se tendrá en cuenta toda norma pertinente de la organización».

Basta añadir que, «la selección de las «normas pertinentes de la organización», a los efectos de la interpretación de un tratado, debe realizarse siempre teniendo en cuenta que el criterio especial previsto en el artículo 35.2 tiene como finalidad introducir un enfo-

---

11 IWASAWA, Y., *op. cit.*, p. 247, quien defiende esta concepción de la aplicabilidad directa del Derecho Internacional, en particular, de los tratados internacionales.

12 REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 389.

13 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, p. 743.

que sistemático en la interpretación», así como que «habrá de realizarse caso por caso [...], sin que sea posible elaborar una lista, ni siquiera orientativa, de cuáles son dichas normas en el seno de cada organización internacional»<sup>14</sup>.

### III. La aplicación e interpretación del artículo V, sección 18 (b) CPINU por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo

#### 1. Aplicación directa

La aplicación directa del artículo V, sección 18 (b) de la CPINU no constituye el objeto del litigio, ni el Tribunal Supremo se ocupa de ella, pues no fue un aspecto controvertido entre las partes. Resulta inequívoco que el tenor literal de la disposición convencional es directamente aplicable, sin que sea posible desvirtuar la presunción *iuris tantum* de aplicación directa. De esta manera, el Alto Tribunal se ocupa de su ámbito subjetivo de aplicación, asumiendo implícitamente que el precepto se inserta en el régimen del artículo 30 (1) de la Ley de Tratados.

Ello, no obstante, la aplicación directa de este precepto no es irrelevante, pues permite abordar de forma inmediata la idea de que la necesidad de interpretación no excluye la aplicabilidad directa del derecho internacional, habida cuenta de que corresponde a los tribunales interpretar el Derecho, incluido el derecho internacional<sup>15</sup>. Así lo entiende expresamente el Tribunal Supremo, al asumir que la «cuestión litigiosa requiere profundizar en la interpretación de la expresión «sueldos y emolumentos», contenida en el artículo V, sección 18, apartado b), de la [CPINU]»<sup>16</sup>, sin que ello afecte a su indiscutible aplicación directa.

#### 2. Interpretación

Más interés tiene, sin duda, la interpretación del artículo V, sección 18 (b) de la CPINU, en cuanto constituye el objeto del litigio del que conoce el Tribunal Supremo. En sus propias palabras:

---

14 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, p. 735.

15 IWASAWA, Y., *op. cit.*, p. 102.

16 SSTS 1737/2022, de 21 de diciembre (F. J. 5.º); 458/2023, de 10 de abril (F. J. 5.º); 967/2024, de 31 de mayo (F. J. 3.º).

«la cuestión suscitada en este recurso de casación consiste en determinar si las prestaciones por jubilación percibidas por quienes fueron funcionarios de la ONU, deben entenderse incluidas dentro del término «emolumentos», previsto en la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas y, en consecuencia, si se encuentran o no exentas en el IRPF»<sup>17</sup>.

Una vez determinada la necesidad de interpretar dicha disposición convencional, el Alto Tribunal establece categóricamente lo siguiente:

«la aplicación de los criterios interpretativos debe efectuarse con arreglo al artículo 31 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, según dispone el artículo 35.1 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, regla general de interpretación»<sup>18</sup>.

A continuación, reproduce el apartado (1) del artículo 31 de la CVDT, y comienza con la interpretación gramatical afirmando que «el sentido corriente y literal del término «emolumentos», está vinculad[o] a la permanencia en activo y al desempeño efectivo, o en situaciones asimiladas a la de activo, del cargo, empleo o servicio», para luego calificar tanto «sueldos» como «emolumentos» de «retribuciones que están vinculadas a la permanencia en activo y desempeño efectivo del cargo, y no a la situación de jubilado, en la que no se ejerce el cargo en razón del cual se establece la exención»<sup>19</sup>.

Seguidamente, pasa al criterio lógico-sistemático, aunque lo denomina «la ubicación sistemática del precepto, esto es, el contexto de las normas de la propia Convención»<sup>20</sup>. Cabría entender así que recurre implícitamente al artículo 31 (2) de la CVDT, que dispone precisamente que «para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, [...] del texto, incluidos su preámbulo y anexos [...]», aunque no realiza tal precisión.

En cualquier caso, tiene en cuenta el hecho de que

«la Sección 18 de la Convención general sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas está incluido en el artículo V de la misma, cuya rúbrica es "Funcionarios", ligándolo a los funcionarios a que se refiere la Sección 17, precepto relativo a las categorías de funcionarios, que está establecido únicamente en relación a los funcionarios en activo, y no al personal jubilado» [sic]<sup>21</sup>.

17 SSTS 1737/2022, de 21 de diciembre (F. J. 5.º); 458/2023, de 10 de abril (F. J. 5.º); 967/2024, de 31 de mayo (F. J. 1.º).

18 SSTS 1737/2022, de 21 de diciembre (F. J. 5.º); 458/2023, de 10 de abril (F. J. 5.º); 967/2024, de 31 de mayo (F. J. 3.º).

19 *Ibid.* Quizá hubiera sido aconsejable reparar en el hecho de que el texto del tratado fue adoptado en inglés (*emoluments*) y en francés (*émoluments*). Sin embargo, ello no resulta de mayor relevancia, pues en ambos idiomas, al igual que en español, «emolumentos» presenta el mismo significado, derivado de su etimología latina (*emolumentum*).

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*

A mayor abundamiento, señala además que

«todas estas previsiones se refieren a los funcionarios en activo, y no al personal jubilado, para el que carecen de sentido tales previsiones puesto que ya no desempeñan el servicio por razón del cual se otorgan los privilegios e inmunidades que se establecen en la Convención, como reseña expresamente la Sección 20, incluida en el mismo artículo V de la Convención al proclamar que "las prerrogativas e inmunidades se otorgan en interés de las Naciones Unidas y no en provecho de los propios individuos"»<sup>22</sup>.

Reencauzada la cuestión de la exención en torno a la condición de funcionario, el Tribunal Supremo procede a interpretar el término «funcionario» empleado por el precepto convencional. No obstante, no explicita expresamente el desplazamiento del foco interpretativo hacia este concepto, sino que se limita a señalar que

«Es incuestionable que la condición de funcionario de las Naciones Unidas, que es la condición subjetiva a la que están vinculada la exención que se pretende, y la razón que justifica el reconocimiento de los privilegios que otorga la Convención, entre ellos las exenciones fiscales, desaparecen al cesar la prestación de servicios para el organismo, por causa de jubilación» [sic]<sup>23</sup>.

Para confirmar esta aseveración, acude al Estatuto y Reglamento del Personal de las Naciones Unidas, donde se establece expresamente que la jubilación es causa de separación del servicio<sup>24</sup>. A la luz de la Ley de Tratados, debe entenderse por tanto que lo anterior constituye una interpretación de un concepto («funcionario») de un tratado adoptado por una organización internacional, realizada a la luz de una norma pertinente de la organización, tal y como manda su artículo 35 (2). El Tribunal Supremo no describe de este modo —ni de ninguna otra manera— el empleo del Estatuto y Reglamento del Personal de las Naciones Unidas.

Todo ello conduce al Alto Tribunal a considerar que las prestaciones por jubilación percibidas por quienes fueron funcionarios de la ONU no quedan incluidas dentro del término «emolumentos», previsto en el artículo V, sección 18 (b) de la CPINU y, en consecuencia, no quedan exentas del IRPF. Sin embargo, en lo aquí interesa, el Tribunal Supremo expresamente señala que la anterior doctrina jurisprudencial se dicta

«exclusivamente sobre la base de la interpretación de las normas jurídicas examinadas, en aplicación de los criterios hermenéuticos jurídicos aplicables a tenor de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre interpretación del Derecho de los Tratados»<sup>25</sup>.

---

22 SSTS 458/2023, de 10 de abril (F. J. 5.º); 967/2024, de 31 de mayo (F. J. 3.º).

23 *Ibid.* En la STS 1737/2022, de 21 de diciembre (F. J. 5.º), este razonamiento lo hace a propósito del criterio finalista, que «conduce inequívocamente a la misma conclusión, dada la claridad con la que la Sección 20 de la Convención establece que «las prerrogativas e inmunidades se otorgan en interés de las Naciones Unidas y no en provecho de los propios individuos», todo ello con el fin de garantizar su independencia en el ejercicio de sus funciones relacionadas con el organismo, funciones que evidentemente solo son desempeñados por quienes ostentan la condición de funcionarios o trabajadores en activo, y no por el personal jubilado».

24 *Ibid.* Este argumento en particular no fue expuesto en la STS 1737/2022, de 21 de diciembre (F. J. 5.º).

25 *Ibid.*

## IV. La jurisprudencia contenciosa como canon de interpretación de los tratados: el contraste con la sala de lo social

La interpretación del artículo V, sección 18 (b), de la CPINU por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo constituye una línea jurisprudencial de referencia, tanto para los órganos jurisdiccionales como para la Administración, en la interpretación de disposiciones convencionales, y muy especialmente para el resto de las Salas del Tribunal Supremo.

En esta línea, conviene llamar la atención sobre un supuesto concreto en el que otra Sala del Alto Tribunal debió tomar en consideración dicha jurisprudencia, a fin de cumplir con lo dispuesto en el artículo 35 (1) de la Ley de Tratados y con la obligación convencional en los términos que le son propios en el derecho internacional.

Se trata de la Sala de lo Social y la obligación convencional en cuestión es el artículo 7 del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador<sup>26</sup> (en adelante, «Convenio 158»), que dispone lo siguiente:

«No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad».

Así, el precepto convencional, «regulador de una relación jurídica entre particulares, dispone que, salvo que no sea razonable [excepción], el empresario le dará al trabajador la posibilidad de defenderse de las acusaciones en las que pretenda motivar su despido [regla general]»<sup>27</sup>.

Pues bien, en su sentencia de 18 de noviembre de 2024<sup>28</sup>, la Sala decidió acotar temporalmente la aplicación directa del referido precepto —que confiere un derecho a los parti-

---

26 «BOE» núm. 155, de 29 de junio de 1985. En vigor para España desde el 26 de abril de 1986.

27 **AGUADO SILVESTRE, S.**, «La problemática aplicación e interpretación del Artículo 7 del Convenio 158 de la OIT (Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 1250/2024 de 18 de noviembre)», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 13, 2025, p. 20.

28 STS (Sala de lo Social, Pleno) núm. 1250/2024, de 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:2024:5454), y reiterada en STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) núm. 175/2025, de 5 de marzo (ECLI:ES:TS:2025:1001); núm. 185/2025, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2025:1128); núm. 511/2025, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2025:2842); núm. 512/2025, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2025:2843); núm. 540/2025, de 4 de junio (ECLI:ES:TS:2025:2979).

culares— a partir de esa misma fecha. Tal delimitación temporal fue justificada por la Sala sobre la base de la excepción prevista en la propia disposición convencional, interpretada a la luz del principio de seguridad jurídica.

No obstante, con independencia del amplio consenso existente en la doctrina laboralista en cuanto a que la seguridad jurídica excede del ámbito de dicha excepción<sup>29</sup>, tal interpretación ignora el artículo 35 (1) de la Ley de Tratados y no se ajusta al sentido que el precepto tiene de acuerdo con la regla general de interpretación de los tratados prevista en la CVDT, pues el resultado alcanzado no se deriva de una interpretación literal, lógico-sistemática y teleológica del precepto convencional<sup>30</sup>.

De una interpretación literal se sigue que la excepción objeto de interpretación condiciona el derecho de audiencia a un test de razonabilidad, que ha de ser aplicado desde la perspectiva del empresario en relación con la conducta por la cual se pretende despedir al trabajador<sup>31</sup>. Ello viene a ser confirmado por una interpretación lógico-sistemática en relación con los artículos 4 y 11 del Convenio 158<sup>32</sup>. Cabría incluso añadir que el objeto y el fin del Convenio 158 es ofrecer una serie de garantías al trabajador frente al empresario a la hora de la terminación de la relación laboral, garantías que decaen cuando motivos relacionados con su conducta hacen razonable que el empleador no deba soportarlas<sup>33</sup>.

Con todo, una interpretación del artículo 7 del Convenio 158 conforme al artículo 35 (1) de la Ley de Tratados y al derecho internacional no permitiría extender el ámbito de la excepción a motivos de seguridad jurídica<sup>34</sup>, extensión que difícilmente habría prosperado de haberse seguido el método interpretativo empleado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo en relación con el artículo V, sección 18 (b), de la CPINU.

---

29 SANGUINETTI RAYMOND, W., «El derecho de defensa previa al trabajador frente al despido», *Revista de derecho social*, núm.105, 2024, p. 72; VIVERO SERRANO, J. B., «La audiencia del trabajador antes del despido según el Supremo: Un apabullante leading case», *Diario La Ley*, 2024, p. 3; MOLINA NAVARRETE, C., «Un juicio de convencionalidad debido, justicia salomónica de ocasión: Audiencia previa al despido sí, pero "ex nunc"», en CASAS BAAMONDE, M. E. (coord.), *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2024*, Cinca, 2025, pp. 433-434.

30 AGUADO SILVESTRE, S., *op. cit.*, pp. 25 y 26.

31 SANGUINETTI RAYMOND, W., *op. cit.*, pp. 72 y 73.

32 «No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una *causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta* o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio» (art. 4). «El trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, *a menos que sea culpable de una falta grave de tal indole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso*» (art. 11). *Cursivas añadidas.*

33 AGUADO SILVESTRE, S., *op. cit.*, p. 26.

34 *Ibid.*

## V. Conclusión

Debe destacarse la correcta aplicación directa y la particularmente acertada interpretación del artículo V, sección 18 (b), de la CPINU, realizada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Como ya se ha señalado, esta forma de interpretar los tratados internacionales constituye una referencia, tanto para los órganos jurisdiccionales —incluidas las restantes Salas del Tribunal Supremo— como para la Administración.

Todos los órganos del Estado que, en el ejercicio de sus funciones, deban interpretar tratados internacionales han de hacerlo empleando «los criterios hermenéuticos jurídicos» de la CVDT. Ello puede justificarse, en primer lugar, en que forma parte del deber de los Estados de cumplir de buena fe los tratados, obligación que se extiende a sus principios interpretativos<sup>35</sup>. En segundo lugar, en que los tratados conservan su naturaleza de derecho internacional y, en virtud de esa naturaleza, siguen siendo aplicables las reglas internacionales de interpretación<sup>36</sup>. Por último, en que dicho empleo puede favorecer la aceptación —o el aumento del peso que se les atribuya— de las decisiones de un tribunal nacional por parte de tribunales internacionales o extranjeros<sup>37</sup>.

En cualquier caso, en España su utilización es imperativa: por un lado, así lo establece el artículo 35 (1) de la Ley de Tratados; por otro, los artículos 31, 32 y 33 de la CVDT son directamente aplicables y prevalecen, dentro de su ámbito material, sobre el artículo 3 del Código Civil.

## Bibliografía

- AGUADO SILVESTRE, S.**, «La problemática aplicación e interpretación del Artículo 7 del Convenio 158 de la OIT (Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 1250/2024 de 18 de noviembre)», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 2025 (pp. 19-28).
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.**, «Artículo 96», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (dir.), CASAS BAAMONDE, M. E. (dir.), ARNALDO ALCUBILLA, E. (ed.), REMÓN PEÑALVER, J. (ed.), PÉREZ MANZANO, M. (coord.), BORRAJO INIESTA, I. (coord.), *Comentarios a la Constitución española*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018 (pp. 355-373).
- BUERGENTHAL, T.**, «Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, t. 235, 1992 (pp. 305-400).
- CARDONA LLORENS, J.**, «Artículo 30.2 y 3: Ejecución», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *Comentarios a la*

35 NOLLKAEMPER, A., «Grounds for the Application of International Rules of Interpretation in National Courts», en AUST, H. P., NOLTE, G. (eds.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 37.

36 *Ibid.*, p.42.

37 *Ibid.*, p. 54.

*Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Ley 25/2014, de 27 de noviembre*, Civitas, Madrid, 2015 (pp. 561-573).

**ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.**, «Artículo 35: Reglas de Interpretación», en **ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., Díez-Hochleitner, J., MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.** (dirs.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Ley 25/2014, de 27 de noviembre*, Civitas, Madrid, 2015 (pp. 709-744).

**ESPÓSITO, C.**, «Sobre la ley de tratados y otros acuerdos internacionales», 19 de diciembre de 2014, <https://aquiencia.net/2014/12/19/sobre-la-nueva-ley-de-tratados-y-otros-acuerdos-internacionales/> (última entrada, 1 de febrero de 2026).

**IWASAWA, Y.**, «Domestic Application of International Law», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, t. 378, 2015.

**IZQUIERDO SANS, C.**, «En torno al control de convencionalidad: La aplicación de los tratados internacionales en España», en **MARTÍNEZ PÉREZ, E. J.** (coord.), *Cuestiones actuales en torno a la aplicación de normas y obligaciones en materia de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022 (pp. 223-259).

**MOLINA NAVARRETE, C.**, «Un juicio de convencionalidad debido, justicia salomónica de ocasión: Audiencia previa al despido sí, pero "ex nunc"», en **CASAS BAAMONDE, M. E.** (coord.), *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2024*, Cinca, 2025 (pp. 431-434).

Nollkaemper, A., «Grounds for the Application of International Rules of Interpretation in National Courts», en **AUST, H. P., NOLTE, G.** (eds.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*, Oxford University Press, Oxford, 2016 (pp. 34-48).

**REMIRO BROTONS, A.**, *Derecho internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

**SANGUINETI RAYMOND, W.**, «El derecho de defensa previa al trabajador frente al despido», *Revista de derecho social*, núm. 105, 2024 (pp. 41-74).

**VIVERO SERRANO, J. B.**, «La audiencia del trabajador antes del despido según el Supremo: Un apabullante leading case», *Diario La Ley*, 2024 (pp. 1-6).

## Jurisprudencia

- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) núm. 967/2024, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2956).
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) núm. 458/2023, de 10 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1406).
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) núm.1737/2022, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4935).

---

# ¿Despidos disciplinarios o despidos nulos por enfermedad y/o embarazo? Un análisis jurídico tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y no discriminación

---

Lucía Briones Redondo

Estudiante del Máster de Acceso a la Abogacía y Procura  
de la Universidad de Castilla-La Mancha

Lucia.Briones@alu.uclm.es

Recibido el 3 de febrero de 2026; aceptado el 10 de febrero de 2026.

**Resumen:** La entrada en vigor de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y no discriminación ha suscitado un debate jurídico y una transformación en las sentencias más recientes, especialmente en aquellos casos donde la controversia gira en torno a los despidos disciplinarios y objetivos de las personas más vulnerables: los trabajadores con discapacidades, incapacitaciones por enfermedad, mujeres embarazadas y personas con alguna condición de salud en general. El presente análisis se centra en dos sentencias de actualidad: la Sentencia del Tribunal Supremo 91/2025, de 4 de febrero y la Sentencia del Tribunal Supremo 94/2025, de 4 de febrero, ambas unificadoras de doctrina, cuyos conflictos centrales cuestionan los nuevos aspectos procedimentales en los despidos tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022.

**Abstract:** The entry into force of Law 15/2022 on comprehensive equality of treatment and non-discrimination has sparked substantial legal discourse and has fundamentally reshaped recent jurisprudence, particularly in disputes concerning disciplinary and objective dismissals affecting vulnerable workers: those with disabilities, employees rendered incapable due to illness, pregnant workers, and individuals with any general health condition. This analysis examines two landmark decisions: the Supreme Court Judgment 91/2025 of February 4th and Supreme Court Judgment 94/2025 of February 4th, both doctrine-unifying decisions, whose core disputes question the novel procedural safeguards applicable to dismissals in the wake of Law 15/2022's implementation.

**Palabras clave:** Entrada en vigor, Ley 15/2022, igualdad de trato, no discriminación, sentencias del Tribunal Supremo, despidos disciplinarios, incapacidad, embarazo, enfermedad, unificar doctrina / The entry into force, Law 15/2022, equality of treatment, non discrimination, landmark decisions of the Supreme Court, disciplinary dismissal, inability, pregnancy, illness, doctrine-unifying decisions.

