

Nº 27
Tercer trimestre 2021

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

Número 27. Septiembre 2021

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.





DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local.



D. Jordi Gimeno Bevia

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 12

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

BREVE COMENTARIO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL
«DESPACHO ORDINARIO» DE ASUNTOS PÚBLICOS POR
UN GOBIERNO EN FUNCIONES

D. José Joaquín Jiménez Vacas..... 15

EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN DEL PERSONAL
INTERINO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACION
ESPAÑOLA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

D^a Eva M^a Fernández Gracia..... 36

EL ESTADO ACTUAL DE LOS CRITERIOS DE
ADJUDICACIÓN DE CARÁCTER MEDIOAMBIENTAL

D. Diego Arcís Flor121

UNA PROPUESTA DE MEJORA PARA LA VALORACIÓN DE
LAS OFERTAS EN EL SECTOR PÚBLICO. LAS
REVISIONES POR PARES.

D. Luis Castel Aznar, D^a Laura Montalbán Domingo y
D. Joaquín Catalá Alís 135

VIOLENCIA PSÍQUICA EN VIOLENCIA DE GÉNERO

D. Alberto Arroyo Blanco 147

RECENSIÓN DE LIBROS

LA CONTRATACIÓN MENOR EN ESPAÑA: SU
PROBLEMÁTICA REGULACIÓN Y UNA PROPUESTA DE
FUTURO. Autor: D. Antonio Villanueva Cuevas
D^a Maria Zaballos Zurilla.....181

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

DESAFÍOS Y RETOS DE LAS CONTRATACIONES
ELECTRÓNICAS EN EL PERÚ, A LA LUZ DE LA
EXPERIENCIA ESPAÑOLA
D. Juan Manuel Revoredo Lituma.....186

BASES DE PUBLICACIÓN 252



EDITORIAL

En el número 27 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cinco artículos doctrinales que se suman a una reseña de libro y un trabajo de la sección internacional, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de D. José Joaquín Jiménez Vacas con el artículo que lleva por título *Breve comentario jurisprudencial sobre el «despacho ordinario» de asuntos públicos por un Gobierno en funciones*. El autor aborda como De la doctrina jurisprudencial cabe extraer que, por «despacho ordinario» de los asuntos públicos que puede acometer un Gobierno en funciones, se comprenden todos aquellos cuya resolución no implique establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Se trata, en todo caso, de un concepto jurídico indeterminado que ha de apreciarse –caso por caso– atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba aquella producirse.

A continuación, D^a Eva M^a Fernández Gracia analiza en un interesante y profuso trabajo “El derecho a la indemnización del personal interino al servicio de la Administración española a la luz de la jurisprudencia del TJUE”.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Diego Arcis Flor que aborda el estado actual de los criterios de adjudicación de carácter medioambiental.

D. Luis Castel Aznar, D^a Laura Montalbán Domingo y D. Joaquín Catalá Alís, en su artículo "Una propuesta de mejora para la valoración de las ofertas en el sector público. Las revisiones por pares" plantean una innovadora propuesta de valoración de la componente evaluable mediante juicios de valor en las ofertas que se licitan en el sector público.

D. Alberto Arroyo Blanco analiza pormenorizadamente la violencia psíquica en violencia de género.

D^a María Zaballos Zurilla hace una reseña del libro de D. Antonio Villanueva Cuevas sobre: La contratación menor en España: su problemática regulación y una propuesta de futuro.

Por último, la sección internacional se cierra con un trabajo de D. Juan Manuel Revoredo Lituma que hace una reflexión sobre "Desafíos y retos de las contrataciones electrónicas en el Perú, a la luz de la experiencia española". Un interesante artículo que hará las delicias de los lectores.

El Consejo de Redacción



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 27

Septiembre 2021

<http://gabilex.castillalamancha.es>

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

**BREVE COMENTARIO
JURISPRUDENCIAL SOBRE EL
«DESPACHO ORDINARIO» DE
ASUNTOS PÚBLICOS POR UN
GOBIERNO EN FUNCIONES**

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Técnico Superior de Administración General de la Comunidad de Madrid. DPP. por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP.) España

*«Mira a la derecha y a la izquierda del tiempo y que tu corazón aprenda a estar tranquilo.»
(Federico García Lorca)*

RESUMEN

De la doctrina jurisprudencial cabe extraer que, por «despacho ordinario» de los asuntos públicos que puede acometer un Gobierno en funciones, se comprenden todos aquellos cuya resolución no implique establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento



para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Se trata, en todo caso, de un concepto jurídico indeterminado que ha de apreciarse –caso por caso- atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba aquella producirse.

ABSTRACT¹

From the jurisprudential doctrine it is possible to extract that we can understand as “ordinary resolution” of public affairs that could be undertaken by an interim government, all those public affairs whose resolution does not imply the establishment of new political guidelines, neither mean conditioning, commitment or impediment for those affairs that might be determined by the new Government. It is, in any case, an indeterminate legal concept that must be considered - case by case - taking into account its nature, the consequences of the decision to be adopted and the specific context in which that decision might take place.

PALABRAS CLAVE / KEYWORDS.

Gobierno, Gobierno en funciones, Consejo de Ministros, Presidente, Colegialidad

Government, Interim Government, Council of Ministers, President, Collegiate

I. COMENTARIO

¹ Adaptation by Carmen Larrea

El principio científico de la división del trabajo, se dice, ha desglosado el Derecho administrativo del Derecho político².

La Constitución española (CE.) recoge, en su Título IV, determinados principios que inspiran la actuación administrativa, garantizan el sometimiento pleno de su actividad a la Ley y el Derecho, y configuran al Gobierno como el órgano eminentemente político que dirige la Administración y ejerce la potestad reglamentaria.

En el ordenamiento que tuvo su origen en el régimen autocrático precedente, se reducía el papel del Gobierno al Órgano superior en que culminaba la Administración del Estado, quedando éste, por consecuencia, concebido como mero apéndice o prolongación de la misma, con la que compartiría, en buena medida, una naturaleza administrativa.

El artículo 97 de la CE 1978 deshace esta concepción y recupera para el Gobierno el ámbito político de la función de gobernar, inspirada por el principio de legitimidad democrática, manteniendo, por su parte, a la

² Vid. al respecto MAYER, O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1, 18, ULBRICH, *Lehrbuch des österr. Verwaltungsrechts*, núm. 43, donde cita que «El Derecho administrativo, es una disciplina jurídica desglosada del Derecho político» -KIRCHENHEIM, *Einführung in das Verwaltungsrecht*, 25., cit. por LUDWIG SPIEGEL, *Derecho administrativo* (traducción del alemán por Francisco J. Conde, Universidad de Sevilla), Ed. Labor, Sección VIII, Ciencias Jurídicas, núm. 342 (1933), Barcelona - Buenos Aires, pág. 11



Administración bajo inspiración de un principio distinto: el de servicio con objetividad a los intereses generales (artículo 103 del texto constitucional³).

Se perfilan así, con nitidez, los rasgos propios que definen a Gobierno y Administración como instituciones públicas constitucionalmente diferenciadas, y establece la subordinación de la Administración Pública a la acción política de dirección del Gobierno. Se conserva por su parte, también, en efecto, como texto independiente la Ley del Gobierno que, por regular de forma específica la cabeza del poder ejecutivo, con naturaleza y funciones eminentemente políticas, debe mantenerse separada de la norma reguladora de la Administración, dirigida por aquel hacia el servicio con objetividad al interés general (ex artículo 103 de la CE, citado).

El Gobierno se convierte, así, en el Centro de la acción política del Estado, más allá de las funciones enumeradas en los propios textos constitucionales y a pesar de las importantes competencias atribuidas a otros órganos constitucionales⁴ y de los procesos de

³ Vid. JIMÉNEZ VACAS, J. J. (2021), Régimen de los órganos colegiados de Gobierno. Núm. 25, primer trimestre, de la Revista Gabilex, Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

⁴ La categoría de Órgano Constitucional se reserva, doctrinalmente, para los órganos que ejercen las potestades de los tres poderes clásicos: legislativo, ejecutivo y judicial. La configuración constitucional ha incluido una serie de instituciones complementarias que ejercen, con distintos títulos jurídicos, funciones básicas que se desgajan de estos tres poderes, las cuales han recibido la denominación de órganos de relevancia constitucional (el Tribunal de Cuentas o el Consejo de Estado, por ejemplo).

integración supranacional en que nos hallamos inmersos⁵.

De acuerdo con este contexto, el artículo 101 de la CE dispone que: «El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente. El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.»

Del mencionado precepto cabe colegir, como primera conclusión, que el Gobierno cesante debe seguir gobernando hasta que sea sustituido efectivamente por el nuevo.

La CE es, en efecto, tajante al ordenar al Gobierno que continúe ejerciendo sus funciones tras su cese y no excluye expresamente ninguna de entre las que quiere que sigan siendo ejercidas. No obstante lo antecedente, el hecho de que no se establezcan constitucionalmente límites explícitos a la actuación del Gobierno «en funciones» no quiere decir que no existan, pues la propia naturaleza de esta figura, cesante y transitoria, conlleva su falta de «aptitud» para ejercer la plenitud de atribuciones gubernamentales.

El silencio del art.101 del texto fundamental sobre las eventuales restricciones del cometido del Gobierno en funciones debe ser colmado con la regulación contenida

⁵ Vid. ÁLVAREZ CONDE, E., El Gobierno en funciones. Documentación Administrativa / núm. 246 - 247 (septiembre 1996 - abril 1997)



en el artículo 21 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que resulta del siguiente tenor literal⁶:

«1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.

2. El Gobierno cesante continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, con las limitaciones establecidas en esta Ley.

3. El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo y limitará su gestión **al despacho ordinario de los asuntos públicos**, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas.

4. El Presidente del Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:

⁶ Análogo, por ejemplo, el artículo 20 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid dispone que, de conformidad con el artículo 23 del Estatuto de Autonomía, el Consejo de Gobierno cesa tras la celebración de elecciones a la Asamblea, en los casos de pérdida de la cuestión de confianza, aprobación de moción de censura, dimisión, incapacidad permanente o fallecimiento del Presidente. El Consejo de Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Consejo de Gobierno. Añade, por su parte, el artículo 17 de la norma, en su último inciso, que «el Presidente en funciones no podrá ser sometido a moción de censura, ni podrá plantear la cuestión de confianza.»

- a) Proponer al Rey la disolución de alguna de las Cámaras, o de las Cortes Generales.
- b) Plantear la cuestión de confianza.
- c) Proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo.

5. El Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:

- a) Aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.
- b) Presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.

6. Las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes Generales quedarán en suspenso durante todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones generales.»

El art. 21 establece un principio general de actuación del Gobierno en funciones, limitando su gestión: «al despacho ordinario de los asuntos públicos», debiéndose abstener de adoptar cualesquiera otras medidas, «salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique.»

Este principio general se completa con la mención de determinadas facultades que están expresamente prohibidas para el Gobierno en funciones (la aprobación del Proyecto de LPGE, la presentación de proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado) y otras que están vedadas al Presidente en funciones (proponer al Rey la disolución de alguna de las Cámaras o de las Cortes Generales, plantear la cuestión



de confianza y proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo).

Conforme a lo expresado, el principio general que debe presidir la actuación del Gobierno en funciones es que este ha de limitar su gestión: «al despacho ordinario de los asuntos públicos.»

Este concepto, ha sido objeto de interpretación por el Tribunal Supremo (TS.) en diversas Sentencias que muestran una evolución jurisprudencial en la materia.

En un primer momento, la Sentencia de 20 de septiembre de 2005, que estimó un recurso Contencioso-Administrativo contra un Acuerdo del Consejo de Ministros que resolvió conceder una extradición, afirmó que, por despacho ordinario de asuntos, debía entenderse: «la gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos.»

La Sentencia llega a la estimación, y consiguiente anulación de ese Acuerdo, por dos caminos que conducen a la misma conclusión.

Se basa, para ello, en el art. 6.2 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva, conforme al cual, cuando la extradición ha sido declarada judicialmente procedente, ese pronunciamiento: «no será vinculante para el Gobierno que podrá denegarla en el ejercicio de la Soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales de España.»

Observa la Sentencia que, en ese caso, el Gobierno debe hacer un juicio de valor para apreciar si concurre o no alguna de estas circunstancias.

Por eso, concluye que el Gobierno en funciones, al pronunciarse sobre la procedencia de la extradición pasiva, «ejercita siempre una facultad de valoración de los intereses nacionales que conlleva un juicio político que excede de la gestión ordinaria de los asuntos públicos, y priva al futuro Gobierno de una decisión política que, en el ejercicio de la Soberanía nacional, le corresponde en orden a conceder o denegar la extradición pasiva.»

En segundo término, considera que cuando el artículo 21.3 de la Ley del Gobierno declara que el Gobierno en funciones: «limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas», se está refiriendo a una «gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos salvo que se motive debidamente la urgencia o las razones de interés general que justifiquen la adopción de medidas de otra naturaleza.»

Como señalara el muy recientemente fallecido profesor M. F. CLAVERO ARÉVALO (in memoriam), convenga indicar, en este sentido, que la «urgencia» hace referencia a la insuficiencia, «por razón de tiempo», para alcanzar un determinado fin por los cauces normales del Derecho⁷.

⁷ *Vid.* Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho Administrativo (RAP, 1953), recogido después en la op., Estudios de Derecho Administrativo, Madrid (1992) págs. 107 – 109. También, *vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, V., en El concepto de



Este mismo criterio se mantuvo en la Sentencia de 20 de septiembre de 2005, que interpretó los artículos 101.2 de la Constitución y 21 de la Ley del Gobierno, declarando que por gestión del despacho ordinario de los asuntos públicos ha de entenderse la gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos salvo que se motive debidamente la urgencia o las razones de interés general que justifiquen la adopción de medidas de otra naturaleza. Y, como no mediaba urgencia ni se apreciaban razones de interés general en el acuerdo impugnado, concluyó que el Gobierno se extralimitó al resolver sobre la extradición pasiva.

Con posterioridad, y sin perjuicio de pronunciamientos más recientes, es la Sentencia de 02 de diciembre de 2005 la que «modula» la doctrina anterior, para mantener un concepto más amplio de gestión ordinaria de asuntos públicos, de forma que lo esencial no es la presencia de una motivación o juicio políticos, lo que excede a la gestión ordinaria de los asuntos públicos a la que se refiere ese precepto, sino la adopción de decisiones que, por su contenido en las circunstancias concretas en las que se toman, impliquen una nueva orientación política o condicionen, comprometan o impidan la que deba adoptar el nuevo Gobierno⁸.

necesidad en Derecho Público, Madrid (1996), en particular las págs. 440 – 442

⁸ *Vid.*, al respecto, el comentario a la sentencia de 02 de diciembre de 2005, del Pleno de la Sala 3ª de lo Contencioso-administrativo del TS (recurso ordinario 161/2004) por GONZÁLEZ NAVARRO, F. en Gobierno en funciones y “despacho ordinario de los asuntos públicos”. Del paradigma de la “prorrogación” de funciones al de la “conversión” orgánica (2005)

Por su interés, cabe reproducir parcialmente su contenido:

«SEXTO. La respuesta a la primera cuestión exige tener presente lo que nos dice la Constitución del Gobierno en funciones pues solamente a partir de las normas y principios constitucionales sobre la materia cabe interpretar los preceptos de la Ley 50/1997 [LG] que se ocupan de ella. Pues bien, el texto fundamental aborda este particular extremo en el artículo 101. Por un lado, para precisar cuándo cesa el Gobierno y, por el otro, para imponer al cesante que continúe en funciones hasta la toma de posesión del siguiente.

Debemos empezar por esta última previsión porque nos sitúa ante una exigencia constitucional bien explícita: el Gobierno cesante debe seguir gobernando hasta que sea sustituido efectivamente por el nuevo. La Constitución es tajante, ordena al Gobierno que continúe ejerciendo sus funciones tras su cese y no excluye expresamente ninguna de entre las que quiere que sigan siendo ejercidas. Se comprende sin dificultad que España no puede quedarse sin Gobierno ni siquiera unas horas. También que el hecho de que no se establezcan constitucionalmente límites explícitos a la actuación del Gobierno en funciones no quiere decir que no existan, pues la propia naturaleza de esta figura, cesante y transitoria, conlleva su falta de aptitud para ejercer la plenitud de las atribuciones gubernamentales. Sin embargo, el silencio del artículo 101 del texto fundamental sobre las eventuales restricciones del



cometido del Gobierno en funciones después de haber impuesto su existencia e, incluso, el hecho de que no se remita a tal efecto a la Ley, a diferencia de lo que hace en otras hipótesis, nos han de advertir sobre el sumo cuidado con el que ha de afrontarse la tarea de definir qué es lo que no puede hacer.

De la regulación constitucional cabe extraer otros datos que debemos tener presentes a la hora de interpretar la Ley, pues configuran el contexto en el que se encuentra el Gobierno en funciones. Tal es el caso de su duración en el tiempo. Son varios los supuestos que determinan el cese del Gobierno según el artículo 101.1 de la Constitución: la celebración de elecciones generales, la pérdida de la confianza parlamentaria en los casos previstos por la Constitución, la dimisión y el fallecimiento de su Presidente. El interregno que se abre como consecuencia de la verificación de estas circunstancias solamente será breve, en principio, cuando prospere una moción de censura porque su aprobación, al mismo tiempo que supone la retirada de la confianza a un Presidente del Gobierno, comporta la investidura del que figuraba como candidato alternativo en ella, de manera que en pocos días puede producirse la toma de posesión del nuevo Gobierno.

En cambio, en las demás hipótesis, la interinidad que producen puede extenderse a lo largo de varias semanas e, incluso, de varios meses si procediera la disolución de las Cortes Generales prevista en el artículo 99.5 de la Constitución. Esta posibilidad no se ha dado hasta ahora, pero la experiencia autonómica, a partir de normas, en general, muy parecidas a las del artículo 99, ofrece ejemplos en los que se ha prolongado considerablemente un Consejo Ejecutivo en funciones.

En consecuencia, el Gobierno puede permanecer en funciones un período de tiempo significativo.

SÉPTIMO. Resulta, igualmente, de la distinta naturaleza de las causas de cese del Gobierno que su condición de «en funciones» no tiene que ir acompañada, necesariamente, de la inexistencia de control parlamentario, ni de un cambio de mayoría política en el Congreso de los Diputados. En cuanto, a lo primero, y con independencia de que las Diputaciones Permanentes de las cámaras velan por sus poderes también cuando han sido disueltas y hasta que se constituyan las surgidas de las elecciones (artículo 78 de la Constitución), es lo cierto que si el cese del Gobierno se ha producido por causa diferente de la celebración de las elecciones generales, permanecen en el goce de sus atribuciones constitucionales el Congreso de los Diputados y el Senado. Por lo que hace a lo segundo, del sufragio de los españoles puede surgir una nueva mayoría, distinta de la que sostenía al Gobierno cesante, como ocurrió en el caso que tenemos ante nosotros, pero también puede verse confirmada la anterior.

Obvio es decir que, cualquiera que sea la circunstancia que conlleve el cese del Gobierno y su entrada en funciones, permanece en toda su extensión e intensidad el control judicial de su actuación.

OCTAVO. La Constitución, ciertamente, no establece de modo expreso límites o restricciones a la actuación del Gobierno en funciones. No obstante, nos facilita el criterio para distinguir cuáles son los confines dentro de los que debe moverse, fuera de los casos en que la urgencia determine la necesidad de su intervención,



pues la habilitación para resolver sobre estos últimos va implícita en la propia imposición de su existencia. El criterio al que nos referimos es el que resulta de la función constitucional del Gobierno. De la que ha de desempeñar el que está en plenitud de sus facultades tras haber completado el proceso de su formación. Esa función no es otra que la dirección de la política interior y exterior y, en estrecha relación con ella, la defensa del Estado. Esos son los cometidos con los que el artículo 97 de la Constitución singulariza la función gubernamental y para cuya realización atribuye al órgano Gobierno la dirección de la Administración Civil y Militar y le encomienda la función ejecutiva y la potestad reglamentaria.

La dirección de la política general, que es la misión principal del Gobierno, trae causa del programa que el candidato a su Presidencia defendió ante el Congreso de los Diputados y mereció el apoyo de su mayoría (artículo 99 de la Constitución). Programa que, a su vez, procede del que las fuerzas políticas que otorgaron su confianza al candidato a la Presidencia, presentaron ante los ciudadanos y logró el apoyo de sus votos. Naturalmente, ese marco político de actuación no queda definitivamente fijado en ese momento y puede suceder que, por distintas razones, el Gobierno llegue a apartarse en diversa medida de la línea aprobada en el momento de la investidura. El sistema parlamentario permite una actualización permanente de la relación de confianza a través de su normal desenvolvimiento o con el recurso a algunas instituciones previstas en la Constitución como el referéndum consultivo (artículo 92) o la cuestión de confianza (artículo 112). En cualquier caso, mientras persista la relación de confianza entre el Congreso de los Diputados y, a través de su Presidente, el Gobierno, a este corresponde la dirección política de España. Así, gobernar para la Constitución, es dirigir el país a partir

de las orientaciones definidas por el Presidente del Gobierno (artículo 98.2 de la Constitución) con el apoyo de la mayoría parlamentaria formada democráticamente por los españoles.

Pues bien, si esto es lo que debe hacer el Gobierno que se forma, es, al mismo tiempo, lo que no puede hacer el Gobierno en funciones porque el cese ha interrumpido la relación de confianza que le habilita para ejercer tal dirección y le ha convertido en un órgano cuya composición debe variar necesariamente en el curso de un proceso constitucionalmente regulado, de una duración necesariamente limitada en el tiempo, del que surgirá una nueva relación de confianza y un nuevo Gobierno.

Así, pues, el Gobierno en funciones ha de continuar ejerciendo sus tareas sin introducir nuevas directrices políticas ni, desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya. El cese priva a este Gobierno de la capacidad de dirección de la política interior y exterior a través de cualquiera de los actos válidos a ese fin, de manera que será preciso examinar, caso por caso, cuando surja controversia al respecto, si el discutido tiene o no esa idoneidad en función de la decisión de que se trate, de sus consecuencias y de las circunstancias en que se deba tomar.

NOVENO. Con estos pertrechos interpretativos que encontramos en la Constitución hemos de examinar la Ley del Gobierno y asignar a la expresión despacho ordinario de los asuntos públicos de su artículo 21.3 un significado preciso en este caso, porque se trata de un



concepto indeterminado necesitado de concreción. De cuanto acabamos de decir en el fundamento anterior se deduce que ese despacho no es el que no comporta valoraciones políticas o no implica ejercicio de la discrecionalidad. Tampoco el que versa sobre decisiones no legislativas, sino el que no se traduce en actos de orientación política.

De este modo entendida, o sea interpretada conforme a la Constitución, se despejan las dudas que pudiera ofrecer la conformidad con el texto constitucional de las normas legales que sujetan a límites la actuación del Gobierno en funciones cuando aquél no ha dispuesto expresamente ninguno. Por lo demás, situados en esta perspectiva, es posible apreciar que el mismo legislador asume esa interpretación porque en el apartado quinto del artículo 21 se preocupa por prohibir al Gobierno en funciones aprobar el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado (a) y presentar proyectos de Ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado (b). Es decir, la Ley prohíbe al Gobierno en funciones utilizar los principales instrumentos de orientación política, pues los Presupuestos Generales del Estado no son sino la traducción en términos de ingresos y gastos de la dirección política que el Gobierno quiere llevar a la práctica en el ejercicio de que se trate. Y las Leyes que, según el Preámbulo de la Constitución, son la expresión de la voluntad popular y proceden casi exclusivamente de la iniciativa gubernamental, introducen en el ordenamiento jurídico las normas que responden a las orientaciones que prevalecen en el electorado y, por tanto, en las Cortes Generales. Por eso, son uno de los cauces típicos de expresión de la orientación política decidida por el Gobierno y asumida por las Cortes Generales.

A parecidos resultados conduce, por lo demás, el apartado sexto de este artículo 21 de la Ley 50/1997, que deja en suspenso las delegaciones legislativas mientras el Gobierno esté en funciones por haberse celebrado elecciones generales. Además, este apartado es relevante porque introduce en la regulación legal una diferencia de régimen jurídico en atención a la causa determinante de la entrada en funciones del Gobierno. Circunstancia esta que refuerza las consideraciones antes realizadas sobre la necesidad de examinar caso por caso y asunto por asunto los que han de considerarse incluidos en el despacho ordinario y los que, por quedar fuera de él, no pueden ser abordados por el Gobierno en funciones de no existir urgencia o demandarlo el interés general contemplado en el artículo 21.3 de este texto legal. La aprobación del proyecto de Presupuestos Generales del Estado, el ejercicio de la iniciativa legislativa y la emanación de los decretos legislativos no son los únicos actos de orientación política prohibidos al Gobierno en funciones. La misma Ley 50/1997, en el apartado cuarto de su artículo 21, veda al Presidente en funciones proponer al Rey la disolución de una o de ambas cámaras de las Cortes Generales, presentar la cuestión de confianza o proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo, todos ellos actos de clara orientación política. Esto significa que la línea divisoria entre lo que el Gobierno en funciones puede y no puede hacer no pasa por la distinción entre actos legislativos y no legislativos, sino por la que hemos señalado entre actos que no conllevan dirección política y los que la expresan.

Por tanto, la misma Ley 50/1997 responde a los criterios que, a juicio del Pleno de la Sala, presiden la concepción



constitucional del Gobierno en funciones. Criterios que, por lo demás, se confirman viendo las cosas desde otra perspectiva. En efecto, asumir la tesis del recurrente supondría situar al Gobierno de España en una posición de precariedad tal que podría impedir o dificultar que ejerciera los cometidos que la Constitución le ordena realizar, pues en pocos actos gubernamentales están ausentes las motivaciones políticas o un margen de apreciación.

En definitiva, el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse.»

La Sentencia de fecha 28 de mayo de 2013, del Tribunal Supremo, recogiendo los razonamientos de la anterior, consideró que la aprobación del Real Decreto 1744/2011, de 25 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 641/2009, de 17 abril, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte se «enmarca o cae dentro del ámbito del concepto jurídico indeterminado definido con la expresión "despacho ordinario de los asuntos públicos", sin necesidad por lo tanto de que al decidirla concurriera una situación de "urgencia" o una razón de "interés general", pues no alcanzamos a percibir, ni tampoco lo expone la actora, qué "nuevas orientaciones políticas" son las que estableció aquél, o qué "condicionamiento, compromiso

o impedimento" para las que hubiera de fijar el nuevo Gobierno significó su aprobación.»

De la doctrina jurisprudencial puede extraerse, por conclusión, que por «despacho ordinario» de los asuntos públicos que puede acometer un Gobierno en funciones se comprenden todos aquellos cuya resolución no implique establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Se tratará, en todo caso, de un concepto jurídico indeterminado que ha de apreciarse siempre –caso por caso- atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba aquella producirse.

II. SIGLAS, ACRÓNIMOS

Art.	Artículo
CE.	Constitución española
Cit.	Cita
Ed.	Edición
Ex.	Ex lege, según ley o por disposición de la misma
INAP.	Instituto Nacional de Administración Pública
LG.	Ley del Gobierno
LPGE.	Ley de Presupuestos Generales del Estado
Núm.	Número
Op.	Opus (obra)
Pág.	Página
Sig.	Siguientes
TS.	Tribunal Supremo
Vid.	Vide (ver)



III. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CONDE, E., El Gobierno en funciones. Documentación Administrativa / núm. 246 - 247 (septiembre 1996 - abril 1997).

ÁLVAREZ GARCÍA, V. (1996) El concepto de necesidad en Derecho Público, Madrid.

CLAVERO ARÉVALO, M. F. Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho Administrativo. RAP, (1953).

GONZÁLEZ NAVARRO, F. (2005) Gobierno en funciones y "despacho ordinario de los asuntos públicos". Del paradigma de la "prorrogación" de funciones al de la "conversión" orgánica.

JIMÉNEZ VACAS, J. J. (2021), Régimen de los órganos colegiados de Gobierno. Núm. 25, primer trimestre, de la Revista Gabilex, Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

LUDWIG SPIEGEL, Derecho administrativo (traducción del alemán por Francisco J. CONDE, Universidad de Sevilla), Ed. Labor, Sección VIII, Ciencias Jurídicas, número 342 (1933), Barcelona - Buenos Aires.

**EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN
DEL PERSONAL INTERINO AL
SERVICIO DE LA ADMINISTRACION
ESPAÑOLA A LA LUZ DE LA
JURISPRUDENCIA DEL TJUE
THE RIGHT TO INDEMNIFICATION OF
INTERIM STAFF AT THE SERVICE OF
THE SPANISH ADMINISTRATIO IN THE
LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE
CJEU**

D^a. Eva María Fernández Gracia

Jefe de Servicio de personal no docente y régimen
jurídico

Consejería de Educación, Cultura y Deportes. JCCM

RESUMEN: La Directiva 1999/79/CE del Consejo tiene como objetivo mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando, a través de su cláusula 4, el respeto al principio de no discriminación del trabajador temporal respecto del fijo comparable y, estableciendo, en su cláusula 5, un marco para evitar los abusos



derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. El personal interino al servicio de la Administración española, amparándose en esta Directiva, ha reclamado tanto el reconocimiento a una indemnización por cese al amparo de la cláusula 4 como una indemnización como sanción al abuso en la utilización de sucesivos contratos de duración determinada, basándose en las previsiones de la cláusula 5, lo que ha dado lugar a una abundante jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo hasta llegar, finalmente, a la reforma legislativa a través del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

PALABRAS CLAVE: Directiva 1999/70/CE, función pública, funcionarios de carrera, funcionarios interinos, no discriminación, abuso en el uso de la contratación temporal, cese, indemnización.

ABSTRACT: Council Directive 1999/70/CE aims to improve de quality of fixed-term word by guaranteeing, through its clause 4, respect for the principle of non-discrimination of temporary workers with respect to comparable fixed-term workers and, establishing, in its clause 5, a framework to avoid abuses derived from the use of successive contracts or employment relationships of a fixed duration. The temporary staff at the service of the Spanish Administration, bases on this Directive, has demanded both the recognition of severance pay under clause 4 and compensation as a sanction for abuse in the use of successive fixed-term contracts, based on the provisions of clause 5, which has given rise to an abundant jurisprudence of the CJEU and the Supreme Court until finally reaching the legislative reform through Royal Decree-Law 14/2021, of July 6, of urgent

measures for the reduction of temporary employment in public employment.

KEY WORDS: Directive 1999/70/CE, public function, career civil servants, temporary civil servants, non-discrimination, abuse in the use of temporary contracts, dismissal compensation.