## I. Introducción

Nuestro derecho del trabajo es una rama que se encuentra en constante transformación y evolución a medida que nuestra sociedad va cambiando y necesita de nuevas protecciones en cuanto a relaciones laborales se refiere. Este artículo analiza y recoge los cambios jurisprudenciales más relevantes que el Tribunal Supremo ha unificado como doctrina tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, atendiendo especialmente a dos sentencias emanadas del propio Tribunal y de ultimísima actualidad. Estas sentencias revolucionan la forma de interpretar el derecho laboral en materia de despidos que veníamos conociendo y que, en consecuencia, ha reforzado figuras jurídicas ya contenidas en la jurisprudencia del TJUE y la Directiva europea 2008/78/CE<sup>1</sup> como es la «discapacidad equiparada» y la «incapacidad de larga duración», ambos conceptos ya se equiparaban a ciertas enfermedades de larga duración o situaciones de incapacidad temporal. Esta ley nace para cumplir con esta doctrina de nivel europeo, dando a luz nuevos fenómenos tales como la obligación de los «ajustes razonables» y la llamada «inversión de la carga probatoria». Dos elementos que pueden dar la vuelta a una controversia donde aparentemente podríamos estar ante un despido disciplinario u objetivo pero que, si vamos más allá de los aspectos formales y procedimentales, la nulidad podría estar más cerca de lo que creemos.

## II. Régimen anterior aplicable a los despidos disciplinarios antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2022

El derecho disciplinario constituye el máximo exponente del poder sancionador empresarial y es una de las figuras más importantes de nuestro Estatuto de los Trabajadores. A diferencia de otros modos de extinción del contrato, como puede ser el despido objetivo que responde a causas económicas, técnicas u organizativas supuestamente ajenas a la conducta del trabajador<sup>2</sup>, el despido disciplinario se caracteriza por su naturaleza sancionadora. Este poder sancionador empresarial reside en el artículo 20 ET cuando se reco-

1 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (Sala Segunda) de 11 de abril de 2013, C-335711, ECLI:EU:C:2013:222

2 Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo, 2/2015, de 23 de octubre. Artículos 51 y 52 ET

noce la potestad de dirección del empleador, así como la decisión de tomar las medidas oportunas para aumentar la producción y distribuir la carga de trabajo<sup>3</sup>. Sin embargo, todo poder tiene un límite, y por supuesto, este está sometido a los límites constitucionales, legales y convencionales. El poder sancionador que da a luz a los despidos disciplinarios no tiene la fuerza para condenar ni juzgar, sino todo lo contrario, será sometido a control judicial para que los tribunales puedan corroborar que la sanción o el despido es proporcionado, legítimo y ajustado a derecho, sin mencionar que no puede dar cabida a motivos de discriminación ni vulneración de los DDFF.

En cuanto a esto último, los DDFF, existen ciertos límites constitucionales al poder sancionador empresarial para dotar de herramientas y protección a los trabajadores. Se trata de los principios de antijuridicidad, legalidad, tipicidad, singularidad de la sanción, proporcionalidad, seguridad jurídica, buena fe e inviolabilidad de los DDFF<sup>4</sup>. En el preciso momento en que tenemos un despido basado en la vulneración de alguno de estos principios, la calificación del despido pasa a ser nula, impidiendo su improcedencia<sup>5</sup>.

Ya no solo vemos límites a este poder sancionador en nuestro propio ordenamiento jurídico, también en el resto de Europa, concretamente en el Convenio 158 de la OIT sobre la «Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador», que España ratificó<sup>6</sup>.

Un artículo clave para entender la jurisprudencia anterior es la antigua redacción del 55.5 ET, que nos habla sobre la nulidad en los despidos y que únicamente recogía dos casos de nulidad que era la vulneración de DDFF y/o la discriminación por cualquier razón o motivo<sup>7</sup>. La mención a los motivos discriminatorios está estrechamente relacionado con el famoso artículo 14 de nuestra Constitución, lo que nos permitía (y sigue permitiendo) alegar nulidad por discriminación en los motivos protegidos constitucionalmente, incluyendo el sexo, la raza, religión y opinión.

Sin embargo, el análisis del texto del art. 55.5 ET<sup>8</sup> en su redacción anterior a la Ley 15/2022 revela una ausencia significativa que constituye el núcleo de la problemática que se aborda en este estudio, que es la nula mención a la enfermedad, discapacidad, incapacidad por enfermedad o cualquier otra condición de salud como causa discriminatoria de despido. Esta ausencia resulta especialmente relevante porque el art. 55.5 ET establecía un régimen de enumeración de causas de nulidad muy preciso, de modo que el resto de las causas no mencionadas de forma explícita gozaban de una protección un tanto borrosa y no muy clara conforme al tenor literal de la norma. En consecuencia, la

3 Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Artículo 20

4 **MANRIQUE DE TORRES** (2025). «Límites al poder disciplinario del empresario. Manrique de Torres Abogados». Consultado en: <https://manriquedetorres.com/blog/limites-al-poder-disciplinario-del-empresario/>

5 **ORTEGA LOZANO, P.G.** (2021). *Il licenziamento disciplinare in Spagna. Causali e costi*, Milán, CEDAM, p.265

6 Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador (1982)

7 Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Artículo 55.5

8 Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Artículo 55.5

protección de trabajadores enfermos o con discapacidad quedaba en una zona de incertidumbre jurídica que generaba vacíos de protección e inseguridad, generando problemas aplicativos y de interpretación en la práctica judicial.

Esta laguna normativa adquiere aún más relevancia si lo comparamos con el contexto europeo. La Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, establece la prohibición de discriminación por razón de discapacidad en el empleo<sup>9</sup>. España, como Estado miembro de la UE, estaba obligada a incorporar esta Directiva al ordenamiento jurídico interno, sin embargo, la redacción del artículo 55.5 ET anterior a la Ley 15/2022 no incorporaba de forma explícita la discapacidad como motivo de nulidad del despido, lo que generaba una tensión entre la obligación europea de protección y la ausencia de reconocimiento explícito en la norma nacional.

### III. Entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

La Ley 15/2022 se está convirtiendo en un pilar fundamental para la protección de derechos en nuestro Estado de derecho, ampliando sustancialmente la lista de motivos prohibidos para la discriminación y proporcionando un marco integral de garantías para todas las personas contra cualquier forma de discriminación en todos los ámbitos de la vida de un trabajador. Podríamos decir que esta Ley funciona más como un instrumento de garantía de los derechos fundamentales, no tanto como un reconocimiento de nuevos derechos, sino como un reforzamiento del mecanismo de protección para los ya existentes y constitucionalmente reconocidos<sup>10</sup>.

El cambio más importante ha sido la modificación de la redacción del artículo 55.5 ET, ampliando las causas prohibidas de discriminación para añadir las faltantes ya mencionadas anteriormente, de igual manera que el artículo 2.1 de la presente Ley establece que *«nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación sexual, género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías, trastornos, etc, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*<sup>11</sup>. La incorporación de la enfermedad o condición de salud constituye una novedad especialmente relevante con el ámbito laboral. El artículo 2.3 de la misma Ley también dispone que *«la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de trata-*

9 Directiva Europea 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

10 CUATRECASAS.COM (2022). Ley 15/2022: igualdad de trato y no discriminación en España. Análisis de la Ley 15/2022 y su exposición de motivos

11 Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación. Artículo 2.1

miento de la misma, de las limitaciones objetivas que impongan para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública»<sup>12</sup>. Esta disposición limita así el ámbito de lo que puede considerarse trato diferenciado legítimo en relación con la enfermedad, restringiendo significativamente la capacidad de la empresa para justificar diferencias de trato basadas simplemente en la existencia de una enfermedad.

Una de las garantías para que esta prohibición de discriminación sea efectiva y no se cometan despidos de forma arbitraria es la inversión de la carga probatoria<sup>13</sup> contenida en el artículo 30 de la Ley 15/2022. Cuando se tenga sospecha de que un despido ha sido objeto de discriminación o vulneración de DDFF, le corresponderá a la parte demandada, es decir, al empleador, demostrar que ese despido se ha producido de forma ajustada, objetiva y que, por supuestísimo, no ha sido fundado en motivos prohibidos de discriminación. El trabajador solo tendrá que mostrar los indicios, pero la carga probatoria recae en la empresa.

## IV. Análisis de la STS 91/2025, de 4 de febrero, sentencia unificadora de doctrina

La STS 91/2025, de 4 de febrero<sup>14</sup> versa sobre la nulidad del despido a una trabajadora embarazada e incapacitada temporalmente por enfermedad. Este caso nos presenta a una trabajadora de la cadena Burger King España que fue contratada con carácter eventual desde septiembre de 2021, hasta que fue despedida el 7 de marzo de 2022. Esto último sucedió mientras se encontraba en situación de incapacidad temporal por enfermedad común, baja laboral que tuvo su inicio el 20 de febrero de 2022, y estando embarazada. El conflicto jurídico sobre si procede o no la nulidad en este despido se fundamenta en que la actora no alegó su embarazo en la papeleta de conciliación ante el SMAC, cosa que sí hizo posteriormente en su presentación de la demanda, solicitando, además, que se califique la nulidad de su despido.

La pregunta central de la sentencia es la siguiente: ¿puede una trabajadora que no mencionó su embarazo en la papeleta de conciliación ante el SMAC, alegarlo posteriormente en la demanda? La normativa que se aplicó en un principio fue el artículo 80.1c) LRJS, que establece que «en ningún caso podrán aducirse hechos distintos de los aducidos en conciliación o mediación»<sup>15</sup>. No fue hasta la tercera instancia, cuando el Tribunal Supremo casó y anuló las sentencias anteriores donde aplicaban este artículo y, por ende, no calificaban la nulidad, que reconoció de pleno derecho la nulidad del despido. El Tribunal entendía que ante una situación tan delicada como es la extinción de la relación laboral de una trabajadora embarazada, siendo sujeto de protección jurídica, la interpre-

12 Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación. Artículo 2.3

13 Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación. Artículo 30

14 STS de Madrid (Sala cuarta de lo Social) núm.91/2025, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2025:472)

15 Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm.245

tación de artículos tan procedimentales como lo es el 80.1c) LRJS no podía ser de aplicado de una forma tan rigorista y poco flexible. La sentencia cita textualmente que «*una hermenéutica de precepto que conjugue la exigencia del derecho del demandado a no sufrir indefensión con la adecuada protección de los derechos fundamentales del trabajador*». La consecuencia jurídica es que la correspondencia entre el contenido de la papeleta de conciliación y la demanda solo es exigible cuando exista la imposibilidad material de celebrar la conciliación o cuando suponga una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte. De todos modos, cabe considerar que, aunque exista la posibilidad de celebrar la conciliación, siempre deberíamos interpretar de manera flexible y ajustada a cada caso particular la jurisprudencia, especialmente cuando se trata de grupos vulnerables o sujetos que son objeto de mecanismos de garantía reforzada como son las mujeres embarazadas en el mundo laboral. Lo que no puede pretender la jurisprudencia es que, ante un despido potencialmente nulo, para iniciar los procesos de protección hacia las mujeres embarazadas, estas tengan que revelar primero su estado porque esto supone una desprotección en sí misma y vacía el contenido del derecho a la intimidad y a la vida personal y familiar.

El Tribunal Supremo establece que la nulidad del despido de embarazadas configura una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por discriminación, y es que la nulidad en este caso opera de manera automática, objetiva, con total independencia del móvil, no requiere de prueba de intención discriminatoria ni de comunicación del propio embarazo a la empresa y para que esta protección se haga efectiva tampoco se precisa del conocimiento de este embarazo por parte de la empresa. Respecto a estas características, la propia sentencia cita la STC 92/2008<sup>16</sup> donde explican la nulidad en estos casos como que «*constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE*» y se configura como «*una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio*».

Resumiendo, la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2022, más concretamente la STS 528/2020, sostenía que ante un caso donde las alegaciones no coincidentes de la papeleta de conciliación y la demanda debía proceder la denegación de la nulidad, siguiendo estrictamente el artículo 80.1c) LRJS. En cambio, la presente STS 91/2025 admite la alegación del embarazo en la ampliación de la demanda, a pesar de que no conste en la papeleta. Otras de las sentencias recientes que respaldan esta decisión son la STS 1038/2024, de 10 de septiembre<sup>17</sup>, STS 1306/2024, de 2 de diciembre<sup>18</sup> y la STS Pleno, 49/2025, de 23 de enero<sup>19</sup>. Todas estas sentencias confirman una reorientación deliberada y coherente del TS hacia una mayor protección de DDFF, estableciendo la nulidad objetiva y reforzando la no exigencia de comunicación del embarazo, la jurisprudencia comunitaria y un análisis procesal-constitucional donde los DDFF prevalecen sobre los formalismos.

16 STC de Extremadura (Sala de lo Social de Badajoz) núm. 92/2008, de 21 de julio, rec. 6595/2006

17 STS de Madrid (Sala de lo Social) núm.1038/2024, de 10 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4494)

18 STS de Madrid (Sala cuarta de lo Social) núm.1306/2024, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TS:2024:5971)

19 STS emitida por el Pleno de Madrid (Sala cuarta de lo Social) núm.49/2025, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2025:158)

El razonamiento jurídico de la STS 91/2025 es perfectamente extrapolable al concepto de enfermedad y discapacidad recogidos en la Ley 15/2022: la tutela enérgica frente a la discriminación por enfermedad y/o discapacidad, incluyendo la posibilidad de declarar la nulidad del despido. Existe una diferencia notable entre la protección por embarazo y la protección por enfermedad y/o discapacidad y es la incondicionalidad de la nulidad objetiva del embarazo. Mientras que los despidos por embarazo siempre serán nulos, los despidos por enfermedad podrán ser nulos, pero están sujetos a la carga probatoria de la parte demandada<sup>20</sup>. A esto último se lo conoce como inversión de la carga probatoria y sucede cuando, un trabajador presenta indicios de discriminación en su despido y tiene que ser el propio empleador el que tenga que demostrar lo contrario, que la causa de ese despido ha sido objetiva, razonable y ajustada a derecho<sup>21</sup>. En caso de no poder demostrar la justificación motiva y suficiente, se presumirá la discriminación<sup>22</sup>.

## V. Análisis de la STS 94/2025, de 4 de febrero

La presente sentencia consolida doctrina resolviendo una cuestión jurídica de principio sobre la aplicación de la Ley 15/2022, que versa sobre los despidos por ineptitud sobrevenida, un concepto totalmente novedoso en nuestro derecho, lo que convierte esta resolución de una de las más interesantes.

Esta sentencia desarrolla ampliamente la obligación de los llamados «ajustes razonables» como requisito previo insalvable antes de proceder con el despido.

La demandante es una antigua trabajadora del hospital privado Quirón Prevención a la que le diagnostican cáncer de útero y, a raíz de este evento, es diagnosticada de un trastorno depresivo, lo que le llevó a una situación de incapacidad temporal prolongada de dos años de duración hasta que el INSS le dio al alta sin reconocer su incapacidad permanente en ningún grado. El conflicto sucede después, cuando el hospital realiza una evaluación médica a la demandante y llegan a la conclusión de que no es apta para continuar en su puesto de trabajo. Bajo esta premisa, es despedida invocando el artículo 52.a) ET y la empresa califica su despido como objetivo por razones de ineptitud sobrevenida.

La cuestión jurídica central que envuelve este caso es: ¿constituye despido nulo por discriminación por discapacidad equiparada el despido objetivo por ineptitud sobrevenida cuando la empresa, tras conocer el informe de «no apto» del servicio de prevención, procede al despido sin haber realizado la evaluación previa de capacidades residuales, propuestas de adaptación o justificación de la carga desproporcionada conforme al artículo 4 de la Ley 15/2022 y jurisprudencia del TJUE? La respuesta del Tribunal Supremo es afirmativa, sí que constituye despido nulo por discriminación. Se fundamenta esta deci-

20 Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación

21 SIERRA VILLAÉCIJA, A. (2025) «¿Es legal el despido de un trabajador, que está de baja laboral, durante el periodo de prueba?» *Sepin Editorial Jurídica*

22 VAQUERO PINTO, M.J. (2023). «Derecho Civil. Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación». *Ara Iuris Salmanticensis*, vol.11

sión en que una incapacidad temporal de larga duración es equiparable a una situación de discapacidad. La aplicación del artículo 4.1 (derecho a la igualdad de trato y no discriminación) de la Ley 15/2022 donde se menciona expresa que «*en consecuencia, queda prohibida [...] la denegación de ajustes razonables [...]*» es porque la empresa no acreditó haber realizado los ajustes razonables previos a la decisión del despido. Es por ello por lo que el Tribunal Supremo interpreta esta obligación como un requisito previo al despido, no simultáneo. Por último, y como observación, es evidente que, aunque el Tribunal Supremo no mencione de forma explícita el artículo 30 de la Ley 15/2022, es más que obvio que aplica su interpretación. Este artículo nos habla sobre la carga probatoria de la empresa. Una vez que se presentan indicios de discriminación, la responsabilidad de justificar el despido recae en la empresa.

Lo esencial de esta sentencia es la novedad jurídica introducida, que es la obligación de llevar a cabo los ajustes razonables correspondientes a fin de adaptar un puesto de trabajo, bajo la premisa de un concepto tan clásico como es la «ineptitud sobrevenida» del art. 52.a ET<sup>23</sup>, que genera derechos de protección antidiscriminatoria, lo que implica cambios de paradigma con respecto a interpretaciones anteriores.

## VI. Conclusiones

El presente artículo ha abordado una cuestión jurídica de actualidad en nuestro derecho del trabajo con la intención de analizar los puntos más controvertidos que nos ha traído la entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; una transformación a la hora de proteger al trabajador frente a despidos disciplinarios u objetivos, tomando como punto de apoyo las sentencias unificadoras de doctrina del Tribunal Supremo 91/2025 y 94/2025, ambas del 4 de febrero. Las conclusiones que podemos sacar es que, esta ley no ha introducido nuevos derechos que no conozcamos, sino que se ha encargado de dotar de herramientas y de mecanismos de garantía de protección a los ya existentes, ha corregido vacíos legales del Estatuto de los Trabajadores y ha cambiado radicalmente la forma de interpretar artículos inamovibles y rígidos, como es el artículo 80.1c) LRJS, cuando se trata de posibles derechos fundamentales vulnerados. En relación con esto último, el punto de mira se traslada desde los parámetros administrativos analistas y rigoristas hacia un modelo donde se debe contextualizar teniendo en cuenta derechos fundamentales y causas prohibidas de discriminación, de una manera más amplia, garantista y menos simplista. El artículo 14 de nuestra Constitución se convierte en el epicentro de toda protección antidiscriminatoria y ya no solo dependemos de un certificado administrativo expedido por el INSS, sino de la existencia de indicios de trato discriminatorio y de la capacidad de la empresa para justificar medidas no discriminatorias.

Todas estas novedades que ha experimentado nuestra jurisprudencia gracias a la entrada en vigor de la Ley 15/2022 nos han ayudado no solo a mejorar como juristas para salvaguardar los derechos de los grupos más vulnerables, sino que también nos ha alineado con los ideales jurídicos de Europa y lo más importante, con nuestra Constitución Española.

---

23 Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Artículo 52

## Bibliografía

- CUATRECASAS** (2022). «Ley 15/2022: igualdad de trato y no discriminación en España». Análisis de la Ley 15/2022 y su exposición de motivos.
- MANRIQUE DE TORRES** (2025). «Límites al poder disciplinario del empresario». *Marique de Torres Abogados*.
- ORTEGA LOZANO, P.G.** (2021). «Il licenziamento disciplinare in Spagna. Causali e costi». *Milán: CEDA*, p.265.
- SIERRA VILLAÉCIJA, A.** (2025). «¿Es legal el despido de un trabajador que está de baja laboral durante el período de prueba?» *Según Editorial Jurídica*.
- VAQUERO PINTO, M.J.** (2023). «El Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo y el despido disciplinario». *Legal Today*.



---

# *Blockchain y Smart Contracts* en el Derecho privado

---

## BLOCKCHAIN AND SMART CONTRACTS IN PRIVATE LAW

Miquel Àngel Català Gascón

Estudiante de la ceu abat oliba

mcgcallaueta@gmail.com

Recibido el 12 de febrero de 2026; aceptado el 12 de febrero de 2026.

**Resumen:** El presente artículo analiza los contratos inteligentes como instrumentos de ejecución automática basados en tecnología *blockchain*, centrándose en los problemas de responsabilidad jurídica derivados de errores de programación, ejecución defectuosa o divergencias entre el código y la voluntad contractual. Se examina su encaje en el derecho civil y mercantil español y europeo, atendiendo a la jurisprudencia existente y a los principios clásicos del derecho de contratos. Asimismo, se abordan los retos probatorios, interpretativos y procesales que plantean estos contratos, poniendo de relieve la necesidad de una adaptación jurídica que preserve la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva.

**Palabras clave:** contratos inteligentes; *blockchain*; responsabilidad jurídica; derecho civil; derecho mercantil; prueba electrónica; Unión Europea.

**Abstract:** This article analyses smart contracts as automatically executable instruments based on blockchain technology, focusing on the legal liability issues arising from programming errors, defective execution or discrepancies between code and contractual intent. It examines their integration within Spanish and European civil and commercial law, taking into account existing case law and traditional contract law principles. The study also addresses evidentiary, interpretative and procedural challenges posed by smart contracts, highlighting the need for legal adaptation to ensure legal certainty and effective judicial protection.

**Keywords:** smart contracts; blockchain; legal liability; civil law; commercial law; electronic evidence; European Union.

**Índice.** I. Marco conceptual de los contratos inteligentes. II. Responsabilidad jurídica y desafíos legales en los *smart contracts*. III. Los *smart contracts* como medio de prueba y propuestas de adaptación normativa. IV. Límites estructurales y garantías jurídicas en la automatización contractual. V. Conclusiones.

# I. Marco conceptual de los contratos inteligentes

Los contratos inteligentes, o *smart contracts*, representan una de las innovaciones más significativas en el ámbito del derecho y la tecnología en la última década. Su principal característica es la automatización de la ejecución contractual mediante código informático implementado en *blockchain*<sup>1</sup>, como ocurre paradigmáticamente en Ethereum. De este modo, cuando se verifican las condiciones previamente programadas, el sistema activa automáticamente las consecuencias pactadas, garantizando una ejecución inmediata y previsible. Ahora bien, dado que las redes *blockchain* operan de forma cerrada y no pueden, por sí mismas, acceder a información del mundo exterior, resulta imprescindible la intervención de los denominados «Oráculos». Estos constituyen fuentes externas de datos que transmiten a la *blockchain* información verificable sobre la ocurrencia de un determinado evento (por ejemplo, la llegada de una mercancía, la variación de un tipo de cambio o el resultado de una competición) permitiendo así que el contrato inteligente ejecute sus cláusulas conforme a lo programado. Los oráculos actúan, en consecuencia, como puentes entre el entorno digital descentralizado y la realidad fáctica. La incorporación de esta arquitectura tecnológica abre importantes perspectivas en términos de eficiencia operativa, reducción de costes de transacción y fortalecimiento de la seguridad jurídica, al minimizar la discrecionalidad en la fase de cumplimiento y reforzar la previsibilidad en la ejecución de los acuerdos comerciales. No obstante, también genera interrogantes relevantes sobre la responsabilidad jurídica, especialmente en casos de errores de programación, fallos de ejecución o vulnerabilidades técnicas que puedan causar daños a alguna de las partes<sup>2</sup>.

Desde la perspectiva jurídica, uno de los desafíos más complejos en materia de *smart contracts* surge cuando la ejecución automática no deriva de un error en el código, sino de la transmisión de información incorrecta por parte del oráculo que comunica a la *blockchain* la supuesta verificación de una condición. En estos supuestos, el problema no radica en la lógica programada, sino en la fiabilidad de la fuente externa que actúa como puente entre la realidad y el sistema descentralizado. La determinación de la responsabilidad plantea interrogantes relevantes: si debe imputarse al proveedor del oráculo por incumplimiento de estándares de diligencia, a las partes que lo seleccionaron, o incluso si procede articular mecanismos de asignación contractual del riesgo. La ausencia de un marco normativo específico y la naturaleza descentralizada de estas infraestructuras intensifican la complejidad del análisis, evidenciando que la automatización tecnológica no elimina, sino que reconfigura, los problemas clásicos de imputación y responsabilidad civil.

---

1 *Blockchain* es un registro distribuido e inmutable de transacciones, donde cada bloque está enlazado criptográficamente con el anterior. En los contratos inteligentes, sirve como infraestructura de ejecución automática, garantizando transparencia, trazabilidad y seguridad, y funcionando como prueba fiable de cumplimiento contractual.

2 SZABO, N. (1997). *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*.

Además, la otra particularidad inherente a la naturaleza descentralizada de *blockchain* es que complica la aplicación de los principios tradicionales del derecho civil y mercantil. En los contratos convencionales, el incumplimiento genera responsabilidad basada en la culpa o el dolo, y la intervención judicial permite determinar responsabilidades y aplicar *acciones edilicias*. Los *smart contracts*, al ejecutarse de manera automática y en entornos tecnológicos distribuidos, desafían este esquema, creando vacíos legales que aún no han sido plenamente resueltos por la legislación vigente<sup>3</sup>.

Los contratos inteligentes son acuerdos autoejecutables codificados en un sistema *blockchain*, en los que las obligaciones de las partes se cumplen automáticamente cuando se verifican ciertas condiciones programadas en el código<sup>4</sup>. A diferencia de los contratos tradicionales, donde la ejecución depende de la voluntad de las partes y del control judicial en caso de incumplimiento, los *smart contracts* permiten que los actos contractuales se ejecuten de manera inmediata y sin intervención humana directa. Esto reduce riesgos de incumplimiento intencionado y agiliza los procesos de contratación, pero introduce una dependencia tecnológica que plantea desafíos jurídicos inéditos<sup>5</sup>.

Su implementación en *blockchain* asegura la inmutabilidad del contrato y la trazabilidad de todas las transacciones, generando un registro distribuido que no puede ser modificado unilateralmente. Desde la perspectiva jurídica, presentan varios rasgos que requieren análisis específico: automatización de obligaciones, descentralización con registro inmutable, y reducción de intermediarios como notarios o tribunales, aunque estos siguen siendo relevantes en la fase de redacción y auditoría del código<sup>6</sup>. En comparación con los contratos tradicionales, la ejecución automática plantea nuevos interrogantes sobre responsabilidad. En el derecho civil y mercantil español, el cumplimiento de obligaciones se regula principalmente por los artículos 1088 y siguientes del Código Civil<sup>7</sup>, estableciendo que el deudor responde de la ejecución defectuosa y el acreedor puede reclamar indemnización en caso de incumplimiento. La jurisprudencia, como la STS 82/2019 de 29 de enero<sup>8</sup>, refuerza estos principios. Sin embargo, los *smart contracts* no dependen de la buena fe del deudor, sino de la programación. Si el código contiene errores o vulnerabilidades, surge la cuestión de quién asume la responsabilidad. La STS 345/2020 de 15 de mayo<sup>9</sup> reconoce la obligación de reparar daños por incumplimiento contractual, pero no ofrece una respuesta directa frente a la automatización por código.

Desde la perspectiva de derecho comparado, casos como *B2C2 Ltd v Quoine Pte Ltd* (Singapur) y *AA v Persons Unknown* (Reino Unido) muestran cómo otros sistemas jurídicos

3 WERBACH, K., & CORNELL, N. (2017). «Contracts Ex Machina». *Duke Law Journal*, 67(2), 313–382.

4 CHRISTIDIS, K., & DEVETSIKIOTIS, M. (2016). «Blockchains and Smart Contracts for the Internet of Things», *IEEE Access*, 4, 2292–2303.

5 FINCK, M. (2018). «Blockchain and the General Data Protection Regulation: Can distributed ledgers be squared with European data protection law?», *European Journal of Law and Technology*, 9(1).

6 RASKIN, M. (2017). «The Law and Legality of Smart Contracts». *Georgetown Law Technology Review*, 1(2), 305–341.

7 Código Civil Español, arts. 1088 y ss.

8 STS 82/2019, 29 de enero, Tribunal Supremo de España.

9 STS 345/2020, 15 de mayo, Tribunal Supremo de España.

enfrentan la interacción entre contratos automáticos y responsabilidad civil, ofreciendo lecciones útiles para el análisis de *smart contracts*. En *B2C2 Ltd v Quoine Pte Ltd*<sup>10</sup>, el tribunal de Singapur abordó la cuestión de errores en la ejecución de órdenes automatizadas en plataformas de criptomonedas, evaluando si la parte afectada podía reclamar daños a pesar de que la transacción se había ejecutado según las reglas programadas. El caso subraya la necesidad de determinar cuándo un fallo en la programación se traduce en responsabilidad contractual y cómo los tribunales pueden interpretar cláusulas implícitas sobre diligencia y buenas prácticas en entornos automatizados. Por su parte, *AA v Persons Unknown* en el Reino Unido aborda la protección frente a actuaciones de terceros desconocidos que interfieren con contratos digitales, destacando la posibilidad de medidas correctivas y órdenes judiciales para prevenir o reparar daños, incluso cuando la ejecución del contrato es automática. Ambos ejemplos muestran que, aunque la automatización reduce la intervención humana, los tribunales siguen considerando factores de atribución de responsabilidad, errores de programación y la necesidad de mecanismos legales que complementen la ejecución técnica del contrato. Esto ofrece un marco comparativo valioso para entender cómo podrían evolucionar las normas españolas y europeas frente a los *smart contracts*, particularmente en cuanto a responsabilidad, reparación de daños y prevención de abusos.

A nivel europeo, el TJUE en el caso *Bundesverband der Verbraucherzentralen e.V. vs. Amazon EU S.à r.l.*, C-191/17<sup>11</sup>, subrayó que incluso en entornos electrónicos o automatizados, las partes deben contar con mecanismos efectivos para asegurar responsabilidad en caso de incumplimiento. En consecuencia, integrar los *smart contracts* en el marco jurídico español y europeo exige reinterpretar los principios tradicionales de responsabilidad contractual, contemplando la ejecución automática y la posibilidad de fallos tecnológicos. Este análisis constituye la base para abordar en los siguientes epígrafes la responsabilidad jurídica derivada de los contratos inteligentes y los retos normativos que plantean.

## II. Responsabilidad jurídica y desafíos legales en *smart contracts*

*La cuestión central radica en que este tipo de contratos presentan retos jurídicos singulares, especialmente respecto a los errores de programación o vulnerabilidades técnicas que pueden impedir la correcta ejecución de las obligaciones. A diferencia de los contratos tradicionales, donde el incumplimiento suele derivar de la conducta humana, en los *smart contracts* el vicio puede originarse en un error del código, un *bug* o un ataque externo, lo que plantea la cuestión de quién debe asumir la responsabilidad: el desarrollador del contrato, la parte contratante que utiliza el código o la plataforma *blockchain* que lo ejecuta.*

---

10 *B2C2 Ltd v Quoine Pte Ltd* (Singapur).

11 TJUE, C-191/17, *Bundesverband der Verbraucherzentralen e.V. vs. Amazon EU S.à r.l.*

La jurisprudencia española establece que la responsabilidad contractual surge del incumplimiento de la obligación pactada y que el deudor debe reparar los daños y perjuicios ocasionados. El Código Civil, en sus artículos 1101 y siguientes, determina que quien incumple una obligación responde de los daños y perjuicios ocasionados, salvo fuerza mayor o causa no imputable, lo que plantea dudas en el contexto de los *smart contracts*, donde el defecto puede derivar de un error técnico ajeno a la voluntad de las partes<sup>12</sup>. La doctrina propone soluciones por analogía con la responsabilidad por negligencia en servicios tecnológicos, considerando al desarrollador o proveedor del código como sujeto obligado a garantizar el correcto funcionamiento, y en la práctica se incorporan cláusulas de auditoría externa y revisión del código para mitigar riesgos.

A nivel europeo, la legislación sobre comercio electrónico, protección de consumidores, Reglamento (UE) 2023/2854 (Data Act), específicamente su artículo 30, que regula los «requisitos esenciales para los contratos inteligentes» y el Reglamento (UE) 2024/1689 (Ley de Inteligencia Artificial)<sup>13</sup> buscan garantizar que los usuarios puedan identificar a un responsable cuando los sistemas automatizados provoquen daños<sup>14</sup>. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea también aborda la responsabilidad en entornos automatizados. En el caso C-191/17, *Bundesverband der Verbraucherzentralen e.V. vs. Amazon EU S.à r.l.*, se subrayó que los proveedores de servicios electrónicos deben garantizar la ejecución de los contratos de manera transparente y previsible, permitiendo a los consumidores recurrir a mecanismos efectivos de reparación.

La descentralización de *blockchain* añade complejidad: la ausencia de un sujeto centralizado dificulta imputar responsabilidad, lo que ha llevado a la doctrina europea a proponer marcos legales que atribuyan responsabilidad objetiva a desarrolladores y entidades que gestionan la infraestructura, garantizando la reparación a los usuarios. Esta paradoja refleja un dilema regulatorio central: la descentralización, que da a *blockchain* su inviolabilidad y resistencia a la censura, genera al mismo tiempo indefensión jurídica ante fallos o actividades ilícitas. Además, los *smart contracts* presentan desafíos específicos: la identificación de los sujetos responsables ante incumplimientos es más difícil que en contratos tradicionales, la ejecución conforme al código puede entrar en contradicción con la intención real de las partes, en conflicto con el artículo 1281 del Código Civil; la rigidez de la ejecución automática puede ignorar principios como la buena fe objetiva reconocida por el Tribunal Supremo; y la prueba de errores técnicos requiere conocimientos especializados, dificultando el acceso a la justicia y encareciendo los procedimientos.

Por ende, podemos ver como la responsabilidad jurídica en este tipo de contratos obliga a reinterpretar normas tradicionales de incumplimiento contractual y a adaptar los principios del Código Civil y la jurisprudencia española y europea al contexto tecnológico de ejecución automática y descentralizada, sentando las bases para analizar los retos normativos y posibles adaptaciones legales.

---

12 Código Civil Español, arts. 1101 y ss.

13 Muy importante en el caso ya que los smart contracts podrían considerarse sistemas de IA de alto riesgo en ciertos contextos (ej. infraestructuras críticas).

14 Reglamento (UE) 2019/1150 y el Reglamento (UE) 2024/1689 (Ley de Inteligencia Artificial).

### III. Los *smart contracts* como medio de prueba en el proceso civil y propuestas de adaptación normativa

La utilización de *blockchain* como soporte tecnológico de los contratos inteligentes plantea cuestiones relevantes desde la perspectiva probatoria. Aunque el registro inmutable de transacciones constituye una de las principales ventajas de esta tecnología, su encaje en el sistema de prueba del proceso civil español no está exento de dificultades interpretativas. La Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus artículos 299 y siguientes, regula los medios de prueba, sin contemplar expresamente el registro distribuido como categoría autónoma<sup>15</sup>. No obstante, el registro en *blockchain* puede asimilarse, en determinados supuestos, a la prueba documental electrónica o a un medio de reproducción de datos, siempre que se garantice su autenticidad, integridad y fiabilidad.

La jurisprudencia española ha reconocido progresivamente la validez de los documentos electrónicos como medio probatorio, siempre que quede acreditado su origen y no haya sido alterado su contenido<sup>16</sup>. En este sentido, el carácter inmutable y trazable del registro *blockchain* puede aportar un elemento probatorio de gran relevancia, aunque no necesariamente suficiente por sí solo. La mera existencia de una transacción registrada no excluye la necesidad de acreditar el contexto jurídico en el que se produjo ni la voluntad real de las partes.

Uno de los principales retos radica en la valoración judicial de la prueba tecnológica derivada de los *smart contracts*. La complejidad técnica del código y del funcionamiento de la red *blockchain* exige, en muchos casos, la intervención de peritos especializados. Ello introduce un riesgo evidente: que la efectividad del derecho de defensa dependa de la capacidad económica de las partes para acceder a expertos cualificados. El Tribunal Supremo ha reiterado que la prueba pericial constituye un medio de auxilio para el juez, pero no sustituye su función valorativa, debiendo ser apreciada conforme a las reglas de la sana crítica<sup>17</sup>. Esta doctrina cobra especial relevancia en el ámbito de los contratos inteligentes, donde el juez no puede quedar condicionado de manera automática por la autoridad técnica del perito ni por la aparente infalibilidad del sistema tecnológico.

En el ámbito del software, sin embargo, debe tenerse en cuenta la especial complejidad que supone la denominada «auditoría de código». El análisis del código fuente no solo exige conocimientos técnicos altamente especializados, sino también acceso al propio código, que normalmente permanece bajo el control exclusivo del desarrollador. El consumidor, en la práctica, carece tanto de los medios técnicos como de la posibilidad real de examinar el funcionamiento interno del programa, especialmente cuando se trata de software propietario.

---

15 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, arts. 299 y ss.

16 STS 300/2015, de 19 de mayo (validez probatoria de documentos electrónicos).

17 STS 17/2018, de 15 de enero

Esta situación genera una evidente asimetría probatoria. Por ello, desde una perspectiva procesal, podría resultar justificado acudir al criterio de la facilidad probatoria del art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modulando o incluso invirtiendo la carga de la prueba hacia el desarrollador del software, que es quien dispone del control técnico y documental necesario para acreditar el correcto funcionamiento del sistema. De lo contrario, se impondría al consumidor una carga probatoria excesiva o prácticamente imposible de cumplir.

Desde la perspectiva constitucional, el uso de contratos inteligentes no puede menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española<sup>18</sup>. El hecho de que el contrato se exprese parcial o totalmente en código informático no puede impedir que las partes comprendan el alcance de sus obligaciones ni que los tribunales puedan revisar su ejecución. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha insistido en que los mecanismos automatizados deben ser compatibles con el ejercicio real y efectivo de los derechos procesales. En el asunto C-26/13, Kásler y Káslerné Rábai, el TJUE destacó que la transparencia contractual exige que el adherente pueda comprender no solo el contenido formal de la cláusula, sino también sus consecuencias económicas y jurídicas<sup>19</sup>. Este estándar resulta plenamente trasladable a los contratos inteligentes, en los que la opacidad técnica del código puede dificultar la comprensión real del compromiso asumido.

Los desafíos expuestos evidencian que la regulación civil y mercantil vigente resulta insuficiente para ofrecer una respuesta completa a la contratación automatizada mediante *blockchain*. Aunque los principios generales permiten una aplicación analógica, la especificidad técnica y funcional de los *smart contracts* exige una adaptación normativa que garantice seguridad jurídica, protección de las partes y control judicial efectivo.

Una primera línea de adaptación consiste en el reconocimiento expreso de los contratos inteligentes como modalidad válida de contratación, siempre que concurren los requisitos esenciales establecidos en el artículo 1261 del Código Civil: consentimiento, objeto y causa<sup>20</sup>. La forma digital y la ejecución automatizada no deberían constituir obstáculo para su validez, del mismo modo que el ordenamiento ha reconocido la plena eficacia de la contratación electrónica. Este reconocimiento permitiría integrar los *smart contracts* en el marco contractual existente, sometiénolos a los principios de autonomía de la voluntad, buena fe y equilibrio entre las partes.

En segundo lugar, resulta aconsejable avanzar hacia un régimen específico de responsabilidad por errores de programación o fallos técnicos, especialmente cuando el desarrollo o la implementación del código se realice en el marco de una actividad profesional. La jurisprudencia española ha admitido en determinados sectores la aplicación de estándares reforzados de diligencia cuando la actividad desarrollada implica un riesgo tecnológico significativo<sup>21</sup>. Esta lógica puede proyectarse sobre los contratos inteligentes,

---

18 Constitución Española, art. 24.

19 STJUE. C-26/13, Kásler y Káslerné Rábai.

20 Código Civil Español, art. 1261.

21 STS 241/2013, de 9 de mayo.

donde la complejidad técnica y el impacto económico potencial justifican exigir un nivel de cuidado particularmente elevado a quienes diseñan o gestionan el sistema.

También cabe destacar que sería conveniente establecer obligaciones de auditoría del código y deberes reforzados de información previa. Las partes deberían conocer no solo el contenido jurídico del acuerdo, sino también los riesgos asociados a su ejecución automática, incluyendo posibles limitaciones técnicas. La transparencia, entendida en sentido material y no meramente formal, constituye un requisito indispensable para preservar el equilibrio contractual en entornos digitales complejos.

Una solución especialmente prudente consiste en promover modelos contractuales híbridos, en los que el *smart contract* se complementa con un contrato redactado en lenguaje natural que incluya cláusulas de interpretación, revisión y resolución de controversias. Este esquema permitiría preservar el control judicial *ex post* y evitar que la ejecución estricta del código prevalezca sobre principios fundamentales como la buena fe, la equidad o la prohibición del abuso de derecho. En definitiva, la adaptación normativa debe orientarse a integrar la innovación tecnológica dentro del sistema jurídico, reforzando la confianza en estas herramientas sin permitir que sustituyan las garantías propias del Estado de Derecho.

## IV. Límites estructurales y garantías jurídicas en la automatización contractual

Debemos tener presente que la progresiva implantación de los contratos inteligentes obliga a reexaminar los pilares clásicos del derecho contractual desde una perspectiva estructural. Ahora bien, no toda manifestación de automatización en *blockchain* constituye un contrato en sentido jurídico. Resulta imprescindible distinguir entre los «Smart Legal Contracts», esto es, acuerdos con efectos jurídicos vinculantes cuya ejecución puede estar total o parcialmente automatizada, y el «Smart Code», entendido como mero script o programa informático que ejecuta instrucciones sin integrar necesariamente un negocio jurídico subyacente. La automatización de la ejecución, característica definitoria de los *smart contracts*, tensiona principios tradicionales como la autonomía de la voluntad, la buena fe objetiva, la prohibición del abuso de derecho y, en el ámbito procesal, la tutela judicial efectiva. Sin embargo, tales principios solo resultan directamente aplicables cuando nos hallamos ante un auténtico «Smart Legal Contract»; en el caso del «Smart Code» carente de acuerdo negocial previo, el análisis debe desplazarse hacia categorías como la responsabilidad extracontractual o la validez de los actos jurídicos electrónicos. Lejos de suponer una ruptura con el sistema civil y mercantil, esta tecnología exige una relectura integradora que garantice la primacía del derecho sobre el diseño algorítmico.