SUMARIO: I. EL PERSONAL INTERINO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA DIRECTIVA 1999/70/CE DEL CONSEJO 1. EL PERSONAL INTERINO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN 1A) El Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público 1B) El Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud. 1C) El personal interino docente 2. LA DIRECTIVA 1999/70/CE DEL CONSEJO. UNA APROXIMACIÓN 2A) La Cláusula 4 de la Directiva: el principio de no discriminación 2B) La Cláusula 5 de la Directiva: medidas destinadas a evitar la utilización abusiva 3 LA APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE DEL CONSEJO 3A) El efecto directo de las Directivas 3B) En particular, la aplicabilidad de la Directiva 1999/70/CE del Consejo al personal temporal al servicio de la Administración. **II LA INDEMNIZACIÓN POR FINALIZACIÓN DEL CONTRATO Y LA CLÁUSULA 4 DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE** 1 LA INDEMNIZACIÓN POR CESE EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES 1A) La indemnización por finalización del contrato indefinido por causas objetivas. 1B) La indemnización por despido improcedente 1C) La indemnización por finalización de determinados contratos de duración determinada. 2. ¿Y EL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN? ¿NO HAY INDEMNIZACIÓN PARA ELLOS? 2A) Asunto C-



596/14 de Diego Porras I. La sentencia de 14 de septiembre de 2016. La gran ilusión 2B) Asunto C-677/16 Montero Mateos. La sentencia de 5 de junio de 2018. Menos lobos, Caperucita 2C) Asunto C-619/17 de Diego Porras II. Una ilusión con freno y marcha atrás 2D) Asunto C-177/18 Baldonado Martín. La sentencia de 22 de enero de 2020. Despedida y cierre. **III LA INDEMNIZACIÓN COMO COMPENSACIÓN DEL ABUSO EX CLÁUSULA 5 DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE.** 1.EL ABUSO EN EL USO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL. MECANISMOS DE CONTROL. 2. ASUNTOS C-184/2015 MARTINEZ ANDRÉS Y C-198/2017 CASTREJANA LÓPEZ.LA POSICIÓN DEL TS 3 ASUNTO DE DIEGO PORRAS (Y III) CAMBIO DE TERCIO 3 A) La sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018.Primer asalto 3 B) La respuesta del TS. Sentencia de 13 de marzo de 2019 4 ASUNTOS C-177/18 BALDONEDO MARTIN Y C-429/18 FERNÁNDEZ ÁLVAREZ. NO VA MÁS **IV.AL FIN, LA RESPUESTA LEGAL CONCLUSIONES.**

I.EL PERSONAL INTERINO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA DIRECTIVA 1999/70/CE DEL CONSEJO

1. 1.EL PERSONAL INTERINO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Ha sido tradicional encontrar al servicio de la Administración española, junto al clásico funcionario de carrera, cuya estabilidad y permanencia en el cargo han estado, desde antiguo, garantizadas por ley por mor de la superación del correspondiente proceso selectivo, a otros trabajadores, no estables ni permanentes, incorporados a la Administración para prestar servicios de manera temporal bajo una variada tipología de contratos y modalidades de nombramiento.

Encontramos a este tipo de trabajadores en la administración decimonónica y todavía bien entrado el siglo XXI, ya sea al servicio de la administración central, autonómica o local o en empresas públicas, y en cualquier actividad que podamos imaginar: sanidad, educación, justicia o administración general; en todo el escalafón administrativo, desde los grados inferiores a los más altos coexisten trabajadores que prestan sus servicios por tiempo determinado con trabajadores fijos.

Si bien han existido y todavía perviven grandes diferencias entre los distintos tipos de trabajadores de carácter temporal al servicio de la Administración, todos ellos comparten, al menos, dos importantes características que a su vez les diferencian de los funcionarios: la incorporación al servicio de la Administración sin haber superado la consabida oposición o proceso selectivo, y unas condiciones de trabajo diferentes, en todo o en parte, de las de sus compañeros funcionarios.

La coexistencia de dos tipos de trabajadores - permanentes y temporales- con diferentes estatutos jurídicos tiene un anclaje legislativo que nace a mediados del siglo XIX y se ha perpetuado hasta la actualidad en un modelo que ha funcionado de manera relativamente pacífica, en el que el trabajador temporal aceptaba, con mayor o menor resignación, la inestabilidad en su puesto de trabajo y las diferencias de trato respecto del trabajador permanente -en muchas ocasiones, compañero de mesa-, empeñando todo su esfuerzo en la superación de la preciada oposición.



Como sintetiza MALARET i GARCIA¹, el concepto genérico de «empleado público» identifica al personal que desempeña un trabajo remunerado al servicio de la Administración Pública, pero la vinculación con la misma, esto es, la relación jurídica, puede tener una doble naturaleza jurídica. La relación puede ser de carácter estatutario -no disponible por las partes y sometida al derecho administrativo-, o de carácter contractual y sometida al derecho laboral. La elección de uno u otro modelo se fundamenta en artículo 11.2 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público² (en adelante TREBEP) que reserva a los funcionarios «el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas».

1 A) El Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público

El artículo 8 del TREBEP contiene el catálogo con los distintos tipos de personal al servicio de la Administración, desgranándose a continuación en el texto legal las circunstancias en las que esta puede acudir a una u otra modalidad: los funcionarios de carrera, que están vinculados a la Administración por

¹ MALARET i GARCIA, E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público, la modernización administrativa en el Estado de las Autonomías: un proceso en construcción" Revista Vasca de la Administración Pública, nº 84- 2009 página 184.

² Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE nº 261, de 31 de octubre de 2015.

una relación de carácter permanente³; los funcionarios interinos, que si bien desempeñan funciones propias del funcionario de carrera, lo hacen llamados por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia⁴; el personal laboral que puede ser contratado por tiempo indefinido o con carácter temporal con cualquiera de las modalidades de contratación previstas en la legislación

³ El artículo 9.1 del EBEP define al funcionario de carrera como aquel que, en virtud de nombramiento legal, está vinculado a una Administración Pública por una relación estatutaria de carácter permanente. El artículo 62.1, por su parte, contiene los requisitos que han de cumplirse para la adquisición de la condición de funcionario de carrera, requisitos que han de cumplirse sucesivamente y que son: superación del proceso selectivo, nombramiento por el órgano o autoridad competente, que será publicado en el Diario Oficial correspondiente, acto de acatamiento de la Constitución y, en su caso, del Estatuto de Autonomía correspondiente y del resto del Ordenamiento Jurídico y toma de posesión dentro del plazo que se establezca.

⁴ El artículo 10.1 del TREBEP define al funcionario interino en los siguientes términos: son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera, b) La sustitución transitoria de los titulares, c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.



laboral⁵ -entre ellas y destacadamente, la sustitución de un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo y para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva- ; y, por último, el personal eventual que , de manera no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial.

El personal interino no ha superado, al contrario que el funcionario de carrera, un proceso selectivo, si bien el propio TREBP, siguiendo una tradición secular, exige que su selección se realice mediante procedimientos ágiles que han de respetar, en todo caso, los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad⁶. En la práctica, lo más común es que, una vez celebrados los procesos selectivos, se constituyan las denominadas «bolsas», integradas por aquellos aspirantes que han superado alguna de las pruebas. No obstante, no es insólita la convocatoria de procesos de concurso en los que solo se toman en consideración los méritos presentados.

⁵ El artículo 15 del ET contempla los supuestos en que los trabajadores pueden ser contratados de manera temporal: a) cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta, b) cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aún tratándose de la actividad normal de la empresa, c) cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo. El artículo 15 del ET es desarrollado por el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre (BOE nº 7 de 8 de enero de 1999).

⁶ Artículo 10.2 TREBEP.

Nada nos dice, sin embargo, el TREBEP sobre los mecanismos y requisitos del reclutamiento del personal laboral, sea este fijo o temporal, por lo que debemos acudir a las Leyes de Función Pública de las Comunidades Autónomas. Así, en Castilla-La Mancha⁷, los sistemas selectivos del personal laboral fijo son la oposición y el concurso-oposición, y para el personal laboral temporal se acude, en un reflejo del sistema funcionario-interino del TREBEP, a la constitución de bolsas con las personas aspirantes de los procesos selectivos.

1 B) El Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud

También al servicio de la Administración, pero en un ámbito muy concreto -el sanitario- coexisten los trabajadores fijos y temporales. El Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud⁸ (en adelante, EM) contempla la figura del personal estatutario fijo, pero a la vez regula, en su artículo 9, las distintas modalidades de contratación temporal y sus efectos. Como regla general, personal estatutario temporal es el nombrado por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal pero dentro de esta modalidad se contempla una variada tipología de nombramientos: a) de interinidad -en plaza vacante-; b) de carácter eventual y

⁷ Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (DOCM nº 56, de 22 de marzo de 2011).

⁸ Ley 55/2003, de 16 de diciembre. (BOE nº 301, de 17 de diciembre de 2003).



c) de sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo.

1 C) El personal interino docente

Sin una normativa específica propia a nivel estatal -a pesar de que el TREBEP así lo prevé⁹- la Administración educativa cuenta igualmente con personal funcionario estable -que ha superado, como no, un proceso selectivo- y personal interino, el cual se rige por la normativa general del TREBEP, por la normativa, en los casos en que exista, de las Comunidades Autónomas y , muy significativamente, por los distintos Pactos de gestión de Bolsas celebrados entre las Administraciones educativas y las organizaciones sindicales más representativas.

De manera que el concepto «personal temporal al servicio de la Administración» incluye una variada tipología de personal:

- el funcionario interino del artículo 10.1 del TREBEP,
- el personal laboral contratado al amparo del artículo 11 del TREBEP el artículo 15 del ET y su normativa de desarrollo,
- el personal eventual del artículo 12 del TREBEP, y

⁹ Artículo 2.3 del TREBEP: El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se registrarán por la legislación específica dictada por el Estado y por las comunidades autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el capítulo II del título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84. Mientras que esta previsión si se cumplió con la promulgación de la Ley 55/2003 del personal estatutario de los Servicios de Salud, el personal docente sigue huérfano de una legislación específica a nivel estatal.

- las distintas modalidades de personal estatutario contratado al amparo del artículo 9 del EM.

Como veremos a lo largo del presente, los términos utilizados en los distintos textos legales no identifican siempre la misma realidad: no es lo mismo un interino nombrado de acuerdo con las reglas del art. 10.1 del TREBEP que el interino contratado en virtud del art. 15.1 c) del ET, el personal eventual del art. 12 del TREBEP es una figura radicalmente diferente del eventual del art. 9 del EM lo que ha provocado, en no pocas ocasiones, confusiones y equívocos no tan desinteresados.

En adelante, por razones de economía de lenguaje, utilizaremos el término genérico «funcionario» para referirnos a aquellos trabajadores fijos que prestan servicios para la Administración tras la superación de un proceso selectivo -ya se trate de funcionarios en sentido estricto o personal laboral fijo- y el término genérico «interino» para identificar a los trabajadores que prestan servicios de carácter temporal, independientemente del régimen jurídico -estatutario o laboral- al que estén sujetos.

Una última precisión, esta vez respecto al estilo: siguiendo las consideraciones de la RAE sobre el uso del masculino genérico¹⁰, esta autora huye, intencionadamente, de los tan en boga hoy en día desdoblamientos de género. Sólo en las citas o cuando se considere imprescindible, por ser gramaticalmente

¹⁰ Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas. Madrid, 16 de enero de 2020. https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf, consultado el 15 de abril de 2021.



necesario o se estime que mejorará la comprensión del discurso, se acudirá al desdoblamiento de género.

2. 2. LA DIRECTIVA 1999/70/CE. UNA APROXIMACIÓN

El ingreso de España, el 1 de enero de 1986 a las en aquel entonces Comunidades Europeas supuso la aceptación del acervo comunitario, todo un ordenamiento jurídico que, como señala MANGAS MARTÍN¹¹ forma parte del derecho que se aplica en cada Estado miembro pero no se confunde con el derecho interno, ni «se somete a los principios, ni a los modos de producción normativa ni a los efectos jurídicos establecidos en la Constitución nacional y restantes normas internas de los Estados miembros».

Durante el largo proceso de desarrollo de su construcción, la UE no ha olvidado su dimensión social, y ya muy tempranamente se signó en Turín, el 18 de octubre de 1961 la Carta Social Europea. Más adelante, la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, ya señalaba, como uno de sus objetivos para la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores la aproximación de dichas condiciones entre los contratados por tiempo indefinido y los sujetos a distintas formas de trabajo de duración determinada¹².

¹¹ MANGAS MARTÍN, A et al.: «Instituciones y derecho de la Unión Europea» Tecnos. Madrid, 6ª edición, 2010, página 364.

¹² Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Artículo 7: «La realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea. Este proceso se efectuará mediante la aproximación, por la vía

Estos objetivos tienen su reflejo en el TFUE que dedica su TÍTULO X a la Política Social y cuyo artículo 151 - haciendo referencia expresa a la Carta Social Europea y a la Carta comunitaria de los derechos sociales de los trabajadores- se fija como objetivos, entre otros, el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo, una protección social adecuada, y la lucha contra las exclusiones.

Estimándose deseable una acción comunitaria, el Consejo y la Comisión invitan a los interlocutores sociales a negociar acuerdos para modernizar la organización del trabajo, incluidas las formulas flexibles de trabajo, con el fin de aumentar la productividad y la competitividad de las empresas y alcanzar el equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad.

Las organizaciones interprofesionales de carácter general -la Unión de Confederaciones de la Industria y de los Empleadores de Europea (UNICE), el Centro Europeo de la empresa Pública (CEEP) y la Confederación Europea de Sindicatos (CES)-, recogieron el guante y, finalmente alcanzaron, el 18 de marzo de 1999 un Acuerdo Marco (en adelante AM) sobre el trabajo con contrato de duración determinada¹³, con el objetivo

del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a la duración y distribución del tiempo de trabajo y las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido, como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada».

¹³ Este Acuerdo exceptúa su aplicación a los trabajadores puestos a disposición de una empresa usuaria por una agencia de trabajo temporal, que son objeto de una Directiva



específico de establecer los principios generales y las condiciones mínimas para los contratos de trabajo de duración determinada y, finalmente, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada.

Este AM se aplica a través de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo de 28 de junio de 1999¹⁴ lo que significa que obliga a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejándoles la elección de la forma y de los medios¹⁵. En todo caso, se estableció como fecha límite para la entrada en vigor de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias el 10 de julio de 2001.

Descendiendo al contenido del AM, y en lo que a este trabajo interesa, se parte de la premisa de que los contratos de duración indefinida son la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores y contribuye a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento¹⁶, si bien también se reconoce que, en algunos sectores, ocupaciones y actividades, los contratos de duración determinada

específica y posterior la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (DO L327 de 5 de diciembre de 2008). Por otra parte, permite a los estados miembros exceptuar de la aplicación de la Directiva a las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje y los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos.

¹⁴ DOCE L175/43, de 10 de julio de 1999.

¹⁵ Artículo 288 TFUE.

¹⁶ Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, Anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, consideraciones generales, apartado 6.

pueden convenir tanto a empresarios como a trabajadores¹⁷.

De manera que no existe una proscripción general de la contratación temporal, que el propio AM reconoce como una opción de contratación, pero en la búsqueda del delicado equilibrio entre ambas modalidades de contratación, la indefinida y la temporal, entre la estabilidad y la flexibilidad, el AM pivota alrededor de dos grandes objetivos: de una parte, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación del trabajador temporal respecto del fijo comparable y de otra, establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

2 A) La cláusula 4 de la Directiva: el principio de no discriminación

Como decíamos, el primer gran objetivo del AM es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada con la finalidad última de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida, para lo que se establece, en la cláusula 4¹⁸

¹⁷ AM...Consideraciones generales, apartado 8.

¹⁸ El texto completo de la cláusula 4 del AM reza: 1. -Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato



del AM, el principio de no discriminación, y que supone, resumidamente, que, dada una condición de trabajo, no podrá tratarse al trabajador temporal de una manera menos favorable que al trabajador fijo comparable, salvo que el trato diferente venga justificado por razones objetivas.

«Condición de trabajo», «trabajador temporal», «trabajador fijo comparable», «razones objetivas», términos que tendremos que colmar de significado para entender el verdadero alcance de esta cláusula 4 y su impacto entre el personal temporal al servicio de la Administración.

El propio AM nos da la definición de contrato de duración determinada: cuando el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas (una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado), y también define al trabajador fijo comparable, que será aquel con contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación

diferente por razones objetivas. 2.-Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis. 3.-Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las practicas nacionales.4.-Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas.

idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña.

Sin embargo, no define con la misma precisión las condiciones de trabajo ni las causas objetivas que justificarían el diferente trato entre uno y otro tipo de trabajador, por lo que está labor recaerá, como veremos, en el TJUE.

Por tanto, recapitulando sobre el principio de no discriminación de la cláusula 4 del AM, su aplicación se sustenta sobre tres pilares:

- a) Identificación de la «condición de trabajo» respecto de la que es discriminado el trabajador temporal;
- b) identificación del «trabajador fijo comparable» que sí se beneficia de la mencionada «condición de trabajo»; y
- c) acreditación de la no existencia de una «causa objetiva» que justifique la discriminación.

2 B) La cláusula 5 de la Directiva: medidas destinadas a evitar la utilización abusiva

El segundo gran objetivo del AM es evitar la utilización abusiva de la contratación de duración determinada, imponiendo límites a la utilización sucesiva de esta modalidad de contratación, considerada por el TJUE¹⁹ como fuente potencial de abusos en perjuicio de los

¹⁹Sentencia Huet (C-251/11, de 8 de marzo de 2012), párrafo 34.



trabajadores, con objeto de evitar la precarización de los asalariados.

Para lograr este objetivo el AM deja en manos de los Estados miembros (salvo que ya dispongan de alguna medida legal equivalente) la adopción de una o varias de las siguientes medidas:

- a) Razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

De manera que, en orden a evitar esta utilización sucesiva de contratos, en tanto que fuente potencial de abusos, la cláusula 5 insta a los estados a adoptar una o varias de las medidas ya mencionadas, pero -y es un gran pero- no establece sanciones para el caso de que el abuso se produzca.

Como acertadamente han observado algunos autores como FUENTETAJA²⁰:

«En lo que respecta a la Directiva 1999/70 y su alcance respecto a los abusos en las Administraciones públicas a

²⁰ FUENTETAJA, J.:(2020). "La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización". Revista de Administración Pública, 212, 201-230., página 206. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.07>, página visitada el 10 de julio de 2021.

diferencia de las medidas preventivas de abusos, donde la directiva es mucho más precisa y reduce considerablemente el margen de discrecionalidad de los Estados al exigirles que adopten al menos una de las medidas que contempla [...], en lo que respecta a las consecuencias jurídicas que aquellos deben establecer para reprimir los incumplimientos de la normativa encaminada a prevenir los abusos en la contratación temporal, el derecho europeo ha permitido un margen de discrecionalidad más amplio a los Estados, con objeto de que las medidas sancionadoras que se prevean tengan “en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas” (preámbulo del AM)».

Esta ausencia de sanciones específicas y concretas provocará no pocos quebraderos de cabeza a los interinos en su búsqueda del amparo de la Directiva 1999/70/CE y a los órganos judiciales españoles tanto del orden contencioso como del social, en su decidida voluntad de amparar y proteger a estos trabajadores.

3. 3. LA APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE DEL CONSEJO

3 A) El efecto directo de las Directivas

El principio de la eficacia directa responde al hecho de la capacidad de algunos de los actos comunitarios para crear derechos y obligaciones para los particulares destinatarios de los mismos, siendo así oponibles de forma directa frente a los órganos administrativos y judiciales de los Estados miembros, que quedan



obligados así tomar las medidas para su eficaz cumplimiento.

Este principio, de clara construcción jurisprudencial, se inició muy tempranamente con la sentencia del TJCE Van Gend en Loos²¹ y ampara tanto a las Directivas como a otros actos de derecho derivado de la UE.

Para que una directiva pueda ser invocada por el particular frente al Estado y despliegue su efecto directo, deben cumplirse ciertas condiciones, según MANGAS MARTIN,²² a saber: que haya expirado el plazo dado a los Estados para su adaptación interna, que falte tal transposición o se den insuficiencias o deficiencias en la misma, y que la disposición invocada sea una disposición suficientemente precisa e incondicional.

De manera que, correctamente transpuesta la directiva, cuando un particular quiera hacer valer el derecho reconocido en la misma, invocará las medidas nacionales dictadas en desarrollo de la directiva.

En todo caso, y a ello nos referiremos con más detalle más adelante, el contenido de una Directiva no se configura como un bloque monolítico, sino que es perfectamente posible que alguna o algunas de las disposiciones de la Directiva cumplan con los requisitos que la revisten de la eficacia directa, lo que permite a los ciudadanos impetrar ante los órganos administrativos y judiciales su aplicación, mientras que otros de sus contenidos pueden quedar huérfanos de esa eficacia directa, lo que dificultará -y de qué manera, como veremos- su aplicación.

²¹ Sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, Van Gen & Loos.

²² MANGAS MARTIN, A. Op. cit: pág. 373.

3 B) En particular, la aplicabilidad de la Directiva 1999/70 al personal temporal al servicio de la Administración

En lo que a nuestro trabajo interesa, una de las primeras cuestiones a dilucidar es si en el concepto «empresario», y consecuentemente, en el de «trabajador», está incluida la Administración Pública y quienes prestan servicios para ella, y es que ni el TREBEP -como norma de carácter básico- ni el EM -norma específica para el personal estatutario de los servicios de salud- contienen mención alguna ni apenas rastro de la obligada transposición de la Directiva 1999/70/CE.

La Directiva 1999/70/CE del Consejo tampoco menciona de manera expresa al sector público, por lo que pronto se planteó ante el TJUE la duda sobre su aplicabilidad al personal temporal al servicio de la Administración. El debate tuvo un breve recorrido, y es que la sentencia Adeneler²³ de 4 de julio de 2006 declaró que la Directiva 1999/70 y el AM se aplican igualmente a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público, y ello porque tal y como se dispone en el párrafo 55 de la sentencia:

²³ Asunto C-212/04 Adeneler y otros contra la Agencia Helénica de la Leche (Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)). En la transposición de la Directiva 1999/70/CE, el gobierno griego dictó sendos Decretos Presidenciales: para trabajadores temporales al servicio del sector privado (81/2003) y del sector público (164/2004) con diferentes niveles de protección.



«En efecto las disposiciones de estas dos normas no contienen indicación alguna de la que pueda deducirse que su ámbito de aplicación se limita exclusivamente a los contratos de duración determinada celebrados por los trabajadores con empresarios del sector público».

En el caso del personal temporal al servicio de la Administración española, es la Sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2007 (Asunto C-307/05, del Cerro Alonso) la primera que coloca a este personal bajo el paraguas protector de la Directiva 1999/70/CE.²⁴

II. LA INDEMNIZACIÓN POR FINALIZACIÓN DEL CONTRATO Y LA CLÁUSULA 4 DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE

4. 1. LA INDEMNIZACIÓN POR CESE EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

En España, la transposición de la Directiva 1999/70/CE se verificó a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad²⁵. Esta norma introdujo modificaciones en distintas leyes, pero a los efectos del estudio que realizamos, destacan las novedades introducidas en la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), el entonces vigente Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo²⁶ concretamente en

²⁴ El debate versaba sobre el derecho del personal interino a la percepción de un complemento retributivo asociado a la antigüedad -el trienio-.

²⁵ BOE nº 164, de 10 de julio. Precisamente el último día del plazo fijado en la Directiva 1999/70/CE para su transposición.

²⁶ En la actualidad, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del

sus artículos 15 y 49 referidos, respectivamente a las modalidades de contratación temporal y a las indemnizaciones derivadas de la finalización del contrato, adaptando estas realidades a las exigencias impuestas por la Directiva 1999/70/CE.

El artículo 15 del ET relativo a la duración del contrato de trabajo, distingue entre contratos de duración indefinida y contratos de duración determinada y, dentro de estos últimos, se admiten varias modalidades: contrato por obra o servicio determinado, contrato por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos y contrato para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo

El ET fija, por otra parte, las indemnizaciones con ocasión del cese y se distingue entre los siguientes tipos:

1 A) La indemnización por finalización del contrato indefinido por causas objetivas

El contrato indefinido puede finalizar por lo que el artículo 52 del ET denomina causas objetivas: por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa, por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En todos estos casos, el artículo 53 1 b) del ET prevé la

Estatuto de los Trabajadores (BOE nº 255, de 24 de octubre de 2015).



puesta a disposición del trabajador afectado de una indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

1 B) La indemnización por despido improcedente

En el caso de finalización del contrato por despido, y declarado este improcedente, el artículo 56 del ET prevé que el empresario pueda optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

1 C) La indemnización por finalización de determinados contratos de duración determinada

Por otra parte, el artículo 49.1 c) del ET prevé que, a la finalización de los contratos por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación, si bien se excluye expresamente de tal indemnización los contratos de interinidad²⁷ y los contratos formativos.

²⁷ Se refiere al contrato de interinidad ex art. 15 1 c) del ET, no al concepto de interino del TREBEP.

5. 2. ¿Y EL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN? ¿NO HAY INDEMNIZACIÓN PARA ELLOS?

Nos encontramos, pues, ante una Directiva que ha sido incorporada al ordenamiento interno a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio y que, en lo que al trabajador cuya relación se rige por el ET se refiere, cumple con los objetivos perseguidos: distingue entre contratación indefinida y temporal, limita la duración de esta última y prevé, para ambas, distintos tipos de indemnización con ocasión de la finalización del contrato.

Sin embargo, esta norma no hace mención alguna a la duración máxima de la contratación ni de posibles indemnizaciones con ocasión de finalización del contrato del personal que presta servicios de manera temporal para la Administración Pública en sus distintas modalidades, ya sea como personal laboral temporal, personal estatutario, personal interino al servicio de la Administración General o personal docente interino, como tampoco encontramos referencia alguna a dicha indemnización en el TREBEP y el EM del personal estatutario. De esta manera, cuando el personal interino al servicio de la Administración busca la protección de la Directiva 1999/70/CE y habida cuenta de la falta de transposición, ha de hacerlo invocando la eficacia directa de la Directiva. Se inicia un largo y apasionante periplo judicial que ha llevado a todo tipo de trabajadores temporales ante juzgados y Tribunales Superiores de Justicia, el Tribunal Supremo y, finalmente, ante el TJUE, que ha cuestionado los propios fundamentos de la gestión de recursos humanos por parte de la Administración española a todos sus niveles, y que ha



finalizado -atención, spoiler- en una solución legislativa que a nadie parece satisfacer plenamente.

2 A) Asunto C-596/14 de Diego Porras I. La sentencia de 14 de septiembre de 2016. La gran ilusión

El asunto de Diego Porras fue promovido por una trabajadora que prestó, durante distintos periodos de tiempo, servicios para el Ministerio de Defensa bajo la modalidad de contrato de interinidad prevista en el artículo 15. 1 c) del ET para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución.

Como ya sabemos, el artículo 49.1 c) del ET prevé que, a la finalización de los contratos por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación, si bien se excluye expresamente de tal indemnización los contratos de interinidad -como el de nuestra protagonista, Ana de Diego Porras- y los contratos formativos.

En consecuencia, Ana de Diego Porras no obtuvo indemnización alguna a la finalización de su contrato, indemnización a la que sí tienen derecho los trabajadores con contrato indefinido cuyo contrato se extingue por causas objetivas. La polémica está, pues, servida: ¿no dice la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE que no se puede discriminar al trabajador temporal frente al indefinido? ¿Cómo es posible que la indemnización por finalización del contrato se reconozca a unos-indefinidos-mientras se deniega a otros -temporales-?

En esta ocasión el órgano que planteó la cuestión prejudicial fue el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ante el que había acudido, en suplicación, la interesada tras ver desestimado su recurso planteado ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid. La demandante mantiene que los sucesivos contratos formalizados lo fueron en fraude de ley, y que su relación laboral debe considerarse como indefinida y solicita, además, el pago de una indemnización tras la extinción de la relación. Si bien el TSJ-M no apreció tal fraude de ley, sí tomó en consideración la petición de indemnización por finalización del contrato de la que la reclamante se encuentra excluida por disposición legal. Por tanto, se dirige al TJUE planteando varias cuestiones en su auto de 22 de diciembre de 2014; el asunto se tramitó bajo el número C-596/14, recayendo sentencia el 14 de septiembre de 2016.

En primer lugar, es necesario comprobar si la indemnización por finalización del contrato temporal está comprendida en el concepto de «condiciones de trabajo» de la cláusula 4.1 del AM. Para responder a esta primera cuestión prejudicial, el TJUE no tuvo sino que analizar la cuestión a la luz de su propia jurisprudencia, que a estas alturas ya era constante, el objetivo del AM consiste en²⁸ «mejorar la calidad de trabajo de duración determinada [...], garantizando la aplicación del principio de no discriminación»; en particular, la cláusula 4 tiene por finalidad «impedir que una relación laboral de esta

²⁸ Sentencias de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 47; de 12 de diciembre de 2013, Carratù, C-361/12, EU:C:2013:830, apartado 40, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 22.



naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de los derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida²⁹».

Respecto al concepto condiciones de trabajo, «el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral ente un trabajador y su empresario³⁰» y ya se habían incluido en el concepto de condiciones de trabajo los trienios³¹, las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada y, en general, los requisitos de finalización de un contrato de duración determinada³².

Realizado este análisis de la jurisprudencia previa sobre la materia, las conclusiones están servidas, y a ello se dedican los párrafos 31 y 32 de la sentencia:

«Comoquiera que la indemnización se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empresario y que cumple el criterio enunciado en el apartado 28 de la presente

²⁹ Sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 37; de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 48, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 23.

³⁰ Sentencias de 12 de diciembre de 2013, Carratù, C-361/12, EU:C:2013:830, apartado 35, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 25.

³¹ Sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 47, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 50 a 58.

³² Sentencia de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartados 27 y 29.

sentencia, está por ende incluida en el concepto de “condiciones de trabajo”.

Tenemos ya el primer pilar, hemos identificado la condición de trabajo, ahora tenemos que descender al caso concreto para comprobar si se cumple la exigencia de equivalencia o comparabilidad entre el trabajador temporal y el trabajador fijo y a ello se dedica la segunda cuestión prejudicial al preguntar al TJUE si el trabajador temporal tiene derecho a percibir, al finalizar su contrato, la misma indemnización que corresponde al trabajador indefinido cuando su contrato finaliza por causas objetivas³³. El TJUE se pronuncia al respecto en los apartados 42 a 44 de su sentencia:

«[...] es preciso no obstante señalar que, en el caso de autos, se desprende de los autos obrantes en poder del Tribunal de Justicia que la recurrente en el litigio principal efectuaba un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo [...]. En consecuencia, procede considerar que la situación de trabajador con contrato de duración determinada de la recurrente en el litigio principal era comparable a la de un trabajador fijo».