En relación con la autonomía de la voluntad, el artículo 1255 del Código Civil consagra la libertad de las partes para configurar el contenido contractual dentro de los límites legales. En los contratos inteligentes, esta autonomía se manifiesta en una doble dimensión: jurídica y técnica. El consentimiento no solo se presta respecto de un contenido nor-

mativo, sino también respecto de su traducción informática. Sin embargo, la codificación introduce un riesgo específico: que el código no refleje adecuadamente la voluntad real o que una de las partes carezca de comprensión técnica suficiente para valorar sus implicaciones. El Tribunal Supremo ha reiterado que la validez del consentimiento exige que sea libre, consciente e informado, rechazando concepciones puramente formales del mismo (STS 840/2013, de 20 de enero, FJ 3.º)<sup>22</sup>. En consecuencia, la automatización no puede servir para vaciar de contenido el requisito sustantivo del consentimiento, especialmente cuando el acuerdo se articula como «Smart Legal Contract» y el código constituye el vehículo de ejecución de una voluntad jurídicamente relevante.

Esta problemática se intensifica al proyectarse sobre el principio de buena fe objetiva, eje vertebrador del sistema contractual español. La buena fe cumple una función integradora y limitadora del ejercicio de los derechos, permitiendo corregir resultados formalmente ajustados al contrato, pero materialmente desequilibrados. El Tribunal Supremo ha señalado que la buena fe impide amparar conductas que, aun respetando la literalidad contractual, contradigan la equidad o la finalidad económica del acuerdo (STS 333/2014, de 30 de junio, FJ 4.º)<sup>23</sup>. La ejecución automática característica de los *smart contracts* puede neutralizar esa función moduladora si el resultado se produce sin margen para una intervención correctora previa. La tecnología, por tanto, no elimina la exigencia de buena fe, sino que obliga a prever mecanismos que permitan su operatividad *ex post*.

En estrecha conexión con lo anterior, el artículo 7.2 del Código Civil prohíbe el abuso de derecho. La rigidez algorítmica puede facilitar supuestos en los que una parte se beneficie de una ejecución automática desproporcionadamente perjudicial para la otra. La jurisprudencia ha afirmado que el abuso puede apreciarse incluso cuando el derecho se ejerce conforme a lo pactado, si las circunstancias revelan un resultado antisocial o desleal (STS 467/2015, de 21 de julio, FJ 5.º)<sup>24</sup>. La automatización no impide ese control judicial; simplemente desplaza su momento al plano posterior a la ejecución.

Cuando el contrato inteligente se inserta en relaciones de consumo, las exigencias se intensifican. El principio de transparencia, consagrado en el artículo 60 del TRLGDCU, exige que el consumidor comprenda de manera real la carga económica y jurídica del contrato. El Tribunal Supremo ha vinculado la transparencia a la comprensibilidad efectiva, no meramente formal (STS 241/2013, de 9 de mayo, FJ 3.º)<sup>25</sup>. La expresión del contenido contractual en lenguaje de programación plantea serias dudas sobre el cumplimiento de este estándar si no se acompaña de una traducción jurídica accesible. No basta con poner a disposición el código fuente; es necesario garantizar que el consumidor entienda sus consecuencias.

Asimismo, el control de cláusulas abusivas puede verse comprometido por la ejecución automática e irreversible. El artículo 82 TRLGDCU define como abusivas aquellas cláusulas que, en contra de la buena fe, causen un desequilibrio importante. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha insistido en que el juez nacional debe poder examinar de

---

22 STS 840/2013, de 20 de enero, FJ 3.º.

23 STS 333/2014, de 30 de junio, FJ 4.º.

24 TS 467/2015, de 21 de julio, FJ 5.º.

25 STS 241/2013, de 9 de mayo, FJ 3.º.

oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales incluso tras su ejecución, siempre que no exista cosa juzgada (STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, Banco Primus). Esta doctrina resulta especialmente relevante en entornos *blockchain*, donde la irreversibilidad técnica no puede neutralizar la exigencia de control judicial efectivo.

En el ámbito mercantil entre empresarios, la situación es distinta pero no exenta de complejidad. El artículo 50 del Código de Comercio remite a las normas civiles en materia contractual. Cuando el instrumento utilizado sea un «Smart Legal Contract», la asignación de riesgos y la eventual responsabilidad por errores de programación deberán analizarse conforme a las reglas generales del incumplimiento contractual. Si, por el contrario, el daño deriva de la mera puesta en circulación de «Smart Code» defectuoso sin vínculo obligacional directo entre las partes afectadas, el encuadre puede desplazarse hacia la responsabilidad extracontractual o incluso hacia regímenes específicos de responsabilidad por productos o servicios digitales. El Tribunal Supremo ha afirmado que los empresarios deben asumir los riesgos inherentes a los medios técnicos que emplean en su actividad, especialmente cuando forman parte esencial de la prestación (STS 17/2013, de 18 de febrero)<sup>26</sup>. Este criterio permite imputar la responsabilidad a quien impulsa o controla el diseño del *smart contract*, salvo pacto en contrario.

Desde el punto de vista procesal, la generalización de los contratos inteligentes plantea interrogantes probatorios y de resolución de conflictos. El registro en *blockchain* presenta garantías técnicas de integridad y trazabilidad que refuerzan su valor como documento electrónico, cuya admisión se encuadra en las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre prueba documental electrónica. No obstante, la identificación de las partes mediante claves criptográficas puede dificultar la imputación jurídica de las actuaciones registradas.

La automatización contractual no puede menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva. El artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza el acceso a un juez independiente e imparcial. El Tribunal de Justicia ha reiterado que los avances tecnológicos no pueden restringir este derecho fundamental (STJUE de 13 de septiembre de 2018, asunto C-176/17, Profi Credit Polska)<sup>27</sup>. En consecuencia, cualquier sistema de ejecución automatizada debe diseñarse de manera compatible con la posibilidad real de control jurisdiccional.

*A modo de recapitulación, es preciso señalar que los contratos inteligentes no sustituyen los principios estructurales del derecho civil y mercantil, sino que los someten a una prueba de adaptación. La distinción entre «Smart Legal Contracts» y «Smart Code» permite depurar el análisis: solo los primeros activan plenamente el régimen contractual clásico; el segundo exige determinar previamente si existe o no un negocio jurídico subyacente. La autonomía de la voluntad, la buena fe, la prohibición del abuso, la transparencia en consumo, la correcta asignación de riesgos en el ámbito empresarial y la tutela judicial efectiva siguen operando como límites inderogables. El desafío no reside en aceptar la validez de la automatización, sino en garantizar que el código permanezca subordinado al ordenamiento jurídico.*

---

26 STS 17/2013, de 18 de febrero.

27 STJUE de 13 de septiembre de 2018, C-176/17, Profi Credit Polska.

## V. Conclusiones

El avance y uso de los contratos inteligentes demuestra que la innovación tecnológica no sustituye al derecho, sino que exige reinterpretar sus categorías tradicionales. Aunque la automatización mediante *blockchain* introduce una lógica distinta al contrato clásico, sigue siendo imprescindible aplicar los principios del derecho de obligaciones para ordenar las relaciones jurídicas, asignar responsabilidades y garantizar la tutela de derechos.

Los errores de programación y las disfunciones entre código y voluntad contractual evidencian que el «code is law» no puede operar al margen del sistema jurídico. El *smart contract* es un instrumento técnico al servicio de una relación jurídica subyacente sometida a las reglas generales del derecho civil y mercantil. Ha quedado demostrado que tanto el derecho español como el europeo apuestan por integrar estas tecnologías dentro del marco existente, reforzando principios como la autonomía de la voluntad, la buena fe y la tutela judicial efectiva. La automatización debe ser compatible con el control jurisdiccional, evitando que la eficiencia técnica derive en inseguridad o desprotección jurídica.

En este contexto, se propone la creación de un estándar de certificación pública para *smart contracts* destinados al consumo masivo, concebido como un mecanismo de verificación de seguridad, conformidad legal y coherencia con la voluntad contractual. De esta manera, solo aquellos contratos inteligentes que superen dicha certificación podrían ser considerados confiables para el público general, reduciendo la indefensión técnica del usuario y fortaleciendo la seguridad jurídica en el ámbito digital.



---

# Derecho digital y sanitario: el espacio europeo de datos de salud (EEDS) y la extraterritorialidad en el escenario jurídico de 2026

---

María Ángeles Prieto Hidalgo

2.º Grado en Derecho, Universidad Rey Juan Carlos

Recibido el 28 de enero de 2026; aceptado el 10 de febrero de 2026.

**Resumen:** El Reglamento (UE) 2025/327 sobre el Espacio Europeo de Datos de Salud (EEDS) fija desde 2026 un nuevo marco jurídico para la circulación, reutilización y protección de los datos sanitarios en la UE, destacando el régimen de uso secundario basado en el interés público, gestionado mediante Organismos de Acceso a Datos y Entornos de Procesamiento Seguro, junto al discutido mecanismo de *opt-out*; además, analiza su dimensión extraterritorial (especialmente los arts. 61 y 88), que proyecta la soberanía regulatoria europea sobre flujos internacionales de datos sanitarios personales y no personales, incorpora la Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2025 (C-115/24) sobre los límites de la telemedicina en modelos híbridos y valora los retos de implementación del EEDS en el ordenamiento jurídico español.

**Palabras Clave:** Espacio Europeo de Datos de Salud (EEDS) - Uso secundario de datos sanitarios – Extraterritorialidad – Telemedicina- Derecho sanitario digital.

**Abstract:** Regulation (EU) 2025/327 on the European Health Data Space (EHDS) establishes, from 2026 onwards, a new legal framework for the circulation, reuse and protection of health data in the EU, highlighting the public-interest-based secondary use regime, managed through Data Access Bodies and Secure Processing Environments, together with the debated opt-out mechanism; it also examines its extraterritorial dimension (especially Articles 61 and 88), which projects European regulatory sovereignty over international flows of personal and non-personal health data, incorporates the CJEU judgment of 11 September 2025 (Case C-115/24) on the limits of telemedicine in hybrid care models, and assesses the challenges of implementing the EHDS within the Spanish legal system.

**Keywords:** European Health Data Space (EHDS)- Secondary use of health data- Extraterritoriality- Telemedicine- Digital Health law.

## I. Introducción: la salud digital como nuevo vector de integración europea

La publicación y posterior entrada en vigor del Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud (en adelante, EEDS o Reglamento), constituye el hito legislativo más ambicioso de la Unión Europea en la presente década. Nos encontramos en el ecuador del ejercicio 2026, un momento histórico en el que la dogmática del Derecho Administrativo, Sanitario y Digital converge para dar respuesta a una necesidad imperiosa: la construcción de un mercado único de datos que no solo garantice la libre circulación de la información clínica, sino que proyecte los valores europeos (privacidad, seguridad y ética) más allá de nuestras fronteras físicas.

El presente estudio doctrinal tiene por objeto diseccionar, con exhaustividad y rigor académico, las implicaciones jurídicas de esta norma en su primer año de vigencia plena. No se trata meramente de un análisis exegético del articulado, sino de una exploración profunda de las tensiones tectónicas que el EEDS ha introducido en el ordenamiento jurídico comunitario y nacional. En particular, nos centraremos en dos ejes que definen la naturaleza transformadora del Reglamento: el régimen de uso secundario de datos, que rompe con el paradigma tradicional del consentimiento informado, y la dimensión de extraterritorialidad, que convierte al EEDS en un instrumento de geopolítica digital.

La pertinencia de este análisis se ve reforzada por la reciente actividad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), singularmente la sentencia de 11 de septiembre de 2025 en el asunto C-115/24, *Österreichische Zahnärztekammer*. Este fallo, que abordaremos *in extenso*, ha redefinido los contornos de la telemedicina y el principio del país de origen, actuando como un contrapunto jurisprudencial necesario a la vocación expansiva del legislador europeo. Desde la perspectiva de la editorial *Colex* y su tradición jurídica, es imperativo abordar este fenómeno evitando el abuso de las mayúsculas en cargos y oficios, manteniendo el rigor en la cita de fuentes y priorizando la claridad expositiva sobre la retórica vacía. La transformación digital del sector salud no es una mera cuestión técnica; es, ante todo, una cuestión de derechos fundamentales y soberanía. En 2026, Europa no solo regula para sus ciudadanos, sino que establece el «estándar oro» para la gobernanza global de la salud.

## II. Génesis y naturaleza jurídica del Reglamento (UE) 2025/327

Para comprender el alcance del EEDS, es preciso desentrañar su base jurídica y su encaje en el acervo comunitario. A diferencia del Reglamento General de Protección de

Datos (RGPD), que se fundamenta en la protección de las personas físicas (artículo 16 TFUE), el EEDS posee una naturaleza híbrida. Se basa tanto en el artículo 16 como en el artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), lo que revela su doble alma: es una norma de protección de derechos, sí, pero es fundamentalmente una norma de armonización del mercado interior<sup>1</sup>.

Hasta la llegada del Reglamento 2025/327, la asistencia sanitaria transfronteriza se regía por la Directiva 2011/24/UE. Esta norma, aunque bienintencionada, demostró ser insuficiente para crear un verdadero flujo de datos. La interoperabilidad era voluntaria, y la red eHealth Network operaba bajo mecanismos de *soft law* que generaron una fragmentación insostenible<sup>2</sup>. En 2026, el Reglamento deroga de facto gran parte de la filosofía voluntarista de la Directiva, imponiendo obligaciones directas de resultado.

La transición de Directiva a Reglamento no es baladí. Implica que las normas sobre formatos de intercambio de historias clínicas, seguridad y gobernanza son de aplicación directa, sin necesidad de transposición nacional, reduciendo (aunque no eliminando) el margen de apreciación de los Estados miembros. Esto es especialmente relevante en Estados descentralizados como España, donde las competencias sanitarias autonómicas deben ahora alinearse con mandatos imperativos de Bruselas.

La arquitectura del Reglamento descansa sobre una distinción fundamental que vertebraba todo el sistema:

- **Uso Primario (Capítulo II):** Referido al tratamiento de datos para la prestación directa de asistencia sanitaria al paciente. Aquí, el objetivo es la continuidad asistencial. El paciente viaja, y sus datos viajan con él. La infraestructura MyHealth@EU se convierte en la arteria digital que permite que un facultativo en Estonia acceda al resumen de historia clínica de un turista español<sup>3</sup>.
- **Uso Secundario (Capítulo IV):** Referido al tratamiento de datos para fines distintos a los que motivaron su recogida inicial, tales como investigación, innovación, regulación y políticas públicas. Es en este ámbito donde el Reglamento despliega su mayor potencial innovador y donde surgen las mayores fricciones jurídicas<sup>4</sup>.

Esta distinción no es meramente técnica; tiene profundas consecuencias en el régimen de legitimación. Mientras que el uso primario se basa en la necesidad del tratamiento para la asistencia sanitaria (art. 9.2.h RGPD), el uso secundario se construye sobre una base legal nueva que habilita el tratamiento por interés público, desplazando el consentimiento como base legitimadora principal.

1 Texto consolidado del Reglamento EEDS, artículos 16 y 114 TFUE.

2 DOUE-L-2025-80382 Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud, y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847.

3 El Reglamento 2025/327 del Espacio Europeo de Datos de Salud - Ministerio de Sanidad.

4 («Haciendo realidad el Espacio Europeo de Datos Sanitarios», Fundación Gaspar Casal).

### III. El régimen jurídico del uso secundario de datos (Capítulo IV)

El Capítulo IV del Reglamento (UE) 2025/327 representa la cristalización de una nueva doctrina europea sobre el «altruismo de datos forzoso» o, más precisamente, la solidaridad del dato. En el contexto de 2026, se ha consolidado la idea de que los datos de salud, una vez anonimizados o seudonimizados, son un bien común (res publica) cuyo aprovechamiento no puede ser vetado arbitrariamente por los titulares de los datos (hospitales, administraciones) ni bloqueado indefinidamente por los individuos, salvo excepciones tasadas.

La pieza clave de este engranaje son los Organismos de Acceso a Datos de Salud (OAD), conocidos en inglés como Health Data Access Bodies (HDABs). El artículo 36 y siguientes del Reglamento obligan a cada Estado miembro a designar uno o varios OAD.

Estos organismos actúan como intermediarios de confianza (trusted third parties). Su función es crítica: rompen el vínculo directo entre el usuario del dato (investigador, empresa farmacéutica, *startup* de IA) y el poseedor del dato (hospital, registro público). El investigador no recibe los datos directamente del hospital; solicita un permiso de acceso al OAD. Si se concede, el OAD recaba los datos, los limpia, los anonimiza o seudonimiza y los pone a disposición del investigador en un Entorno de Procesamiento Seguro (SPE)<sup>5</sup>.

Esta intermediación garantiza que los datos nunca «salgan» del control público en su formato original. El investigador «visita» los datos en el entorno seguro, ejecuta sus algoritmos y solo extrae los resultados anonimizados. Este modelo computacional, denominado *visiting mode* frente al tradicional *download mode*, es la garantía jurídica que permite flexibilizar las bases de legitimación del RGPD.

El artículo 33 establece un listado taxativo pero amplio de categorías de datos que deben ponerse a disposición para uso secundario. Esto incluye: Historias clínicas electrónicas, datos genómicos y patológicos, datos administrativos y de reembolso, datos sobre determinantes sociales y ambientales, datos procedentes de ensayos clínicos finalizados.

La introducción del mecanismo de *opt-out* fue el punto más controvertido de la negociación legislativa y sigue siendo, en 2026, el aspecto más delicado de la implementación nacional.

Frente a la propuesta inicial de la Comisión, que abogaba por un acceso por defecto sin derecho de oposición general (confiando en la seudonimización), el Parlamento Europeo

---

5 Organismo de Acceso a los Datos (OAD), que recopila, trata y pone la información a disposición del investigador en un Entorno de Procesamiento Seguro (SPE).

y el Consejo introdujeron un derecho de exclusión voluntaria. El artículo 71 (en conexión con el 33) otorga a las personas físicas el derecho a oponerse al tratamiento de sus datos personales de salud para fines secundarios<sup>6</sup>.

Sin embargo, el derecho de *opt-out* no es absoluto. El Reglamento contiene una cláusula de salvaguarda que permite a los Estados miembros establecer excepciones. El acceso a los datos puede concederse a pesar de la oposición del ciudadano si concurren fines de alto interés público. El análisis de los textos legales permite sistematizar estas excepciones bajo el artículo 53, apartado 1, letras a), b) y c):

1. **Vigilancia de amenazas transfronterizas:** Control de pandemias, bioterrorismo o emergencias sanitarias.
2. **Seguridad y calidad:** Farmacovigilancia, vigilancia de productos sanitarios y garantía de altos estándares de calidad en los sistemas de salud.
3. **Investigación científica esencial:** Cuando la investigación sea crucial para el interés público y no pueda realizarse sin esos datos específicos (p. ej., enfermedades ultra-raras donde cada paciente cuenta).

Para activar esta anulación, el solicitante (generalmente un organismo público) debe presentar una justificación pormenorizada (pormenorizada justificación) demostrando la necesidad y la falta de alternativas<sup>7</sup>.

La doctrina alerta en 2026 sobre el impacto estadístico del *opt-out*. Si determinados grupos demográficos (por razones ideológicas, de desconfianza en el sistema o brecha digital) ejercen masivamente este derecho, los conjuntos de datos resultantes (datasets) estarán sesgados. Un algoritmo de inteligencia artificial entrenado con datos del EEDS que excluyan sistemáticamente a minorías étnicas o grupos vulnerables será un algoritmo defectuoso y, potencialmente, discriminatorio.

Además, la implementación ha sido desigual. Mientras Alemania ha desarrollado un modelo de *opt-out* granular (permitiendo elegir qué categorías de datos excluir), otros países han optado por modelos binarios (todo o nada). Esta falta de armonización en la interfaz de usuario dificulta la creación de cohortes paneuropeas homogéneas<sup>8</sup>.

El Reglamento (artículo 34 y 35) traza una línea roja ética inquebrantable.

- **Fines Permitidos (Art. 34):** Investigación, innovación, entrenamiento de IA, políticas públicas, educación.
- **Fines Prohibidos (Art. 35):** Utilizar los datos para tomar decisiones perjudiciales para la persona (p. ej., subir primas de seguros, denegar empleo), publicidad o marketing, o intentar reidentificar a las personas.

6 («Draft guideline on implementing opt-out from secondary use», Proyecto TEHDAS).