Sólo nos resta una última comprobación, y es si concurren o no las «causas objetivas» que permitirían dispensar al trabajador temporal un trato diferente respecto de su equivalente fijo. En rigor, la «causa objetiva» alegada por el Ministerio de Justicia

³³ La pregunta no es baladí porque la diferencia entre ambas indemnizaciones es notable: veinte días de indemnización por año de servicio en la extinción de un contrato indefinido por causas objetivas frente a doce días en el caso de extinción de una relación temporal.



demandado es, precisamente, la naturaleza temporal de la relación y su articulación legal. Es decir, el trabajador temporal al servicio de la Administración está privado de determinados derechos que sí corresponden a su equivalente fijo porque así lo dispone la ley. A estas alturas ya se habían dictado numerosas sentencias pronunciándose, específicamente, sobre tal argumento³⁴, y la postura del TJUE es constante:

«no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquella esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo».

Y, además³⁵:

«el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir una “razón objetiva”».

³⁴ Sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 57; de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 54; de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 72, y de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 50.

³⁵ Sentencias de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 56 y 57; de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 74, y de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 52.

Como argumento adicional, el Gobierno español señaló que la diferencia entre los dos tipos de contrato radica en su duración y en la expectativa de estabilidad de la relación laboral, argumento que es valorado en el apartado 51 de la sentencia «a mayor abundamiento»; en definitiva -opina el TJUE- este criterio de previsibilidad de la finalización del contrato «no se basa en criterios objetivos y transparentes» y además entra en contradicción con el hecho de que «la normativa nacional pertinente prevea la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada».

En conclusión:

«Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta que la cláusula 4 del AM debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización».

De manera que, en una curiosa carambola jurídica, de Diego Porras, contratada a la sazón al amparo del artículo 15, 1 c) del ET pasó de no tener derecho a ninguna indemnización a ver reconocida a su favor la indemnización de veinte días por año de servicio. Pero,



un momento ¿por qué no se le reconoce la indemnización de doce días que, al fin y a la postre es la que el ET establece para la finalización de los contratos temporales, puesto que temporal es la relación? La aparente paradoja tiene su respuesta en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE, que nace, específicamente, para proteger al trabajador temporal en comparación con el fijo, pero no tiene por objeto -ni el TJUE admite tal posibilidad- analizar la diferencia de trato de distintos trabajadores temporales entre sí.

Como muy bien señala CASAS BAAMONDE:³⁶

«Los trabajadores con contrato de interinidad tienen derecho a esa indemnización de finalización de su trabajo por causa objetiva, por su propia temporalidad, con independencia de la duración de los servicios prestados. La indemnización no opera únicamente en los casos de celebración de esos contratos en fraude de ley, sino respecto de todos los contratos de interinidad, incluidos los acomodados a las exigencias de la ley (del ET, en nuestro caso).

De no existir causa objetiva que justifique la diferencia entre contratos de duración determinada y fijos comparables, a todos los contratos de duración determinada ha de reconocerse la misma indemnización por su finalización por un hecho objetivo como es su

³⁶ CASAS BAAMONDE, M.E.: «El derecho de los trabajadores con contrato de interinidad a la indemnización por la finalización de su contrato por causa objetiva prevista en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores para los trabajadores fijos. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Décima, de 14 de septiembre de 2016, C- 596/14, Ana de Diego Porras y Ministerio de Defensa». Madrid, a 22 de septiembre de 2016, página 7. <https://ejaso.com/blog/maria-emilia-casas-analiza-la-ultima-sentencia-del-tjue>

propia finalización, al ser contratos de duración determinada o temporales, que corresponde a los contratos por tiempo indefinido [art. 53.1.b) ET]»

En resumen³⁷:

«La Sentencia del Tribunal de Justicia De Diego Porras convierte la finalización del contrato [del personal interino, por alguna de las causas previstas en la ley] en causa de despido objetivo».

Sea como fuere, y aunque esa sentencia se refiere, en rigor, a un tipo de trabajador temporal muy concreto –el interino ex artículo 15 1 c) del ET-, lo cierto es que su publicación provocó un terremoto que sacudió hasta los cimientos las sedes de Ministerios, Consejerías y Ayuntamientos (¿de verdad vamos a tener que pagar una indemnización a los interinos -léase personal temporal al servicio de la Administración- cada vez que finalizan sus contratos?), a la vez que generaba un tsunami de ilusión entre los trabajadores temporales al servicio de la Administración, que, de manera casi inmediata, comenzaron a dirigirse a la Administración primero, y a los Tribunales después, reclamando sus indemnizaciones.

La gravedad de la situación es evidente: el 17 de octubre de 2016 -apenas un mes después de la publicación de la sentencia del asunto de Diego Porras- se celebró una reunión tripartita de la Ministra de Empleo y Seguridad Social con los Secretarios Generales de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) y de la Unión

³⁷ CASAS BAAMONDE, M.E.: «El derecho de los trabajadores ...» Op. cit. página 8.



General de Trabajadores (UGT) y los Presidentes de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y de la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), con el objetivo de constituir un Grupo de Expertos que estudiase el alcance de la sentencia en relación con la contratación de trabajadores interinos, y elaborase una propuesta que permitiera tomar decisiones sobre la materia en el ámbito del diálogo tripartito. Sus conclusiones provisionales fueron presentadas el 10 de febrero de 2017³⁸ y remitidas a la Mesa del Diálogo Social para la Agenda Integral por la Calidad del Empleo.

No deja de ser notable que la conclusión número 1 fuera:

«El Grupo de Expertos coincide plenamente en la necesidad de mantener la contratación laboral de duración determinada y en el rechazo del llamado "contrato único" de trabajo».

No parece, pues, que haya intención de prescindir de la contratación laboral de duración determinada, a lo sumo se admite «que debe mejorarse su regulación y los mecanismos de lucha contra el fraude en su utilización». En particular, se considera necesario eliminar la posibilidad de la utilización por la Administración de contratos de interinidad por vacante con una duración anormalmente larga. Sin embargo, el propio Grupo de Expertos hace constar en estas conclusiones que se ha de tener en cuenta que las situaciones legales que dan lugar a una duración más larga son las derivadas de cuidado de familiares y desempeño de cargos públicos y representativos, que tienen una clara transcendencia

³⁸<https://www.ecestaticos.com/file/99d5fa32100c4cf68bc7a51259c9f143/1486496193.pdf>. Página visitada el 10 de junio de 2021.

constitucional -precisamente la sentencia de Diego Porrás tiene su origen en el cese de una interina tras la reincorporación de la funcionaria a la que sustituía, liberada sindical durante siete años-. No obstante, ante el «panorama de indefinición que se desprende de la sentencia», el Grupo de Expertos considera que no se ha dado una respuesta suficientemente precisa y segura al tema debatido, por lo que se aconseja, por razones de seguridad jurídica, aplazar la formulación de un informe definitivo³⁹.

2 B) Asunto C-677/16 Montero Mateos. La sentencia de 5 de junio de 2018. Menos lobos, Caperucita

El asunto C-677/16 Montero Mateos fue planteado por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid el 21 de diciembre de 2016 ante la demanda de una trabajadora de la Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, que fue contratada por la modalidad de contrato de interinidad para cobertura de vacante⁴⁰, modalidad prevista en el artículo 4 del RD 2720/1998, norma de desarrollo del artículo 15 del ET. El contrato se formalizó para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante

³⁹ Aplazamiento sine die, no se ha emitido tal informe definitivo.

⁴⁰ Artículo 4: El contrato de interinidad se podrá celebrar, asimismo para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. En los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica.



el proceso selectivo o de promoción para su cobertura definitiva y finalizó- sin indemnización- cuando el puesto se ocupó como consecuencia del proceso selectivo.

La cuestión planteada por el juzgado madrileño es única:

«¿[...] la extinción del contrato temporal de interinidad para cobertura de vacante por vencimiento del término que dio lugar a su suscripción entre el empresario y la trabajadora constituye una razón objetiva que justifica que el legislador nacional no prevea en tal caso indemnización alguna por fin de contrato, mientras que para un trabajador fijo comparable que ha sido despedido por una causa objetiva se prevé una indemnización de 20 días por año?»

El asunto de la indemnización a favor del trabajador temporal es, tras el precedente de la sentencia de Diego Porras, lo suficientemente importante como para poner toda la carne en el asador: el Gobierno de España y la Comisión presenta observaciones y, a petición de España, el TJUE actúa en Gran Sala⁴¹.

El asunto fue encomendado a la Abogado General J. Kokott⁴² y merece la pena detenerse en las conclusiones presentadas el 20 de diciembre de 2017 que comienza revisando la primera premisa de la sentencia de 14 de septiembre de 2016: la comparabilidad de la situación de los trabajadores con contrato de duración determinada y de los trabajadores fijos respecto a la

⁴¹ De acuerdo con el artículo 16 del Estatuto del TJUE, el Tribunal constituirá Salas compuestas por tres y cinco jueces. La Gran Sala estará compuesta por quince jueces. Se actuará en Gran Sala cuando lo solicite un Estado miembro o una institución de la Unión que sea parte en el proceso.

⁴² El Abogado General en el asunto C-596/14 de Diego Porras fue M. Bobek.

indemnización por extinción del contrato. Sólo si ambas situaciones son comparables⁴³ se discrimina al trabajador temporal si al finalizar el contrato se le aplica un régimen menos favorable en materia de indemnización. Y esta discriminación sería, efectivamente, contraria a la Directiva 1999/70/CE.

¿Cuál es -ahora- la posición de la Abogado General sobre la comparabilidad de las situaciones? Sería precipitado -dice- basándose únicamente en la actividad que se realizaba y en la identidad del puesto de trabajo, llegar a la conclusión de que ambos trabajadores se encuentran en una situación globalmente comparable. Debemos tener en cuenta -continúa- otros criterios para comparar ambas situaciones y las diversas prestaciones del empleador que corresponden a los trabajadores; y entre esos otros criterios deben estar, necesariamente la situación fáctica y jurídica en que procede reclamar las prestaciones al empleador. Tomando como referencia el objeto y la finalidad de la indemnización, los trabajadores con contratos de duración determinada, por una parte, los trabajadores fijos, por otra, no se encuentran, pese a lo que pudiera parecer a primera vista, en una situación comparable. Y la falta de este rasgo, -la comparabilidad- no tiene su origen -no puede tenerlo⁴⁴- en el carácter temporal del trabajo de duración determinada, sino en la previsibilidad de perder el puesto de trabajo.

Y aquí es donde la Abogado General da una nueva oportunidad a un presupuesto – la previsibilidad de

⁴³ ¿Acaso no lo había entendido así el Tribunal de Justicia en su sentencia de 14 de septiembre de 2016?

⁴⁴ Sentencia de Diego Porras de 14 de septiembre de 2016.



perder el puesto de trabajo- que en Asunto de Diego Porras fue apuntado tímidamente por el Gobierno español como posible causa objetiva y como tal fue rechazada porque no se basa en criterios objetivos y transparentes. En el asunto Montero Mateos, la situación da un giro copernicano: la previsibilidad de perder el puesto de trabajo no se analiza ya como una posible causa objetiva que justifique la denegación de una determinada condición de trabajo al trabajador temporal, sino que es analizada como un factor diferenciador entre el trabajador temporal y el indefinido, el elemento que permitiría negar la comparabilidad entre ambos (el segundo pilar sobre el que se construye el principio de no discriminación). Y es que para un trabajador con un contrato de duración determinada, la pérdida de su puesto de trabajo por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado la obra o el servicio pactados o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado es esperable desde el principio y no supone en modo alguno una sorpresa. Por el contrario, la extinción (anticipada) de una relación laboral de duración determinada o de duración indefinida por una decisión del empresario no es, por regla general, un acontecimiento que el trabajador pueda prever concretamente. En el supuesto de un acuerdo de extinción por causas objetivas, la indemnización legalmente prevista está pensada sobre todo para compensar las expectativas frustradas del trabajador sobre la continuidad de su relación laboral la cual, en realidad, debía perdurar. En cambio, tales expectativas frustradas no existen cuando un contrato de trabajo temporal simplemente finaliza por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado la obra o servicio o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado.

Así pues, un trabajador que firma un contrato de carácter temporal *sabe* que la relación laboral terminará más

pronto que tarde, la finalización del contrato es previsible y, por tanto, la no percepción de una indemnización o la percepción de una indemnización inferior que la que corresponde a los trabajadores cuyo contrato finaliza como consecuencia de la decisión del empresario por una causa objetiva no constituye discriminación.

Partiendo de esta nueva premisa, la Abogado General afirma, en un sano ejercicio de autocrítica que:

«el presente asunto da al Tribunal de Justicia la oportunidad de profundizar especialmente en este aspecto -al que, a mi juicio, no se prestó suficiente atención en la sentencia De Diego Porras- y de reconsiderar su jurisprudencia al respecto⁴⁵».

Y vaya si se reconsidera, si bien no exactamente en los términos previstos por la Abogado General. El 5 de junio de 2018 se hace pública la sentencia dictada por el TJUE (Gran Sala) y en ella se revalida la jurisprudencia ya conocida que incluye a la indemnización objeto del litigio entre las "condiciones de trabajo" y se rechaza la propuesta de la Abogado General de declarar como no comparables a la trabajadora temporal y al trabajador fijo, pero sí que admite -y esa es la gran novedad- la existencia de una "causa objetiva" que justifique el diferente trato. El objeto de la indemnización por despido es compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar en lo que respecta a la estabilidad de la relación laboral. Tal

⁴⁵ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott presentadas el 20 de diciembre de 2017, Asunto C-677/16. Párrafo 48.



circunstancia -ruptura imprevista de la relación, frustración de las expectativas sobre la estabilidad de la relación laboral- no se dan en el caso del interino al servicio de la Administración, que es consciente, desde el momento en que se inicia su relación con la Administración que esta será temporal.

En definitiva: «La cláusula 4 [...] debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una razón objetiva⁴⁶».

El correctivo impuesto con esta sentencia al colectivo de interinos es notable, e inicia una nueva senda interpretativa que tiene su continuación en una segunda sentencia del Asunto de Diego Porras.

2 C) Asunto C-619/17 de Diego Porras II. Una ilusión con freno y marcha atrás

a) La sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018. Donde dije digo

Una vez recaída la sentencia del TJUE en el asunto C-596/14 (de Diego Porras I) respondiendo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ-M, este órgano jurisdiccional hubo de dictar sentencia

⁴⁶ Ibidem, párrafo 68.

resolviendo el recurso de suplicación planteado. Y necesariamente tenía que hacerlo de acuerdo con los postulados establecidos en la sentencia del TJUE por lo que la sentencia del TSJ-M de 5 de octubre de 2016 aplicó, por analogía, el régimen legal de los despidos objetivos del artículo 52 del ET por cuanto se evidencia - dice- la necesidad productiva de extinguir una relación laboral, considerando, además, que existe discriminación en el distinto régimen de indemnización que el ordenamiento español confiere a la indemnización por la concurrencia de la circunstancia de finalización del contrato temporal respecto de la extinción por concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En definitiva, el TSJ-M interpreta la sentencia del TJUE dictada en el asunto de Diego Porras en el sentido de que la finalización de un contrato temporal por la llegada de su causa válida de finalización no puede quedar sin indemnización, condenando al Ministerio de Defensa al pago de una indemnización equivalente a 20 días de servicio por año trabajado. No podemos olvidar que el contrato que vinculaba a esta trabajadora con el Ministerio de Defensa era un contrato de interinidad por sustitución, previsto en el artículo 15.1.c) del Estatuto de Trabajadores, respecto del que la Ley excluye, expresamente, el derecho de indemnización cuando la extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido.

Un choque en toda regla entre la normativa comunitaria -o, más precisamente, su interpretación por el TJUE y el Tribunal nacional- y legislación interna. Y eso es lo que detecta la Abogacía del Estado en la sentencia del TSJ-



M, razón por la que planteó recurso de casación para la unificación de doctrina, que se tramitó ante la Sala de lo Social del TS (nº 3970/2016). Llegados a este punto, el TS no puede desconocer de qué manera las conclusiones extraídas de la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 han generado múltiples y dispares interpretaciones de los jueces de lo social, y siendo como es competencia y responsabilidad del TS el dotar de la mayor uniformidad interpretativa a la respuesta judicial a ofrecer en una misma materia en todo el territorio nacional el Pleno de la sala de lo Social, en su sesión de 20 de septiembre de 2017⁴⁷ acordó elevar petición de decisión prejudicial al TJUE.

Como veremos al analizar las cuestiones planteadas, el TS no deja ningún resquicio por explorar, la necesidad de fijar con precisión el derecho a una indemnización es imperiosa y el TS debe, sí o sí, establecer una postura clara, y debe actuar prospectivamente, adelantándose a los debates, liderándolos, en lugar de esperar a que lleguen a su mesa.

Esta nueva cuestión prejudicial respecto a los mismos interesados se tramita bajo el nº C-619/17 y su planteamiento se articula en tres preguntas⁴⁸:

«1. ¿La cláusula 4 del AM [...] se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de duración determinada por interinidad, para sustituir a otro trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, cuando tal extinción se

⁴⁷ En ese momento aún no se conocían las conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto C-677/16 Montero Mateos.

⁴⁸ Las preguntas 2 y 3 se analizarán más adelante: I.2 Asunto de Diego Porras (y III), al referirse a la aplicación de la Cláusula 5 del AM.

produce por la reincorporación del trabajador sustituido, y, por el contrario, sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causas legalmente tasadas?»

La postura del Gobierno español justificando la ausencia de indemnización es ahora más precisa que la vaga alusión al «porque lo dice la ley» del asunto C-596/14 y reitera lo ya avanzado en el asunto Montero Mateos: la previsibilidad de la finalización de un contrato temporal frente a la imprevisibilidad en un contrato indefinido.

Este hecho diferencial -previsibilidad frente a imprevisibilidad, determinación del término del contrato frente a ruptura imprevista- se erige, a juicio del Gobierno español, en la tan buscada «causa objetiva» que permite justificar la diferencia de trato proscrita por la cláusula 4 del AM, y así lo admite el TJUE en su sentencia de 21 de noviembre de 2018⁴⁹, siguiendo, por otra parte, la senda iniciada en su sentencia Montero Mateos.

«En estas circunstancias, cabe considerar que el objeto específico de la indemnización por despido establecida en el artículo 53, apartado 1, letra b), del ET, al igual que el contexto particular en el que se abona dicha indemnización, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que la cláusula 4, apartado 1, del AM debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional

⁴⁹ Sentencia de 21 de noviembre de 2018, párrafos 74 y 75.



que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva»

Tremendo jarro de agua fría para las en ese momento, altísimas expectativas de los interinos al servicio de la Administración, y es que miles de trabajadores habían depositado enormes esperanzas en la famosa sentencia de Diego Porras de 14 de septiembre de 2016, sentencia que ahora se reedita, corregida -y de qué manera- el 21 de noviembre de 2018.

b) La sentencia del TS. El fin de la fiesta

El TS -sala de lo Social- dictó sentencia nº 207/2019 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3970/2016) poniendo fin al litigio el 13 de marzo de 2019, sentencia en la que comienza recapitulando sobre el régimen indemnizatorio del ET, y recuerda que las diferencias entre las indemnizaciones tienen su origen, no en la naturaleza temporal o indefinida del contrato de trabajo, sino en atención a la causa de extinción. Así, la finalización del contrato por muerte, jubilación o incapacidad del empresario lleva aparejada una indemnización de un mes de salario por año (art. 49.1.g) ET); el despido disciplinario declarado improcedente, una indemnización de treinta y tres días por año (art. 56 ET); la extinción por causas objetivas, una indemnización de 20 días por año (art 53 1 b) ET) y la extinción, por finalización del contrato temporal -

exceptuando el contrato de interinidad y de formación-, 12 días por año (art. 49.1 c) ET).

De ello se derivan tres consecuencias que, conjuntamente interpretadas, ciegan de manera definitiva la posibilidad de obtener una indemnización por finalización del contrato de interinidad:

El hecho de que un trabajador temporal -interino o en formación- carezca de una indemnización de la que adolece otro trabajador temporal⁵⁰, no se halla, como sabemos, en el ámbito de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, que «ciñe su mandato antidiscriminatorio a la preservación de los derechos de los trabajadores temporales respecto de los que se reconozcan a los trabajadores fijos».

Cuando el cese obedece a la finalización del contrato de duración determinada (art. 49.1 c) ET) es obvio que no puede haber comparación posible con un trabajador indefinido (por mucho que las funciones que se desempeñan y los requisitos de acceso sean comparables) y ello porque tal causa de extinción no puede afectar nunca a un trabajador fijo, lo que impide

⁵⁰ Diferencia no arbitraria, como señala el TS «aunque pudiera parecer exenta de justificación la diferencia entre unos y otros trabajadores temporales, lo cierto es que la distinta solución de nuestra norma legal obedece a la voluntad del legislador de destacar una situación no idéntica a las otras dos modalidades contractuales, puesto que en el caso de la interinidad por sustitución el puesto de trabajo está cubierto por otro/a trabajador/a con derecho a reserva de trabajo».



que se pueda acoger a la interdicción de la discriminación de la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo.

Y, por último, «[...] no es posible confundir entre distintas causas de extinción contractual y transformar la finalización regular del contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal».

2 D) Asunto C-177/18 Baldonado Martin. La sentencia de 22 de enero de 2020. Despedida y cierre

Este asunto tiene su origen en la reclamación de una funcionaria interina al servicio del Ayuntamiento de Madrid que cesó en la prestación de sus servicios como jardinera⁵¹, tras un desempeño de siete años. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 14 de Madrid⁵² planteó mediante Auto de 16 de febrero de 2018 varias cuestiones prejudiciales, tramitadas bajo el número de asunto C-177/18, cuestiones que pretenden abrir un nuevo portillo, más allá de la aplicación de la cláusula 4 del AM, al preguntarse si las diferencias de trato pueden analizarse con el canon del principio de igualdad de trato -un principio general del Derecho de la Unión- consagrado en los artículos 20 y 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión.

⁵¹ De acuerdo con el artículo 10.3 del TREBEP, al finalizar la causa que dio lugar a su nombramiento, ya que se incorporó al puesto un funcionario de carrera.

⁵² Cuya titular es la Magistrada-Juez sustituta Ana Monreal Díaz.

Las cuestiones prejudiciales⁵³ son planteadas en imaginativos términos:

1) Puesto que el trabajador fijo comparable -el funcionario de carrera- no percibe en ningún caso una indemnización por cese ¿sería correcto entender que la situación de la reclamante no es encuadrable en la situación descrita en la Cláusula 4?

2) Y es que esta pregunta sirve en realidad como escalón para plantear la segunda, con mayor enjundia: si no podemos reconocer una indemnización al interino en comparación con el trabajador fijo comparable -puesto que, al no tener este último derecho a la indemnización, no hay discriminación- ¿sería conforme con el AM entender que el derecho a la indemnización del personal interino podría alcanzarse desde la comparación con el trabajador laboral temporal -que sí tiene derecho a la indemnización, como sabemos- y todo ello al amparo de los artículos 20 y 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 151 y 153 del TFUE, preceptos todos ellos que prohíben la discriminación?

Y es que, tal y como hace constar el órgano remitente, el puesto desempeñado por la interina demandante (jardinera) puede ser ocupado tanto por funcionarios como por personal laboral, siendo que la elección del régimen jurídico aplicable a dicho puesto depende exclusivamente de la voluntad del empleador. Resulta

⁵³ Se plantea una tercera cuestión prejudicial, que analizaremos más adelante, al referirse a la aplicación de la cláusula 5 del AM.



paradójico -opina el órgano judicial remitente-que, de haber estado su relación sujeta el régimen jurídico laboral, la trabajadora hubiera tenido derecho a una indemnización por finalización del contrato -ya se trate de una indemnización por extinción del contrato por causas objetivas ex artículo 53 1, b) del ET o de una indemnización por despido improcedente ex artículo 56 del mismo texto legal- y que quede huérfana de tal indemnización en el caso de prestar servicios en régimen funcional. De manera que las dos cuestiones planteadas abordan el problema -o más bien parece que buscan el anclaje a una solución que ya está en la mente del órgano remitente- desde dos vertientes diferentes: o bien el derecho a la indemnización se reconoce por comparación con el personal laboral fijo, en aplicación de la cláusula 4 del AM o bien, por elevación, se reconoce la indemnización por aplicación vertical directa del Derecho primario de la Unión, en iguales condiciones que al personal laboral temporal.

La sentencia del asunto C-177/18 se dictó por el TJUE (Sala Segunda) el 22 de enero de 2020 y, refiriéndose como se refiere, de forma expresa, al personal interino regulado por el TREBEP, puso el último clavo en el ataúd de las esperanzas de los interinos de obtener una indemnización por cese al amparo de la CLÁUSULA 4 del AM.

Y es que los funcionarios interinos⁵⁴:

«no reciben un trato menos favorable que los funcionarios de carrera ni se ven privados de un derecho que se les confiera a estos, ya que ni los funcionarios

⁵⁴ Ibidem, párrafo 37.

interinos ni los de carrera perciben la indemnización reclamada»

Respecto a la posibilidad de que el «trabajador fijo comparable» no sea el funcionario sino el trabajador fijo contratado en régimen laboral, el TJUE señala que esta es una cuestión que ha de ser dilucidada por el juzgado remitente, único competente para examinar los hechos (párrafo 40). Pero aún en el caso de que superásemos este primer escollo (es decir, entender que el «trabajador fijo comparable» no es el funcionario, sino el laboral fijo), resta una última operación, y es⁵⁵:

«[...]comprobar si existe una razón objetiva por la que la finalización de la relación de servicio de los funcionarios interinos no deba dar lugar al abono de indemnización alguna, mientras que los trabajadores fijos perciben una indemnización cuando son despedidos por alguna de las causas previstas en el artículo 52 del ET»

Y, lamentablemente para los interinos, esta «causa objetiva» existe, y el TJUE sólo tiene que hacerse eco de su jurisprudencia en la materia, destacadamente las sentencias C-677/16 Montero Mateos y C-619/17 de Diego Porras II, ya analizadas y que se sintetizan en el párrafo 46:

«En cambio, la extinción de un contrato de trabajo fijo por una de las causas previstas en el artículo 52 del ET, a iniciativa del empresario, tiene lugar al producirse circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el

⁵⁵ Ibidem, párrafo 42.



desarrollo normal de la relación laboral, de modo que la indemnización prevista en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto tiene precisamente por objeto compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por una causa de esta índole y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podía albergar, en esa fecha, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación».

La segunda cuestión prejudicial va más allá de la cláusula 4, desbordándola, ya que plantea la posibilidad de una interpretación conjunta de los artículos 151⁵⁶ y 153⁵⁷ del TFUE, los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁸ y propia cláusula

⁵⁶ La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones [...].

⁵⁷ Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo; c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral[...]

⁵⁸ Proclamada solemnemente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión y hecha pública en el DOUE C 83/392 de 30 de marzo de 2010. El artículo 20 proclama la igualdad ante la ley de todas las personas y el artículo 21 prohíbe toda discriminación.

4 del AM de manera que pudiera abonarse a los funcionarios interinos la misma indemnización por cese que se le reconoce al personal laboral temporal en el artículo 49,1, c) del ET -12 días por año de servicio-.

Esta imaginativa propuesta ha de abordarse, como todas las cuestiones complejas, parte a parte, y así lo hace el TJUE:

Respecto a la Cláusula 4 del AM y puesto que⁵⁹:

«[...] el principio de no discriminación solo se ha aplicado y concretado [...] en lo que respecta a las diferencias de trato entre los trabajadores con contrato por tiempo indefinido que se encuentran en una situación comparable, las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado en dicho Acuerdo»

Sobre los Artículos 151 y 153 del TFUE y tal y como observa la Comisión Europea⁶⁰

«[...] basta señalar que [...] estos artículos del Tratado TFUE establecen los objetivos y las medidas generales de la política social de la Unión y que el derecho exigido [...] o la obligación de un Estado miembro de garantizar tal derecho no pueden deducirse de dichas disposiciones».

⁵⁹ Ibidem, párrafo 52.

⁶⁰ Ibidem, párrafo 53.



Sobre los artículos 21 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales:

«[...] el ámbito de aplicación de la Carta [...] se define en su artículo 51, apartado 1, según el cual las disposiciones de la Carta se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión [lo que presupone] la existencia de un vínculo de conexión entre un acto del Derecho de la Unión y la medida nacional de que se trate de un grado superior a la proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de ellas en la otra. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar si una medida nacional guarda relación con la “aplicación del Derecho de la Unión”, en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta se ha de comprobar, entre otros aspectos, si la finalidad de la norma nacional controvertida es aplicar una disposición del Derecho de la Unión[...].»

Y esta es la alegación que la demandante sustenta: que la indemnización prevista en el artículo 49. 1, c) del ET tiene por objeto aplicar la cláusula 5 del AM y es, por tanto, una actuación del Estado que aplica el Derecho de la Unión y, por ende, ha de interpretarse y aplicarse de acuerdo con la Carta de Derechos Fundamentales.

No opina así el TJUE -ni el Gobierno Español- y es que:

«[...] dado que esta indemnización se abona independientemente del carácter legítimo o abusivo de la utilización de tales contratos o relaciones, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión [...]. De ello se deduce que el artículo 49, apartado 1, letra c), del ET persigue

un objetivo distinto del mencionado en la cláusula 5 del AM y, por lo tanto, no puede considerarse una “aplicación del Derecho de la Unión” en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta»

«Por consiguiente, la diferencia de trato controvertida en el litigio principal no puede analizarse a la luz de las garantías de la Carta y, en particular, de sus artículos 20 y 21»

Definitivamente, hemos llegado al final del viaje en lo que al reconocimiento de una indemnización con ocasión del cese de los funcionarios interinos se refiere al amparo de la Cláusula 4 del AM y, eventualmente, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión: un largo trayecto que los interinos iniciaron, alegres y esperanzados en la estación de Diego Porras el 14 de septiembre de 2016 y que, finalmente, descarriló en la estación Baldonado Martín un 22 de enero de 2020.

III. LA INDEMNIZACIÓN COMO COMPENSACIÓN DEL ABUSO EX CLÁUSULA 5 DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE.

6. 1. EL ABUSO EN EL USO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL: MECANISMOS DE CONTROL

El segundo de los grandes objetivos de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, es evitar el uso abusivo de la contratación temporal, y la cláusula 5 del AM insta a los Estados miembros a adoptar las medidas oportunas.

A este respecto, cabe recordar que la cláusula 5 del AM, que tiene por objeto alcanzar uno de los objetivos



perseguidos por este, en concreto establecer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, impone a los Estados miembros en su apartado 1 la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera, cuando su Derecho interno no contenga medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula se refieren, respectivamente, a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones⁶¹.

Los Estados miembros disponen a este respecto de un margen de apreciación, ya que tienen la opción de recurrir, a tal fin, a una o varias de las medidas enunciadas en la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), o incluso a medidas legales existentes equivalentes, y ello teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores o categorías de trabajadores⁶².

De ese modo, la cláusula 5, apartado 1, del AM asigna a los Estados miembros un objetivo general, consistente en la prevención de tales abusos, dejándoles sin embargo la elección de los medios para alcanzarlo, mientras no ponga en peligro el objetivo o el efecto útil del AM. Sin embargo, la cláusula 5 del AM no enuncia sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos y se deja en manos de las autoridades nacionales adoptar medidas sancionadoras,

⁶¹ Sentencia de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C-184/15 y C-197/15, EU:C:2016:680, apartado 35 y jurisprudencia citada.

⁶² Sentencia de 7 de marzo de 2018, Santoro, C-494/16, EU:C:2018:166, apartado 27 y jurisprudencia citada).

medidas que deben ser proporcionadas, efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del AM.

De manera que la correcta aplicación de la cláusula 5 supone, en primer lugar, que los Estados Miembros adopten medidas concretas -las previstas en el propio AM o medidas equivalentes- para limitar la utilización sucesiva de contratos o relaciones de carácter temporal. Para el caso de que se produzca una utilización abusiva de la contratación temporal -bien por ausencia de medidas concretas de limitación, bien por incumplimiento de las mismas- son las autoridades nacionales las que deben adoptar medidas sancionadoras proporcionadas, efectivas y disuasorias.

La Ley 12/2001, de 9 de julio cumple, efectivamente, con esta obligación, e introduce novedades en el ET respecto de la duración máxima de los contratos temporales; así, los contratos por obra o servicio determinados tendrán una duración máxima de tres años⁶³; los contratos por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un periodo de doce meses⁶⁴, los contratos de sustitución de

⁶³ Ampliables hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial.

⁶⁴ Contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas. Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el periodo dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas



trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, por su parte, finalizan con la reincorporación del trabajador sustituido.

Así pues, el legislador español cumple con las exigencias de la cláusula 5 del AM y establece límites a la utilización sucesiva de la contratación temporal, fijando una duración máxima del contrato temporal y además, establece la sanción para el caso de superación de tales plazos: el trabajador deberá ser contratado por tiempo indefinido. Adicionalmente, el ET contiene una sanción específica en el caso de utilización fraudulenta del contrato, ya que adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos. Además, se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley⁶⁵.

Esta transposición de la Directiva 1999/70/CE, que llegó -en el límite del plazo establecido, pero llegó- al ET no se materializó, sin embargo, en favor del personal al servicio de la Administración: ni el AM ni el TREBEP fijan, en términos precisos, una limitación a la utilización de la contratación temporal y tampoco prevén sanción alguna imponible a la Administración en caso de utilización abusiva de la contratación temporal, lo que obliga al

circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el periodo máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido ni, como máximo, doce meses

⁶⁵ Artículo 15.2 y 15.3 del ET.

personal al servicio de la Administración a acudir a los Tribunales si quiere que la Administración cese en la utilización abusiva de la contratación temporal y, eventualmente, se sancione tal comportamiento.

Pero ¡ay!, la cláusula 4 y la cláusula 5 si bien comparten ambas un mismo y muy loable objetivo son muy diferentes: mientras la cláusula 4, garante de la igualdad entre trabajadores temporales y fijos goza del exquisito marchamo del efecto directo, la cláusula 5 carece de él⁶⁶, lo que convierte la falta de transposición de la Directiva por parte del legislador español en un fatal obstáculo para su aplicación.

Y precisamente por ello, porque la Directiva 1999/70/CE del Consejo no obliga a ello, la legislación española no contempla el abono de una indemnización al trabajador víctima del abuso en la utilización de la contratación temporal. Y porque la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE carece de efecto directo, resulta harto complicado, como veremos a lo largo de este último epígrafe, lograr que la Administración o los tribunales reconozcan tal indemnización.

7. 2. ASUNTOS C-184/2015 MARTÍNEZ ANDRÉS Y C-198/2017 CASTREJANA LÓPEZ. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Son estos dos de los asuntos más relevantes en cuanto al reconocimiento de la existencia de abuso en la

⁶⁶ Sentencia Impact, Asunto C-268/06 de 15 de abril de 2008, apartado 80.



contratación y sus posibles consecuencias, en los que se han dictado sentencias en los juzgados de lo contencioso-administrativo, el TJUE, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y, finalmente, el Tribunal Supremo. Los litigios fueron promovidos por trabajadores del Servicio de Salud del País Vasco-Osakidezta y el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz respectivamente, y ambos vieron desestimadas sus pretensiones ante los juzgados de lo contencioso-administrativo. Planteados sendos recursos de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, éste reenvió el debate en forma de cuestiones prejudiciales al TJUE -Asunto C-184/15, Martínez Andrés y Asunto C-197/15, Castrejana López-. Los asuntos se acumularon, dictándose Sentencia del TJUE el 14 de septiembre de 2016, sentencia de un notabilísimo impacto jurídico y mediático ya que considera que, en la medida en que no exista una medida equivalente y eficaz, la asimilación del personal que presta servicios para las Administraciones Públicas a los trabajadores indefinidos no fijos podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada⁶⁷. Además, estima que, una vez la autoridad judicial ha declarado la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, no se puede obligar al trabajador a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción adecuada⁶⁸.

Vinculada por esta interpretación, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ-PV dictó sendas sentencias, ambas de 12 de diciembre de 2016, estimando los recursos de apelación planteados y declarando que los trabajadores continuarían vinculados a la Administración demandada como personal indefinido

⁶⁷ Ibidem, párrafo 53.

⁶⁸ Ibidem, párrafo 64.

no fijo hasta que la plaza se cubriera reglamentariamente o se amortizara o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria. En el supuesto de resultar necesario el cese, el trabajador percibirá la indemnización señalada por el TJUE.

Ni que decir tiene que las sentencias son recurridas por el Servicio de Salud del País Vasco-Osakidezta y el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, que plantearon ante el TS sendos recursos de casación, recursos admitidos mediante Autos de 30 de mayo de 2017 (recurso 785/17) y 13 de junio de 2017 (recurso nº 1305/17), respectivamente. En ambos casos, las cuestiones de interés casacional son idénticas:

1.-Si, constatada una utilización abusiva de los sucesivos nombramientos la única solución jurídica aplicable es, en aplicación de forma analógica la jurisprudencia del orden social, la conversión de la relación de servicios en una de carácter indefinido no fija, o bien, si existen en nuestro ordenamiento otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces.

2.-Con independencia de la respuesta que se ofrezca a la cuestión anterior, si el afectado por la utilización abusiva de esos nombramientos tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento.

El 26 de septiembre de 2018, el TS dictó sendas sentencias nº 1425/18 (recurso casación nº 785/17) y 1426/18 (recurso de casación nº 1305/17) en las que se declara haber lugar, parcialmente a los recursos de casación interpuestos, sentencias con las que se aclaran



-¿definitivamente?- las consecuencias que para la Administración y el trabajador tiene la utilización abusiva de contratos de duración determinada.

La primera es, para decepción de los interinos, el frontal rechazo a la conversión del trabajador sujeto de abuso en indefinido no fijo, siendo la solución jurídica aplicable «la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella», hasta que la Administración cumpla en debida forma lo que ordena la normativa (determinación de las necesidades estructurales, justificación de la necesidad de su cobertura por personal interino, y adopción de las medidas oportunas en orden a evitar su perpetuación en las plazas)⁶⁹.

Mas halagüeña es la respuesta a la segunda cuestión de interés casacional planteada, resuelta en el Fundamento de derecho decimosexto⁷⁰:

«El/la afectado/a por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene derecho a indemnización. Pero el reconocimiento del derecho: a) depende de las circunstancias singulares del caso; b) debe ser hecho, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y c) requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por

⁶⁹ Una solución híbrida que no parece diferenciarse demasiado a la situación de la que partían los demandantes, que veían como su relación de interinidad se perpetuaba sin avizorar una solución definitiva.

⁷⁰ Sentencias nº 1425/18 (recurso casación nº 785/17) y 1426/18 (recurso de casación nº 1305/17), ambas de 26 de septiembre de 2018, FD decimosexto.

cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que solo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida.

Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues esta es su causa, y no a hipotéticas “equivalencias”, al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público».

Esta solución plantea no pocos interrogantes y complicaciones: en primer lugar, obliga al trabajador -a los trabajadores, a miles de ellos- a acudir a la vía judicial para acreditar el abuso en la contratación y para obtener la indemnización que lo sancione, lo que supone una importante carga de trabajo para los juzgados de lo contencioso-administrativo, en segundo lugar no garantiza soluciones homogéneas ni en cuanto al propio reconocimiento de la indemnización ni en cuanto a su cuantía⁷¹.

⁷¹ Descendiendo al caso concreto, encontramos, por ejemplo, la respuesta dada en la Sentencia nº 813/2019 de 8 de junio de 2020 del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 4 de Alicante que desestimó el reconocimiento de la indemnización-sanción al estimar que «[...]establecer una indemnización que fuera lo suficientemente eficaz y disuasoria y que además protegiera debidamente al empleado público, alcanzaría una cifra tan elevada que difícilmente podría ser satisfecha por la Administración». Se optó , entonces, por reconocer a la



8. 3. ASUNTO DE DIEGO PORRAS (Y III). CAMBIO DE TERCIO

La Sala de lo Social del TS lidiaba también con el toro del abuso en la contratación temporal, de modo que al plantear la cuestión prejudicial C-619/17 no consultó sólo sobre la posibilidad de reconocer una indemnización al personal temporal con ocasión del cese en aplicación de la cláusula 4.1 del AM, sino que amplió el debate y lo llevó a otro terreno, y es el de la contratación abusiva y las medidas disuasorias de la cláusula 5⁷². De esta manera, las cuestiones prejudiciales 2ª y 3ª son:

2 Para el caso de ser negativa la respuesta a la cuestión primera⁷³, ¿se enmarca dentro del ámbito de la cláusula 5 del AM una medida consistente en fijar una

recurrente su condición de empleada pública fija y el derecho a permanecer en el puesto de trabajo que desempeñaba con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables, pero sin adquirir la condición de funcionaria de carrera si bien la Sentencia fue revocada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia (Sentencia nº 371/21 de 19 de mayo de 2021, recurso de apelación nº 315/20).

⁷² En palabras del propio TS: «De ahí que en el auto por el que elevábamos la cuestión prejudicial, entendiéramos necesario agotar también otros posibles puntos de aproximación a la cuestión y despejar las dudas sobre si la ley española hubiera podido incidir en un inadecuado cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 5 del AM, con la cual se persigue imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada».

⁷³La primera cuestión prejudicial planteaba la posibilidad de reconocer la indemnización por finalización del contrato por causas objetivas al contrato de interinidad del art. 15 del ET y la respuesta fue, efectivamente, negativa.

indemnización de 12 días por año trabajado, a percibir por el trabajador a la finalización de un contrato temporal aun cuando la contratación temporal se haya limitado a un único contrato?

3. De ser positiva la respuesta a la cuestión segunda, ¿es contraria a la cláusula 5 del AM una disposición legal que reconoce a los trabajadores de duración determinada una indemnización de 12 días por año trabajado a la finalización del contrato, pero excluye de la misma a los trabajadores de duración determinada cuando el contrato se celebra por interinidad para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo?»

El TS partiendo de la existencia de abuso en la contratación, se pregunta sobre la posibilidad de sancionarlo reconociendo al trabajador una indemnización, la prevista en el artículo 49.1 c) del ET, una indemnización que, como ya sabemos, se abona siempre a la finalización de los contratos por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio, independientemente de que haya o no abuso en la contratación. Con estas preguntas se sortea la solución tradicional -en el ámbito de lo social, no lo olvidemos- de conversión de la relación temporal abusiva en una contratación indefinida no fija para explorar la opción de la indemnización y, de otra parte, se busca una cuantificación objetiva de la posible indemnización.

3 A) La sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018.
Primer asalto



Esta novedosa propuesta del TS es analizada por el TJUE en su sentencia de 21 de noviembre de 2018 desde dos vertientes:

De una parte, se recuerda al TS que⁷⁴:

«no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que esta tarea incumbe a los tribunales nacionales competentes, que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del AM [...]

Por tanto, incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que estas constituyan una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada[...]

Minipunto para el TS, que parece que ve despejada la senda para indemnizar al trabajador víctima de abuso en la contratación con una cuantía y hacerlo además en una cuantía predeterminada, objetivada.

Sin embargo, el TJUE no pierde la oportunidad de hacer uso de sus competencias y atribuciones y da una larga cambiada cuando recuerda que: «puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar a dicho órgano jurisdiccional en su apreciación»

Precisiones y orientaciones nada baladíes, pues en los párrafos 92 a 94 se hace constar:

⁷⁴ Párrafos 89 y 90.

«A este respecto, procede señalar que una medida como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencimiento del término por el cual dichos contratos fueron celebrados, no forma parte, a primera vista, de una de las categorías de medidas destinadas a evitar los abusos y a las que se refiere la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del AM.

Una medida nacional de este tipo no parece constituir una “medida legal equivalente para prevenir los abusos”, en el sentido de dicha disposición.

El abono de una indemnización por extinción de contrato, como la contemplada en el artículo 49, apartado 1, letra c), del ET, no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del AM, consistente en prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada. En efecto, tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada»

El lenguaje está medido al milímetro y expresiones como «no forma parte, a primera vista», «no parece constituir» o «parece ser independiente», hacen que la respuesta a la segunda cuestión prejudicial contenga varios niveles de lectura:

«Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que la cláusula 5 del AM debe interpretarse en el sentido de que incumbe al tribunal nacional apreciar, conforme a todas las normas del Derecho nacional aplicables, si una



medida como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencer el término por el que dichos contratos se celebraron, constituye una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de dicha disposición».

Es decir, que queda en manos del TS, apreciar si la indemnización en cuestión constituye una medida adecuada para sancionar los abusos derivados de la utilización abusiva de la contratación temporal, pero, a su vez, ha de realizar tal apreciación de acuerdo con las precisiones («no parece constituir», «a primera vista», «parece ser independiente») del propio TJUE. Un poco más adelante veremos como se enfrentó el TS a este encaje de bolillos.

Aun nos queda analizar la respuesta del TJUE a la tercera cuestión prejudicial (recordemos: en caso de ser positiva la segunda -que lo es, si bien con condiciones- ¿es contrario a la cláusula 5 denegar tal indemnización a una modalidad concreta de contrato temporal?).

El TJUE recuerda al TS⁷⁵, en primer lugar, que el ordenamiento interno puede establecer medidas efectivas para sancionar los abusos en el uso de la contratación temporal distintas en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado (es decir, la indemnización no es la única vía posible):

⁷⁵ Párrafos 97 a 100.

«[...] en principio la cláusula 5 del AM no se opone a que la apreciación de la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado, siempre que el ordenamiento jurídico interno del estado miembro de que se trate cuente con otra medida efectiva para sancionar los abusos en dicho sector o categoría de personal[...].»

La respuesta, como en el caso de la cuestión prejudicial segunda, da una de cal y otra de arena:

«Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que, en el supuesto de que el tribunal nacional declare que una medida como la controvertida en el litigio principal [...] constituye una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de la cláusula 5 del AM, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada que pertenezcan a ciertas categorías da lugar al abono de esta indemnización, mientras que el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada perteneciente al resto de categorías no implica el abono a los trabajadores con dichos contratos de indemnización alguna, a menos que no exista ninguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para prevenir



y sancionar los abusos respecto de estos últimos trabajadores, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional»

Las pistas no pueden ser ya mas claras, y las señales enviadas por el TJUE son difíciles de ignorar: es el legislador el responsable de establecer las medidas para prevenir y sancionar la utilización abusiva de la contratación temporal. En ausencia de tal previsión legislativa, es el tribunal nacional el que debe comprobar si otras medidas previstas por el legislador -en este caso, la indemnización por finalización del contrato- son o no adecuadas para prevenir y sancionar los abusos⁷⁶ y es el tribunal nacional el que, eventualmente, puede extender tales medidas a categorías de trabajadores⁷⁷ que, en principio no estaban amparadas por tales medidas.

3 B) La respuesta del TS. Sentencia de 13 de marzo de 2019

La sentencia del TS recoge la jurisprudencia del TJUE, y definitivamente deniega el abono de una indemnización con el objetivo de sancionar el uso abusivo de la contratación temporal, ratificándose en la tradicional solución de conversión del contrato temporal en indefinido y lo hace en estos definitivos términos: «Ciertamente, la mera imposición de una indemnización, como la establecida para los otros contratos temporales, no sólo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasorio frente a esa utilización abusiva de la

⁷⁶ Recordemos las precisiones del TJUE: «no parece constituir», «a primera vista», «parece ser independiente».

⁷⁷ ¿Podríamos incluir en ese «resto de categorías» al personal al servicio de la Administración sujeto a relación estatutaria?

contratación temporal en tanto que la misma, precisamente por partir de la regularidad de estos contratos, se configura como una indemnización inferior a la que se reconocería al contrato temporal fraudulento. Como hemos indicado, la medida adoptada en nuestro ordenamiento nacional para satisfacer la obligación de la cláusula 5 de la Directiva se halla en la conversión en indefinido de todo contrato celebrado de modo abusivo o en fraude de ley, lo que provoca una sanción para el empresario mucho más gravosa que la de la indemnización de 12 días»

Orden Social y Contencioso dan, pues, una diferente solución a un mismo mal endémico: mientras que el trabajador temporal sujeto al Estatuto de los Trabajadores víctima de abuso verá su contrato convertido en indefinido no fijo, el trabajador interino sujeto al TREBEP tendrá que litigar por una incierta- en cuanto a su reconocimiento y su cuantía- indemnización.

9. 4. ASUNTOS C-177/18 BALDONEDO MARTÍN Y C-429/18 FERNÁNDEZ ÁLVAREZ: NO VA MÁS

La fórmula de la indemnización-sanción se va, pues, perfilando como la solución al abuso en la contratación, si bien los juzgados de lo contencioso siguen perseverando en la búsqueda de una fórmula que permita fijar la indemnización-sanción de forma objetiva. Aunque a estas alturas del debate parezca que los órganos judiciales españoles han explorado todas las posibilidades de reconocimiento de una indemnización por cese al funcionario interino, aún queda una última



bala: la indemnización por despido improcedente del artículo 56 del ET (treinta y tres días por año de servicio).

En la tercera de las cuestiones prejudiciales planteadas en el Asunto C-177/18 Baldonado Martín ya citado, el Juzgado de lo contencioso nº 14 de Madrid planteó si sería acorde con los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70/CE, como medida para prevenir el abuso y eliminar la consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión, en caso de que el empleador no dé fijeza al trabajador, reconocer a su favor una indemnización, equiparable a la de despido improcedente (prevista en el artículo 56 del ET y ajena por tanto, a los marcos de funcionamiento de la relación entre las administraciones públicas a su servicio).

El Gobierno español se opuso a la admisión de esta tercera cuestión prejudicial, ya que el asunto Baldonado Martín no versa sobre la utilización de sucesivos contratos ni la existencia de abusos en el sentido de la cláusula 5⁷⁸, y es jurisprudencia constante del TJUE que la tan mencionada cláusula del AM sólo es aplicable en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Para desesperación de los interinos de larga duración, el TJUE admite la causa de inadmisibilidad⁷⁹ y al no pronunciarse sobre la propia

⁷⁸ Se trataba de una interina que había ocupado, sujeta a un único nombramiento durante un dilatado periodo de tiempo, la misma plaza.

⁷⁹ Esta interpretación ha sido, no obstante, objeto de matización en la reciente sentencia de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19) con cita de la de 11 de febrero de 2021 (Asunto C-760/18), en el sentido de que «considerar que no existen “sucesivas relaciones laborales de duración determinada” por la única razón de que el primer contrato de trabajo de duración determinada hubiera sido prorrogado automáticamente en una situación en la que , además, el

existencia del abuso, deja sin resolver igualmente, la posibilidad de que la indemnización por despido improcedente pueda ser una solución adecuada.

Con origen en el mismo juzgado de lo contencioso administrativo nº 14 de Madrid, el 8 de junio de 2018 se plantearon ante el TJUE un total de siete cuestiones prejudiciales, si bien en lo que a este trabajo interesa, nos detendremos en la séptima de ellas. Una pregunta idéntica en su redacción a la formulada en el Asunto C-177/18 Baldonado Martín aunque la diferencia en los presupuestos fácticos es determinante: en el asunto C-429/18 Fernández Álvarez sí que se ha producido -así lo considera acreditado el órgano judicial en el breve relato de los hechos contenido en el Auto de remisión- una sucesión de contratos temporales y, por tanto, abuso en la contratación.

Y el propósito perseguido con el planteamiento de esta cuestión es reconocido por la propia juzgadora, que no da puntada sin hilo: «advirtiendo el obstáculo que existe para que esa sanción (la fijeza) pueda ser posible, busca e introduce otra posible sanción, equivalente, sobre la

mantenimiento de modo permanente de dicho trabajador en una plaza vacante sobre la base de una relación de servicio de duración determinada se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente esa plaza vacante, de modo que , por consiguiente, su relación de servicios ha sido renovada implícitamente durante varios años, puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil del mencionado Acuerdo».



que no recaigan impedimentos expresos en el Derecho nacional para poder considerarla adecuada».

De manera que, ahora si -y parece que de manera definitiva-, el TJUE debe pronunciarse al respecto, y lo hace en su Sentencia de 19 de marzo de 2020 y fija -por enésima vez- los requisitos que ha de reunir la indemnización propuesta para constituir la tan buscada «medida legal equivalente»:

En primer lugar, la concesión de la indemnización debe tener específicamente por objeto compensar los efectos de a utilización abusiva de la contratación temporal⁸⁰. Además, es necesario que sea proporcionada, y lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de la cláusula 5⁸¹. En estas circunstancias, y en la medida en que el Derecho español permita la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente corresponde a los juzgados remitentes determinar si tal medida es adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar el abuso⁸².

⁸⁰ En este sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17, apartados 94 y 95.

⁸¹ En este sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17, apartado 87 y jurisprudencia citada.

⁸² Con estos mimbres debe el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 14 de Madrid tejer una respuesta, respuesta en la que además debe afrontar un curioso giro de guion: en una suerte de *aut Caesar aut nihil* el abogado de las demandantes excluye, de forma categórica, que sea posible esta sanción-indemnización, con lo que, y aunque la Magistrada-Juez está cierta de que esta sanción, excluida la de la fijeza, es la única posible y que cumpliría todos los requisitos fijados por el TJUE (proporcionada, efectiva y

IV. AL FIN, LA RESPUESTA LEGAL.

El Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público⁸³ aborda, al fin, la reforma del TREBEP para adecuarlo a la Directiva 1999/70/CE, del Consejo. El Real Decreto contiene toda una batería de medidas dirigidas a prevenir el abuso en la contratación temporal, si bien nos detendremos, exclusivamente, en las relacionadas con el objeto de nuestro trabajo.

La posibilidad de obtener algún tipo de indemnización o compensación económica con ocasión de la finalización ordinaria y legal de la relación laboral temporal, ya rechazada en vía judicial, se ciega definitivamente con la contundente nueva redacción del artículo 10.3 del TREBEP: En todo caso, la Administración formalizará de oficio la finalización de la relación de interinidad por cualquiera de las siguientes causas, además de las previstas en el artículo 63, sin derecho a compensación alguna:

- a) Por la cobertura reglada del puesto por personal funcionario de carrera a través de cualquiera de los procedimientos legalmente establecidos.
- b) Por razones organizativas que den lugar a la supresión o a la amortización de los puestos asignados.

disuasoria) no puede imponerla, so pena de incurrir en incongruencia, al pronunciarse sobre extremos al margen de lo suplicado por la parte actora (Sentencia nº 286/2020 de 29 de junio de 2020 ,PA 125/17)

⁸³BOE nº 161, de 7 de julio de 2021. En el momento de cierre de este artículo, pendiente de convalidación en el Congreso de los Diputados.



- c) Por la finalización del plazo autorizado expresamente recogido en su nombramiento.
- d) Por la finalización de la causa que dio lugar a su nombramiento.

Con todo, la solución más esperada es la relativa al abuso en la contratación y las sanciones asociadas a ella.

En cumplimiento de las directrices del TJUE, la norma ha de fijar, en primer lugar, la duración máxima del nombramiento de un interino en plaza vacante que en la nueva redacción del artículo 10 del TREBEP es como regla general, de tres años, siendo obligatorio que estas plazas sean objeto de cobertura mediante cualquiera de los mecanismos de provisión o movilidad.

Transcurridos tres años desde el nombramiento del personal interino se producirá el fin de la relación de interinidad y la vacante solo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera, salvo que el correspondiente proceso selectivo quede desierto, en cuyo caso se podrá efectuar otro nombramiento de personal funcionario interino. Excepcionalmente, el personal funcionario interino podrá permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria dentro del plazo de los tres años, a contar desde la fecha del nombramiento del funcionario interino. En este supuesto podrá permanecer hasta la resolución de la convocatoria, sin que su cese dé lugar a compensación económica.

Con estos mecanismos combinados el legislador espera impedir, a futuro, las tan comunes largas interinidades que, en la administración general se han prolongado a veces durante décadas.

Y para el caso de que la interinidad se alargue injustificadamente, por incumplirse el plazo máximo de

permanencia, en la nueva Disposición Adicional decimoséptima del TREBEP se reconoce el derecho a una compensación⁸⁴ -no la llama indemnización- equivalente a veinte días de las retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades. El derecho a esta compensación nacerá, eso sí, a partir de la fecha del cese efectivo y la cuantía estará referida exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento.

Para los trabajadores temporales sujetos al derecho laboral, se reconoce también una compensación, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica. La compensación consistirá en la diferencia entre el máximo de 20 días de salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera por la extinción de su contrato. Como en el caso del personal interino, la indemnización solo se reconocerá, en su caso, tras el cese efectivo y la cuantía estará referida al contrato del que traiga causa el incumplimiento.

Estas importantes novedades, no obstante, serán de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma del TREBEP, es decir, desde el 8 de julio de 2021.

⁸⁴ Solución decepcionante para los interinos, que habían rozado el cielo de la fijeza con la punta de los dedos.



¿Qué ocurre, entonces, con el personal que ahora mismo trabaja al servicio de la Administración y se encuentra, potencialmente, en situación de abuso? El Real Decreto 14/2021 le da una muy particular salida: regula en su artículo 2 los procesos de estabilización de empleo temporal que deberán convocarse y resolverse antes de finalizar el año 2024 y en los que deben incluirse las plazas de naturaleza estructural que hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020. Estos procesos de estabilización no están, como reclamaban los interinos, cerrados a la participación de otros aspirantes y si bien prevén una fase de concurso con un importante peso en la puntuación total (un cuarenta por ciento), lo cierto es que nada garantiza al interino la obtención de la plaza. En el caso de que el interino en activo no supere el proceso selectivo y vea finalizada, por tanto, su relación con la Administración recibirá una compensación económica equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades. Asimismo, las convocatorias podrán prever, para quienes no superen el proceso, su inclusión en bolsas de interinos específicas o su integración en bolsas ya existentes.

Importantes novedades que, sin embargo, no serán de inmediata aplicación a todo el personal temporal al servicio de la Administración, ya que el Real Decreto-Ley deja que la adecuación de la legislación específica del personal docente y del personal estatutario de los servicios de salud -dada la especial complejidad de la temporalidad en estos sectores- se realice en el plazo de un año desde la entrada en vigor del mismo. Si tenemos en cuenta, además, que el grueso del personal temporal presta servicios en el sector público de las Comunidades

Autónomas y que son, precisamente, el sector docente y el de la salud, cuya gestión está transferida, los que suman la mayor cantidad de estos trabajadores, la reforma, en los términos en que ahora mismo ha entrado en vigor, afecta a un número casi testimonial de trabajadores⁸⁵.

CONCLUSIONES

Desde la ya lejana sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2007⁸⁶ muchas y muy diferentes han sido las batallas libradas por el personal temporal al servicio de la Administración, logrando importantes victorias: nadie puede negar ya que la Directiva 1999/70/CE les es de plena aplicación y, en particular la cláusula 4 del AM que proscribía la discriminación del personal temporal respecto al personal fijo comparable les ha deparado triunfos incontestables: trienios, sexenios y, en general todo tipo de complementos retributivos; permisos,

⁸⁵ Si bien en el total de las Administraciones públicas los funcionarios de carrera suponen un 53,31%, su distribución es muy desigual: en el sector público del Estado el porcentaje de funcionarios de carrera alcanza el 81,13%, mientras que en las Comunidades Autónomas desciende al 51,83%, un porcentaje aún más bajo -32,71%- en la Administración Local. Correlativamente, el personal temporal se encuentra, fundamentalmente, al servicio de las Comunidades Autónomas, con una mayor implantación en los sectores de educación y sanidad. Fuente: Boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas, enero 2021 <https://www.mptfp.gob.es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rcp/boletin.html>, página visitada el 11 de julio de 2021.

⁸⁶ Asunto C-307/05, del Cerro Alonso.



licencias, excedencias; promoción y carrera profesional: una a una, cada una de estas demandas ha sido satisfecha colocando al interino en pie de igualdad frente al funcionario de carrera. Sin embargo, una de esas «condiciones de trabajo», la indemnización con ocasión de la finalización de la relación laboral se ha resistido, tenaz, a los interinos.

Se ha explorado la posibilidad de obtener una indemnización al amparo del principio de no discriminación de la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE enlazándola, incluso, con los artículos 151 y 153 del TFUE y la Carta Social europea; una pretensión imposible, precisamente, por la inexistencia de tal indemnización a favor del trabajador fijo al servicio de la Administración y que, definitivamente ha desechado el legislador en el Real Decreto 14/2021.

Más recorrido ha tenido el reconocimiento de una indemnización al amparo de la cláusula 5 y sus medidas contra el abuso en el uso de la contratación temporal, que después de un largo y tortuoso periplo judicial, ha dado lugar a la reforma legislativa ya reseñada.

Ahora bien, la Disposición Transitoria 2ª del Real Decreto 14/2021 de 8 de julio limita los efectos de la reforma del TREBEP -y entre estos efectos está la determinación de la duración máxima de la interinidad y la compensación económica en caso de su superación- respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma del TREBEP. De esta manera, el legislador concede a la Administración una preciosa tregua, pues las primeras compensaciones no se abonarán, como pronto, hasta el verano de 2024. Pero, además, la reforma legislativa anuda el reconocimiento de la compensación al cese, de manera que el interino que entienda que está siendo

víctima de abuso no puede actuar, desde esa posición, contra la Administración, sino que tiene que esperar hasta que el cese se produzca.