7 («Documentación técnica sobre la implementación del EEDS y MyHealth@EU», Ministerio de Sanidad).

8 («Haciendo realidad el EEDS, informe sobre organismos de acceso y uso secundario», Fundación Gaspar Casal).

El incumplimiento de estas prohibiciones acarrea sanciones severas, que en 2026 se han equiparado a las multas máximas del RGPD (hasta el 4 % del volumen de negocio global), reforzando el carácter disuasorio de la norma.

## IV. Extraterritorialidad y dimensión internacional: el artículo 61 y 88

El aspecto más vanguardista del EEDS, y el que justifica el título de este artículo, es su proyección extraterritorial. En un mundo globalizado, los datos de salud fluyen a través de servidores ubicados en múltiples jurisdicciones. El Reglamento (UE) 2025/327 intenta imponer la soberanía europea sobre estos flujos, creando lo que la doctrina ha denominado una «burbuja de protección» que viaja con el dato.

Tradicionalmente, el Derecho de la UE se ha centrado en proteger los datos personales. Una vez anonimizados, los datos escapaban al RGPD y podían circular libremente. El EEDS cierra esta brecha. El artículo 88 (anteriormente numerado como 61 en las propuestas) establece un régimen de protección para los datos electrónicos de salud no personales<sup>9</sup>.

El legislador europeo reconoce que, en la era del Big Data y la computación cuántica, la anonimización es un estado frágil. Datos aparentemente anónimos pueden ser reidentificados si se cruzan con otras bases de datos. Por ello, el artículo 88 clasifica ciertos datos no personales exportados desde el EEDS como «altamente sensibles». Esto ocurre cuando existe un riesgo de reidentificación debido a:

- El número limitado de personas afectadas (p. ej., enfermedades raras).
- La dispersión geográfica de los datos.
- Los desarrollos tecnológicos previsible en el futuro cercano.

Para estos datos, la Comisión Europea se reserva el poder de adoptar actos delegados que restrinjan o prohíban su transferencia a terceros países que no ofrezcan garantías equivalentes. Esto supone, de facto, extender la lógica de las «decisiones de adecuación» del RGPD al ámbito de los datos no personales. Es una manifestación de soberanía digital: Europa se niega a ser una mina de datos brutos para que potencias extranjeras entrenen sus IAs sin respetar los estándares éticos europeos.

El artículo 61 del Reglamento (texto final) aborda el escenario de pesadilla para la soberanía europea: la solicitud de acceso a datos por parte de una autoridad judicial o administrativa de un tercer país (p. ej., una orden bajo la CLOUD Act de EE. UU. o una ley de seguridad nacional china) dirigida a un titular de datos en la UE.

---

9 («Análisis del artículo 61 (actual 88) sobre transferencias a terceros países», Global Data Alliance).

El Reglamento establece que las sentencias o decisiones administrativas de terceros países que exijan la transferencia o el acceso a datos de salud (personales o no) solo serán reconocibles y ejecutables si se basan en un acuerdo internacional vigente (como un Tratado de Asistencia Jurídica Mutua - MLAT).

En ausencia de tal acuerdo, el artículo 61 impone condiciones cumulativas estrictas para permitir el acceso:

1. **Principio de Reciprocidad y Proporcionalidad:** La decisión extranjera debe estar motivada y ser proporcional.
2. **Especificidad:** No se admiten «excursiones de pesca» (fishing expeditions); la solicitud debe ser específica.
3. **Tutela Judicial:** El destinatario debe tener derecho a recurrir la decisión ante un tribunal del tercer país.
4. **Inmunidad de Jurisdicción:** El tribunal extranjero debe respetar los intereses legales protegidos por el Derecho de la UE.

Si no se cumplen estas condiciones, el titular del dato tiene prohibido transferirlo. Este precepto coloca a las empresas europeas y a las filiales de multinacionales en una situación de «conflicto de leyes», obligándolas a elegir entre cumplir la ley extranjera o el Derecho de la UE, pero ofreciéndoles el EEDS como escudo jurídico («blocking statute») para resistir presiones externas.

El EEDS no es una fortaleza cerrada. Los artículos 52 y 75 permiten que terceros países participen en la infraestructura HealthData@EU<sup>10</sup>. Sin embargo, la participación no es gratuita. Se exige una alineación regulatoria casi total.

El principio de reciprocidad es fundamental: un investigador de un tercer país solo podrá acceder a datos del EEDS si su país de origen permite, en condiciones equivalentes, que los investigadores europeos accedan a sus bases de datos nacionales de salud<sup>11</sup>. Esta cláusula es una poderosa herramienta de negociación comercial y diplomática, diseñada para forzar la apertura de mercados de datos cerrados y elevar los estándares globales de protección.

## V. Análisis jurisprudencial: el asunto c-115/24 y sus efectos en el mercado

Ningún análisis del contexto jurídico de 2026 estaría completo sin abordar la Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2025 en el asunto C-115/24, Österreichische Zahnärztekammer. Este fallo ha resuelto dudas interpretativas cruciales sobre la Directiva 2011/24/UE y la libre prestación de servicios, con un impacto directo en la operativa del EEDS.

10 («Article 52. Cross-border infrastructure for secondary use of electronic health data (HealthData@EU)», European Health Data Space (EHDS).

11 («Frequently Asked Questions on the European Health Data Space»).

El litigio principal enfrentó al Colegio de Odontólogos de Austria (Österreichische Zahnärztekammer) con una odontóloga establecida en Austria y dos sociedades alemanas (Urban Technology GmbH y DZK Deutsche Zahnklinik GmbH). Las empresas alemanas comercializaban tratamientos de ortodoncia con alineadores invisibles (marca DrSmile), gestionando el diagnóstico y la planificación del tratamiento de forma remota desde Alemania, mientras que la odontóloga austriaca realizaba actos presenciales auxiliares (toma de impresiones, radiografías).

El núcleo de la disputa residía en si este modelo híbrido podía ampararse en el «principio del país de origen» (artículo 3 de la Directiva de Comercio Electrónico y jurisprudencia conexas). Las empresas alemanas argumentaban que prestaban un servicio de sociedad de la información (telemedicina) y que, por tanto, solo debían cumplir la normativa alemana, más permisiva en materia de publicidad y formas societarias. El Colegio austriaco sostenía que, al haber actos presenciales en Austria, debía aplicarse la normativa austriaca, más restrictiva.

El TJUE, siguiendo la estela del Abogado General Rantos, adoptó una postura que la doctrina ha calificado de «territorialidad funcional».

El Tribunal falló que el concepto de «telemedicina» en el marco de la asistencia sanitaria transfronteriza debe interpretarse de manera estricta. Solo los servicios prestados exclusivamente mediante tecnologías de la información y la comunicación, sin presencia física simultánea del profesional y el paciente, califican plenamente como telemedicina sujeta al principio del país de origen<sup>12</sup>.

En los modelos de negocio complejos que combinan actos remotos y presenciales (blended care), el Tribunal rechaza la «atracción» de todo el servicio hacia la jurisdicción del prestador digital. Por el contrario, impone una segmentación:

- Los actos puramente digitales (planificación remota, análisis de datos, IA) se rigen por la ley del país de establecimiento del prestador (Alemania).
- Los actos presenciales (radiografías, impresiones, revisión física) se rigen por la ley del país donde se ejecutan (Austria).

Esta sentencia tiene profundas implicaciones para el EEDS en 2026.

1. **Seguridad Jurídica vs. Complejidad Operativa:** Si bien la sentencia protege las competencias sanitarias nacionales y evita el dumping regulatorio (empresas que se establecen en países laxos para operar físicamente en otros), incrementa la carga de cumplimiento (*compliance*) para las plataformas de salud digital. Deben cumplir simultáneamente con la normativa digital de su país de origen y con la normativa sanitaria de cada país donde tengan «socios» presenciales.
2. **Límites al Mercado Único:** El fallo confirma que la salud no es una mercancía ordinaria. La «libre circulación de datos» del EEDS no equivale a una «desregulación de la práctica médica». El EEDS facilita el flujo de la información (el input), pero la STJUE

12 («Comentario legal de Unyer sobre las implicaciones de la sentencia C-115/24 para la telemedicina»).

C-115/24 recuerda que el acto médico (el output) sigue sujeto al control de calidad y deontología del Estado de tratamiento<sup>13</sup>.

## VI. EL EEDS en el ordenamiento español: retos de implementación

España, con su Sistema Nacional de Salud (SNS) altamente descentralizado y tecnológicamente avanzado, afronta retos específicos en la implementación del Reglamento.

La designación del OAD en España no ha sido sencilla. Se ha optado por un modelo federado coordinado por el Ministerio de Sanidad, donde la Secretaría General de Salud Digital actúa como nodo nacional (National Contact Point), pero las Comunidades Autónomas mantienen la gestión de los nodos regionales. Esto requiere una interoperabilidad semántica perfecta, un reto histórico del SNS. En 2026, la integración de los datos de la sanidad privada en este esquema sigue generando fricciones, especialmente en lo relativo a los costes de adaptación de los sistemas de HCE a los nuevos estándares europeos.

La Ley 41/2002, básica en el ordenamiento español, se fundamenta en el consentimiento informado. El EEDS introduce un cambio cultural sismico al permitir el uso secundario por defecto. La adaptación normativa ha requerido modificar la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD-GDD) para acomodar el derecho de *opt-out* y definir con precisión los «fines de investigación» que justifican el acceso sin consentimiento, alineando la doctrina de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) con el nuevo Reglamento europeo.

A diferencia de España, Francia contaba desde 2019 con el Health Data Hub (HDH), un organismo centralizado. Sin embargo, el HDH ha tenido que enfrentar sus propios demonios, particularmente la controversia sobre el alojamiento de datos en nubes estadounidenses (Microsoft Azure) y los riesgos de extraterritorialidad. La transición del HDH hacia un modelo plenamente compatible con el EEDS y soberano tecnológicamente ha sido una de las prioridades de la estrategia francesa de IA y salud en 2025- 2026<sup>14</sup>. España observa este proceso para evitar errores similares en la contratación de infraestructuras nube para su OAD.

## VII. Conclusiones

El análisis realizado permite extraer cuatro conclusiones fundamentales que resumen el estado de la cuestión en 2026:

**Primera.** El Reglamento (UE) 2025/327 ha logrado instituir un verdadero «Derecho Público del Dato Sanitario». Al sustraer los datos de la lógica puramente dominical o de

13 («Comentario legal de Unyer sobre las implicaciones de la sentencia C-115/24 para la telemedicina»).

14 («Información sobre el Health Data Hub y su alineación con el EEDS»).

privacidad individual y someterlos a un régimen de utilidad pública, la UE ha creado las bases para una economía del dato competitiva. El derecho de *opt-out* actúa como la válvula de escape necesaria para mantener la legitimidad democrática del sistema, aunque su fragmentación técnica es un riesgo latente.

**Segunda.** La extraterritorialidad es la nueva frontera. Con los artículos 61 y 88, la Unión Europea abandona la ingenuidad en los flujos internacionales de datos. Ya no basta con proteger la privacidad (RGPD); ahora se protege el valor estratégico de los datos agregados y se utiliza el acceso al mercado único como palanca para exportar estándares regulatorios (el «Efecto Bruselas»).

**Tercera.** La jurisprudencia del TJUE (Österreichische Zahnärztekammer) actúa como un recordatorio de que la digitalización tiene límites físicos. La distinción entre telemedicina pura y modelos híbridos preserva la capacidad de los Estados miembros para regular la calidad asistencial en su territorio, evitando una carrera a la baja en los estándares sanitarios bajo la excusa de la libre prestación de servicios.

**Cuarta.** Para los operadores jurídicos en España, el reto inmediato es la gestión del cumplimiento normativo en un entorno multinivel. Abogados, delegados de protección de datos (DPO) y administradores sanitarios deben navegar ahora entre tres estratos normativos: el Reglamento EEDS (directamente aplicable), el RGPD (como norma general) y las legislaciones sanitarias autonómicas y nacionales que regulan la práctica asistencial física. La integración exitosa de estos niveles determinará si el EEDS se convierte en un motor de innovación o en un laberinto burocrático.

## VIII. Bibliografía

### 1. Legislación

- Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud.
- Texto consolidado del Reglamento EEDS (arts. 16 y 114 TFUE). • DOUE-L-2025- 80382 Reglamento (UE) 2025/327 BOE.es.
- L\_202500327ES.000101.fmx.xml – EUR-Lex.
- L\_202500327EN.000101.fmx.xml – EUR-Lex.
- Artículo 52, Cross-border infrastructure for secondary use of electronic health data (HealthData@EU). • Frequently Asked Questions on the European Health Data Space – Comisión Europea.

### 2. Jurisprudencia

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 11 de septiembre de 2025, asunto C-115/24, UJ contra Österreichische Zahnärztekammer.

- Österreichische Zahnärztekammer – EUR-Lex.
- Case-law – CURIA – Documents – European Union.
- Nieuwsbrief rechtspraak Europa, 2025, n.º 10.
- ECJ: Telemedicine governed by service provider's country of origin – Taylor Wessing.
- Telemedicine and Cross-Border Healthcare after CJEU Case C-115/24 – Unyer.
- European court clarifies rules for cross-border aligner treatment – Dental Tribune.

### 3. Obras doctrinales / documentación técnica / informes

**MINISTERIO DE SANIDAD.** (s. f.). *Documentación técnica sobre la implementación del Espacio Europeo de Datos de Salud (EEDS) y MyHealth@EU.* Gobierno de España. Recuperado de: Ministerio de Sanidad - Áreas - Espacio Europeo de Datos de Salud.

**FUNDACIÓN GASPAR CASAL.** (s. f.). *Haciendo realidad el Espacio Europeo de Datos Sanitarios.* Recuperado de: Encuentro: Haciendo realidad el Espacio Europeo de Datos Sanitarios - Fundación Gaspar Casal.

**TEHDAS PROJECT.** (2025). *Draft guideline on implementing opt-out from secondary use of electronic health data.* Recuperado de: draft-guideline-to-health-data-access-bodies-how-to-implement-opt-out-from-secondary-use-of-electronic-health-data.pdf

**ARNOLD & PORTER.** (2025, marzo). *Análisis jurídico sobre la publicación del Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud.*

**GLOBAL DATA ALLIANCE.** (s. f.). *Análisis del artículo 61 (actual artículo 88) del Reglamento EEDS sobre transferencias de datos a terceros países.* Recuperado de: Reglamento relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud (EEDS) – Public Health.

**(S. A.).** (s. f.). *Información sobre el Health Data Hub y su alineación con el Espacio Europeo de Datos de Salud.*

**UNYER.** (s. f.). *Comentario legal sobre las implicaciones de la sentencia C-115/24 para la telemedicina.*

**(S. A.).** (s. f.). «Secondary use under the European Health Data Space». *PubMed Central.* (s.

**(S. A.).** (s. f.). «El futuro Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud y su interacción». *InDret.* Recuperado de: BOE.es - DOUE-L-2025-80382 Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud, y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847.

**EUROPEAN FEDERATION OF PHARMACEUTICAL INDUSTRIES AND ASSOCIATIONS.** (s. f.). *Position on the Regulation on the European Health Data Space (EHDS).*

- CITIZEN8.** (s. f.). «Las cinco claves del nuevo Reglamento sobre el Espacio Europeo de Datos de Salud». Recuperado de: Las 5 claves del nuevo Reglamento sobre el Espacio Europeo de Datos de Salud - Citizen8.
- (S. A.).** (s. f.). «A user-driven consent platform for health data sharing in digital health applications». *PubMed Central*.
- COVINGTON DIGITAL HEALTH.** (s. f.). *EHDS Series: From the European Health Data Space from the health data user's perspective*. Recuperado de: EHDS Series – 3: The European Health Data Space from the Health Data User's Perspective | Covington Digital Health.
- GLOBAL DATA ALLIANCE.** (s. f.). *White paper on data transfer provisions of the EU proposal for a European Health Data Space*. Recuperado de: <https://globaldataalliance.org/wp-content/uploads/2022/08/07282022gdaehealthdataspace.pdf>
- (S. A.).** (s. f.). *Policy brief: The European Health Data Space*. From approval to national implementation.
- (S. A.).** (s. f.). *European Health Data Space (EHDS): Updates*.
- G\_NIUS.** (s. f.). *The French National Strategy for Artificial Intelligence and Health Data*. Recuperado de: gestes barrières français.
- (S. A.).** (s. f.). *Ensuring General Data Protection Regulation compliance and security in a clinical data warehouse from a university hospital: Implementation study*. *PubMed Central*. Recuperado de: Ensuring General Data Protection Regulation Compliance and Security in a Clinical Data Warehouse From a University Hospital: Implementation Study.

---

# ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

---



---

# STC 1/2025: La libertad de creación literaria y el derecho al honor en la sátira política

---

Eduardo Lorenzo López Martínez  
4.º de Derecho. Universidad de Jaén

Recibido el 3 de febrero de 2026; aceptado el 10 de febrero de 2026.

**Resumen:** La STC 1/2025 resuelve el amparo planteado por una exconcejala murciana que denunciaba una intromisión en su derecho al honor por un relato satírico publicado en prensa regional. El Tribunal Constitucional consolida la identificabilidad objetiva y notoria como presupuesto excluyente del juicio de ponderación entre el art. 18.1 CE y el art. 20.1 b) CE, de forma que la duda razonable sobre la identidad del personaje impide apreciar lesión del honor. El artículo examina esta técnica preclusiva, su coherencia con la evolución jurisprudencial sobre libertad de creación literaria y sus consecuencias para la tutela judicial efectiva frente a posibles difamaciones encubiertas.

**Palabras clave:** Libertad de creación literaria - Derecho al honor - Colisión de derechos fundamentales - Trascendencia constitucional - Canon de enjuiciamiento - Identificabilidad.

## I. Introducción

Desde los anales de la historia la literatura ha servido como medio genérico para la crítica de la sociedad. Véase en la Antigua Grecia Platón, a través *La República*, crítica la política de la ciudad-estado de Atenas. En la actualidad se ha consagrado en España la tendencia a emplear ficción humorística como vehículo para la crítica política, visible en cadenas televisivas de gran audiencia, basta con ver el anual *Especial Nochevieja de José Mota*. Estas obras generan opiniones divididas, pero a su vez plantea interrogantes jurídicos relevantes al afectar a derechos fundamentales como el derecho al honor art. 18 Constitución Española (CE) o libertad de producción y creación literaria art. 20.1 CE.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de enero de 2025 (ECLI:ES:TC:2025:1), objeto de este análisis jurisprudencial, resuelve el recurso de amparo en el que una exconcejala del Ayuntamiento de Murcia alegó la vulneración de su derecho al honor por un relato satírico publicado en la sección de ocio de un diario regional. La resolu-

ción, presenta una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC<sup>1</sup>) porque expone la inexistencia de conflictos de derechos porque no existe un umbral suficiente de identificabilidad entre el personaje ficticio y la recurrente.

En primer término, se reparará el marco constitucional y jurisprudencial que regula la ficción literaria como discurso protegido; respectivamente, se reconstruirá el itinerario procesal a través de los antecedentes de hecho; para continuar, con el núcleo del análisis que se centrará en la trascendencia constitucional de la resolución, con especial atención a su reformulación del canon de enjuiciamiento y a la teoría de la argumentación judicial; para concluir con las consecuencias sistémicas de su precedente interpretativo.

## II. Marco constitucional y jurisprudencial

La tensión derivada de la colisión entre el derecho al honor (art. 18.1 CE) y la libertad de producción y creación literaria (art. 20.1 b) CE) configura un debate jurídico que se encuentra en auge actualmente. El TC ha precisado el contenido autónomo de la libertad creativa como a su vez sus límites materiales. Este contexto es esencial para entender la STC 1/2025<sup>2</sup>, que erige la identificabilidad como *condición sine qua non*<sup>3</sup> para proceder al juicio de ponderación de derechos.

Nuestra carta magna en su artículo 20.1 b) CE reconoce expresamente la libertad «a la producción y creación literaria, artística»<sup>4</sup>, que se diferencia de la mera transmisión de datos al amparar una actividad esencialmente imaginativa. Esta dimensión creativa es capaz de erigir mundos ficticios que no se agotan en la experiencia fáctica. Como sentenció Juan Marsé, «a labor del escritor no es la de un cronista fiel, sino la de quien utiliza la imaginación y la memoria para construir una verdad literaria distinta a la verdad histórica»<sup>5</sup>. En coherencia a esta idea, la STC 51/2008 precisa que «la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad»<sup>6</sup>.

Lo anterior se extiende al ámbito periodístico, especialmente en las secciones de ocio, donde no rige la transmisión neutra de datos. La jurisprudencia ha precisado que la libertad de creación no implica un estatus de inmunidad ni una patente de corso, la protección constitucional de la ficción decae «cuando la identificación de la persona sea clara»<sup>7</sup>, consumándose la lesión al honor indistintamente del vehículo narrativo empleado.

---

1 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC).

2 Sentencia del Tribunal Constitucional, 13 de enero de 2025 (ECLI:ES:TC:2025:1).

3 Latinismo, significa «sin la cual no» (Real Academia Española).

4 Constitución Española artículo 20.1 b).

5 Juan Marsé en su discurso en el Premio Cervantes 2008.

6 Sentencia del Tribunal Constitucional, 14 de abril de 2008, fundamento jurídico cinco (ECLI:ES:TC:2008:51).

7 Sentencia del Tribunal Constitucional, 14 de abril de 2008, fundamento jurídico cinco (ECLI:ES:TC:2008:51).

Dentro de esta tutela constitucional, la identificabilidad se configura como presupuesto excluyente: la mera duda sobre la identidad del personaje bloquea lógicamente la demanda. Sin esa certeza, no se activa la ponderación entre derechos y prevalece la libertad de creación, por lo que la jurisprudencia exige que el personaje sea reconocible de manera objetiva y notoria.

Este estándar, definido por el Tribunal Supremo, exige que la identificación, sea directa o indirecta, genera una «certeza razonable»<sup>8</sup> en el lector medio, descartando aquellas asociaciones que sólo resulten perceptibles desde la subjetividad del demandante o para su círculo más íntimo. La trascendencia constitucional de la resolución reside en aclarar doctrinalmente el umbral de identificabilidad como presupuesto excluyente.

### III. Itinerario procesal

El litigio tiene su origen con la publicación del artículo titulado «El Efecto látigo» del periodista murciano Ángel Montiel<sup>9</sup>, publicado en el periódico «La Opinión de Murcia» en la sección «Cuentos de verano», reproducido posteriormente por la página web «murcia-transparente.net» con el título «¿Por qué Murcia es una comunidad corrupta?» Esta obra se trata de un texto de carácter ficticio que relata las prácticas corruptas tales como el cohecho, la prevaricación, el tráfico de influencias o el blanqueo de capitales, asimismo, el relato describe una interacción de índole sexual explícita y consentida entre los personajes denominados «concejales de basurillas» y «concejales de obrillas», caracterizada por el mutuo deseo.

Bajo la premisa de alusión directa a su figura pública, Ana Martínez Vidal demandó al diario y al periodista. Sostuvo que la «concejales de obrillas» la identificaba por la coincidencia de funciones y por la cercanía temporal entre su cese (2015) y la publicación del artículo, dos años después.

Sin embargo, el itinerario procesal revela una inflexión doctrinal en torno al estándar identificatorio:

Primero, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Murcia en la sentencia de 17 de diciembre de 2019<sup>10</sup>, estimó la demanda y fallo a favor de la demandante alegando que «la persona de Ana Martínez Vidal quedó identificada en el relato», enfatizando «no por su círculo íntimo, sino también entre lectores interesados en la política municipal».

Segundo, «los demandados disconformes con dicha resolución recurrieron en apelación alegando error en la apreciación de la prueba»<sup>11</sup>. La AP de Murcia dictó sentencia revo-

8 Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 31 de enero de 2022, desestimatoria del recurso de casación contra la SAP Murcia (Sec. 1.ª) de 20 de julio de 2020.

9 Jefe de opinión política de La Opinión de Murcia.

10 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Murcia.

11 Sentencia 13 de enero de 2025 (ECLI:ES:TC:2025:1).

cando íntegramente la resolución y absolviendo a los demandados<sup>12</sup>. El fallo de apelación articuló su *ratio decidendi* sobre la base de las «serias dudas de hecho en relación con la identificación», otorgando prevalencia al derecho a la creación literaria frente al honor.

Tercero, «la demandante recurrió en casación» ante el Tribunal Supremo, ratificando el criterio de instancia, desestimó la impugnación de la actora<sup>13</sup>. El fallo fue determinante al encuadrar la obra en el artículo 20.1.b) CE y negar la existencia de una «alta probabilidad» de reconocimiento, enfatizando que el texto poseía un «carácter fácilmente apreciable como de ficción con personajes inventados».

Finalmente, el Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de amparo 1436-2022 el 17 de abril de 2023 por «especial trascendencia constitucional» (art. 50.1 LOTC), pero lo desestimó el 13 de enero de 2025 al concluir que no se superaba el umbral mínimo de identificabilidad «notoria y evidente».

Frente al criterio de instancia, el consenso final de los tribunales configura una regla de preclusión: la incertidumbre objetiva sobre la identidad del sujeto pasivo clausura el análisis de fondo. Al no superarse el test de identificabilidad, la libertad creativa del artículo 20.1.b) CE actúa con eficacia excluyente e impide incluso ponderar una eventual lesión del honor.

## IV. Trascendencia constitucional

### 1. Del conflicto a la preclusión: el umbral identificatorio como *ratio decidendi* excluyente

El núcleo dogmático de la STC 1/2025 reside en su reformulación radical del canon de enjuiciamiento aplicable a los conflictos entre libertad de creación y derecho al honor. En contraposición al esquema clásico: primero, colisión de derechos fundamentales; segundo, verificación de la afectación del art. 18.1 CE; tercero, ponderación material con el art. 20.1 b) CE. La resolución introduce un cambio con el filtro de admisibilidad material: verifica si existe intromisión susceptible de tutela; sin identificabilidad objetiva impide la ponderación de derechos.

Históricamente, la praxis judicial partía de una asunción casi automática de conflicto entre derechos fundamentales, lo que llevaba a ponderar de inmediato, en palabras de Alcácer Guirao, «convierte la Constitución en un todo colisional»<sup>14</sup> resuelto siempre mediante ponderación.

12 Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Primera), 20 de julio de 2020.

13 Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 31 de enero de 2022, recurso de apelación núm. 1173/2021.

14 ALCÁCER GUIRAO, R. (2009). «La anomalía constitucional. Crítica de la ponderación». *Revista para el Análisis del Derecho*, (4), pág. 23 (y ss.).

En la actualidad, cuando la identificación entre personaje y persona no es indiscutible, el TC aplica el filtro de admisibilidad material porque una ofensa sin destinatario real carece de relevancia constitucional. Lo decisivo de la sentencia es que transforma la duda fáctica en una barrera procesal: ante una obra de ficción con elementos referenciales insuficientes, «no resultará procedente entrar siquiera a ponderar los derechos en juego a la luz del potencial ofensivo del texto en el caso concreto»<sup>15</sup>.

Esta técnica resolutoria trasciende la mera individualización al caso concreto; el Tribunal sienta un precedente jurídico que comienza a sistematizar un estándar con su propia configuración dogmática.

El órgano judicial no se limita a validar la apreciación fáctica de las instancias ordinarias, sino que eleva la identificabilidad objetiva a presupuesto lógico excluyente, transformando una cuestión preliminar en *ratio decidendi* determinante. Así, se despliega con meridiana claridad esta arquitectura argumentativa al concluir que «no puede concluirse que la recurrente haya servido de modelo de su protagonista»<sup>16</sup>, haciendo improcedente la ponderación del derecho fundamental invocado con el derecho a la producción y creación literaria.

Lejos de ser una afirmación aislada, esta tesis impregna la fundamentación jurídica mediante un juicio de tipicidad previo. El Tribunal es tajante al afirmar que «no se puede proteger un derecho de una persona que no se considera real, sino de ficción»<sup>17</sup>, reforzando posteriormente que, en consecuencia, «no resultará procedente entrar siquiera a ponderar los derechos en juego a la luz del potencial ofensivo del texto en el caso concreto»<sup>18</sup>.

De hecho, la lógica preclusiva del Constitucional se cimenta sobre la premisa fáctica establecida por el Tribunal Supremo, el cual descartó de raíz la existencia de personas físicas detrás de los personajes de ficción:

«Debemos partir de que no se relatan hechos reales, ni el artículo se refiere a personas reales ni es una versión de la realidad, sino que se refiere a una situación fácilmente apreciable como de ficción con personajes inventados»<sup>19</sup>.

El órgano judicial implementa un filtro reordenando la secuencia ante la colisión entre derechos fundamentales; primero, identificabilidad objetiva; segundo, afectación del

15 Sentencia del Tribunal Constitucional, 13 de enero de 2025, fundamentos jurídicos 3 d) Límites, (ECLI:ES:TC:2025:1).

16 Sentencia del Tribunal Constitucional, 13 de enero de 2025, fundamentos jurídicos 5, (ECLI:ES:TC:2025:1).

17 Sentencia del Tribunal Constitucional, 13 de enero de 2025, antecedentes de hechos 7, (ECLI:ES:TC:2025:1).

18 Sentencia del Tribunal Constitucional, 13 de enero de 2025, fundamentos jurídicos 3 d) Límites, (ECLI:ES:TC:2025:1).

19 Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 31 de enero de 2022, recurso de apelación núm. 1173/2021

honor; tercero, la ponderación. Cuando el primer paso fracasa por falta de «evidencia notoria», los siguientes carecen de objeto, otorgando a la creación literaria una protección reforzada que trasciende los límites materiales del art. 20.4 CE.

Este juicio de tipicidad previo se distancia de la doctrina del derecho comparado. En 1964, la Corte Suprema de Estados Unidos elevó el estándar probatorio al distinguir entre hecho y opinión con la creación de la doctrina *actual malice*<sup>20</sup> tras aceptar la identificabilidad. Mientras, la doctrina italiana exige a la sátira «del parámetro de la verdad del hecho»<sup>21</sup> pero aun así mantiene la colisión entre derechos.

La STC 1/2025 introduce una preclusión previa: sin sujeto pasivo identificable objetivamente, no es posible ponderar al juicio material. Así, el TC aplica máxima deferencia al juicio de hechos racionalmente motivado de instancia sobre la identidad del personaje, autolimitando su función garante del art. 18.1 CE en supuestos de alta complejidad probatoria.

En definitiva, la resolución del conflicto ya no depende de la ponderación de bienes, sino de la verificación de la existencia del sujeto pasivo mediante un filtro material. Este umbral, elevado a categoría de *condición sine qua non* del ejercicio del derecho al honor frente a la ficción, redefine el equilibrio sistémico entre los artículos 18.1 y 20.1.b) CE.

## 2. Coherencia sistemática con la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 20.1 b)

La STC 1/2025 no constituye una ruptura doctrinal, sino una sistematización ejemplar de la jurisprudencia constitucional sobre libertad de creación literaria. Lejos de innovar, el Tribunal aplica con rigor quirúrgico los parámetros asentados desde la STC 51/2008, adaptándose al supuesto específico de ficción periodística satírica y consolidando su virtualidad frente a demandas de honor subjetivamente motivadas.

La consolidación del artículo 20.1.b) CE ha seguido una progresión lógica desde su concepción inicial, desde su tratamiento como categoría subordinada en el esquema del artículo 20.1 CE, hasta la afirmación de su contenido constitucional específico. Este proceso de emancipación dogmática se vertebra de estadios evolutivos que han ido perfilando la autonomía sustantiva de la creación literaria.

El primer estadio de esta evolución lo marca la STC 153/1985<sup>22</sup> una resolución que, si bien reconoció la protección constitucional de la obra de ficción, lo hizo bajo una visión reduccionista que negaba la autonomía estructural. La Sala definió el derecho a la creación literaria y artística del artículo 20.1.b) CE no como un fin en sí mismo, sino como una

20 *NEW YORK TIMES COMPANY v. SULLIVAN* (1964). (Traducción propia).

21 **BOGGERO**. (2020). «La sátira come libertà ad autonomia ridotta nello Stato costituzionale dei doveri». (Traducción por IA).

22 Sentencia del Tribunal Constitucional, 7 de noviembre de 1985. (ECLI:ES:TC:1985:153).

categoría instrumental, sentenciando literalmente «una concreción del derecho, también reconocido y protegido en el apartado a) del mismo, a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones»<sup>23</sup>.

Bajo esta interpretación inicial, la tutela de la creación nacía de su capacidad comunicativa, asumiendo que la difusión de la obra «presupone no sólo la publicación impresa del texto literario, sino también la representación pública de la obra, que se escribe siempre para ser representada»<sup>24</sup> como mera proyección del pensamiento del autor, subsumiendo así la libertad creativa en la genérica libertad de expresión.

Sin embargo, esta concepción no tuvo un carácter unánime como evidencia el voto particular del magistrado Francisco Rubio Llorente, donde advirtió sobre el peligro de diluir los contornos del artículo 20.1 CE argumentando que «ni la libertad de producción y creación literaria es una concreción del derecho a expresar y difundir libremente el pensamiento, sino un derecho autónomo»<sup>25</sup>.

El proceso de evolución dogmática continúa con la STC 43/2004<sup>26</sup>, resolución que comienza a desgajar el artículo 20.1.b) CE. A diferencia de la STC 153/1985, la Sala establece una diferencia cualitativa entre «la libertad de producción y creación científica» del periodismo.

La resolución razona que, mientras las libertades de expresión e información se refieren a hechos actuales, la creación científica en el ámbito histórico opera con parámetros propios, gozando en nuestra Constitución de «una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información»<sup>27</sup>. La sentencia traza una línea divisoria definitiva: al reconocer que la evocación del pasado exige parámetros de enjuiciamiento distintos a los de la actualidad mediática.

El Tribunal introduce una variable temporal que altera el juicio de ponderación: al considerar que la personalidad del afectado «se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo»<sup>28</sup>, reduce la intensidad de su eficacia limitativa frente a la libertad de creación.

Asimismo, la sentencia rompe con el paradigma de la equiparación entre veracidad informativa y verdad material, alertando de que la «afirmación de la verdad absoluta, con-

23 Sentencia del Tribunal Constitucional, 7 de noviembre de 1985, fundamentos jurídicos 5, (ECLI:ES:TC:1985:153).

24 Sentencia del Tribunal Constitucional, 7 de noviembre de 1985, fundamentos jurídicos 5, (ECLI:ES:TC:1985:153).

25 Sentencia del Tribunal Constitucional, 7 de noviembre de 1985, voto particular, (ECLI:ES:TC:1985:153).

26 Sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de marzo de 2004, (ECLI:ES:TC:2004:43).

27 Sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de marzo de 2004, fundamentos jurídicos 5, (ECLI:ES:TC:2004:43).

28 Sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de marzo de 2004, fundamentos jurídicos 5, (ECLI:ES:TC:2004:43).

ceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansian la censura previa»<sup>29</sup>.

El desarrollo culmina con la STC 51/2008<sup>30</sup> resolución que representa el hito definitivo en la emancipación dogmática. Por primera vez, el Tribunal Constitucional afirma sin rodeos que la «constitucionalización expresa del derecho a la producción y creación literaria le otorgan un contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión»<sup>31</sup>. La sentencia blinda la capacidad del autor para «dar nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica»<sup>32</sup>.

El Tribunal es tajante al sentenciar que «no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad»<sup>33</sup>, consagrando así la inmunidad de la «desconexión con la realidad» y permitiendo recursos como la exageración o la sátira sin que puedan ser fiscalizados bajo la óptica del honor de personas fallecidas o reales ficcionadas.

Bajo esta perspectiva evolutiva, la STC 1/2025 no inaugura un paradigma, sino que lo perfecciona. Si las sentencias de STC 43/2004 y STC 51/2008 se encargaron de definir qué es la creación literaria, la resolución actual viene a establecer cómo se protege procesalmente esa autonomía.

### 3. Especial trascendencia: artículo 50.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Desde una óptica estrictamente procesal, la admisión a trámite del recurso núm. 1436-2022 mediante la Providencia de 17 de abril de 2023 valida la función objetiva que la reforma de la LOTC de 2007<sup>34</sup> otorgó al recurso de amparo. Esta modificación legislativa operó un cambio de paradigma fundamental, el Tribunal Constitucional dejó de ser una mera instancia de tutela subjetiva de derechos para centrarse en la interpretación abstracta y vinculante de la Constitución.

Bajo este nuevo esquema, la lesión individual del recurrente se convierte en un vehículo para que el Tribunal se pronuncie sobre cuestiones de alcance general. La clave de acceso ya no es la gravedad del daño, sino la especial trascendencia constitucional del asunto.

En el presente litigio, el Tribunal apreció la concurrencia de la causa b) del fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009, al vislumbrar la oportunidad de aclarar o modificar su doc-

---

29 Sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de marzo de 2004, fundamentos jurídicos 5, (ECLI:ES:TC:2004:43).

30 Sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 de abril de 2008, (ECLI:ES:TC:2008:51).

31 Sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 de abril, fundamentos jurídicos 5, (ECLI:ES:TC:2008:51).

32 Sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 de abril, fundamentos jurídicos 5, (ECLI:ES:TC:2008:51).

33 Sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 de abril, fundamentos jurídicos 5, (ECLI:ES:TC:2008:51).

34 Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

trina como consecuencia de un proceso de reflexión interna. La Sala detectó que su jurisprudencia precedente sobre creación literaria resultaba insuficiente para abordar aquellas «zonas grises» donde los límites entre realidad y narrativa se difuminan deliberadamente. La trascendencia, por tanto, no radica en el casuismo de la pretensión individual, sino en la urgencia sistémica de determinar si la duda sobre la identidad del personaje debe solventar mediante el debate probatorio o mediante una regla de inmunidad apriorística.

El resultado es la cristalización de una regla que funciona como barrera de entrada. El Tribunal alcanza así el objetivo que justificó la admisión del recurso: transformar la protección abstracta de la literatura en una garantía operativa. Si bien la STC 51/2008 ya había advertido que la creación literaria «da nacimiento a una nueva realidad (...) que no se identifica con la realidad empírica» y que, por tanto, «no resulta posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad»<sup>35</sup>, aquella declaración sustantiva carecía de una traducción procesal clara, dejando a los jueces ordinarios la difícil tarea de ponderar caso por caso.

La Corte corrige ese déficit mediante una directriz que desactiva el conflicto desde el inicio: la falta de «evidencia notoria» sobre la identidad del personaje impide valorar la afectación del honor, convirtiendo la autonomía del art. 20.1 b) CE en una inmunidad de umbral. Este mecanismo busca evitar un efecto inhibitorio sobre la ficción, al impedir que cada coincidencia narrativa desencadene un escrutinio judicial minucioso incompatible con la libertad artística.

En relación al párrafo anterior y con el objetivo de ser verdaderamente «inmune frente a cualquier forma de censura previa», se requiere la creación de un entorno de seguridad donde una regla de preclusión concluya la duda, evitando así convertir al proceso judicial en procedimiento largo e incierto que a su vez condicione a la libertad creativa.

La sentencia protege al autor de este cautiverio procesal, recordando la enseñanza de Cervantes de que la libertad es «uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos»<sup>36</sup>, un tesoro que el ordenamiento jurídico no puede permitir que se pierda en los laberintos de la duda probatoria.

#### 4. Racionalización de la desestimación

Tras haber diseccionado el filtro doctrinal, trazado la evolución jurisprudencial y justificando la especial trascendencia constitucional que permitió franquear la puerta del amparo, corresponde ahora abordar el desenlace sustantivo: la desestimación del recurso. En este apartado, sometemos dicha motivación a un riguroso control de calidad, verificando si cumple con los estándares de lógica, coherencia y justificación exigibles a cualquier resolución del Tribunal Constitucional.

Para racionalizar esta decisión es imperativo acudir a los criterios de corrección argumentativa que la doctrina española, singularmente Manuel Atienza, exige a la motivación

35 Sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 de abril de 2008, (ECLI:ES:TC:2008:51).

36 DE CERVANTES, M. (1615). *Don Quijote de la Mancha*. Segunda Parte, Capítulo LVIII.

judicial: completitud, coherencia y sinceridad. El Tribunal Constitucional no opera aquí en el vacío, sino aplicando el canon de control de la STC 180/1999<sup>37</sup>, reiterado en la jurisprudencia aplicable, que establece que el honor es un «concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento».

Bajo este prisma, la desestimación supera el test de completitud al dar respuesta a la pretensión de la actora, pero lo hace desplazando el eje del debate: no se entra a valorar la gravedad de las ofensas porque, como se ha explicado en epígrafes anteriores se niega la premisa mayor de la identificación. La sentencia es coherente con la premisa fijada en la STC 51/2008 de que la creación literaria «da nacimiento a una nueva realidad (...) que no se identifica con la realidad empírica», concluyendo lógicamente que, sin esa identidad empírica, no hay colisión constitucional posible.

Sin embargo, el punto crítico del análisis reside en la sinceridad de la motivación y el grado de deferencia hacia la jurisdicción ordinaria. El Tribunal aplica el estándar de que le compete «verificar si los órganos judiciales han realizado una "ponderación constitucionalmente adecuada"», pero en este caso, la Sala válida la decisión del Supremo de no apreciar intromisión basándose en la «desconexión con la realidad» que ampara la ficción.