No es extraño, por tanto, que los interinos que ahora, en este momento, prestan servicios en la Administración y que han llevado todo el peso de la batalla judicial y mediática que ha dado lugar a la reforma del TREBEP se muestren decepcionados -cuando no directamente traicionados- por esta reforma.

Y es que, en teoría, cualquiera de estos interinos podría cesar mañana mismo por cualquiera de las causas legalmente establecidas sin derecho a indemnización o compensación alguna, sin encaje en ninguna de las previsiones del Real Decreto 14/2021. ¿Significa esto que se verán abocados, ineluctablemente a buscar el amparo de los juzgados y tribunales -otra vez- para que sea reconocida la situación de abuso y la correspondiente indemnización? ¿Y cuál será su cuantía? ¿Optarán los órganos jurisdiccionales por aplicar analógicamente la compensación del Real Decreto-Ley 14/2021 o acudirán a las directrices que, en su día apuntó el TS en sus sentencias de 26 de septiembre de 2018?

Cierto es que se les ofrece la alternativa del proceso de consolidación, pero la obligación de competir en un proceso selectivo, por muy generosa que sea la valoración del tiempo de trabajo, no deja de ser un premio de consolación cuando, en un momento no tan lejano, se aspiró seriamente a la fijeza.

¿Y en el caso de que no se supere el proceso selectivo? La compensación económica para el interino que no



supere el proceso de consolidación se parece, sospechosamente, a la reconocida a la que recibirán los interinos que hayan superado los plazos máximos de contratación tras la entrada en vigor de la reforma del TREBEP, lo que no deja de ser- o de parecer- un reconocimiento implícito de la situación de abuso que, también ellos, han padecido. Por otra parte, se deja en manos de la administración convocante decidir si desea seguir contando con estos trabajadores, puesto que su inclusión en las bolsas -específicas u ordinarias- es potestativa y tendrá que ser prevista, expresamente, en cada convocatoria.

No queda claro si el legislador pretende o prevé que tales opciones sean incompatibles - o indemnización o inclusión en las bolsas- aunque, desde luego, la posibilidad de que un interino, tras no superar un proceso selectivo, perciba una indemnización y, en el mismo momento, se incorpore a una bolsa de trabajo para ser llamado más o menos inmediatamente se antoja cuanto menos, extravagante.

El personal temporal al servicio de la Administración ha librado una larga y agotadora contienda, administrativa primero, judicial después. Demanda a demanda se han ido alumbrando nuevos y esperanzadores caminos, sentencia a sentencia, se han apagado los débiles faros que los iluminaban, hasta llegar, finalmente, a un, para muchos, decepcionante callejón sin salida.

BIBLIOGRAFÍA

CASAS BAAMONDE, M.E.: «El derecho de los trabajadores con contrato de interinidad a la indemnización por la finalización de su contrato por causa objetiva prevista en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores para los trabajadores fijos. La

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Décima, de 14 de septiembre de 2016, C- 596/14, Ana de Diego Porras y Ministerio de Defensa». Madrid, a 22 de septiembre de 2016.
<https://ejaso.com/blog/maria-emilia-casas-analiza-la-ultima-sentencia-del-tjue>

FUENTETAJA, J.:(2020). "La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización". Revista de Administración Pública, 212, 201-230., página 206. doi:
<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.07>

MALARET i GARCIA, E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público, la modernización administrativa en el Estado de las Autonomías: un proceso en construcción" Revista Vasca de la Administración Pública, nº 84-2009

MANGAS MARTÍN, A et al.: «Instituciones y derecho de la Unión Europea» Tecnos. Madrid, 6ª edición, 2010.

EL ESTADO ACTUAL DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE CARÁCTER MEDIOAMBIENTAL¹

THE CURRENT STATUS OF ENVIRONMENTAL AWARD CRITERIA

D. Diego Manuel Arcis Flor

Graduado en Derecho y Máster en Contratación Pública
en la Universidad de Castilla-La Mancha.

RESUMEN: Mediante la elaboración de este artículo se pretende dar una visión de la situación en la que se encuentran los Criterios Medioambientales de Adjudicación y la Contratación Pública Ecológica, tanto previamente a la entrada en vigor de la Ley 9/2017 de

¹ Comunicación presentada en el Congreso Internacional sobre Contratación Pública: nuevos retos de la compra pública, celebrado en el Campus de Cuenca de la Universidad de Castilla-La Mancha en enero de 2020.



Contratos del Sector Público, como posteriormente tras su aplicación.

PALABRAS CLAVE: contratación pública ecológica, criterios medioambientales, criterios de adjudicación, certificados medioambientales, tribunales administrativos de recursos contractuales.

ABSTRACT: Through the creation of this article, it is intended to give a vision of the situation where the Environmental Award Criteria and Green Public Procurement are in, both prior to the entry in force of Law 9/2017 on Public Sector Contracts and later after application.

KEY WORDS: green public procurement, environmental criteria, award criteria, environmental certificates, administrative courts of contractual appeals.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN – I.- LA INVARIABILIDAD EN LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN MEDIOAMBIENTALES. – II.- EMPLEO DE CERTIFICADOS COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN. – CONCLUSIONES. – BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La elaboración del presente artículo tiene como objetivo dar una visión de la situación actual en la que se encuentran los criterios de adjudicación de carácter medioambiental en la Contratación Pública de España, dividiéndose el mismo en dos apartados, dedicando el primero a la exposición de información y datos de los

últimos años hasta la actualidad, así como también destacar las recomendaciones y aspectos que pueden llegar a mejorarse, y el segundo apartado irá dirigido a tratar el problema existente en un uso inadecuado de los certificados de garantía y gestión medioambiental en los criterios de adjudicación.

I.LA INVARIABILIDAD EN LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN MEDIOAMBIENTALES

Dentro de este primer apartado se va a tratar de exponer la situación en la que se encuentran los criterios de adjudicación relativos al medioambiente, tanto en el año 2017, como en el año 2018 hasta la actualidad, teniendo como punto intermedio la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), debiendo advertir que el período de 2018 hasta la actualidad únicamente se podrá analizar de manera general, pues los informes carecen de datos sobre la contratación pública ecológica.

Comenzando con el año 2017, podemos observar que en el Informe Relativo a la Contratación Pública en España de este año se indica que del volumen total de la contratación pública nacional únicamente un 12% incluye criterios de contratación ecológica². Se destacan como los principales problemas referidos a criterios de

² Informe Relativo a la Contratación Pública en España. 2017. Pág. 75. Disponible en: <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/b73beca9-843f-43e4-bc89-09de10471717/2017+PUBLIC+PROCUREMENT+REPORT-SPAIN+.pdf?MOD=AJPERES>



adjudicación de carácter medioambiental los siguientes: la dificultad existente en la definición de los criterios de adjudicación medioambientales; la no existencia de mecanismos o valoraciones oficiales en materia de ciclo de vida, siendo ello necesario para realizar un seguimiento de los productos a lo largo de todo su ciclo de vida y poder así analizar los costes de ciclo de vida de los productos y servicios que se desean contratar; la falta de formación y conocimientos de los técnicos para la adecuada inclusión de criterios medioambientales en los pliegos del contrato; y por último la dificultad en identificar los requisitos ecológicos que realmente impactan en la mejora ambiental del producto o servicio³.

Prosiguiendo con el siguiente período, que comprende desde el año 2018, en el que entra en vigor la LCSP 9/2017, hasta la actualidad, se toma como referencia para su análisis el Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España de 2019 elaborado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (en adelante, OIREscon), en el que se expresa que, en general, nos encontramos ante la ausencia de un uso estratégico de la contratación pública⁴, pudiendo destacar el análisis realizado a 61 procedimientos de adjudicación, de contratos de concesión de servicios relativos al Anexo IV LCSP (Servicios sociales, sanitarios, educativos y culturales entre otros), pertenecientes

³ Informe Relativo a la Contratación Pública en España. 2017. Pág. 74.

⁴ Resumen Ejecutivo del Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España. 2019. Pág. 2. Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREsSuC/INFORME%20ANUAL%20SUPERVISION/RESUMEN%20EJECUTIVO%20-%20INFORME%20ANUAL%20-%20ESPA%C3%91OL.pdf>

tanto a la Administración General del Estado, a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, en el año de 2018, siendo ya aplicable la LCSP 9/2017 a dichos procedimientos, obteniendo como resultado que sólo un 39% de los procedimientos analizados realizan una valoración cualitativa superior al 50% respecto del total de criterios de adjudicación empleados⁵. Es decir, existe un 61% de los procedimientos mencionados en los que se sigue haciendo uso del precio económico como criterio de mayor valoración, produciéndose con ello una aplicación bastante reducida tanto del criterio de "mejor relación calidad-precio" que se establece en el artículo 145 LCSP, de criterios como el coste del ciclo de vida del artículo 148 LCSP o los criterios medioambientales, sociales y de innovación expresados en el apartado segundo del artículo 145 LCSP. Además se produce un especial incumplimiento del apartado cuarto del artículo 145 LCSP en el 61% de los procedimientos objeto de análisis, pues se indica que en este tipo de contratos los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, un 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas. Este análisis nos sirve para obtener una mejor visualización de la situación en la que se encuentra la aplicación de los criterios de adjudicación, en general, y la ausencia del uso estratégico en la contratación pública, a la cual ya se ha hecho referencia.

⁵ Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España. 2019.
Págs. 84 a 87. Disponible en:
https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReSuC/INFORME%20ANUAL%20SUPERVISION/INFORME_SUPERVISION_OIRESCON_2019.pdf



Continuando con los tribunales administrativos de recursos contractuales (en adelante, TARC) como órganos de control interno, se pretende dar una visualización de la situación que se presenta en el transcurso de 2018, siendo la totalidad de los recursos que han sido presentados ante los TARC de 3.717 recursos, de los que un 42,94% (1.596) se corresponde con la adjudicación y un 28,89% (1074) con los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), siendo con ello el primer y tercer objeto de los recursos⁶. A su vez, de la totalidad de recursos estimados, los relativos a la adjudicación son los primeros, con un 41%, y los dirigidos contra los PCAP los segundos, con un 32%. Centrándonos en los recursos que tratan los PCAP podemos observar que se han analizado 668 recursos, de los cuales un 28% (187) van dirigidos a los criterios de adjudicación, siendo con ello la principal causa de los recursos contra los PCAP⁷, pudiéndose hacer notar, además, que dentro de los 668 recursos sobre PCAP, se estimaron un total de 191, correspondiendo un 37,70% (72) de las estimaciones a los criterios de adjudicación, colocándolos en primer lugar. Tras conocer los datos de los análisis expuestos y los resultados cruzados que se han producido, entre mayor porcentaje como objeto de los recursos y mayor porcentaje en estimación de los mismos, se puede concluir en que tanto la adjudicación, como los PCAP y la redacción y definición de los criterios de adjudicación han de ser considerados como áreas de riesgo y principales problemas que presenta la contratación pública al finalizar la actividad de 2018, debiendo de prestar especial cuidado y atención, los órganos de contratación,

⁶ Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España. 2019. Pág. 224.

⁷ Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España. 2019. Pág. 229.

para evitar y reducir el número de irregularidades en estos casos⁸.

Siguiendo con los órganos de control externo, se presenta un análisis que utiliza todos los informes emitidos por dichos órganos respecto a irregularidades en la contratación a nivel autonómico, durante los ejercicios de 2018 y 2019, hasta septiembre, obteniendo como resultado que las irregularidades con mayor presencia en los informes corresponden a deficiencias en los criterios de adjudicación con un 52,11% sobre la totalidad de los informes, pudiendo destacar como principales irregularidades la insuficiente concreción y definición de los criterios de adjudicación en los PCAP y de las reglas de valoración de los mismos⁹.

Después de conocer la situación en ambos períodos se puede observar que, tanto en general como también en lo relativo a los criterios de adjudicación de carácter medioambiental, se siguen presentando las irregularidades que nos encontrábamos en el período de 2017, además de poder añadir que no se aplica una ponderación mayoritaria en criterios de calidad, incumpliendo así con el criterio de "mejor relación calidad-precio", implicando con ello la pérdida de la posibilidad de obtener mejores productos y servicios, y del uso estratégico que se debería hacer de la contratación pública¹⁰. En relación a la profesionalización

⁸ Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España. 2019. Págs. 232 a 234.

⁹ Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España. 2019. Págs. 335 y 336.

¹⁰ Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España. 2019. Pág. 366.



de la contratación, se indica en el informe que los programas de formación son claramente insuficientes respecto a la gran demanda formativa que se ha ido acumulando, tanto previamente como posteriormente a la entrada en vigor de la LCSP 9/2017, además de no impartirse una formación que profundice y vaya dirigida a la especialización¹¹, siendo este tipo de formación especialmente necesario para disponer de un conocimiento y aptitud adecuada y con ello poder realizar un correcto uso estratégico de la contratación, incluyéndose en el mismo a la contratación pública ecológica y a los criterios de adjudicación de carácter medioambiental.

Por último, se indican las recomendaciones que hace la OIREscon en su Informe de 2019, en concreto, las dirigidas a: los criterios de adjudicación, aconsejando que se realice una redacción clara y definida de los mismos y se trate de realizar una buena práctica, incluyendo en todos los contratos criterios de adjudicación relacionados con la mejora de la calidad de las futuras prestaciones¹²; la profesionalización, en la que se requiere una mayor y mejor oferta formativa que cuente con especializaciones, así como también evaluar el grado de satisfacción y utilidad que las actividades de formación aportan a los puestos de trabajo para poder focalizar las mismas en las necesidades reales y perspectivas profesionales de los empleados públicos, pudiendo destacar entre las materias a las que se ha de dedicar un mayor esfuerzo en la formación a la redacción de pliegos, la preparación del contrato y la contratación

¹¹ Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España. 2019. Pág. 368.

¹² Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España. 2019. Pág. 371.

estratégica¹³. No formando ya parte de las recomendaciones de la OIREscon, pero que, aun así, debería de considerarse como otra más, es el apunte que hace ALONSO GARCÍA¹⁴ sobre la inexistencia del aspecto medioambiental en los criterios de desempate para los supuestos en que dos o más ofertas obtengan la misma valoración tras la aplicación de los criterios de adjudicación, pudiendo considerar su inclusión dentro del artículo 147 LCSP, pues sería más coherente contar con criterios medioambientales en caso de que el objeto del contrato causase un impacto relevante en el medioambiente, pudiendo elegir así la oferta más beneficiosa en este sentido y con un impacto más reducido.

II. EMPLEO DE CERTIFICADOS COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN

Con este apartado se pretende dar una visión de la situación de gravedad que presenta el criterio con mayor presencia (valoración sobre la posesión de certificados de garantía y gestión medioambiental y energética) en varias resoluciones de los TARC¹⁵ que se han analizado, desde 2018 hasta diciembre de 2019, y que tienen por objeto a los criterios de adjudicación de

¹³ Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España. 2019. Págs. 195, 372 y 373.

¹⁴ *Cfr.* ALONSO GARCÍA, M.C.: "Contratación Pública Ecológica", en GALLEGO CÓRCOLES, I. (Coord.) y GAMERO CASADO, E. (Coord.): Tratado de Contratos del Sector Público. Capítulo LIII. Volumen III. Tirant lo Blanch. 2018. Págs. 2692 y 2693.

¹⁵ Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.



carácter medioambiental, realizándose una aplicación inadecuada de este criterio, pues como se viene indicando en una amplia doctrina del TACRC¹⁶ *“los certificados de cumplimiento de normas de garantía de calidad y de gestión ambiental son modos de acreditar la solvencia técnica de las empresas, o, si se prefiere, su aptitud para ejecutar el contrato, con lo que, por ser tales, no pueden ser empleados como criterio de valoración de las ofertas”*¹⁷, correspondiendo la acreditación de la solvencia y la valoración de las ofertas a diferentes fases de la contratación, comprobando a través de la solvencia si los licitadores tienen la aptitud y capacidad de ejecutar correctamente la prestación objeto del contrato. Es por ello, que en la posterior valoración de las ofertas no se podrá requerir o valorar condiciones subjetivas de los licitadores, pues lo que únicamente se trata en ésta fase es lo relativo a la oferta¹⁸. Pero aun con la existencia de la doctrina del TACRC sobre esta materia, en la actualidad, se sigue manteniendo este incorrecto empleo en la redacción y definición de criterios de adjudicación de carácter medioambiental en los PCAP, siendo algunas de las resoluciones, que muestran el uso inadecuado que se hace de los certificados en este tipo de criterios, las siguientes: las del TACRC nº 389/2019, nº 875/2019, nº

¹⁶ Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

¹⁷ Resolución nº 405/2018, de 23 de abril, TACRC. De igual modo. *Vid.* Sentencias TJCE de 19 de junio de 2003 – asunto C-315/01-, 24 de enero de 2008 –asunto C-532/06- y 12 de noviembre de 2009 – asunto C-199/07-; sentencia TJUE de 9 de octubre de 2014 –asunto C-641/13-; Resoluciones nº 187/2012, nº 220/2012, nº 290/2012, nº 189/2014 y nº 295/2014 TACRC.

¹⁸ Resolución nº 405/2018, de 23 de abril, TACRC. De la misma manera. *Vid.* Sentencias TJCE de 18 de octubre de 2001 – asunto C-19/00-, de 27 de octubre de 2005 –asunto C-234/03; Resoluciones nº 264/2012 y nº 189/2014 TACRC.

1102/2019, nº 1350/2019; del TCCSP¹⁹ la Res. nº 10/2019; y del TACPCM²⁰ la Res. nº 54/2019.

Es de especial relevancia señalar, como se indica en la Res. nº 10/2019 TCCSP, que sí será considerado como adecuado y válido el empleo de certificados de etiquetado de producto como son el ISO 14025, FSC y PEFC, así como los equivalentes, como criterios de adjudicación, con base en el apartado segundo del artículo 127 de la LCSP, así como también en el artículo 43 y considerando 75 de la Directiva 2014/24²¹, al *“referirse [este tipo de certificados] a cualidades propias o componentes de los productos, distinguiéndolos de otros no etiquetados o certificados por la normativa, y, por tanto, aportando un valor añadido a la oferta”*. Es decir, los certificados se podrán emplear siempre y cuando vayan dirigidos expresamente a la oferta y la mejora de la misma y no entren en la valoración de las condiciones subjetivas de los licitadores, siendo con ello posible su empleo e inclusión como criterios de adjudicación en los PCAP.

Tras observar el empleo incorrecto de estos criterios, se hace más necesaria la aplicación de la recomendación relativa a la necesidad de una mayor formación y especialización en la redacción de pliegos y preparación del contrato que ya se ha señalado en el

¹⁹ Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público

²⁰ Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

²¹ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.



apartado primero, para poder solucionar este tipo de carencias y evitar que se vuelvan a producir en el futuro.

CONCLUSIONES

Tras haber expuesto y estudiado la situación en la que se encuentran los criterios de adjudicación de carácter medioambiental en la actualidad, planteo las siguientes conclusiones:

Primera. Se sigue notando la ausencia del uso estratégico que se debería hacer de la contratación pública, y de igual modo, después de haber observado que las irregularidades y problemas referidos a los criterios de adjudicación medioambientales se encuentran todavía en un 52,11% de los informes de los órganos de control externo, podemos decir que tampoco se ha puesto solución a los mismos, coincidiendo con los que ya se presentaban en el año 2017, de los que destacan: la dificultad en la redacción y definición de los criterios en los PCAP así como de las reglas de valoración de los mismos, produciéndose en muchos casos una insuficiencia de concreción, no aportando de esta manera la información necesaria para que los licitadores puedan tener un conocimiento mínimo de las reglas que van a ser empleadas en la valoración de sus ofertas; la falta de inclusión de un mayor porcentaje de criterios de calidad que vayan dirigidos a la mejora de la oferta, como puede ser el criterio del coste del ciclo de vida del artículo 148; la falta de programas de formación respecto a la gran demanda actual, en la que es necesario que se cuide la calidad en su impartición, así como también la prioridad de que se profundice y vaya dirigida a las especializaciones y a cubrir materias en las que existen más carencias, como son la redacción y

definición de pliegos, la preparación del contrato y la contratación estratégica.

Segunda. Que tanto la adjudicación, los PCAP, y los criterios de adjudicación han de considerarse como áreas de riesgo que presenta la contratación pública en la actualidad, debiéndose de dar las oportunas soluciones a los problemas que originan.

Tercera. Se ha de dar solución a la inadecuada aplicación de los certificados de garantía y gestión medioambiental, que ya se lleva reiterando durante un largo espacio de tiempo, a pesar de la existencia de una doctrina contraria a la misma.

Cuarta. Es de indudable necesidad dar solución a todas las irregularidades planteadas, debiendo prestar una mayor atención en la contratación pública, y abordarlas a través de la formación y profesionalización, así como también en una mejora en las plataformas de contratación y bases de datos que permitan una mayor coordinación y cooperación entre los órganos de contratación, para que, de esta forma, estos problemas se conviertan en algo sencillo y eficaz, pudiendo obtener grandes beneficios de la contratación pública, pero siendo necesario realizar previamente este gran esfuerzo que se nos presenta.

BIBLIOGRAFÍA

-ALONSO GARCÍA, M.C.: "Contratación Pública Ecológica", en GALLEGO CÓRCOLES, I. (Coord.) y GAMERO CASADO, E. (Coord.): Tratado de Contratos del Sector Público. Capítulo LIII. Volumen III. Tirant lo Blanch. 2018.



-Informe Relativo a la Contratación Pública en España. 2017. Disponible en: <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/b73beca9-843f-43e4-bc89-09de10471717/2017+PUBLIC+PROCUREMENT+REPORT-SPAIN+.pdf?MOD=AJPERES>

-Resumen Ejecutivo del Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España. 2019. Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReSuC/INFORME%20ANUAL%20SUPERVISION/RESUMEN%20EJECUTIVO%20-%20INFORME%20ANUAL%20-%20ESPA%C3%91OL.pdf>

-Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España. 2019. Disponible en: https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReSuC/INFORME%20ANUAL%20SUPERVISION/INFORME_SUPERVISION_OIRESCON_2019.pdf

UNA PROPUESTA DE MEJORA PARA LA VALORACIÓN DE LAS OFERTAS EN EL SECTOR PÚBLICO. LAS REVISIONES POR PARES

D. Luis Castel Aznar

Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos. Director de contratación en empresa instaladora. Doctorando en E.T.S.I. de Caminos Canales y Puertos. Universitat Politècnica de València

D^a Laura Montalbán Domingo

Dra. Ingeniera de Caminos, Canales y Puertos. Profesora Ayudante Doctor. E.T.S.I. de Caminos Canales y Puertos. Universitat Politècnica de València

D. Joaquín Catalá Alís

Dr. Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos. Catedrático de Universidad. E.T.S.I. de Caminos Canales y Puertos. Universitat Politècnica de València

RESUMEN: El artículo plantea una innovadora propuesta de valoración de la componente evaluable mediante juicios de valor en las ofertas que se licitan en el sector público. Propone la revisión por pares como método para



garantizar la mayor transparencia y terminar con las malas prácticas que se producen en ocasiones creando así una alarma y desconfianza en la sociedad. Para ello, se analiza la viabilidad legislativa, técnica y operativa de la propuesta.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública. Criterios de valoración subjetivos. Revisión por pares.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. VIABILIDAD LEGISLATIVA. III. VIABILIDAD TÉCNICA Y OPERATIVA. IV. BENEFICIOS Y BENEFICIARIOS DE LA PROPUESTA. V. IDEA FINAL

I. INTRODUCCIÓN

En España, el mercado de compra de bienes y servicios en el sector público representa un porcentaje del 18,5% del PIB (CNMC 2015)¹. Por tanto, se puede considerar que la contratación pública representa, para muchos operadores económicos, un gran volumen de negocio que genera un fuerte impacto en la economía y en el desarrollo estratégico del país (CASTEL L. 2018)².

El sector público está ampliamente regulado por una legislación administrativa muy exhaustiva que reglamenta los procedimientos de contratación. Esta

¹ COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (2015): *“Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia”*. Informe PRO/CNMC/001/15.

² CASTEL AZNAR, L. (2018). *Gestión de ofertas y licitaciones públicas*. España. Ed. Garceta. Colección SENIOR ICCP nº58. Pág. 3.

<http://www.garceta.es/libro.php?ISBN=978-84-1728-900-3>

normativa descansa en principios estratégicos basados en la transparencia, publicidad, no discriminación, igualdad de oportunidades y libertad de acceso. Además, busca como objetivo estratégico adjudicar el contrato a la oferta con mejor relación calidad-precio en un escenario donde se respeten y favorezcan las cuestiones sociales, ambientales y de innovación.

Para adjudicar el contrato de obra o de servicios, la LCSP³ permite diversas combinaciones de criterios objetivos y subjetivos, pero si bien es cierto, ni los establece ni los delimita. La LCSP se limita a decretar los requisitos de carácter general y su aplicación, quedando en muchos casos sometidos a la «subjetividad técnica» de los órganos y organismos con competencia para comprar en el sector público. La valoración de estos criterios se realiza, salvo excepciones que se comentan más adelante, únicamente por los servicios técnicos del órgano de contratación, que en muchas ocasiones no gozan de la suficiente independencia y conocimiento técnico para ello. Con esta configuración, es fácil que se desarrollen actividades relacionadas con la corrupción que resultan intolerables en un estado democrático (FELIU J.M. 2017)⁴.

³ LCSP. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

⁴ GIMENO FELIU. J. M. (2017). "*Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública*" REALA. Nueva Época – Nº 7 mayo 2017 pág. 47.

<https://doi.org/10.24965/reala.v0i7.10419>



En el presente artículo planteamos la posibilidad de realizar la valoración de los criterios cualitativos sujetos a un juicio de valor mediante la técnica de la «revisión por pares». Dicha técnica tiene como objetivo plantear un modelo para que los criterios de valoración de la oferta que dependan de un juicio de valor se basen en una metodología menos sujeta a la discrecionalidad y sí que sea más garante. De este modo, se propone objetivar el sistema al máximo y contribuir así a eliminar prácticas inadecuadas y en ocasiones contrarias a la ética y a los principios y normas de contratación. Además, proponemos que sean los «colegios profesionales» o las «universidades públicas» como «organismos técnicos especializados» los encargados de realizar una segunda valoración que se añada al expediente de contratación junto con la valoración de los servicios técnicos del órgano de contratación en su caso. La herramienta de revisión por pares se utiliza frecuentemente para validar la calidad técnica de un artículo científico. Las revistas especializadas realizan estas revisiones con objeto de mantener su estándar de calidad, mejorar el factor de impacto y la credibilidad de la publicación en la comunidad científica. Podemos definir la revisión por pares como una valoración realizada por uno o más expertos en la materia sujeta a revisión. Obviamente, la revisión por pares se elabora por expertos en la materia que no forman parte del consejo editorial de la revista y por tanto son independientes de la misma. La revisión por pares así planteada funciona como una forma de autorregulación aceptada en el sector o campo de conocimiento que se trate.

Este método de validación está ampliamente aceptado por los investigadores, por las agencias de financiación y por los consejos de investigación de todo el mundo (Britt

& Frodeman 2011)⁵. Todos ellos, confían en la revisión por pares para evaluar el potencial impacto de la investigación propuesta existiendo el consenso de que la herramienta ayuda a validar los resultados de las investigaciones a la vez que consigue transmitir confianza y seguridad en la comunidad científica receptora de la información publicada.

En nuestro caso, con objeto de garantizar la aplicabilidad de la propuesta, debemos establecer su viabilidad legislativa y operativa.

II. VIABILIDAD LEGISLATIVA

La LCSP no es ajena al uso de «órganos técnicos especializados», de hecho, prescribe obligatoriamente un «comité de expertos», que se circunscribe a los procedimientos abiertos o restringidos desarrollados por las administraciones públicas, cuya misión es valorar y puntuar los criterios subjetivos en los casos que tengan un mayor peso que los que se valoren de forma objetiva. (Art 146.2 a) LCSP.

La regulación del «comité de expertos» viene reflejada en los siguientes preceptos de la legislación española de contratación:

- Artículo 146.2 a) de la LCSP.

⁵ BRITT HOLBROOK J. AND FRODEMAN ROBERT (2011) "*Peer review and the ex ante assessment of societal impacts. Research Evaluation*, Sep 2011, pág. 239 a 246. DOI:10.3152/095820211X12941371876788; <http://www.ingentaconnect.com/content/beechnet/rev>



- Disposición Adicional Segunda, apartado 8 de la LCSP.
- Artículos 28, 29 y 30 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Según la legislación citada anteriormente, el «comité de expertos» debe estar integrado por personal técnico con la cualificación adecuada en la materia objeto de la valoración (Art 28.3 RD 817/2009). La composición mínima del comité es de tres miembros (Art 28.1 RD 817/2009), y es necesario identificarlos o establecer el procedimiento para ello en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) (Art 29.1 RD 817/2009). Además, en el PCAP debe hacerse constar que criterios son los que serán sometidos al «comité de expertos» y el plazo para su cuantificación (Art 30.1 RD 817 / 2009).

Siempre que sea posible, los miembros del citado comité deben pertenecer al servicio o departamento al que pertenece el órgano contratante, pero en ningún caso pueden pertenecer al órgano de contratación ni a la mesa de contratación en su caso, esto es, deben ser independientes del mismo (Art 28.2 RD 817/2009)⁶.

Esta condición de independencia, no se exige en el caso de las entidades locales. En efecto, la Disposición Adicional Segunda ap. 8 de la LCSP establece que el comité de expertos *"podrá estar integrado en las Entidades locales por cualquier personal funcionario de*

⁶ En este sentido se expresa el Informe 34/09, de 25 de septiembre de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate. En todo caso, entre este personal deberá formar parte un técnico jurista especializado en contratación pública". En consecuencia, este comité y sólo en el caso de las entidades locales puede estar formado por personal perteneciente al órgano de contratación.

Por otra parte, resulta interesante traer a colación el informe 11/20 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que desarrolla la posibilidad del uso de «comités de expertos» u otros «organismos técnicos especializados». En efecto, en el citado informe se da respuesta a la cuestión de si dentro del concepto de «organismo técnico especializado» pueden incluirse entidades pertenecientes al sector privado. Así dice: *"... cabe pensar que posiblemente resultará más frecuente que el órgano de contratación acuda a un organismo de carácter público, pero ello no debe llevarnos a limitar o restringir el recurso a entidades privadas que cuenten con la habilitación y preparación adecuada para analizar con la suficiente solidez los criterios dependientes de un juicio de valor del pliego que rige el contrato, siempre con respeto a principios de eficiencia y economía. Resulta obvio que el organismo o entidad que se elija deberá cumplir, en cualquier caso, con los requisitos de especialización técnica y cualificación profesional adecuada y que debe asegurarse su independencia de criterio y la inexistencia de conflictos de intereses con los posibles adjudicatarios del contrato, de acuerdo con lo previsto en el artículo 64 de la LCSP".*

Hay que añadir que el citado informe, en sus conclusiones establece que: *"El órgano de contratación*



es libre para escoger a un organismo técnico especializado del sector privado siempre que cumpla con las condiciones que la LCSP exige para este tipo de organismos, siempre respetando los principios de eficiencia y economía”.