Conforme a la doctrina del TC de no constituir tercera instancia en la valoración de hechos, «es un verdadero Tribunal pero no pertenece al Poder Judicial, tal y como evidencia la Constitución al separar el Titulo VI y IX»<sup>38</sup>. De este modo, la sala ejerce deferencia máxima y valida la apreciación del Supremo: al «no resultar posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad», excluye la ponderación material y desactiva la tutela del honor en supuestos ficticiales.

Finalmente, esta construcción dogmática no está exenta de riesgos sistémicos desde la óptica del artículo 24.1 CE. Si bien el Tribunal recuerda que el derecho a la creación «está sometido a límites constitucionales», la elevación del estándar de identificabilidad podría generar un indeseado «efecto rebote». Al blindar la «creación de un universo de ficción que puede tomar datos de la realidad», se corre el peligro de incentivar un puerto seguro para la difamación encubierta, la etiqueta de «novela» puede enervar la tutela efectiva del honor de víctimas socialmente reconocibles, pese a la negación formal de identidad bajo subjetividad literaria.

## V. Conclusión

La sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de enero de 2025 reformula decisivamente el equilibrio entre libertad de creación literaria art. 20.1 b) CE y derecho al honor art. 18.1 CE, erigiendo la identificabilidad objetiva y notoria como filtro preclusivo excluyente de la ponderación material. Esta técnica resolutoria sistematiza la doctrina STC

---

37 Sentencia del Tribunal Constitucional, 11 de octubre.

38 LOZANO MIRALLES, J. y SACCOMANNO, A. (2019). El Tribunal Constitucional. Composición y principios jurídico-organizativos. Editorial Universidad de Jaén, pág. 31 (y ss.).

51/2008, transformando su protección abstracta en inmunidad procesal concreta para la ficción satírica.

El precedente blinda la sátira política municipal frente a demandas subjetivas basadas en similitudes circunstanciales, preservando el proceso creativo de inhibiciones reputacionales. Justifica plenamente su especial trascendencia constitucional al aclarar el canon aplicable a narrativas regionales críticas.

Racionalidad formal impecable, aunque genera tensión material con la tutela efectiva: la desconexión empírica no puede cristalizar en puerto seguro para difamación encubierta. Equilibrio constitucional inclinado hacia la creación literaria que proyecta efectos irradiantes para la jurisprudencia venidera.

## VI. Bibliografía

### 1. Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2025, de 13 de enero (ECLI:ES:TC:2025:1).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 51/2008, de 14 de abril (ECLI:ES:TC:2008:51).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 153/1985, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TC:1985:153).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 43/2004, de 23 de marzo (ECLI:ES:TC:2004:43).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, de 25 de junio (ECLI:ES:TC:2009:155).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 180/1999, de 11 de octubre (ECLI:ES:TC:1999:180).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 31 de enero de 2022, rec. 1173/2021
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Primera), de 20 de julio de 2020.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Murcia, de 17 de diciembre de 2019.

### 2. Normativa

- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 239, de 5 de octubre).
- Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 126, de 25 de mayo).
- Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre).

### 3. Doctrina

**ALCÁ CER GUIRAO, R.** (2009). «La anomalía constitucional. Crítica de la ponderación». *In Dret*, (4), 23 y ss.

**ATIENZA, M.** (1995). «La motivación jurídica». *Doxa*, (18), 112.

**LOZANO MIRALLES, J., & SACCOMANNO, A.** (2019). *El Tribunal Constitucional. Composición y principios jurídico-organizativos*. Editorial Universidad de Jaén.

*New York Times Company v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)

<https://www.oyez.org/cases/1963/39>

**BOGGERO, F.** (2020). «La satira come libertà ad "autonomia ridotta" nello Stato costituzionale dei doveri». *Nomos. Le attualità nel diritto*, (1).

<https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/05/Boggero-1-2020-D.pdf>

---

# ¿Sustancia o forma? La consagración de la prueba del competidor igualmente eficiente en la Sentencia Intel C-240/22 P (2024)

---

Pol Adroher Bernal

Doctorando en Derecho en la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor sustituto en la UAB en derecho mercantil y profesor sustituto en la UB en derecho civil.  
pol.adroher@autonoma.cat

Recibido el 2 de febrero de 2026; aceptado el 10 de febrero de 2026.

**Resumen:** Este artículo analiza críticamente la sentencia del TJUE de 24 de octubre de 2024 en el asunto *Intel II*. Se argumenta que el tribunal ha incurrido en un excesivo rigorismo formal al elevar la prueba del competidor igualmente eficiente (AEC) de herramienta analítica opcional a requisito de validez *de facto*. A través de la disección de la estructura del mercado de CPUs y la omisión de las «restricciones desnudas», el estudio demuestra cómo la fijación en errores de cálculo aritmético desvirtúa el enfoque basado en efectos. El trabajo concluye que esta deriva genera inseguridad jurídica y paraliza la aplicación efectiva frente a socios comerciales ineludibles.

**Palabras Clave:** Abuso de posición; 102 TFUE; AEC; Descuento por fidelidad; Carga de la prueba.

**Abstract:** This article provides a critical analysis of the CJEU judgment of October 24, 2024, in the *Intel II* case. It argues that the court has fallen into excessive procedural formalism by elevating the «as-efficient competitor» (AEC) test from an optional analytical tool to a *de facto* validity requirement. By dissecting the CPU market structure and the omission of naked restrictions, the study demonstrates how the fixation on arithmetic calculation errors distorts the effects-based approach. The paper concludes that this trend creates legal uncertainty and paralyzes effective enforcement against unavoidable trading partners.

**Keywords:** Abuse of dominant position; 102 TFEU; AEC; Fidelity rebates; Burden of proof.

## I. Introducción

Veinticuatro años. Ese es el tiempo que transcurrió entre la denuncia presentada ante la Comisión Europea por AMD contra Intel en el año 2000 y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 24 de octubre de 2024 que confirmó la anulación de la multa de 1060 millones de euros impuesta por la Decisión controvertida<sup>1</sup>. Durante este casi cuarto de siglo en busca de la respuesta sobre si Intel abusó de su posición dominante mediante descuentos de fidelidad en el mercado mundial de microprocesadores (CPU) x86 la dinámica del mercado no se detuvo: «Antes del 2000, existían varios fabricantes en el mercado. Sin embargo, desde entonces la mayoría ha abandonado el mercado. Estos dos gigantes tecnológicos fueron los dos únicos que quedaron en pie»<sup>2</sup>. Intel mantuvo su cuota de mercado por encima del 70 % en un mercado mundial blindado, en palabras de la abogada general Medina, por obstáculos significativos de entrada por razón de inversiones irre recuperables en investigación y desarrollo, derechos de propiedad intelectual e instalaciones de producción<sup>3</sup>. Mientras Intel y la Comisión debatían la exactitud de algunos cálculos trimestrales, el mercado de CPUs se concentró aún más. La pregunta, entonces, se vuelve inevitable: ¿Cuál fue la razón de un proceso que permitió la consolidación de aquello que pretendía prevenir?

La sentencia que nos atañe sirve de cierre a una odisea procesal de recursos y reenvíos. A su vez, representa un formalismo procesal que pervierte la naturaleza del análisis de abuso de posición dominante del art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Al elevar una herramienta econométrica auxiliar a requisito de validez indispensable, el Tribunal de Justicia ignora el contexto estructural del mercado de CPUs. Asimismo, crea incentivos perversos para que empresas dominantes con recursos ilimitados conviertan la aplicación del artículo 102 TFUE en batallas econométricas de desgaste, paralizando así el efecto útil del Derecho de la Unión antes del punto de inflexión en el que el mercado se concentra irreversiblemente.

Para sustentar esta tesis, el presente trabajo se estructura de la siguiente manera: tras exponer los antecedentes fácticos y procesales (II), se analizará la tensión entre forma y sustancia en el fallo del TJUE (III). Posteriormente, se examinará la mutación del estándar de prueba y la carga probatoria (IV) y la insuficiencia del razonamiento formal del tribunal (V), para finalizar discutiendo las alternativas que el tribunal tenía a su alcance (VI) y las implicaciones sistémicas del fallo en las conclusiones (VII).

---

1 STJUE de 24 de octubre de 2024, *Intel Corporation Inc. c. Comisión*, C-240/22 P (ECLI:EU:C:2024:921).

2 Conclusiones de la Abogada General Laila Medina presentadas el 18 de enero de 2024, *Comisión Europea c. Intel Corporation Inc.*, C-240/22 P (ECLI:EU:C:2024:59), apartado 13.

3 *Ibid.*, apartado 15.

## II. Antecedentes

### 1. Evolución procesal del caso *Intel*

La génesis del conflicto se remonta al año 2000, con la denuncia de AMD. No fue hasta mayo de 2009 cuando la Comisión dictó su Decisión, imponiendo una sanción histórica de 1060 millones de euros a Intel<sup>4</sup>. La infracción se desglosaba en dos tipos de conductas: (i) descuentos de fidelidad a cuatro fabricantes originales de equipos (Dell, HP, NEC y Lenovo) y pagos al distribuidor MSH; y (ii) las denominadas «restricciones desnudas» *naked restrictions*<sup>5</sup>, consistentes en pagos directos para retrasar o cancelar el lanzamiento de productos equipados con CPUs de AMD. En 2014, el Tribunal General desestimó íntegramente el recurso de Intel calificando los descuentos como exclusivos cuya capacidad de exclusión de la competencia se presumía innecesaria de probar mediante una prueba de precios<sup>6</sup>. Sin embargo, el asunto alcanzó su primer hito transformador en septiembre de 2017. La sentencia *Intel I* del Tribunal de Justicia anuló el fallo del TG al considerar que, si la empresa aportaba pruebas de que su conducta no fue capaz de restringir la competencia, la Comisión tenía la carga de analizar todas las circunstancias pertinentes<sup>7</sup>. *Intel I* transformó la presunción de ilegalidad de *Hoffmann-La Roche* (que era casi absoluta) en una presunción *iuris tantum* (rebatible)<sup>8</sup>. Este análisis también incluía la herramienta usada para llegar a tales conclusiones, la prueba del competidor igualmente eficiente. El reenvío al TG culminó en enero de 2022 con una anulación parcial de la Decisión<sup>9</sup>. El motivo fue el hallazgo de errores en la aplicación de la prueba del competidor igualmente eficiente (*AEC test* en sus siglas en inglés) que no demostraban los efectos excluyentes de tales descuentos. La Comisión recurrió la sentencia y, finalmente, el 24 de octubre de 2024, el TJUE confirmó esta anulación reduciendo la multa a 376,4 millones de euros.

### 2. Las conductas en cuestión: exclusividad *de facto* y restricciones manifiestas

La estrategia de Intel se cimentó sobre dos pilares que operaban de forma sinérgica. Por una parte, sobre los descuentos de fidelidad y el efecto de bloqueo retroactivo. Intel vinculó ventajas financieras críticas a umbrales de compra del 95 % o 100 %<sup>10</sup>. Estos

4 *Intel* (Asunto COMP/C-3/37 990), Decisión de la Comisión de 13 de mayo de 2009.

5 Las restricciones desnudas consistían en pagos directos para retrasar o cancelar el lanzamiento de productos equipados con CPUs de AMD. Véase Decisión impugnada (n. 4), considerandos 913-917.

6 STG de 12 de junio de 2014, *Intel Corporation Inc. c. Comisión*, T-286/09 (ECLI:EU:T:2014:547).

7 STJUE de 6 de septiembre de 2017, *Intel Corp. c. Comisión*, C-413/14 P (ECLI:EU:C:2017:632), apartados 138-139 (en lo sucesivo, «*Intel I*»).

8 STJUE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, 85/76 (ECLI:EU:C:1979:36), apartados 89-90.

9 STG de 26 de enero de 2022, *Intel Corporation c. Comisión*, T-286/09 RENV (ECLI:EU:T:2022:19).

10 Decisión impugnada (n. 4), considerandos 895, 920-923.

acuerdos no constaban por escrito, pero se aplicaron sistemáticamente. Lo importante a remarcar es que el descuento no se aplicaba solo a las unidades adicionales, sino a todo el volumen de compras del periodo. Su naturaleza era retroactiva. Esto generaba un coste de cambio desproporcionado a sus clientes: para un OEM<sup>11</sup>, adquirir una pequeña fracción de CPUs de AMD significaba perder el descuento total de Intel, que en ese mercado ya era un socio comercial ineludible. Desde una perspectiva económica, esto crea un efecto de fidelización que no se basa en la eficiencia del precio, sino en la imposibilidad contractual del rival para compensar la pérdida del descuento con su volumen limitado de ventas.

Paralelamente, Intel efectuó pagos directos a HP, Acer y Lenovo condicionados expresamente a retrasar o restringir geográficamente la distribución de productos de AMD. Estas conductas, calificadas como restricciones que carecen de interés económico salvo el de perjudicar al rival, nunca fueron apeladas por Intel<sup>12</sup>.

### III. Forma vs sustancia

La sentencia *Intel I* de 2017 constituye el punto de inflexión procedimental que condiciona la hermenéutica posterior<sup>13</sup>. Su análisis detenido es imperativo, pues la reciente sentencia de 2024 (*Intel II*) parece haber distorsionado su alcance, transformando un mandato de garantías procesales en una barrera sustantiva insalvable. El TJUE parte de una premisa fundamental del Derecho de la Unión: el artículo 102 TFUE no prohíbe que una empresa conquiste su posición por sus propios méritos<sup>14</sup>, ni tiene por objeto garantizar la permanencia en el mercado de competidores menos eficaces. No obstante, y este es el eje de la responsabilidad cualitativa de la dominante, queda prohibida la implementación de prácticas que provoquen efectos de exclusión sobre competidores que sean «al menos tan eficientes» como la propia empresa dominante.

Es crucial notar que la referencia es la propia Intel, no un competidor hipotético con costes arbitrarios. Asimismo, la eficiencia se define en un sentido amplio: no solo abarca el precio, sino la gama, la calidad y la innovación. Este es el principio AEC, una categoría dogmática que debe distinguirse nitidamente de la prueba AEC.

Desde *Hoffmann-La Roche*, los descuentos condicionados a exclusividad se presumían abusivos *per se*, presunción que *Intel I* (2017) convirtió en rebatible<sup>15</sup> al permitir que el dominante aportase pruebas de que su conducta no era capaz de restringir la competencia.

---

11 Un fabricante de equipos originales (OEM) confecciona componentes de los productos de otra empresa.

12 *Intel I* (n. 7), apartados 96 y 107; Decisión impugnada (n. 4), considerandos 913-917.

13 *Intel I* (n. 7), apartados 133-139.

14 *Intel I* (n. 7), apartados 133-134.

15 STJUE *Hoffmann-La Roche* (n. 8), apartados 89-90; *Intel I* (n. 7), apartados 138-139.

Aunque la sentencia de 2017 configuró esta prueba como una herramienta facultativa y no indispensable, el uso que se ha hecho de ella en 2024 sugiere una mutación en su naturaleza jurídica. Sin embargo, *Intel II* ha sobredimensionado un matiz estrictamente procedimental<sup>16</sup>. El error del Tribunal General en 2014 no fue la «no aplicación» de la prueba, sino la negativa a revisar los errores alegados por Intel contra un análisis que la Comisión decidió, voluntariamente, incluir en su Decisión. Al hacerlo, la Comisión se autolimitó, y el TJUE en 2017 simplemente recordó que la «higiene procedimental» obliga a revisar aquello que se utiliza como prueba, por muy opcional que sea.

Para comprender la deriva actual, es vital recordar que *Intel I* se abstuvo de establecer la prueba AEC como la regla general para los descuentos de fidelidad. Tampoco ordenó mutar la naturaleza de estos descuentos hacia una práctica de precios abusivos, manteniendo su esencia de conducta de exclusividad. Pero lo más importante fue que no dictaminó que un resultado favorable en la prueba AEC exonerara automáticamente a la dominante; la prueba era, y debía seguir siendo, un factor más dentro de la apreciación global de la Comisión. Lamentablemente, como se analizará, la sentencia de 2024 ha borrado esta distinción procesal al elevar la corrección técnica de la prueba AEC a condición de validez sustantiva de la Decisión.

## 1. Estructura del mercado de CPUs y barreras de entrada

Para comprender la gravedad del error judicial, es imperativo descender al terreno de la organización industrial. El mercado de microprocesadores x86 no es un mercado de competencia perfecta; es un sector definido por barreras de entrada masivas: inversiones irreversibles *sunk costs* en I+D+I, instalaciones físicas de vanguardia y una red de propiedad intelectual impenetrable. En este ecosistema, Intel no es un competidor más; es el proveedor de referencia obligada.

La Decisión de 2009 y los hechos probados demuestran que la mayor parte de la demanda de los fabricantes no estaba en disputa comercial por razones técnicas y de suministro<sup>17</sup>. Los descuentos retroactivos descritos explotaban esta asimetría: al aplicarse sobre la totalidad del volumen (incluyendo la demanda no contestable), generaban un «efecto de succión» financiero que hacía imposible la compensación por parte de AMD.

Para que ésta pudiera competir por esa pequeña porción libre, tendría que haber ofrecido un precio negativo o compensar la pérdida del descuento millonario que Intel aplicaba sobre la parte cautiva del cliente. El TJUE, al obsesionarse respecto a si la Comisión calculó bien el porcentaje trimestral de esa parte contestable, obvia lo fundamental<sup>18</sup>: en un mercado con esta estructura, cualquier descuento de fidelidad de un socio ineludible tiene una capacidad de exclusión estructural, independientemente de si la prueba arroja un error decimal.

---

16 STJUE Intel Corporation Inc. c. Comisión (n. 1), apartado 181.

17 Decisión impugnada (n. 4), considerandos 1003-1004, 1334-1337.

18 STG Intel - Renvoi (n. 9), apartados 303-307, 482.

## 2. Evidencias de estrategia de exclusión no consideradas

Resulta jurídicamente incomprensible que el TJUE pretenda realizar un análisis basado en efectos ignorando elementos cualitativos que evidencian la existencia de un abuso de posición dominante. Es el triunfo de los economistas sobre los juristas. Como se constató en los hechos aceptados por ambas partes, los pagos directos para cancelar lanzamientos de AMD constituyen una evidencia directa de intención exclusoria<sup>19</sup> que el TJUE debió considerar juntamente con los descuentos para evaluar la estrategia global de Intel. Llama la atención que, en el análisis final de 2024, el TJUE haya tratado estas restricciones como compartimentos estancos, ignorando que formaban parte de una estrategia única y continuada destinada a neutralizar la amenaza tecnológica que suponían los CPUs de AMD. Los descuentos no fueron una herramienta de eficiencia, sino una maniobra reactiva para frenar el éxito del procesador de 64 bits de su principal y único competidor<sup>20</sup>.

## 3. Confusión en la categoría: ¿precio o cláusula de exclusividad?

El error original radica en clasificar los descuentos de fidelidad como una práctica de precios<sup>21</sup>. Como bien señaló el TG en 2014, estos descuentos funcionan *de facto* como acuerdos de exclusividad<sup>22</sup>. El mecanismo de exclusión no emana del nivel del precio, sino del vínculo contractual que eleva los costes del rival<sup>23</sup>. Al privar a AMD de alcanzar la Escala Mínima Eficiente (MES en sus siglas en inglés), Intel no estaba compitiendo en precios; estaba cerrando el acceso a los canales de distribución. Por tanto, aplicar una prueba de precio-coste a una conducta que no es de precios es, en palabras de la doctrina, «intentar medir la temperatura con un metro»<sup>24</sup>.

## 4. La prueba AEC: de herramienta de apoyo a camisa de fuerza procedimental

Es aquí donde la sentencia de 2024 incurre en una contradicción performativa insostenible. La contradicción emerge cristalina en el apartado 181 de *Intel II*<sup>25</sup>. El TJUE afirma textualmente que la prueba AEC actúa «*as a general rule*» como el marco analítico

19 Decisión impugnada (n. 4), considerandos 913-917. Estas «restricciones desnudas» nunca fueron apeladas por Intel.

20 Conclusiones de la Abogada General Medina (n. 2), apartados 7-9.

21 **MARINOVA, M.**, «Competition law in limbo: Intel, fidelity rebates, and the price of procedural errors», en *European Competition Journal*, 2025, DOI: 10.1080/17441056.2025.2499322.

22 STG Intel (n. 6), apartados 85, 97-98.

23 **PETIT, N.**, «Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU», en *European Competition Journal*, vol. 11, núm. 1, 2015, págs. 26-68.

24 **MARINOVA, M.**, ob. cit. (n. 21).