Por último, es necesario indicar que el artículo 146.2 b) de la LCSP establece que la valoración de los criterios de adjudicación en los casos en que los criterios valorables subjetivamente tengan un peso menor que los objetivos, corresponde a la mesa de contratación, pudiendo ésta solicitar los informes técnicos que considere necesarios siempre que se cumplan los requisitos indicados en los artículos 150.1 y 157.5 de la LCSP. En este sentido, el artículo 157.5 LCSP establece: *“Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego. También se podrán requerir informes a las organizaciones sociales de usuarios destinatarios de la prestación, a las organizaciones representativas del ámbito de actividad al que corresponda el objeto del contrato, a las organizaciones sindicales, a las organizaciones que defiendan la igualdad de género y a otras organizaciones para la verificación de las consideraciones sociales y ambientales”.*

En consecuencia, podemos concluir que:

- En los procedimientos abiertos y restringidos cuando los criterios sometidos a juicio de valor tienen un peso superior a los criterios objetivos, es obligatorio que los criterios subjetivos sean evaluados por un «comité de expertos» o bien por

un «organismo técnico especializado» bien público, como es el caso de las universidades, bien privado, como es el caso de los colegios profesionales.

- En los procedimientos abiertos y restringidos cuando los criterios sometidos a un juicio de valor tengan un peso menor que los objetivos, que son la mayoría de los casos, el órgano de contratación está facultado para solicitar informe a las «*organizaciones representativas del ámbito de actividad al que corresponda el objeto del contrato*» esto es a los colegios profesionales o en su caso a las universidades.

Por tanto, no existe impedimento alguno para que se implante una metodología basada en la «revisión por pares» sea cual sea el peso de los criterios subjetivos que puede ser realizada tanto por los colegios profesionales como por las universidades.

III. VIABILIDAD TÉCNICA Y OPERATIVA

Una vez sentada la viabilidad legislativa, procede el desarrollo de la componente técnica y operativa. La propuesta en este sentido es contemplar este procedimiento en un futuro desarrollo reglamentario de la LCSP.

En nuestra opinión, este desarrollo, se debe basar en los siguientes puntos básicos:



- En el reconocimiento de que los colegios profesionales, como organizaciones civiles sin ánimo de lucro, y las universidades públicas, como instituciones autónomas de difusión del conocimiento, gozan de la capacidad técnica, autonomía e independencia necesaria, para desarrollar los trabajos de valoración de las componentes técnicas de las ofertas sujetas a juicios de valor como «organismos técnicos especializados», sin que presenten ningún conflicto de intereses con los órganos de contratación.
- En el hecho de que ambas entidades, cuentan con organizaciones consolidadas y distribuidas territorialmente por toda España⁷⁷ y cuentan con suficientes medios humanos y materiales para acometer el trabajo que se propone.
- En que el acceso y la operativa documental sería para los colegios profesionales y universidades plenamente posible mediante el uso medios electrónicos o telemáticos, ya que la LCSP generaliza la contratación electrónica en todas las etapas del procedimiento de adjudicación del contrato y por tanto, se dispone sin dificultad de

⁷⁷ En España, a fecha de septiembre de 2020 tenemos 51 universidades públicas. Datos en: Registro de Universidades, Centros y Títulos (RUCT). Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

<https://www.educacion.gob.es/ruct/listauniversidades.action?actual=universidades>

las comunicaciones y de los documentos en formato electrónico con las máximas garantías de seguridad, confidencialidad y accesibilidad.

- La financiación para el desarrollo de estos trabajos podría provenir de contratos menores, convenios, tasas de evaluación a incorporar en los PCAP o cualquier otra vía que sea procedente. En cualquier caso, se trata de costes moderados y perfectamente asumibles tanto por los órganos de contratación como por los operadores económicos interesados en licitar contratos en el sector público.

IV. BENEFICIOS Y BENEFICIARIOS DE LA PROPUESTA

El modelo que se ha planteado es totalmente transparente, ya que favorece el cumplimiento de principios básicos en contratación como son el de buen gobierno, calidad, igualdad de trato y no discriminación, integridad, interés general, imparcialidad, libre competencia, ética o moralidad y objetividad. Tiene viabilidad legislativa y técnica. Además, permite la participación de la sociedad civil en la contratación pública y presenta ventajas evidentes al impedir las «influencias de terceros» en los procesos de valoración subjetiva de los componentes técnicos de las ofertas en el sector público.

Los beneficiarios directos de la propuesta serían los técnicos de las entidades pertenecientes al sector público



y los técnicos pertenecientes a los servicios de estudios y ofertas de los operadores económicos.

La beneficiaria indirecta sería la sociedad en general puesto que se generaría en la ciudadanía una confianza para con las adjudicaciones de los contratos públicos de obras y servicios superior al modelo actual.

V. IDEA FINAL

Es necesario que los colegios profesionales y las universidades adopten una postura activa y procedan a impulsar el desarrollo reglamentario necesario para poner en marcha la «evaluación por pares» en los contratos de obras y servicios en el ámbito del sector público.

VIOLENCIA PSÍQUICA EN VIOLENCIA DE GÉNERO

D. Alberto Arroyo Blanco

Doctorando 5.º año

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
(UNED)

RESUMEN: La lesión psíquica es un reciente concepto penológico, a pesar de que está implícita en los conceptos genéricos de daño moral, sufrimiento u otras acepciones que aparecen en el derecho comparado. No pasan inadvertidos los problemas probatorios que presenta esta clase de violencia, de ahí que se conozca también como «maltrato invisible». La agresión psíquica tiene entidad por sí misma y sus secuelas pueden ser incluso mucho más graves que las producidas por atentados meramente físicos. Entre los principales problemas que plantea la prueba de la violencia psíquica destaca la falta de formación del personal de los juzgados, la fiscalía y los abogados intervinientes. La práctica de la prueba en los procesos seguidos ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer presenta múltiples dificultades probatorias y una problemática diversa y compleja ya que, en la mayoría de los casos, se trata de delitos cometidos dentro del ámbito doméstico, en la intimidad del domicilio familiar. Se hace necesario que



los Juzgados de Violencia sobre la Mujer cuentan con Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI). Lo relevante a efectos probatorios no es solo objetivar el menoscabo psíquico global de la persona, sino establecer una relación o nexo de causalidad entre las conductas lesivas y el daño.

PALABRAS CLAVE: lesión psíquica, violencia psicológica, prueba.

ABSTRACT: The psychic lesion is a recent penological concept despite appearing hidden under generic concepts of moral damage, suffering, or other meanings that appear in comparative law. The probative problems that this type of violence presents do not go unnoticed, hence it is also known as «invisible mistreatment». Psychic aggression has an entity by itself and, not only that, but its consequences can be even more serious than those produced by purely physical attacks. Among the main problems posed by the evidence of psychological violence, there is an important lack of training among the staff of the courts, the prosecution and the intervening lawyers. The practice of the evidence in the processes followed before the Courts of Violence against women present multiple probative difficulties and a rich and complex problem, derived from the fact that, in most cases, they are crimes committed within the domestic sphere, in the privacy of the family home. The Courts of Violence against Women should necessarily have the Comprehensive Forensic Assessment Units. What is relevant for evidentiary purposes is not only to objectify the overall psychic impairment of the person, but to establish a relationship or nexus of causality between the harmful behaviors and the damage.

KEYWORDS: psychic injury, psychological violence, evidence.

LAS DENUNCIAS POR VIOLENCIA PSICOLÓGICA

Es complejo dar una definición única y genérica de violencia psicológica. Por el contrario, en función del ámbito en el que se produce la violencia y/o las características de la víctima, se pueden encontrar en la literatura numerosas definiciones, algunas específicas de violencia psicológica y otras más genéricas, relacionadas con conceptos generales de maltrato, pero que hacen alusión al componente psicológico de forma aislada o en combinación con actos de otra naturaleza.

La Organización Mundial de la Salud, indica que dada la complejidad que supone definir y medir el maltrato psíquico de modo relevante y significativo en todas las culturas, los resultados de la investigación del Estudio de la Organización Mundial de la Salud sobre la violencia psíquica y los comportamientos dominantes deben considerarse más un punto de partida que una medida global de cualquiera de las formas de maltrato psíquico¹.

No se tramitan procedimientos por lesiones psíquicas puesto que estas no son examinadas. Por el contrario, sí se examina al agresor, sobre todo en los casos de las agresiones con resultado lesivo más grave, a efectos de determinar si padece una patología psíquica que pueda

¹ *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional para las Américas de la OMS, Washington DC, 2002.



atenuar su responsabilidad penal o eximirle de la misma².

El maltrato psíquico es un viejo fenómeno; lo novedoso es que ha dejado de ser un problema *de las mujeres* para convertirse en un problema social, puesto que los daños que causa son tanto o más dañinos que los que provoca la violencia física.

Por violencia física o psicológica se entiende cualquier acometimiento sobre la víctima que constituya un ataque contra su vida, su integridad, su salud física o psíquica o, incluso, su libertad sexual³.

En las situaciones de maltrato psicológico, la crueldad, la intolerancia y el desprecio hacia la víctima la llevan a vivir inmersa en un estado de ansiedad extrema que suele asociarse con depresión, e incluso puede desembocar en el suicidio. Es más difícil de detectar al comienzo de la relación porque se manifiesta a través de pequeños gestos o palabras ocasionales; a medida que transcurre el tiempo, el maltrato se hace mayor y más evidente, con desvalorizaciones, insultos, gritos, castigos y humillaciones degradantes, tanto en público como en privado. Según *“la Sentencia de la Audiencia*

² JAIME DE PABLO, M. A., «Capítulo VI. La respuesta de las leyes a la violencia familiar», en R. OSBORNE (coord.), *La violencia contra las mujeres. Realidad social y políticas públicas* (págs. 105-115), Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, pág. 108.

³ GONZÁLEZ DEL CAMPILLO CRUZ, E. L., «La instrucción en los delitos de violencia de género», en L. GARCÍA ORTIZ y B. LÓPEZ ANGUITA (dirs.), *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo* (págs. 139-178), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 143.

Provincial de Tarragona, Sección 4.ª, de 30 de junio de 2011”:

Esto no puede ser interpretado ni como aceptación ni como el natural desarrollo de una relación deteriorada de pareja, sino como un evidente indicativo de la alta dosis de lesividad que debe atribuirse a dichas situaciones de terror doméstico prolongado en el tiempo.

Las víctimas de malos tratos psíquicos suelen permanecer en la situación de maltrato mucho más tiempo que aquellas que sufren al mismo tiempo violencia física. A menudo, la víctima de malos tratos psíquicos depende emocional y económicamente del hombre violento, por lo que su grado de tolerancia de hacia esa situación es muy alto: no pide ayuda externa ni denuncia ante el juzgado porque, en realidad, no es consciente de que está siendo maltratada, e incluso se responsabiliza del fracaso de su relación conyugal. En este tipo de violencia encontraríamos las amenazas, humillaciones, insultos, exigencia de obediencia y chantaje emocional, entre otras conductas⁴.

El delito de lesiones psíquicas aparece asociado a coacciones, vejaciones, amenazas, lesiones o actos de violencia sexual. En función de los hechos que hayan provocado la enfermedad psíquica será posible, en ocasiones, concretar cada uno de tales hechos para

⁴ HERNÁNDEZ RAMOS, C. y CUÉLLAR OTÓN, P. (coords.), *La violencia de género en los albores del siglo XXI, perspectiva psicológica y jurídica*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Elche, 2003.



tipificarlos separadamente o acudir a un delito de trato degradante genérico o de violencia habitual genérico⁵.

Este tipo de maltrato lo sufren mujeres de todas las edades, grupos sociales y económicos, culturas y países. Su gran incidencia, la gravedad de las secuelas, el alto coste social y económico que conlleva y, sobre todo, la degradación que supone la negación de la dignidad humana lo convierten en una cuestión de gran relevancia pública.

Las agresiones continuas a lo largo del tiempo, tanto verbales como no verbales (las agresiones no verbales se manifiestan con gestos y sonidos de desprecio, silencios hostiles, actitudes de indiferencia, posturas y ademanes de humillación, dominio y amenaza, etc.), conllevan una degradación de la persona y tratan de reducir o rebajar el valor esencial e inherente que esta posee. Las conductas de maltrato que se enmarcan en esta estrategia son:

- Tratar a la mujer como inferior, estúpida o inútil.
- Insultar: *puta, tonta, bruja, mentirosa, mantenida, loca*, y otras, que se repiten de manera sistemática.
- Realizar observaciones ofensivas sobre su imagen y apariencia física.
- Buscar errores y fallos constantemente.

⁵ GONZÁLEZ DEL CAMPILLO CRUZ, E. L., «La instrucción en los delitos de violencia de género», cit., pág. 154.

- Evidenciar defectos y debilidades.
- Criticar de forma repetida su falta de habilidad como pareja, compañera sexual, madre, trabajadora y cualquier otra función que la mujer desempeñe.
- Descalificar sus habilidades, capacidades y recursos.
- Despreciar sus metas, normas y actitudes.
- Ridiculizar todo lo que para ella es importante y valioso.
- Burlarse de lo que hace o dice.
- No expresar reconocimiento de sus cualidades y aciertos.
- Sabotear sus éxitos y logros.
- Manifestar desprecio hacia su familia de origen.
- Humillarla y desacreditarla públicamente.
- Desautorizarla delante de terceras personas.
- Seducir a otras mujeres en su presencia⁶.

⁶ SORIA LÓPEZ, T. N., «De la telaraña de abuso al tejido de amor y vida. Intervención psicológica en violencia de género en la relación de pareja», en T. SAN SEGUNDO MANUEL (dir.),



A menudo las primeras agresiones no son tenidas por conductas graves, sin embargo, llevan el germen de una violencia moral que algunas veces tiene un claro reflejo físico, pero que, incluso en aquellas situaciones en que no se materializa en forma de golpes o lesiones corporales, comporta una gravedad intrínseca considerable.

Lo común es que, si hay violencia física, esta vaya acompañada de violencia psíquica, pero no necesariamente lo contrario; es decir, la violencia psíquica puede darse en ausencia de violencia física, pero la violencia física siempre implica violencia psíquica.

Existen lesiones psíquicas agudas, que se producen tras la agresión, y lesiones psíquicas a largo plazo, que aparecen como consecuencia de la situación de maltrato mantenida en el tiempo.

Lesiones psíquicas agudas: al igual que sucede en otros casos, la primera reacción de la víctima es de autoprotección, de tratar de sobrevivir al suceso. Suelen aparecer reacciones que indican un estado de conmoción: negación, confusión, abatimiento, aturdimiento y temor. Durante el ataque, e incluso tras este, la víctima puede ofrecer muy poca o ninguna resistencia para tratar de minimizar las posibles lesiones o para evitar que se produzca una nueva agresión. Numerosos estudios clínicos indican que las víctimas de malos tratos viven sabiendo que en cualquier momento se puede producir una nueva agresión. En respuesta a este peligro potencial, algunas mujeres desarrollan una extrema ansiedad, que puede llegar hasta una situación

A vueltas con la violencia: una aproximación multidisciplinar a la violencia de género (págs. 143-169), Tecnos, Madrid, 2016, pág. 145.

de pánico. La mayoría de estas mujeres tienen una autopercepción de incompetencia, sensación de no tener ninguna valía, culpabilidad, vergüenza y temor a la pérdida de control. Muchas mujeres desarrollan habilidades de supervivencia, más que de huida o de escape, y se centran en estrategias para mitigar o hacer desaparecer la situación de violencia⁷.

Lesiones psicológicas a largo plazo: incluyen temor, ansiedad, fatiga, alteraciones del sueño y del apetito, pesadillas, reacciones intensas de susto, quejas físicas, molestias y dolores inespecíficos. Tras el ataque, estas mujeres se pueden convertir en dependientes y sugestionables, encontrando muy difícil tomar decisiones o realizar planes a largo plazo. En un intento de evitar el abatimiento psíquico pueden adoptar expectativas irreales con relación a conseguir una adecuada recuperación, persuadiéndose a sí mismas de que pueden reconstruir en cierto modo la relación y que todo volverá a ser perfecto⁸.

La violencia psíquica continuada paraliza, privando a la persona que la sufre de capacidad de reacción y de la autoprotección necesaria que le permitiría emanciparse de su victimario. Cuando la violencia se produce en el ámbito familiar y durante un periodo de tiempo prolongado, adquiere una alta carga de antijuricidad material, pues revela la existencia de una relación de

⁷ LEAL GONZÁLEZ, D. y ARCONADA MELERO, M. A., «Prevención de la violencia masculina hacia las mujeres en educación», en T. SAN SEGUNDO MANUEL (dir.), *Violencia de género. Una visión multidisciplinar* (págs. 107-141). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008, pág. 125.

⁸ *Ibidem*, pág. 126.



desigualdad basada, en muchos casos, en una posición de intolerable dominación del victimario respecto a la víctima, cuya dignidad se ha visto gravemente afectada⁹.

Así, la lesión psicológica hace referencia a las alteraciones psicológicas y/o trastornos mentales que pueden aparecer en la víctima como consecuencia de haber experimentado una relación basada en el maltrato. Sin embargo, la definición de los actos de violencia psíquica presenta problemas porque los hechos que conducen al padecimiento de una enfermedad psíquica se hallan tipificados en el delito de lesiones y en el delito de violencia habitual, según que haya requerido o no tratamiento médico posterior a la primera asistencia.

La lesión psíquica puede producirse al experimentar una sucesión de conductas —como vejaciones, menosprecios, humillaciones o insultos continuados— que, aisladamente consideradas y descontextualizadas, pueden parecer poco significativas para alcanzar relevancia penal, pero que vistas en conjunto podrían llegar a integrar el elemento típico del delito de violencia psíquica habitual¹⁰. El delito de maltrato psicológico o de violencia psíquica se caracteriza, según pacífica jurisprudencia, por comportamientos en los que, de forma habitual, se somete a la víctima a amenazas, vejaciones y humillaciones permanentes y graves, que resultan incompatibles, no ya con la continuidad de la vida en común, sino con la dignidad de la persona en el ámbito de la familia, rebajada a niveles que justifican la intervención del derecho penal, por alcanzar una

⁹ CABALLERO GEA, J. A., *Violencia de género. Juzgados de violencia sobre la mujer, Penal y civil*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 148.

¹⁰ GONZÁLEZ DEL CAMPILLO CRUZ, E. L., «La instrucción en los delitos de violencia de género», cit., pág. 158.

situación de verdadero maltrato insoportable, que lleva a la víctima a vivir en un estado de agresión constante¹¹.

En la denuncia que puede hacer la víctima en dependencias policiales o judiciales han de observarse las medidas que establecen los diversos protocolos al efecto. En su declaración ante la persona que aplica el Derecho, debe ponerse especial atención a los datos relativos a agresiones precedentes, circunstancias en que se produjo la agresión que motiva la denuncia, vestigios de la misma, consecuencias físicas y psicológicas de la agresión para la mujer, identificando a los testigos si los hubiera, así como la opinión de la víctima sobre las medidas de protección que considera necesarias.

Un tema de suma importancia, y al que se alude en el presente artículo, es el que hace referencia a los diversos medios de prueba existente en este tipo de delitos, la declaración de la víctima de los malos tratos; ya que en ocasiones no ha recibido asistencia médica o psicológica por las agresiones sufridas, o se ha ocultado la verdadera causa de las mismas, o no se han conservado los documentos médicos acreditativos de la asistencia recibida, y dado que en muchas ocasiones la violencia se desarrolla sin testigos ajenos, el testimonio de la víctima es la única diligencia probatoria que puede practicarse para acreditar los hechos.

No obstante, esta circunstancia —pese a la creencia popular de que la palabra de uno contra la de otro no

¹¹ LAGUNA PONTANILLA, G., *Claves prácticas de los procesos por violencia de género*, Aranzadi, Zizur Menor, 2016, pág. 273.



sirve si no va apoyada por otras pruebas— no impide la investigación penal y la instrucción de las causas, pudiéndose dictar sentencias condenatorias. Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo¹² ha establecido que la declaración de la víctima, que se considera declaración testifical aunque un tanto particular, puede ser suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, que como derecho fundamental tiene cualquier persona a la que se imputa un delito, y fundamentar una sentencia condenatoria. Para que la persona que aplica el Derecho o el tribunal puedan llegar al convencimiento de la autenticidad de lo relatado¹³, el testimonio de la víctima tiene que ajustarse a ciertos parámetros.

En los casos de habitualidad, la violencia psíquica es objetivable pues se observa a menudo el llamado «síndrome de la mujer maltratada», que puede ser valorado médicamente y, por tanto, puede y debe ser objeto de prueba mediante los correspondientes informes médicos¹⁴. No obstante, las dificultades en la prueba de la violencia psíquica son evidentes, ya que exige la relación de causalidad entre el menoscabo psíquico y las conductas desarrolladas por el agresor; y para ello, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer deben contar, necesariamente, con Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI) y no siempre cuentan con estas

¹² Vid., entre otras, STS 862/2020, STS 737/2020 y STS 267/2020.

¹³ HERNÁNDEZ RAMOS, C. y CUÉLLAR OTÓN, P. (coords.), *La violencia de género en los albores del siglo XXI...*, cit.

¹⁴ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J. y MOYA CASTILLA, J. M., *Violencia de género. Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Experiencia, Barcelona, 2005, pág. 89.

unidades, aunque son imprescindibles para fundamentar la existencia de maltrato psíquico.

En los actos de violencia psíquica debe existir una relación de superioridad o de dominio entre el agresor y la víctima —más evidente aún cuando de violencia de género se trata— que tienda a producir una situación de temor, de ansiedad, de pérdida de autoestima, de desesperanza o de frustración de la víctima, aunque no llegue a causar una enfermedad psíquica¹⁵.

La atención psicológica, social, u otra que la víctima pudiera precisar, no debe condicionarse a la existencia de denuncia y a la continuación del trámite penal con su colaboración, ya que la instrucción y enjuiciamiento de los ilícitos penales se rigen por la legislación y principios jurídicos aplicables, con total independencia de la actuación de otras instancias extrajudiciales, no pudiendo tampoco aquellos condicionar el trabajo y eficacia de estas¹⁶.

Según los datos de una Macroencuesta publicada en 2015 por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad sobre la violencia sobre la mujer, el 13 % de las mujeres residentes en España mayores de 16 años ha sentido miedo de su pareja o expareja en algún momento de su vida, el 2,9 % manifiesta haber sentido miedo de forma continua.

¹⁵ GONZÁLEZ DEL CAMPILLO CRUZ, E. L., «La instrucción en los delitos de violencia de género», cit., pág. 159.

¹⁶ MARÍN LÓPEZ, P. y LORENTE ACOSTA, M., *La valoración del daño en las víctimas de la violencia de género*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 431.



De las mujeres que manifiestan haber sentido miedo de su actual pareja en algún momento.

Sobre las mujeres que han sentido miedo, presenta esta encuesta los siguientes datos: el 69% de las mujeres en algún momento, han sufrido violencia física por parte de su actual pareja, el 23,5% de las mujeres dicen sentir miedo muchas veces o continuamente y el 46,3% algunas veces).

El 59% es por causa de violencia sexual, el 19,6% de las mujeres dice sentir miedo muchas veces o continuamente y el 39,4% algunas veces.

En un 19,2% es por causa de violencia psicológica de control: el 14,5% de las mujeres dice sentir miedo muchas veces o continuamente y el 4,7% algunas veces.

En un 27,9% es por causa de violencia psicológica emocional: el 21,4% de las mujeres dice sentir miedo muchas veces o continuamente y el 6,5% algunas veces.

En un 34,9% es por causa de violencia económica: el 10,5% de las mujeres dice sentir miedo muchas veces o continuamente y el 24,4% algunas veces.

Mediante el maltrato psíquico el agresor tiende a anular la personalidad de su víctima, eliminando su autoestima y llegando a provocarle un sentimiento de culpabilidad; silencia la identidad de la víctima negando su autonomía, individualidad y libertad, obstaculizando su crecimiento y desarrollo personal, limitando su expresión. La quiebra de su dignidad impide a la mujer reconocerse a sí misma y albergar esperanza de recuperar su vida, como si hubiera dejado de existir.

Es necesario destacar que en el último estudio del Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial (informe del 1 de marzo de 2016 sobre la aplicación de la Ley Integral contra la Violencia de Género por las Audiencias Provinciales) no hay referencias sobre las denuncias por violencia psicológica, y únicamente se hace mención en el capítulo 2.3 a los tipos penales objeto de condena y de absolución: en su primer párrafo hace referencia a que el delito por el que se ha formulado acusación en mayor número de casos y que, por ello, ha sido en mayor grado objeto de condena y de absolución, es el definido en el artículo 153 del Código Penal, que tipifica el menoscabo psíquico o la lesión que no requiere tratamiento médico o quirúrgico o el maltrato de obra sin causar lesión.

La gran mayoría de víctimas de violencia de género no cuentan con apoyo psicológico ni social, por lo que se encuentran en peores condiciones para romper definitivamente su dependencia emocional respecto al maltratador y enfrentar el proceso penal. Ante esta realidad, es vital asegurar que la víctima disponga de apoyo psicológico y social, desde la interposición de la denuncia hasta la finalización del procedimiento, incluida la preparación para ir a juicio, proporcionándole tratamiento psicoterapéutico si lo precisa y un seguimiento continuado durante la tramitación de todo el proceso penal que le permita estar en mejores condiciones para romper definitivamente su dependencia emocional del maltratador y superar la victimización secundaria que conlleva el paso por el sistema penal.

Es necesario articular protocolos que conecten el procedimiento judicial con iniciativas sociales que



garanticen un acompañamiento cualificado, atención, seguimiento y asistencia integral a las mujeres víctimas de maltrato, servicios y recursos que, por otra parte, deben estar conectados entre sí para que resulten efectivos y evitar así un perjuicio añadido a las víctimas.

Por último, para acreditar el maltrato psíquico es determinante el informe del médico forense, en el que se establezca no solo la patología que sufre la mujer, sino, como ya se ha dicho, la existencia de una relación de causalidad entre el comportamiento del agresor y la lesión psíquica de la víctima

PROBLEMAS QUE PLANTEA LA PRUEBA DE LA VIOLENCIA PSÍQUICA

La lesión psíquica es un concepto penológico muy reciente, a pesar de que está implícita en los conceptos genéricos de «daño moral», «de sufrimiento», u otras acepciones que aparecen en el derecho comparado.

Los términos de la lesión física forman parte del acervo común y hay un conocimiento social, mientras que en aquellos que definen la lesión psíquica —que establecen su gravedad o determinan la relación causal, la intensa dependencia de la gravedad de la lesión psíquica con la autoevaluación de la persona lesionada o la propia realidad de su comprobación— no existe una adecuada comunicación de la información médica al mundo del Derecho¹⁷.

No pasan inadvertidos los problemas probatorios que presenta esta clase de violencia (de ahí que se conozca

¹⁷ COBO PLANA, J. A., «El juez y la valoración psíquica», en L. GARCÍA ORTIZ y B. LÓPEZ ANGUITA (dirs.), *La violencia de género: Ley de protección integral...*, cit., pág. 257.

también como «maltrato invisible»), ni el riesgo que entraña de ser simulada en algunos casos. Ciertamente es que la violencia física conlleva un maltrato psicológico, pero la agresión psíquica tiene entidad por sí misma y, además, sus secuelas pueden ser incluso mucho más graves que las producidas por atentados meramente físicos. Es un postulado reconocido en la doctrina criminológica nacional e internacional que el maltrato físico siempre lleva aparejado el psíquico, pero no viceversa. En este sentido, las estadísticas son claras y la gran mayoría de estudios elaborados al efecto reflejan una mayor presencia cuantitativa del maltrato psíquico respecto del físico¹⁸.

A diferencia de los malos tratos físicos, las huellas o lesiones psíquicas no son fáciles de apreciar; por eso, tanto su prueba como su peritación están sujetas a numerosas eventualidades y contradicciones derivadas de la dificultad que existe para desentrañar la naturaleza íntima de este tipo de lesiones, mucho más difíciles de esclarecer que las lesiones físicas, ya que estas son, generalmente, externas¹⁹.

Otro de los principales problemas que plantea la prueba de la violencia psíquica es la falta de formación del personal de los juzgados, la fiscalía y los abogados

¹⁸ MORILLAS CUEVA, L.; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.; LUNA DEL CASTILLO, J. D.; MIRANDA LEÓN, T.; MORILLAS FERNÁNDEZ, L. D. y GARCÍA ZAFRA, I., *Sobre el maltrato a la mujer*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 95.

¹⁹ HERNÁNDEZ RAMOS, C., «Apéndices», en C. HERNÁNDEZ RAMOS y P. CUÉLLAR OTÓN (coords.), *La violencia de género en los albores del siglo XXI...* (págs. 115- 121), cit., pág. 120.



intervinientes en relación con las raíces sociológicas y psicológicas de la violencia de género.

Ante esta realidad, existen enormes dificultades para probar la violencia psíquica, tan común y grave como la física. Vemos que, en la definición de violencia de género, el concepto de violencia psíquica está en las diversas legislaciones internacionales, de la Unión Europea y de España, sin embargo, en la práctica implica muchos problemas en este tipo de delitos.

La práctica de la prueba en los procesos seguidos ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer presenta múltiples dificultades probatorias y una problemática abundante y compleja derivada del hecho de que, en la mayoría de los casos, se trata de delitos cometidos en el ámbito doméstico, en la intimidad del domicilio familiar, sin la presencia de testigos ni la posibilidad de acudir a otras fuentes de pruebas.

La prueba de la lesión psíquica debe dirigirse a acreditar si la conducta del agresor es capaz de generar una situación de estrés grave y si lo comprobado denota un menoscabo significativo de la salud como para que sea considerada una lesión psíquica con relación a un estándar razonable.

Esta circunstancia origina múltiples obstáculos procesales en la práctica, planteándose graves problemas probatorios en dos delitos específicos, derivados de las exigencias típicas de los mismos: la detección, acreditación y determinación del delito de violencia psíquica ocasional en el ámbito familiar del artículo 153 del Código Penal y las dificultades dimanantes del delito de violencia familiar habitual del artículo 173.2 y del 173.3 del citado código, así como la probanza de la habitualidad en estos casos.