25 STJUE *Intel Corporation Inc. c. Comisión* (n. 1), apartado 181.

relevante para evaluar descuentos de fidelidad, pero en la misma frase añade que es «*merely one of the ways*» de evaluar si la conducta se ajusta a competencia en méritos. Esta formulación es lógicamente incompatible: una herramienta no puede ser simultáneamente regla general y meramente una opción entre otras. Si es regla general, su omisión es un error de método; si es opcional, su aplicación defectuosa no puede invalidar una decisión basada en otros elementos sustantivos. El TJUE ha querido tenerlo todo. Declaró la opcionalidad de la prueba (para alinearse con *Post Danmark II* y *Unilever*) mientras *de facto* lo trataba como condición de validez (al anular por errores en su aplicación).

La jurisprudencia es clara: la prueba no es obligatoria<sup>26</sup>. Sin embargo, en *Intel*, el TJUE ha permitido que la higiene aritmética devore al principio. Al anular la Decisión por errores en ésta, el tribunal ha elevado una herramienta opcional a requisito de validez *de facto*<sup>27</sup>. El mensaje para las autoridades de competencia es devastador: cualquier imperfección en el método econométrico por el que se decante anulará años de investigación sobre hechos sustantivos incontestables.

## 5. El caso *Lenovo*: cuando las ventajas en especie no escapan del precio-coste

La desconexión entre la métrica y la realidad alcanza su paroxismo en el apartado 343 de la sentencia de 2024<sup>28</sup>. En un alarde de abstracción jurídica, el tribunal reconoce que la prueba AEC es un «ejercicio puramente hipotético». El TJUE admite que la prueba puede concluir que no hay capacidad de expulsión aun cuando el competidor real (AMD) haya sido efectivamente marginalizado, o viceversa. Esta confesión judicial invalida la lógica de la sentencia: ¿cómo puede elevarse a requisito de validez un ejercicio que el propio tribunal define como una ficción metodológica desconectada de la suerte real de los competidores? Al anular la multa por errores en una hipótesis, el TJUE prefirió la corrección de un simulacro económico a la sanción de una estrategia de exclusión probada.

El tribunal impuso que estas ventajas no se valoraran según su valor para el cliente (*Lenovo*), sino según su coste para el dominante (*Intel*)<sup>29</sup>. Esta es la visión túnel contable que denunciamos: el Derecho de la Competencia debería proteger el mercado analizando el incentivo que recibe el comprador para no elegir al rival, no la facilidad con la que el dominante puede financiar dicho incentivo. Al centrarse en el coste de *Intel*, el tribunal ignora la sustancia comercial de la fidelización.

26 STJUE de 6 de octubre de 2015, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, C-23/14 (ECLI:EU:C:2015:651), apartados 57-61 (en lo sucesivo, «*Post Danmark II*»); STJUE de 19 de enero de 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-680/20 (ECLI:EU:C:2023:33), apartado 62 (en lo sucesivo, «*Unilever*»).

27 STG *Intel* - Renvoi (n. 9), apartado 482.

28 STJUE *Intel Corporation Inc. c. Comisión* (n. 1), apartado 343.

29 STG *Intel* - Renvoi (n. 9), apartados 417-439; STJUE *Intel Corporation Inc. c. Comisión* (n. 1), apartados 148-167.

## IV. La inversión de la carga de la prueba

### 1. Del estándar *Hoffmann-La Roche* a la presunción de *Intel I*

Históricamente, el estándar *Hoffmann-La Roche* otorgaba a la Comisión una posición de fuerza basada en la especial responsabilidad de la dominante<sup>30</sup>: los descuentos de exclusividad se consideraban abusivos *per se*. La sentencia *Intel I* (2017) suavizó este rigor al permitir la prueba en contrario<sup>31</sup>. Sin embargo, lo que nació como una garantía de defensa se ha transformado en *Intel II* (2024) en un estándar de prueba inalcanzable para la autoridad administrativa.

Al exigir que la Comisión no solo realice una prueba AEC cuando la empresa lo solicita, sino que dicha prueba sea inmune a cualquier error técnico, el TJUE ha vaciado de contenido la presunción de ilegalidad. Si cualquier alegación económica de la dominante, por genérica que sea, obliga a la Comisión a desplegar un análisis de contabilidad forense impecable sobre décadas de datos, la carga de la prueba deja de recaer en quien ostenta el dominio para recaer exclusivamente en quien intenta regularlo<sup>32</sup>.

En este punto, resulta imperativo rescatar la distinción dogmática que subraya Ibáñez Colomo sobre el binomio *capacity vs. likelihood*<sup>33</sup>. Históricamente, el estándar legal para declarar un abuso se ha basado en la capacidad de exclusión, un análisis de aptitud de la conducta dentro de su contexto. Sin embargo, la sentencia de 2024 opera una mutación silenciosa del estándar de prueba.

Al supeditar la validez de la infracción a la perfección técnica de una prueba de precio-coste, el TJUE desplaza el foco desde la capacidad hacia la probabilidad. Exigir que la Comisión demuestre, mediante cálculos trimestrales exactos, que un competidor no podría cubrir sus costes, es exigir una prueba de probabilidad cuantitativa que va mucho más allá de la mera capacidad de exclusión estructural que el artículo 102 TFUE requiere. Como advierte Ibáñez Colomo, esta econometrización del estándar legal transforma una infracción de peligro en una infracción que casi requiere la prueba de un efecto materializado<sup>34</sup>, vaciando de contenido la función preventiva del Derecho de la Competencia.

---

30 STJUE *Hoffmann-La Roche* (n. 8), apartados 89-90.

31 *Intel I* (n. 7), apartado 138.

32 AKMAN, P., «A Critical Inquiry into "Abuse" in EU Competition Law», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 44, núm. 2, 2024, págs. 405-433.

33 IBÁÑEZ COLOMO, P., «The Future of Article 102 TFEU after Intel», en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, núm. 5, 2018, págs. 293-303.

34 IBÁÑEZ COLOMO, P., ob. cit. (n. 33), págs. 298-299.

## 2. El limbo: la ausencia de un estándar cualitativo

Se identifica una laguna crítica en la jurisprudencia Intel: la ausencia de un estándar cualitativo<sup>35</sup> sobre qué evidencia debe aportar el dominante para activar la obligación de la Comisión de realizar un análisis exhaustivo bajo el apartado 139 de Intel I. En ausencia de un umbral mínimo de seriedad o especificidad, el Derecho de la Competencia entra en un estado de limbo probatorio donde la presunción de ilegalidad de *Hoffmann-La Roche* queda vaciada de contenido práctico.

Esta indeterminación fomenta que las empresas dominantes utilicen la prueba AEC no como un argumento de eficiencia, sino como una táctica de obstrucción procesal<sup>36</sup>. Intel no demostró que sus descuentos fueran pro-competitivos; simplemente se aferró a las fisuras metodológicas de una herramienta que, según los tribunales, no podía aseverar la capacidad de exclusión de la competencia. Esta deriva genera una incertidumbre sistémica que desincentiva la intervención de las agencias ante abusos complejos. Esta ausencia de umbral cualitativo permite que cualquier ruido económico sea suficiente para dinamitar una presunción legal basada en décadas de jurisprudencia.

## 3. El coste de la aplicación y la asimetría de medios

Debemos rescatar aquí la advertencia de la AG Kokott en *Post Danmark II*<sup>37</sup>: el valor añadido de análisis económicos extremadamente costosos y complejos no siempre es evidente y puede derivar en un uso desproporcionado de los recursos públicos. La sentencia de 2024 ignora la desigualdad de armas. Mientras que una multinacional como Intel dispone de recursos ilimitados para generar modelos econométricos que siembren la duda sobre cada trimestre analizado, las Autoridades Nacionales de Competencia y la propia Comisión deben gestionar recursos públicos limitados. Exigir una cuantificación matemática de factores cualitativos supone imponer una *probatio diabolica*. El resultado es una aplicación del Derecho de la Unión paralizada por la complejidad, donde la victoria no es para quien tiene la razón jurídica, sino para quien puede sostener una batalla de desgaste pericial durante un cuarto de siglo<sup>38</sup>.

# V. El argumento del tribunal y su insuficiencia

Antes de analizar lo que el TJUE podría haber hecho, es necesario enfrentar directamente la lógica que sostiene su pronunciamiento. Ignorarla sería intelectualmente des-

35 MARINOVA, M., ob. cit. (n. 21).

36 MARINOVA, M., ob. cit. (n. 21).

37 Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott presentadas el 23 de abril de 2015, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, C-23/14 (ECLI:EU:C:2015:282), apartado 55.

38 GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Lessons from the Comparison between the Google Saga and Epic Games v Apple», en *The Competition Law Review*, vol. 16, núm. 1, 2025, págs. 29-51.

honesto. La institución judicial europea podría argumentar que la anulación no responde a un formalismo arbitrario, sino a la exigencia de motivación adecuada que impone el artículo 296 TFUE<sup>39</sup>. La Comisión eligió libremente fundamentar su conclusión sobre la capacidad de exclusión en la prueba AEC. Una vez adoptada esa elección metodológica, el principio de buena administración exige que dicho *test* se aplique de forma técnicamente correcta. Intel ejerció su derecho de defensa impugnando los errores metodológicos detectados; el Tribunal General los constató tras el reenvío<sup>40</sup>. Desde esta perspectiva, confirmar la anulación no sería formalismo sino garantía del derecho a una decisión adecuadamente motivada.

Esta posición es formalmente correcta pero sustantivamente insuficiente<sup>41</sup>, porque omite una pregunta previa y fundamental: ¿debía la Comisión haber usado el *test* AEC para este tipo de conducta? La cuestión no es si la Comisión aplicó bien o mal una herramienta que eligió usar; la cuestión es si eligió la herramienta equivocada. Como se desarrolló anteriormente, al tratarse de una conducta de exclusividad y no de precios, la elección de la prueba AEC adolece de un vicio de origen, no de ejecución. Su mecanismo de exclusión no deriva de la comparación precio-coste, sino del efecto de fidelización contractual<sup>42</sup> que impide al rival compensar la pérdida del descuento aplicado sobre la demanda no contestable. Aplicar una prueba de precio-coste a una conducta de naturaleza que no responde al precio es un error de categorización, no un error de cálculo. Al limitarse a fiscalizar la corrección aritmética del *test* sin cuestionar su idoneidad, el TJUE valida implícitamente una elección metodológica que contradice su propia jurisprudencia<sup>43</sup> sobre la opcionalidad de la prueba AEC.

## VI. Lo que el TJUE podría haber hecho

Resulta revelador que el propio TJUE admita en el apartado 127 de la sentencia de 2024 que el Tribunal General debería haber realizado una «*apreciación global de las circunstancias del asunto*». Sin embargo, esta afirmación queda reducida a una declaración retórica cuando el fallo final se supedita a la corrección aritmética del *test* AEC. Una verdadera apreciación global habría integrado los hechos sustantivos que la litigación de hoja de cálculo ha omitido: la posición de socio ineludible de Intel, el carácter secreto y retroactivo de los descuentos, y la coincidencia temporal con las «restricciones desnudas». Al permitir que el error en una prueba invalide una decisión basada en un contexto de exclusión estructural, el TJUE ha sacrificado la visión de conjunto en manos de un detalle técnico.

39 Artículo 296 TFUE; Artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

40 STG Intel - Renvoi (n. 9), apartados 482, 521.

41 WILS, W. P. J., «The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called "More Economic Approach" to Abuse of Dominance», en *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 37, núm. 4, 2014, págs. 405-434.

42 MARINOVA, M., ob. cit. (n. 21); STG Intel (n. 6), apartados 85, 97-98.

43 *Post Danmark II* (n. 26), apartados 57-61; *Unilever* (n. 26), apartado 62.

## 1. El espejo de Google Shopping: el valor del contexto frente a la métrica

La contradicción jurisprudencial más flagrante de 2024 se encuentra al comparar Intel con la sentencia de *Google Shopping*. En este último caso, el TJUE clarificó que una conducta puede ser abusiva no solo cuando excluye a competidores igualmente eficientes en precios<sup>44</sup>, sino cuando erige obstáculos a la entrada basados en las características del sector y el funcionamiento de la competencia en el mercado.

Resulta paradójico observar el doble rasero jurisprudencial: si en *Google Shopping* el contexto del mercado, con efectos de red muy similares, fue determinante para validar la infracción sin necesidad de una prueba AEC, ¿por qué en *Intel*, con un mercado con barreras de entrada físicas e intelectuales aún más rígidas, el análisis se reduce a la cuantificación trimestral de la parte en disputa? El TJUE ha creado un doble rasero: un estándar cualitativo para la economía de plataformas y un estándar cuantitativo y paralizante para la industria de hardware.

## 2. La doctrina de la Superliga y la exclusión de la innovación

Incluso si nos alejamos de los precios, el caso *European Superleague* ofrece una lección ignorada en *Intel*. Cabe remarcar que el tribunal respondía a una cuestión prejudicial y no a un recurso de casación. El TJUE reconoció allí que la exclusión de competidores puede ser abusiva si bloquea la estructura del mercado<sup>45</sup>, independientemente de la competencia por méritos en el precio. AMD ejercía presión competitiva basada en innovación, no solo en precio. No era necesario demostrar que AMD tuviera la misma estructura de costes que Intel; bastaba demostrar que la conducta impedía a un competidor innovador alcanzar la Escala Mínima Eficiente (MES) necesaria para que sus productos llegaran al mercado. Sobre el papel, el resultado debería haber sido el mismo, pero en la práctica no fue así.

## 3. La presunción de capacidad de exclusión

Lo que el TJUE podría (y debería) haber establecido es que, ante la concurrencia de (i) una posición dominante reforzada cercana al monopolio, (ii) un mercado con barreras de entrada masivas, y (iii) evidencias de mala fe (secretismo y restricciones desnudas), la capacidad de exclusión queda probada cualitativamente. Si cabe aún ahondar más, cuando su conducta la podemos encontrar en las hipótesis que ejemplifican el abuso de posición del artículo 102 TFUE<sup>46</sup>. La prueba AEC debería haber sido desplazada a un rol

44 STJUE de 10 de septiembre de 2024, *Google y Alphabet c. Comisión (Google Shopping)*, C-48/22 P (ECLI:EU:C:2024:726), apartados 167-168.

45 STJUE de 21 de diciembre de 2023, *European Superleague Company*, C-333/21 (ECLI:EU:C:2023:1011), apartado 131.

46 [...] imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas.

meramente accesorio o confirmatorio. Al no hacerlo, el tribunal dio el visto bueno a una estrategia donde el dominante puede comprar su permanencia mediante la complejidad procesal, dejando al regulador en un estado de infra-intervención frente a los gigantes tecnológicos<sup>47</sup>.

## VII. Implicaciones y conclusiones

La sentencia *Intel* de 2024 marca un hito preocupante en la evolución del artículo 102 TFUE. La transición hacia el denominado «enfoque basado en efectos», que pretendía dotar de mayor racionalidad económica al análisis de los abusos, ha derivado en lo que podríamos calificar como un «enfoque basado en métricas».

El riesgo dogmático es evidente: al elevar el test AEC de herramienta analítica a requisito de validez *de facto*, el TJUE ha creado una zona de inmunidad para aquellas conductas abusivas cuya complejidad econométrica permita diluir la responsabilidad de la dominante en un mar de datos trimestrales. La doctrina debe preguntarse si el Derecho de la Competencia puede seguir protegiendo la estructura del mercado cuando el estándar de prueba judicial exige una infalibilidad aritmética que la realidad económica no siempre puede proporcionar.

Para la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de Competencia, el escenario post-*Intel* es de una incertidumbre operativa crítica. El dilema es paralizante: el uso del test AEC permite un enfoque analítico, pero abre una ventana de vulnerabilidad procedimental inmensa; por el contrario, prescindir del test, aun siendo opcional, puede ser interpretado por los tribunales como una omisión de la «apreciación global» requerida.

Las autoridades deben considerar dos estrategias. Por una parte, prescindir del test AEC en casos de descuentos de exclusividad donde las circunstancias del mercado demuestran capacidades de exclusión por vía cualitativa. Por la otra, si optan por usarlo, hacerlo de forma subsidiaria y no como eje central de la Decisión. En un contexto de mercados digitales de rápido movimiento, donde el «punto de inflexión» puede alcanzarse en pocos meses, un sistema de justicia que tarda décadas en validar una sanción es, por definición, un sistema ineficaz.

Las empresas en posición dominante han recibido un mensaje claro. La saga *Intel* incentiva estrategias de litigación destinadas a embarrar el campo de batalla administrativo con modelos econométricos tan sofisticados que cualquier mínima discrepancia metodológica sirva para tumbar años de investigación sustantiva. Esto no es competencia en méritos; es competencia en recursos procesales. La complejidad es su mejor defensa. Al término de este proceso, el mercado de CPUs x86 presenta la estructura oligopolis-

---

47 Este enfoque habría sido coherente con la jurisprudencia establecida en *SEN* y *Unilever*. Vid. STJUE de 12 de mayo de 2022, *Servizio Elettrico Nazionale y otros*, C-377/20 (ECLI:EU:C:2022:379), apartados 44, 68; *Unilever* (n. 26), apartado 36.

tica que la Decisión de 2009 pretendía evitar. El mercado sufrió el daño que la norma pretendía prevenir: la desaparición de competidores y la petrificación de una estructura monopolística.

La cuestión no es si Intel tenía derecho a impugnar errores; la cuestión es si esos errores en una prueba opcional deben prevalecer sobre la evidencia sustantiva de exclusión. El caso *Intel* será recordada como la sentencia que mostró los límites de un sistema judicial que, en su afán por la precisión técnica, sacrificó la protección efectiva de la competencia. La justicia que llega 25 años tarde deja de ser justicia.

## Bibliografía

### Jurisprudencia

- STJUE de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche c. Comisión, 85/76 (ECLI:EU:C:1979:36).
- STG de 12 de junio de 2014, Intel Corporation Inc. c. Comisión, T-286/09 (ECLI:EU:T:2014:547).
- Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott presentadas el 23 de abril de 2015, Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet, C-23/14 (ECLI:EU:C:2015:282).
- STJUE de 6 de octubre de 2015, Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet, C-23/14 (ECLI:EU:C:2015:651).
- STJUE de 6 de septiembre de 2017, Intel Corporation Inc. c. Comisión, C-413/14 P (ECLI:EU:C:2017:632).
- STG de 26 de enero de 2022, Intel Corporation c. Comisión, T-286/09 RENV (ECLI:EU:T:2022:19).
- STJUE de 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros, C-377/20 (ECLI:EU:C:2022:379).
- STJUE de 19 de enero de 2023, Unilever Italia Mkt. Operations Srl c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, C-680/20 (ECLI:EU:C:2023:33).
- STJUE de 21 de diciembre de 2023, European Superleague Company, C-333/21 (ECLI:EU:C:2023:1011).
- Conclusiones de la Abogada General Laila Medina presentadas el 18 de enero de 2024, Comisión Europea c. Intel Corporation Inc., C-240/22 P (ECLI:EU:C:2024:59).
- STJUE de 10 de septiembre de 2024, Google y Alphabet c. Comisión (Google Shopping), C-48/22 P (ECLI:EU:C:2024:726).
- STJUE de 24 de octubre de 2024, Intel Corporation Inc. c. Comisión, C-240/22 P (ECLI:EU:C:2024:921).

### Decisiones de la Comisión Europea

- Intel (Asunto COMP/C-3/37.990), Decisión de la Comisión de 13 de mayo de 2009.

## Doctrina

**AKMAN, P.**, «A Critical Inquiry into "Abuse" in EU Competition Law», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 44, núm. 2, 2024, págs. 405-433.

**GÓRRIZ LÓPEZ, C.**, «Lessons from the Comparison between the Google Saga and Epic Games v Apple», en *The Competition Law Review*, vol. 16, núm. 1, 2025, págs. 29-51.

**IBÁÑEZ COLOMO, P.**, «The Future of Article 102 TFEU after Intel», en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, núm. 5, 2018, págs. 293-303.

**LAMADRID DE PABLO, A.**, «Competition Law as Fairness», en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8, núm. 3, 2017, págs. 147-148.

**MARINOVA, M.**, «Competition law in limbo: Intel, fidelity rebates, and the price of procedural errors», en *European Competition Journal*, 2025, DOI: 10.1080/17441056.2025.2499322.

**PETIT, N.**, «Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU», en *European Competition Journal*, vol. 11, núm. 1, 2015, págs. 26-68.

**WILS, W. P. J.**, «The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called "More Economic Approach" to Abuse of Dominance», en *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 37, núm. 4, 2014, págs. 405-434.

## Documentos de la Comisión Europea

**COMISIÓN EUROPEA**, «A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance», *Competition policy brief*, núm. 1, marzo de 2023.

ADQUIERA NUESTROS VADEMECUM DE ACCESO  
A LA ABOGACÍA CON UN 5 % DE DESCUENTO EN  
[www.colex.es](http://www.colex.es)



PAPEL · DIGITAL · AUDIO



NUEVA FUNCIÓN  
INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN TUS LIBROS



# CONEDE

CONSEJO NACIONAL DE ESTUDIANTES DE DERECHO