El personal técnico, preocupado por la búsqueda de pruebas, no siempre ha tenido la sensibilidad adecuada ante el estado psicológico de la víctima. En otras ocasiones, la propia prueba pericial, en donde se examina la salud mental de la víctima o se cuestiona la credibilidad de su testimonio, puede ser una fuente de victimización secundaria²⁰.

Para abordar la prueba en la lesión psíquica se requiere la realización previa de un diagnóstico diferencial. La causación del menoscabo psíquico que exige el tipo requiere en todo caso su acreditación a través de peritos especializados (en este caso, los forenses de las Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI) en el ámbito de la violencia de género que den fe de la existencia de una lesión psíquica en la víctima, para lo que resulta imprescindible una prueba suficiente de la relación de causalidad existente entre dicha lesión y la conducta desarrollada por el agresor²¹.

Por otra parte, la especial naturaleza de estos delitos de violencia de género, en los que el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, parece no exigir la prueba de un elemento intencional, nos plantea serias dudas acerca de la prueba del elemento subjetivo del injusto en estos tipos delictivos. Surge así el conflicto de si es o no preciso acreditar en estos

²⁰ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E.; CORRAL GARGALLO, P. DE y AMOR ANDRÉS, P. J., «Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos», *Psicopatología, clínica legal y forense*, vol. 4, núms. 1-3, 2004, pág. 235.

²¹ LAGUNA PONTANILLA, G., *Claves prácticas de los procesos por violencia de género*, cit., p. 272.



procesos la intención o ánimo de dominación o machismo como elemento constitutivo en esta clase de ilícitos penales, o si la simple comisión del hecho integrante de uno de los tipos penales de violencia de género constituye delito automáticamente, con independencia de la acreditación de ese ánimo de dominación, que se presume *iuris et iure* en el artículo 1 de la mencionada ley.

-Audiencia Provincial. A . Coruña. Sección 1. Id Cendoj:15030370012020100398: Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de maltrato habitual en el ámbito de la violencia de género previsto y sancionado en el artículo 173.2 del Código Penal, por cuanto que, innegable la relación analógica base - reconocida por el autor y la víctima y confirmada por los testigos Marí Luz y Agapito (progenitores de la menor) así como por la hermana menor, Elisenda , y los amigos de Consuelo -, lo que expresa el *factum* es la suma de comportamientos cotidianos generadores de una atmósfera psicológica y moralmente capaz de anular a la mujer e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor y la angustia inducidos por quien creó ese microcosmos de dominación machista.

- Audiencia de León. Sección. 3. Id Cendoj: 24089370032020100299. Las continuas agresiones, insultos y humillaciones del acusado respecto a su pareja evidencian, a nuestro entender, suponen una posición de dominio propio de un machismo reprochable e inasumible en un estado de derecho. Con su actuación y sometimiento continuado a su pareja, el acusado creó tal clima de terror que llegó a dominar su capacidad de decisión y su voluntad, sometiéndola a sus decisiones y demostrándola que era inferior a él por el sólo hecho de ser una mujer, debiendo ser enmarcados los hechos en una continuidad de la acción con una metodología

claramente basada en la humillación, en la coacción y en la dominación (SSTS 24 de noviembre de 2009, de 8 de mayo de 2018 y de 8 de enero de 2020).

- Audiencia Provincial. Barcelona. Sección 20. Id Cendoj: 08019370202020100248. Tampoco asiste la razón en este punto al recurrente, ya que la línea jurisprudencial seguida en la sentencia del Tribunal Supremo que cita ha sido vacilante y, en todo caso, definitivamente abandonada en la actualidad por el alto Tribunal, siendo claro ejemplo de ello lo declarado en la sentencia del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo n.º 677/2018, de 20 de diciembre, en la que, a modo de conclusión, se afirma, entre otras cosas, lo siguiente: "2.- Inexigencia del ánimo de dominación o machismo en la prueba a practicar. Ambos apartados del precepto [apartados 1 y 2 del art. 153 CP] no incluyen ni exigen entre sus elementos una prueba del ánimo de dominar o de machismo del hombre hacia la mujer, sino el comportamiento objetivo de la agresión. El "factum" solo deberá reflejar un golpe o maltrato sin causar lesión para integrar la tipicidad y llevar a cabo el proceso de subsunción, sin mayores aditamentos probatorios. Los únicos elementos subjetivos van referidos a los elementos del tipo penal, no a otros distintos o al margen de la tipicidad penal".

- Audiencia Provincial Alicante. Sección 1. Id Cendoj: 03014370012020100278. " En modo alguno quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer. Ello iba ya implícito con la comisión del tipo penal contemplado en los arts. 153 , 171 y 172 CP al concurrir las especiales condiciones y/o circunstancias del tipo



delictivo. La situación en concreto de mayor o menor desigualdad es irrelevante. Lo básico es el contexto sociológico de desequilibrio en las relaciones: eso es lo que el legislador quiere prevenir; y lo que se sanciona más gravemente aunque el autor tenga unas acreditadas convicciones sobre la esencial igualdad entre varón y mujer o en el caso concreto no puede hablarse de desequilibrio físico o emocional", añadiendo "sin que ello exija que cuando se trate de una agresión de hombre a su pareja o ex pareja, o agresión mutua de los mismos, el elemento intencional de esa dominación o machismo se constituya como una exigencia a incluir en los hechos probados como un dolo específico no exigido por el tipo penal en modo alguno. Construir, pues, un elemento subjetivo del tipo en el art. 153.1 CP donde no lo hay, supone exacerbar la verdadera intención del legislador para llevar al tipo penal un fundamento extraído de la Exposición de Motivos de una norma legal. En consecuencia, en ningún caso se ha exigido como elemento del tipo del art. 153.1 CP ese elemento subjetivo del injusto, pero ni cuando actúa un hombre en el maltrato a una mujer, ni tampoco, -y aquí está la clave del caso- cuando se trata de un acometimiento mutuo se exige el ánimo de dominación para poder fundamentar una condena por el art. 153.1 CP cuando el sujeto activo sea un hombre".

La comprobación de conductas de cualquier tipo con finalidad y capacidad lesiva psicológica, tanto de forma directa como indirecta, es el criterio esencial en un procedimiento judicial²².

La acreditación de los delitos de maltrato psicológico supone un reto para los Juzgados de Violencia sobre la

²² COBO PLANA, J. A., «El juez y la prueba forense en la violencia de género», cit., pág. 220.

Mujer, siendo esencial a efectos probatorios la práctica de prueba médica pericial para valorar tres extremos:

- La situación anímica de la víctima.
- Los posibles efectos o consecuencias que el delito ha generado en la víctima.
- El nexo de causalidad entre la conducta del agresor y las lesiones psíquicas.

Es cierto que la infracción relacionada con la dimensión psicológica en delitos de violencia de género es, en términos cuantitativos, muy poco penada por los tribunales, pues no existen mecanismos precisos de detección de estos delitos.

Una concatenación de diversos maltratos ocasionales en la misma pareja, que finalmente son objeto de condena individual por la vía del artículo 153 del Código Penal, no constituyen sino manifestaciones puntuales de un largo y continuo proceso de malos tratos habituales que en ocasiones se desarrollan a lo largo de muchos años de relación de la pareja.

En este sentido, la generalización del cauce procedimental de los denominados «juicios rápidos» para enjuiciar los hechos de violencia de género presenta muchas ventajas en determinados supuestos, especialmente en los casos aislados de malos tratos ocasionales del artículo 153 del Código Penal, pero su uso se ha revelado inadecuado y totalmente ineficaz para la persecución tanto de los delitos de violencia habitual como para la detección del delito de violencia psíquica.



La prueba de estos delitos exige la plena acreditación de una serie de hechos a lo largo del tiempo, que han podido ser objeto de enjuiciamiento anterior o por separado, circunstancia que dificulta mucho su investigación, siendo necesario reunir diversa documentación médica y partes de lesiones en los supuestos de violencia física habitual, y especialmente difícil es la acreditación de violencia psíquica habitual, de la que normalmente la víctima no tiene documentación alguna.

Por las razones expuestas anteriormente, nuestros tribunales suelen adoptar un planteamiento pragmático con el uso de los juicios rápidos, a fin de evitar que el transcurso del tiempo lleve a la víctima a apartarse del proceso sin conseguir la condena de su agresor.

La acreditación de los delitos de maltrato psicológico supone un reto para los juzgados especializados en esta materia, siendo esencial a efectos probatorios la práctica de prueba pericial médica, necesaria para valorar y acreditar plenamente los siguientes extremos:

1. Una deficitaria situación anímica de la víctima, que comúnmente se denomina «perfil psicológico de mujer maltratada».
2. Los posibles efectos o consecuencias que el delito ha generado en la víctima (lesiones o secuelas psíquicas de diversa índole).
3. Un nexo o relación de causalidad entre la conducta del agresor y las lesiones psíquicas efectivamente causadas a la víctima.

A fin de acreditar y probar la concurrencia de estas circunstancias, las acusaciones deben instar a los

juzgados especializados a que oficien o soliciten la correspondiente prueba pericial médica a las UVFI, integradas por un equipo multidisciplinar especialista en medicina, psiquiatría, psicología, trabajo social que, tras reconocer y examinar a la víctima, debe emitir un informe pericial psicológico completo, que constituye la prueba clave en esta clase de delitos y que determinará la existencia o no de un delito de maltrato psicológico y psíquico, prueba que también pueden aportar las acusaciones mediante peritos privados y que, lógicamente, podrá ser combatida o rebatida por los especialistas médicos de la defensa²³.

En el estudio *La atención sociosanitaria ante la violencia contra las mujeres*, llevado a cabo por el Instituto de la Mujer, distingue tres grupos:

- Malos tratos sociales: humillaciones, ridiculizaciones, descalificaciones y burlas en público, se muestra descortés con los familiares de la víctima y con las amistades, seduce a otras mujeres en presencia de la víctima y utiliza los privilegios masculinos para que le sirvan.
- Malos tratos ambientales: rompe y tira objetos de la vivienda, destroza enseres, tira las cosas de la pareja.
- Malos tratos económicos: controla el dinero y le impide disponer de él, toma decisiones

²³ B. LÓPEZ-DORIGA ALONSO (coord.), *La atención sociosanitaria ante la violencia contra las mujeres*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2001, págs. 27 y ss.



unilaterales sobre el uso del mismo, se apodera de los bienes, le dificulta el conseguir un empleo, le asigna una cantidad y le exige explicaciones de los gastos realizados²⁴.

En la Guía y Manual de Valoración Integral Forense de la Violencia de Género y Doméstica del Ministerio de Justicia se considera que las víctimas de violencia de género son personas inmersas en una vida compleja, difícil, llena de ansiedad y miedos, que dan muestras de «no saber qué deben hacer» o «no saber qué es lo mejor». La falta de conciencia de ser víctima es un aspecto clave en estas violencias, por ello es necesario realizar un trabajo activo y tenaz capaz de detectar la compleja realidad en la que nos movemos. Así, se aconseja una revisión forense de todos los implicados en la situación, habitualmente víctima y agresor, y para ello es necesario dotar a los juzgados de las UVFI.

La revisión forense de todos los implicados en la situación de maltrato dependerá de la decisión de la persona que aplica el Derecho o, en su caso, del Ministerio Fiscal y la respuesta, integral o específica, dependerá única y exclusivamente de la solicitud de informe pericial efectuado por la persona que aplica el Derecho que entienda del caso, o por el Ministerio Fiscal actuante en el mismo.

El equipo forense no actúa de forma autónoma, ya que su objetivo fundamental es la realización de una valoración pericial de calidad dentro de un procedimiento

²⁴ SEBASTIÁN HERRANZ, J. y GARCÍA SÁINZ, C. (eds. lit.), *Violencia de Género: escenarios y desafíos. XX Jornadas Internacionales de Investigación Interdisciplinar*, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer; Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2015, p. 7.

judicial abierto. No resulta posible para el personal sanitario forense aplicar a las lesiones psíquicas los mismos criterios médicos legales que para las lesiones orgánicas, físicas o corporales, pues es muy compleja la determinación clínica de estas lesiones por la dificultad de medir objetivamente unas manifestaciones clínicas subjetivas.

Como ya se ha dicho, lo relevante a efectos probatorios no es sólo objetivar el menoscabo psíquico global de la persona, sino establecer una relación o nexo de causalidad entre las conductas lesivas y el daño. La finalidad de este informe médico forense es el de auxiliar con sus conocimientos específicos a los operadores jurídicos encargados de la valoración y la toma de decisiones, y serán ellos, quienes, como instructores del caso, decidan los aspectos probatorios que necesitan y valoren esa lesión psíquica como de carga penal relevante.

En conclusión, la complejidad de la prueba de estos delitos exige de forma imprescindible a efectos probatorios recabar los informes sociales y psicológicos existentes en relación con la víctima, que en muchos casos no hay, con carácter previo a que la víctima sea explorada por la Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI).

Es además muy recomendable practicar las testimoniales de las personas (personas cercanas, vecindario, familiares o agentes de la autoridad) que hubieran podido presenciar o tener conocimiento directo o indirecto, según se trate de testigos presenciales o de referencia, de los hechos presuntamente constitutivos de



maltrato psicológico y de los concretos actos de violencia o de la situación de temor a que la mujer se pudiera haber visto sometida.

Finalmente, tras la práctica de todas estas diligencias de investigación, el informe médico forense, de gran importancia en este tipo de investigaciones, deberá pronunciarse sobre la existencia de lesiones psíquicas en la víctima, no solo en cuanto a la patología concreta que sufre, sino también en cuanto a la necesidad, en su caso, de tratamiento médico para su curación, como se recoge en todos los textos legales actuales sobre violencia de género.

Existen dos condicionamientos fundamentales con relación a las lesiones psíquicas y que son característicos de la violencia contra las mujeres:

- La repetición de los hechos da lugar a un mayor daño psíquico, tanto por los efectos acumulados de cada agresión, como por la ansiedad mantenida durante el tiempo que transcurre hasta el siguiente ataque.
- La situación del agresor respecto a la víctima. Desde el punto de vista personal, el agresor es alguien a quien ella quiere, alguien a quien se supone que debe creer y alguien de quien, en cierto modo, depende. Desde el punto de vista general, las mujeres agredidas mantienen una relación legal, económica, emocional y social con el agresor²⁵.

La Organización Mundial de la Salud, en su *Informe Mundial de Violencia y Salud 2002*, destaca las siguientes

²⁵ Idem.

consecuencias psicológicas como las más frecuentes: abuso de tabaco, alcohol y otras drogas, depresión, ansiedad, trastornos alimentarios,

trastornos del sueño, sentimiento de vergüenza y culpa, fobias y trastornos de pánico, inactividad física, baja autoestima, trastorno de estrés postraumático, trastornos psicósomáticos, problemas en la conducta sexual y disfunciones sexuales²⁶.

El impacto psíquico de la violencia produce alteraciones psicológicas que dificultan el recuerdo y el relato de lo ocurrido, especialmente en lo referente a la historia continuada de violencia, aunque también puede influir en la descripción de los hechos que caracterizan una agresión. Esta dificultad en el relato a menudo se interpreta como falta de veracidad en la narración de los hechos y como denuncia falsa, cuando en realidad es una consecuencia de la violencia²⁷. La persona que padece esta situación vive en un clima de gran estrés, no tiene ocasión de explorarse ni de reflejarse emocionalmente en el otro, y por supuesto no tiene la oportunidad de poder reflexionar sobre su situación interna ni sobre la externa, su mente y sus capacidades se bloquean y quien provoca el maltrato ocupa su mente²⁸.

²⁶ *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, cit.

²⁷ *Ibidem*, pág. 16.

²⁸ NIETO MARTÍNEZ, I., «Los daños físicos y psíquicos en las víctimas de violencia y maltrato», en A. GARCÍA-MINA FREIRE (coord.), *Violencia contra las mujeres en la pareja. Claves de análisis y de intervención* (págs. 61-86), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2010, pág. 66.



Un dato a tener en cuenta sobre las periciales psicológicas a los agresores es que están orientadas a la búsqueda de algún tipo de circunstancia modificativa de su responsabilidad criminal (eximente y atenuantes), mientras que las periciales psicológicas a las víctimas de violencia de género o no se practican o van encaminadas a valorar su credibilidad y no a su verdadera finalidad, que es determinar la sintomatología derivada de violencia física y psíquica habitual y el daño moral o psicológico que la víctima haya podido padecer²⁹.

Algunas conductas que nos pueden ayudar a describir y comprender el maltrato psicológico son:

1. Rechazo: aquí se incluye el rechazo hostil y el trato degradante. Estos perpetradores suelen manifestar desprecio a los que están con ellos, les avergüenzan, ridiculizan y humillan, especialmente en situaciones donde la víctima muestra necesidad de afecto, angustia o comportamiento de dependencia. Inculcar en la víctima la idea de que no se debe confiar ni esperar cuidado y protección, pues solo lleva a la decepción y a recibir un daño mayor y que creer en la bondad humana es una ingenuidad.
2. Terror: al sujeto se le aterroriza con el abandono, daño, mutilación, se le amenaza de muerte, se maltrata e incluso se mata a los animales de compañía, provocando miedo intenso, amenazándole con situaciones peligrosas, incluyendo intentos de suicidio y autolesiones del maltratador, y todo esto acompañado con el discurso culpabilizador

²⁹ BODELÓN, E., *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Didot, Buenos Aires, 2013, pág. 227.

hacia la víctima y el mensaje de que todo eso va a ocurrir.

3. Aislamiento: se aísla a la víctima de cualquier actividad que produzca satisfacción o brinde esparcimiento. Se la puede confinar en una habitación o en la casa todo el día y durante periodos más largos. Se le limitan o prohíben las relaciones con el resto de la familia, tanto la nuclear como la extensa, con los amigos o con cualquiera que pueda proveerle de cuidado y confort emocional.
4. Explotación y corrupción: el sujeto se ve impelido a desarrollar conductas antisociales, autodestructivas o incluso delictivas.
5. Rechazo en la respuesta emocional: falta de afecto y de reconocimiento; si la víctima muestra algo en lo que ha tenido éxito, la respuesta es de rechazo, de descalificación y de inadecuación, sin mostrar ningún tipo de placer por el logro.
6. Rechazo de la ayuda médica y de las necesidades de la salud: en estos casos se considera a los profesionales de la salud como intrusos, innecesarios y que interfieren en asuntos que no son de su incumbencia. Las necesidades de las víctimas se niegan o se minimizan, y si a pesar de las prohibiciones la víctima pide ayuda a cualquier profesional de la salud, la respuesta que obtiene es siempre de



gran violencia por parte del maltratador³⁰.

Es el partido gobernante cuando realiza los Presupuestos Generales del Estado para presentarlos en el Parlamento, quien destina las partidas correspondientes para la creación de Unidades de Valoración Integral como departamentos tan importantes para esta labor específica.

A continuación, se recogen las conclusiones extraídas de una serie de sentencias relativas a la violencia de género y sus aspectos más relevantes (que se recogen en el anexo).

En estas sentencias se observan elementos comunes y que aparecen de forma reiterada, tanto respecto a la mujer maltratada que interpone una denuncia como al agresor. Situación de dominación, sumisión y terror. miedo continuado, trastornos de ansiedad y depresivos, sentimiento de culpabilidad, ánimo depresivo, personalidad sumisa, estrés emocional.

Respecto al agresor, a la vista de los hechos descritos, son los mismos en las diversas sentencias: comportamientos egocéntricos, egoístas y narcisistas, actitud manipuladora, no respetan las opiniones, actitudes o comportamientos de la víctima y son personas llenas de prejuicios.

El chantaje emocional y la manipulación, desgraciadamente, pueden ser habituales en las relaciones de pareja. Las personas narcisistas y con trastorno límite de personalidad también pueden llevar a cabo un chantaje emocional constante. El miedo al

³⁰ NIETO MARTÍNEZ, I., «Los daños físicos y psíquicos en las víctimas de violencia y maltrato», cit., págs. 66 y ss.

abandono de la víctima favorece que el agresor intente adoptar una posición de poder sobre esta, en una situación que puede asemejarse bastante a la dependencia emocional. De esta manera hace que la víctima se sienta culpable y no cuestione los cimientos de la relación. La persona que chantajea usa frases amenazantes, y hacer sentir culpable a la pareja por su propio comportamiento incorrecto es una de las estrategias más utilizadas. El maltratador hace pagar a víctima su propia falta de habilidades sociales y su sensación de fracaso, convirtiéndola en chivo expiatorio. Además, por supuesto, los maltratadores psicológicos no hacen autocrítica, o por lo menos no de forma sistemática y a no ser que se topen con una experiencia que les obligue a un cambio radical en su manera de ver las cosas. El aislamiento de la víctima es uno de los objetivos por los que el maltratador obliga a la víctima a la sumisión total. Son personas que no se arrepienten de lo que hacen. Tienen una baja autoestima, por ello necesitan tener el control absoluto sobre su pareja y sentirse, en todo momento, superiores.

Es de interés destacar que, en los resúmenes de sentencias de estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la Violencia de Género por las Audiencias Provinciales, dentro de su desarrollo no se hable en ningún capítulo acerca de las denuncias sobre violencia psíquica.

La incorporación de los malos tratos psíquicos habituales en el Código Penal de 1995, todavía no ha calado con la intensidad deseable en los hábitos de los operadores jurídicos, abogados, fiscales y jueces, para ahondar en



la búsqueda del soporte material de esas agresiones, que no es otro que la psique de la persona afectada³¹.

Los especialistas en psicología estiman que esta es una de las más feroces formas de violencia, ya que significa una agresión a la psique de la persona. En este sentido, si bien es cierto que un golpe puede dejar marcas visibles, una agresión verbal puede herir de forma mucho más profunda la razón o el juicio de esa persona.

La violencia psicológica puede ser difícil de reconocer para una víctima, especialmente cuando aún no se ha convertido en algo físico. Por eso es tan importante conocer los signos del abuso verbal.

En el ordenamiento jurídico español no existe un catálogo de situaciones que conformen la violencia psíquica, por lo que el problema surge al intentar determinar qué conductas son lo suficientemente relevantes para el derecho penal, ya que no todos los comportamientos que, extrajurídicamente, conforman un maltrato pueden ser subsumidos en el tipo penal.

BIBLIOGRAFÍA

BODELÓN, E., *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Didot, Buenos Aires, 2013.

CABALLERO GEA, J. A., *Violencia de género. Juzgados de violencia sobre la mujer, Penal y civil*, Dykinson, Madrid, 2013.

COBO PLANA, J. A., «El juez y la prueba forense en la violencia de género», en L. GARCÍA ORTIZ y B. LÓPEZ ANGUITA (dirs.), *La violencia de género: Ley de*

³¹ PEÑAFORT, R. DE, *Una juez frente al maltrato*, Debate, Barcelona, 2005, pág. 43.

protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo (págs. 139-178), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E.; CORRALGARGALLO, P. DE y AMOR ANDRÉS, P. J., «Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos», *Psicopatología, clínica legal y forense*, vol. 4, núms. 1-3, 2004, págs. 227-244.

GONZÁLEZ DEL CAMPILLO CRUZ, E. L., «La instrucción en los delitos de violencia de género», en L. GARCÍA ORTIZ y B. LÓPEZ ANGUITA (dirs.), *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo* (págs. 139-178), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

HERNÁNDEZ RAMOS, C. y CUÉLLAR OTÓN, P. (coords.), *La violencia de género en los albores del siglo XXI, perspectiva psicológica y jurídica*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Elche, 2003.

Informe mundial sobre la violencia y la salud, Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional para las Américas de la OMS, Washington DC, 2002.

JAIME DE PABLO, M. A., «Capítulo VI. La respuesta de las leyes a la violencia familiar», en R. OSBORNE (coord.), *La violencia contra las mujeres. Realidad social y políticas públicas* (págs. 105-115), Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001.

LAGUNA PONTANILLA, G., *Claves prácticas de los procesos por violencia de género*, Aranzadi, Zizur Menor, 2016.

LEAL GONZÁLEZ, D. y ARCONADA MELERO, M. A., «Prevención de la violencia masculina hacia las mujeres en educación», en T. SAN SEGUNDO MANUEL (dir.),



Violencia de género. Una visión multidisciplinar (págs. 107-141). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.

LÓPEZ-DORIGA ALONSO, B. (coord.), *La atención sociosanitaria ante la violencia contra las mujeres*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2001.

MARÍN LÓPEZ, P. y LORENTE ACOSTA, M., *La valoración del daño en las víctimas de la violencia de género*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

MORILLAS CUEVA, L.; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.; LUNA DEL CASTILLO, J. D.; MIRANDA LEÓN, T.; MORILLAS FERNÁNDEZ, L. D. y GARCÍA ZAFRA, I., *Sobre el maltrato a la mujer*, Dykinson, Madrid, 2006.

NIETO MARTÍNEZ, I., «Los daños físicos y psíquicos en las víctimas de violencia y maltrato», en A. GARCÍA-MINA FREIRE (coord.), *Violencia contra las mujeres en la pareja. Claves de análisis y de intervención* (págs. 61-86), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2010.

PEÑAFORT, R. DE, *Una juez frente al maltrato*, Debate, Barcelona, 2005.

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J. y MOYA CASTILLA, J. M., *Violencia de género. Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Experiencia, Barcelona, 2005.

SEBASTIÁN HERRANZ, J. y GARCÍA SÁINZ, C. (eds. lit.), *Violencia de Género: escenarios y desafíos. XX Jornadas Internacionales de Investigación Interdisciplinar*, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer; Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2015.

SORIA LÓPEZ, T. N., «De la telaraña de abuso al tejido de amor y vida. Intervención psicológica en violencia de género en la relación de pareja», en T. SAN SEGUNDO MANUEL (dir.), *A vueltas con la violencia: una*

aproximación multidisciplinar a la violencia de género
(págs. 143-169), Tecnos, Madrid, 2016.



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 27

Septiembre 2021

<http://gabilex.castillalamancha.es>

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

RECENSIONES DE LIBROS

RECENSIÓN DEL LIBRO “LA CONTRATACIÓN MENOR EN ESPAÑA: SU PROBLEMÁTICA REGULACIÓN Y UNA PROPUESTA DE FUTURO”

Autor: Antonio Villanueva Cuevas¹

D^a. Maria Zaballos Zurilla

Doctora en Derecho Universidad de Castilla-La Mancha

En esta nueva monografía el profesor Antonio Villanueva vuelve a mostrar su conocimiento sobre la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, centrándose en esta ocasión en el estudio en profundidad de los contratos menores. Materia conocida por ser ardua y compleja, sobre la que el profesor no sólo muestra su gran conocimiento y dominio, sino que expone su saber de forma clara y amena, invitando al lector a adentrarse en su lectura.

Subraya el autor desde las primeras páginas la importancia de la contratación menor, y la relevancia de dar una respuesta ágil y sencilla a las necesidades no

¹ Editorial Wolters kluwer, Madrid 2021.



recurrentes de las administraciones públicas. Muy especialmente pone el énfasis en que en el derecho interno español se adecue la aplicación de los principios estructurales a las características de agilidad y rapidez de la contratación menor.

Para ello el autor, en primer lugar, enmarca el trabajo con acierto al explicar de forma precisa los principios estructurales de la contratación pública y su amplio desarrollo en la Unión Europea, base del sistema de contratación español actual. Toma al lector de la mano y le invita a pasear por las distintas disposiciones normativas desde los años 70 hasta las llamadas Directivas “de cuarta generación de 2014”, deteniéndose en los aspectos esenciales de cada una de ellas. Destaca igualmente en el trabajo su manejo de la doctrina del TJUE en la materia que nos ocupa.

Establecido el marco normativo europeo, el siguiente paso lógico que da el autor es proceder al estudio de la regulación jurídica de la contratación en España. Para ello, analiza en primer lugar los antecedentes remotos de los contratos menores en la legislación histórica sobre contratación pública en España, remontándose a finales del siglo XIX, concretamente, al art. 6 del RD de 27 de febrero de 1852 considerado como la base de la contratación administrativa en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, el punto de inflexión, donde se encuentra de manera expresa un supuesto específico de contratación menor, es el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprobaba el Texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado. A partir de ahí, el autor va analizando cada una de las disposiciones legales que se refieren a la contratación menor hasta llegar a la LCSP 9/2017, que muestra la falta de sistematización y definición de los contratos menores. Para ello analiza en profundidad tanto la Ley de CSP de 2007 como el TRLCSP de 2011. Sin embargo, estos no

eran los mayores de los problemas de la contratación menor. Lo era la gran flexibilidad de la legislación en materia de contratación pública para la celebración de los contratos menores, que, como señala el autor, dio lugar a un uso abusivo y fraudulento de los mismos.

Este fue el motivo por el que a raíz de la “Decisión del Consejo de Europa por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas para reducir el déficit excesivo” de 8 de agosto de 2016, se promulgara con cierta premura la LCSP 9/2017. Con ella se trató de corregir el elevado nivel de irregularidades, entre ellas la frecuente utilización de adjudicaciones directas.

Tras la valiosa muestra de historia legislativa sobre contratación pública, específicamente sobre los contratos menores, el autor planea la siguiente pregunta: ¿es la LCSP 9/2017 una solución para la contratación menor? Pregunta que no voy a responder para incentivaros a la lectura de esta obra. Lo que sí quiero resaltar es la habilidad del autor a la hora de mostrar la configuración definitiva del contrato menor como un procedimiento de adjudicación y, la brillante explicación del profesor Villanueva sobre el régimen jurídico del contrato menor en la LCSP 9/2017 donde analiza con detalle si esta ley, a través de su nueva regulación en materia de contratos menores, consigue un mayor respeto a los principios estructurales que se nos reclamaba desde Europa. Para ello, analiza cada uno de los elementos y documentación que han de concurrir para la validez del contrato menor.



Una vez finalizada este complejo y profundo análisis que el autor elabora con maestría, estudia otros instrumentos de racionalización de las compras de menor cuantía previstos en la LCSP de 2017 como posibles sustitutos de la contratación menor, que pueden servir para reducir las adjudicaciones directas. A saber: el procedimiento abierto simplificado y supersimplificado, las centrales de compras, los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición. Para finalizar, como broche de oro, no satisfecho con el exhaustivo trabajo realizado, el autor reflexiona sobre el futuro de la contratación menor en España. En ella muestra como si bien la LCSP 2017 en su originaria redacción pretendía solventar los problemas suscitados por ese uso desmesurado de los contratos menores, el RD-Ley 3/2020 mediante la reforma del art. 118 de la citada ley, supone dar un paso atrás, desvirtuando el objetivo inicial perseguido por el legislador, echando por tierra la idea de reducir las contrataciones directas y limitarlas sólo a supuestos excepcionales. A fin de invitar al lector a acompañarle en su reflexión final, el autor plantea dos preguntas: ¿son necesarios los contratos menores en nuestra legislación sobre contratación del sector público?, y si lo son ¿cómo se podría mejorar la figura del contrato menor? Preguntas que tampoco voy a responder pues no me gustaría realizar un “spoiler” jurídico de tan recomendable trabajo.

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES



DESAFÍOS Y RETOS DE LAS CONTRATACIONES ELECTRÓNICAS EN EL PERÚ, A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA.

CHALLENGES OF ELECTRONIC CONTRACTING IN PERU, IN LIGHT OF THE SPANISH EXPERIENCE

D. Juan Manuel Revoredo Lituma

Socio Fundador de Revoredo Lituma Abogados – Perú

RESUMEN: El presente trabajo desarrolla la problemática en la que se encuentra el Perú debido a la necesidad de realizar los procedimientos de contratación pública de manera electrónica, más aún frente a la situación originada a causa de la propagación del COVID-19 a raíz de la experiencia española y con una breve mirada a la legislación chilena sobre compras públicas. Analizando los siguientes procedimientos de selección para la adquisición de bienes y/o servicios: Licitación pública, comparación de precios, subasta inversa electrónica, concurso público, adjudicación simplificada y la contratación directa. La normativa de contratación pública en el Perú reconoce procedimientos de contratación electrónica que cada entidad pública puede realizar para atender sus requerimientos, sin embargo,

muchas veces el procedimiento establecido no resulta el más idóneo.

Ante ello, se propone que en el ordenamiento jurídico peruano quien debería desempeñar las funciones del órgano encargado de las contrataciones de cada Entidad, debería ser PERÚ COMPRAS, siendo esta una central de compras públicas que tiene como objetivo optimizar las contrataciones a nivel nacional aprovechando el uso de tecnologías de la información y economía de escala. De esta manera, el área usuaria de cada entidad debe remitir sus respectivos requerimientos a la OEC (Órgano Encargado de la Contrataciones) y este coordinar las compras con PERU COMPRAS, a fin que sea este organismo público quien determine y gestione el procedimiento de selección mediante el cual se adquirirán los bienes y/o servicios contemplados en dicho requerimiento de manera electrónica.

PALABRAS CLAVE contratación pública, contrataciones públicas electrónicas, procedimiento de selección, entidad, Perú Compras, licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, subasta inversa electrónica, comparación de precios, OEC, contratación directa.

ABSTRACT: This paper discusses the problem that Peru is facing due to the need of doing the public procurement process electronically, even further during the situation caused by the spread of COVID-19, based on the Spanish experience and with a brief look at the Chilean legislation on public procurement. Also analyzing the following selection procedures for the acquisition of goods and/or services: public bidding, price comparison, electronic



reverse auction, public tender, simplified awarding and direct procurement. The public procurement regulation in Peru recognize the electronic procurement process that each public entity can perform to meet their requirements; however, the established process is not often the most suitable.

Given this situation, it is proposed that in the Peruvian legal system, PERU COMPRAS should be the one that performs the functions of the body responsible for procurement of each Entity, since it is a public purchasing center aiming to optimize the procurement at the national level, seizing the use of information technologies and economy of scale. In this way, the user area of each entity must submit their respective requirements to the Body responsible for Procurement (OEC) and this latter will coordinate the purchases with PERU COMPRAS, in order to this public body determines and manages the selection process in which the goods and/or services provided in said requirement are acquired electronically.

KEY WORDS: Public procurement, electronic public procurement, selection process, entity, Peru Compras, public bidding, public tender, simplified awarding, electronic reverse auction, price comparison, OEC (Body responsible for Procurement), direct procurement.

SUMARIO:

I.Introducción. II. Evolución de las contrataciones con el Estado en el Perú.III.El procedimiento administrativo electrónico en el T.U.O. de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General peruano. IV. Regulación y alcances de las contrataciones electrónicas en el Estado peruano. V. Breve repaso de la regulación y alcances de las contrataciones electrónicas en Chile. VI. El procedimiento administrativo electrónico en la Ley

española 39/2015, Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. VII. La Contratación Pública Electrónica en el Reino de España. VIII. Conclusiones IX. Bibliografía X. Anexos: 1.1 Entrevista a diversos operadores de las contrataciones con el estado peruano. 1.2. Estadística del año 2019 que refleja el avance de los procesos de selección (subasta inversa, catálogos electrónicos y acuerdos marco) en el Perú.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestras actividades diarias, ya sea, en nuestro centro de trabajo, en el hogar, en el instituto y/o universidad, conlleva que constantemente nos encontremos en la dinámica de adquirir bienes y/o servicios para cubrir nuestras necesidades. Tal es así que, encontraremos que muchos de estos bienes y/o servicios serán comunes entre nosotros. Por ejemplo, las prendas de vestir, los productos comestibles, los útiles de oficina y de estudio, el servicio de electricidad y agua, los servicios de informática, entre otros. Ahora, claro está que, las características de los mismos irán variando de acuerdo a la actividad en la que nos desempeñemos, el lugar geográfico donde nos encontremos y a los gustos de cada persona. Y es aquí, donde me atrevo a citar el refrán *"De gustos y colores no han escrito los autores"*. Es decir, si bien todas las personas requerimos ir con prendas de vestir a nuestro centro de trabajo, estas no serán del mismo modelo ni color necesariamente. Para ello, encontramos que, los centros comerciales y/o tiendas locales brindan una infinidad de bienes y/ o servicios para la necesidad de cada persona o grupo de personas.



Tal es así, que conforme han transcurrido los años, ya sea por necesidad o por preferencia, la mayoría de personas hemos optado por adquirir estos bienes y/o servicios de forma electrónica. Es decir, a través de las plataformas digitales que nos ofrece el mercado. Más aún, en el presente año, frente al aislamiento social obligatorio que ha sido impuesto por las autoridades en distintos países a causa de la propagación del COVID-19, nos hemos visto en la necesidad de adquirirlos de forma electrónica a fin de salvaguardar nuestra integridad y no vernos expuestos al posible contagio de dicho virus.

Ahora bien, lo señalado anteriormente, puede ser de aplicación por parte de las personas naturales como jurídicas, sin embargo, ¿Qué ocurre cuando una entidad del Estado quiere adquirir bienes y/o servicios? ¿Puede proceder de la misma forma que las personas naturales o jurídicas? Las respuestas a dichas interrogantes las encontramos -a efectos de la legislación peruana- en el T.U.O. de la Ley Nº 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante LCE), aprobada mediante Decreto Supremo Nº 082-2019-EF y su respectivo Reglamento, dispositivos legales que regulan la forma de adquisición de bienes y/o servicios por parte de las entidades del Estado. Debemos aclarar que, éstas también pueden adquirir la ejecución de obras, sin embargo, para efectos del presente trabajo nos centraremos en la adquisición de los bienes y/o servicios.

A partir de ello, debemos formularnos las siguientes interrogantes ¿Cómo debería proceder dicha entidad y en base a qué? ¿Puede adquirirlas de forma física o electrónica? ¿Es mejor que una sola Entidad se encargue de las compras? A medida que se desarrolle el presente trabajo, encontraremos que, en el Perú se ha establecido para la adquisición de bienes y/o servicios los siguientes

procedimientos de selección: licitación pública, comparación de precios, subasta inversa electrónica, concurso público, adjudicación simplificada y la contratación directa.

Dichos procedimientos de selección, en la actualidad, de acuerdo a la normativa vigente en el Perú son susceptibles de ser desarrollados a través del sistema electrónico. Sin embargo, ¿ello se practica?; es decir, ¿las entidades realizan la adquisición de bienes y/o servicios de forma electrónica en su totalidad? ¿Ello puede traer algún problema para los posibles postores? Encontraremos en el desarrollo del presente trabajo de investigación que, todos los procedimientos de selección se pueden desarrollar de forma electrónica; así como, que dicha modalidad generará problemas en los posibles postores debido a la falta de acceso a la plataforma digital.

Debemos tener en cuenta que no todas las entidades han implementado dicha modalidad pese a su regulación especial en la normativa vigente; motivo por el cual se determinará si debe cada entidad continuar desarrollando las contrataciones por sí mismas o deberían encargarlas a una única entidad a fin que esta gestione y se encargue de las compras para el resto de entidades. Así como, permitir que la presentación de las ofertas y otros documentos correspondientes al proceso de selección sean presentados por los participantes de forma física y/o electrónica.

Para ello, estudiaremos primero el procedimiento administrativo electrónico en la norma general del ordenamiento jurídico peruano, pasando por la evolución



de las contrataciones públicas en el Perú, así como, en la actual regulación y alcances de las contrataciones electrónicas públicas peruanas, con un breve análisis de la regulación chilena al respecto, para luego analizar el procedimiento administrativo electrónico en la norma general de España y su actual regulación, así como el alcance de sus contrataciones públicas electrónicas.

II. EVOLUCIÓN DE LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO EN EL PERÚ

El primer dispositivo legal que estableció las normas que debían observar las entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, servicios u obras, fue la Ley N°26850, **Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado**, no contemplándose en su contenido aún la contratación electrónica.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 031-2002-PCM, a fin de optimizar el sistema de adquisiciones y contrataciones del Estado se aprobó los "Lineamientos de Políticas Generales del Desarrollo del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado", encargando al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE¹ el desarrollo, administración y operatividad del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado.

¹ El Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE, era un ente rector del sistema de contrataciones y adquisiciones del Estado, que ejercía sus competencias en el Perú, comprendiendo a todas las entidades que realizaban los procesos para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras. Ahora es OSCE, Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado.

En ese contexto, mediante Resolución Ministerial Nº142-2004-PCM, se aprobaron los "Lineamientos para la implantación inicial del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado -SEACE", modificado mediante Resolución Ministerial Nº282-2005-PCM.

Tal es así que, recién en el **T.U.O. de la Ley Nº 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones de Estado**², se incorporó el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, el cual fue definido de la siguiente manera:

"(...) es el sistema electrónico que permite el intercambio de información y difusión sobre las adquisiciones y contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas".

Asimismo, conforme es de verse en el artículo 307 y siguientes del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado³, el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado [SEACE] se reguló de la siguiente manera:

- La entidad se encontraba obligada a publicar el aviso de convocatoria y las bases del proceso de selección en el SEACE, pudiendo acceder a la misma el proveedor de forma gratuita.

² Aprobado mediante Decreto Supremo Nº083-2004-PCM, publicado el 29 de diciembre de 2004 en el diario El Peruano.

³ Aprobado mediante Decreto Supremo Nº 084-2004-PCM, publicado el 29 de diciembre de 2004 en el diario El Peruano.



- Por lo que, la Entidad tenía la obligación de señalar en los referidos documentos si la presentación de consultas, la presentación de observaciones y la presentación de propuestas, serían de forma electrónica, es decir, a través del SEACE, o, de forma presencial.

En esa línea de ideas, habiendo sido derogada la normativa señalada en párrafos anteriores, mediante la **Ley de Contrataciones con el Estado**⁴, se encargó al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) el desarrollo, administración y operatividad del Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE), con sujeción a la organización, funciones y procedimientos que establezca el Reglamento de la referida Ley.

Es en ese sentido que, el artículo 285 y siguientes del Reglamento de la LCE, aprobado mediante Decreto Supremo Nº184-2008-EF, vigente desde el 01 de febrero de 2009, a diferencia del reglamento anterior, reguló el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), de la siguiente manera:

- Permitía a las Entidades, proveedores, árbitros y otros usuarios, la interacción con el SEACE siempre y cuando contaran con el Certificado SEACE.

Estableció que la convocatoria, el registro de participantes, consultas y observaciones, presentación

⁴ Aprobado mediante Decreto Legislativo Nº1017, publicado el día 04 de junio de 2008 en el Diario El Peruano.

de propuesta técnica y económica, calificación y evaluación de propuestas y otorgamiento de buena pro, se llevarían a cabo a través del SEACE. En esa línea de ideas, habiendo sido derogada la normativa señalada en párrafos anteriores, mediante la **Ley Nº 30225, LCE**, publicada con fecha 11 de julio de 2014, se estableció lo siguiente:

"Artículo 48. – Obligatoriedad

(...) Los procedimientos de subasta inversa y comparación de precios se realizan obligatoriamente en forma electrónica a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado [SEACE]. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado [OSCE] establece las excepciones a dicha obligación, así como la forma en que se aplica progresiva y obligatoriamente las contrataciones electrónicas a los otros métodos de contratación".

Es decir, encontramos que el legislador recién a través de la Ley Nº 30225 establece con exactitud que procedimientos de selección se desarrollarían por el SEACE obligatoriamente hasta esa fecha, siendo estos, la comparación de precios y subasta inversa, y no como la Ley de Contrataciones con el Estado anterior, aprobada mediante Decreto Legislativo Nº 1017, que solo se limitaba a establecer que las entidades se encontraban obligadas a utilizar el SEACE, más no establecía sobre qué procedimientos de contratación se regiría esto.

Por ende, dicho cambio en la normativa, contribuyo en gran manera a la utilización del sistema electrónico de contrataciones con el Estado por lo menos hasta dicha



fecha en dos tipos de contratación; toda vez que, si bien el OSCE podía establecer ciertas excepciones a dicha obligación, no todas las entidades se encontrarían inmersas en estas, razón por la cual, las entidades a nivel nacional sabían que debían implementar el SEACE a fin de poder contratar por subasta inversa y comparación de precios.

Adicionalmente, es importante tener presente que, cuando hacemos referencia a la subasta inversa y comparación de precios, nos estamos refiriendo a dos (02) de los tipos de procedimientos de selección contenidos en el artículo 21 de la citada norma. Situación que no ha variado; toda vez que, en la actualidad dichos procedimientos se encuentran consignados de la misma forma, conforme se establece en el artículo 21 del T.U.O. de la Ley Nº 30225, LCE, aprobada mediante Decreto Supremo Nº 082-2019-EF (norma vigente a la fecha); procedimientos de selección que serán desarrollados en párrafos posteriores.

De igual forma, el artículo 249 y siguientes del Reglamento de la LCE⁵ y modificado mediante Decreto Supremo Nº 056-2017-EF, vigente desde el 03 de abril de 2017, consignó lo siguiente:

"249.1. Las entidades están obligadas a registrar, dentro de los plazos establecidos, información sobre su Plan Anual de Contrataciones, las actuaciones preparatorias, los procedimientos de selección, los contratos y su ejecución, así como todos los actos que requieran ser publicados, conforme se establece en la Ley, en el Reglamento y en la Directiva que emita el OSCE.

⁵ Aprobado mediante Decreto Supremo Nº 350-2015-EF, publicado el día 10 de diciembre de 2015 en el diario El Peruano.

249.2. La Entidad debe registrar en el SEACE las contrataciones correspondientes a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley sujetos a supervisión del OSCE y las demás contrataciones que no se sujeten a su ámbito de aplicación conforme a la Directiva que emita el OSCE”.

Es decir, conforme es de verse en el artículo citado, el legislador con la presente norma obliga a las entidades recién a ingresar al SEACE los documentos relacionados a las actuaciones preparatorias, procedimientos de selección, contratos y su ejecución, a diferencia del reglamento anterior, que no lo establecía. Por tanto, el acceso a dicha información era más limitado, lo cual no contribuía al principio de transparencia, que recordemos, es una de las finalidades de las contrataciones electrónicas, ahí la importancia de su inserción. Asimismo, debemos resaltar que, la regulación y alcances de las contrataciones electrónicas contenidas en la Ley Nº 30225, LCE, han sufrido variaciones que han trascendido de gran manera en las mismas en el Perú, de la siguiente forma:

Mediante Decreto Legislativo Nº 1341, publicado con fecha 07 de enero de 2017, se vio modificado el artículo 47 de la LCE, quedando redactado como a continuación se detalla:

"47.1 El Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) es el sistema electrónico que permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas.



47.2 En el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) se registran todos los documentos vinculados al proceso, incluyendo modificaciones contractuales, laudos, conciliaciones, entre otros.

47.3 Los funcionarios o servidores públicos que incumplan las disposiciones a que se refiere este artículo serán sancionados por la comisión de falta grave". (Lo subrayado es nuestro).

Es decir, ya no bastaba solo el ingreso por parte de las entidades de los documentos que comprendían desde las actuaciones preparatorias hasta la ejecución del contrato, sino que, a fin de seguir salvaguardando el principio de transparencia en las contrataciones realizadas por las entidades del Estado -que recordemos es una de las finalidades del sistema electrónico de contratación- obligó a las entidades a que toda modificación del contrato, así como, en caso hubieran surgido controversias y se hubiera recurrido a la conciliación o al arbitraje, se ingresaran (las actas de conciliación y laudos, respectivamente) al SEACE bajo responsabilidad, situación que no estaba prevista en la Ley ni en el Reglamento anterior a su modificación. Ello, contribuyó en su oportunidad, a sistematizar de mejor forma los procedimientos de selección; toda vez que, los interesados podían no solo tomar conocimiento qué procedimiento de contratación y con quién se había realizado, sino que, si este había sido sujeto de cuestionamiento mediante los mecanismos previstos por la Ley. Lo cual, contribuyó a poder verificar si los referidos procedimientos se estarían realizando correcta o incorrectamente y el nivel de cumplimiento por parte de la entidad o del contratista al momento de su realización.

Mediante Decreto Legislativo Nº 1444, publicado con fecha 16 de setiembre de 2018, se vio modificado el artículo 49 de la LCE, como citamos a continuación:

"49.1 Las actuaciones y actos realizados por medio del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), incluidos los efectuados por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y la Central de Compras Públicas - Perú Compras, en el ejercicio de sus funciones tienen la misma validez y eficacia que las actuaciones y actos realizados por medios manuales, sustituyéndolos para todos los efectos legales. Dichos actos se entienden notificados el mismo día de su publicación (...)". (Lo subrayado es nuestro).

En referencia a ello, es importante señalar que, si bien la Central de Compras Públicas – Perú Compras fue creada el día 03 de junio de 2008 mediante Decreto Legislativo Nº 1018, es a partir del día 18 de marzo de 2016 que comienza a ejercer sus funciones⁶. Tal es así, que conforme al artículo 2 del referido dispositivo legal, se encargó a la Central de Compras Públicas – Perú Compras que realice las siguientes funciones:

"a) Realizar las Compras Corporativas obligatorias, de acuerdo a lo que se establezca en el Decreto Supremo correspondiente.;

b) Realizar las Compras Corporativas facultativas que le encarguen otras Entidades del Estado;

⁶ PEREZ MACHUCA, N. *La creación de la central de Compras Públicas – Perú Compras*. Gaceta Jurídica, Lima (Perú), 2008, pág. 4.



c) Realizar las adquisiciones que le encarguen otras Entidades del Estado, de acuerdo al convenio correspondiente, incluyendo la determinación de las características técnicas de los bienes y servicios a contratar y el Valor Referencial; así como la aprobación del Expediente de Adquisiciones y las Bases del proceso correspondiente, hasta antes de la suscripción del Contrato;

d) Asesorar a las Entidades del Estado que realicen Compras Corporativas facultativas; así como en la planificación y gestión de sus procesos de adquisiciones que realicen de manera institucional;

e) Promover y conducir los procesos de selección para la generación de Convenios Marco para la adquisición de bienes y servicios, así como suscribir los acuerdos correspondientes;

f) Llevar a cabo los procesos de selección para adquisiciones específicas que se le asignen mediante Decreto Supremo, aprobado con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,

g) Las demás que le asigne la normativa. (Lo subrayado es nuestro).

Las cuales, en la actualidad, buscan optimizar las contrataciones públicas, impulsar la estandarización de los requerimientos que efectúa el Estado, **incrementar el uso de mecanismos de contratación pública electrónica** y promover que se agreguen los requerimientos de compra del Estado. Ahí la importancia de la modificación, al incorporar al citado artículo que los actos consignados en el SEACE por la Central de Compras Públicas – Perú Compras, también tendrían la

validez y eficacia que las actuaciones realizadas de forma manual, situación que no contemplaba la norma antes de su modificación.

Adicionalmente, debemos señalar que mediante la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley Nº 30225, LCE, se modificó el artículo 2 inciso g) del Decreto Legislativo Nº 1018 (citado anteriormente) de la siguiente manera:

"La Central de Compras Públicas-Perú Compras, tiene las siguientes funciones: (...)

g) Promover la Subasta Inversa, determinando las características técnicas de los bienes o servicios que son provistos a través de esta modalidad y establecer metas institucionales anuales respecto al número de fichas técnicas de los bienes o servicios a ser contratados. (...)"

Es decir, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Nº 30225, publicada con fecha 11 de julio de 2014, se le encargó a la Central de Compras Públicas - Perú Compras que promoviera la subasta inversa. Tal es así que, en la actualidad, respecto a este procedimiento de selección dicha entidad es quien genera y aprueba las fichas técnicas de los bienes y servicios a ser incluidas en un Listado de Bienes y Servicios Comunes, tema que será abordado a mayor profundidad en el siguiente capítulo.

A razón de ello -dadas las últimas modificaciones a la Ley Nº 30225, LCE- se aprobó el T.U.O. de la Ley Nº 30225, LCE, mediante Decreto Supremo Nº 082-2019-EF



publicado el día 13 de marzo de 2019, dispositivo legal que a la fecha se encuentra vigente.

Ahora, como se ha señalado en párrafos anteriores, a través del artículo 48 numeral 2) del T.U.O. de la Ley Nº 30225, LCE, se ha establecido que los procedimientos de subasta inversa y comparación de precios obligatoriamente deben ser desarrollados a través del SEACE.

Respecto a la subasta inversa, el artículo 26 del T.U.O. de la Ley Nº 30225, LCE, ha establecido lo siguiente:

"26.1 La subasta inversa electrónica se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes.

26.2 La ficha técnica debe ser utilizada, incluso en aquellas contrataciones que no se encuentran bajo su ámbito o que se sujeten a otro régimen legal de contratación".

Respecto a la comparación de precios, el artículo 25 del T.U.O. de la Ley Nº 30225, LCE, ha establecido lo siguiente:

"La comparación de precios puede utilizarse para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata, distintos a los de consultoría, que no sean fabricados o prestados siguiendo las especificaciones o indicaciones del contratante, siempre que sean fáciles de obtener o que tengan un estándar establecido en el mercado, conforme a lo que señale el reglamento".

Por último, es importante resaltar lo establecido en el artículo 48 inciso 3 del T.U.O. de la Ley Nº 30225, LCE, que establece lo siguiente:

"48.3 Los criterios de incorporación gradual de las Entidades al Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), considerando la infraestructura y condiciones tecnológicas que estas posean o los medios disponibles para estos efectos, se establecen en la citada directiva". (Subrayado es nuestro).

Adicionalmente a ello, encontramos que el artículo 28 del Reglamento de la Ley Nº 30225, Ley de Contrataciones con el Estado,⁷ modificado mediante Decreto Supremo Nº 377-2019-EF, ha establecido lo siguiente:

"Los procedimientos de selección se realizan en forma electrónica y se difunden, íntegramente, a través del SEACE, conforme a la directiva que emita el OSCE".

En razón a ello, el Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado a través de la Directiva Nº 001-2019-OSCE/CD ha establecido que además de los procesos de contratación señalados en el artículo 48 numeral 2) del T.U.O. de la Ley Nº 30225, LCE, se podrán desarrollar las licitaciones públicas, concursos públicos y adjudicaciones simplificadas de forma electrónica.

⁷ Aprobado mediante Decreto Supremo Nº 344-2018-EF, publicado el día 31 de diciembre de 2018 en el diario El Peruano.



III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO EN EL T.U.O. DE LA LEY Nº 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL PERUANO

En el ordenamiento jurídico peruano, la ley que regula las actuaciones de la función administrativa del Estado, así como, los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, es el T.U.O. de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁸ (en adelante, la LPAG).

La referida norma, cuenta con cinco (05) títulos, diecinueve (19) capítulos, doscientos sesenta y cinco (265) artículos, diez (10) disposiciones complementarias finales, trece (13) disposiciones complementarias transitorias y tres (03) disposiciones complementarias derogatorias.

En cuyo título preliminar, se consagran los diecinueve (19) principios del procedimiento administrativo, que los funcionarios de las entidades deberán observar en el ejercicio de su función administrativa.

Recordemos, que la doctrina concibe a los principios de la siguiente manera:

"(...) Los principios cumplen el cometido de ordenar el modelo jurídico, integrarlo con un criterio armónico y coherente, salvar las indeterminaciones y orientar la labor del interprete"⁹.

⁸ Aprobado mediante Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS, publicado el día 25 de enero de 2019 en el diario El Peruano.

⁹ BALBÍN, C. *Manual de Derecho Administrativo*. La Ley, Buenos Aires (Argentina), 2015, pág. 92.

En virtud de ello, el artículo IV numeral 2 del Título Preliminar de la LPAG, establece que la finalidad de los principios será:

"(...) Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en aplicación de las reglas de procedimiento (...)".

Ahora, en relación al procedimiento administrativo electrónico, el principio que regirá al mismo, será el Principio de Participación contenido en el artículo IV numeral 1 inciso 12) de la LPAG, que se define de la siguiente manera:

"Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afecten la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes en aquellas decisiones públicas que les pueda afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión". (Lo subrayado es nuestro).

Bajo este principio, el artículo 30 inciso 2) de la LPAG, ha señalado lo siguiente:

"El procedimiento administrativo electrónico deberá respetar todos los principios, derechos y garantías, del debido procedimiento previsto en la presente Ley, sin que se afecte el derecho de defensa ni la igualdad de las partes, debiendo prever las medidas pertinentes cuando



el administrado no contenga acceso a medios electrónicos”.

Asimismo, el artículo 31 de la LPAG, en referencia al expediente electrónico, ha señalado lo siguiente:

“31.1 El expediente electrónico está constituido por el conjunto de documentos electrónicos generados a partir de la iniciación del procedimiento administrativo o servicio prestado en exclusividad en una determinada entidad de la Administración Pública.

31.2 El expediente electrónico debe tener un número de identificación único e inalterable que permita su identificación unívoca dentro de la entidad que lo origine. Dicho número permite, a su vez, su identificación para efectos de un intercambio de información entre entidades o por partes interesadas, así como para la obtención de copias del mismo en caso corresponda.

31.3 Cada documento electrónico incorporado en el expediente electrónico debe ser numerado correlativamente, de modo que se origine un índice digital el cual es firmado electrónicamente conforme a ley por el personal responsable de la entidad de la Administración Pública a fin de garantizar la integridad y su recuperación siempre que sea preciso”.

A razón de ello, de la lectura de las citadas normas, se desprende que, la Entidad se encuentra obligada a no vulnerar el derecho de defensa e igualdad de las partes en el procedimiento administrativo electrónico. En ese contexto, la Entidad deberá permitir a las partes el acceso electrónico al expediente a fin que puedan conocer el estado de su tramitación, así como, la presentación de recursos, reclamaciones y quejas a la autoridad, realizar pagos, presentar y liquidar impuestos, entre otros trámites.

Tal es así que, en el Perú, se ha ido incorporando de manera progresiva plataformas digitales a fin de dar cumplimiento a las disposiciones legales señaladas. Por ejemplo, en caso del Banco de la Nación, se creó la plataforma digital "Pagalo.pe" que permite realizar el pago de tasas y servicios para trámites en diferentes entidades públicas.

En ese sentido, habiendo tomado conocimiento de lo establecido por la norma general, esto es, el T.U.O. de la Ley Nº 27444, LPAG, en lo que concierne al procedimiento administrativo electrónico. Ahora, corresponde ingresar a la norma especial, esto es a la Ley Nº 30225, LCE¹⁰, a fin de verificar cual es el tratamiento normativo actual que la legislación especial proporciona al procedimiento administrativo de compras electrónicas en el Perú.

IV. REGULACIÓN Y ALCANCES DE LAS CONTRATACIONES ELECTRONICAS EL ESTADO PERUANO.

En el ordenamiento jurídico peruano, las normas que regulan las contrataciones de bienes, servicios y obras que realizan las entidades del Estado, se encuentran contenidas en el T.U.O. de la Ley Nº 30225, LCE¹¹, (en

¹⁰Aprobado mediante Decreto Supremo Nº 082-2019-EF, vigente a partir del 14 de marzo de 2019.

¹¹ Aprobado mediante Decreto Supremo Nº 082-2019-EF, publicado en el diario El Peruano el día 13 de marzo de 2019



adelante, la Ley) y en su respectivo reglamento¹² (en adelante, el Reglamento).

Para ello, debemos tener presente que, la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley, establece lo siguiente:

"(...) El OSCE puede implementar mecanismos electrónicos para recibir la documentación de las partes o de terceros y para notificar los actos administrativos emitidos durante sus procedimientos, pudiendo establecer la obligatoriedad del uso de los referidos mecanismos electrónicos, en tanto, estos observen los procedimientos y formalidades establecidos en el T.U.O. de la Ley Nº 27444, LPAG.

La implementación y disposiciones referidas al uso de las plataformas informáticas o la sustitución de las mismas son establecidas mediante Directiva".

Es decir, lo estipulado por la Ley y su respectivo Reglamento en referencia a la regulación y alcances de las contrataciones electrónicas no deberá ser contraria a lo estudiado en el capítulo anterior, debiendo ceñirse bajo los principios y normas contenidas en el T.U.O. de la Ley Nº 27444, LPAG.

Ahora bien, a fin de comprender la regulación y alcances de las contrataciones electrónicas, debemos recurrir a ciertos principios contenidos en la Ley, que rigen las mismas, siendo estos los siguientes:

-Principio de libertad de concurrencia. – El artículo 2 inciso a) de la Ley, la define de la siguiente manera:

¹² Aprobado mediante Decreto Supremo Nº344-2018-EF, modificado mediante Decreto Supremo Nº 377-2019-EF.

"Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores".

Es decir, las entidades deben incentivar que se presenten el mayor número de postores al proceso de selección.

-Principio de igualdad de trato. – El artículo 2 inciso b) de la Ley, la define de la siguiente manera:

"Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular su oferta, encontrándose prohibida a existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva".

-Principio de Publicidad. - El artículo 2 inciso d) de la Ley, la define de la siguiente manera:

"El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones".



Es por ello, que se creó el Sistema de Contratación Electrónica [SEACE], a fin que las entidades puedan contratar los bienes, servicios y obras de forma electrónica, sistema que acorde al artículo 47 de la Ley ha sido definida de la siguiente manera:

"47.1. El Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) es el sistema electrónico que permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas.

47.2. En el sistema electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) se registran todos los documentos vinculados al proceso, incluyendo modificaciones contractuales, laudos, conciliaciones, entre otros. (...)" (Lo subrayado es nuestro).

Es decir, en virtud del principio de publicidad el proceso de contratación debe ser publicado y difundido. Como bien señala la norma, la publicación se realiza por medio del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE). Sin embargo, ahí no radica el problema, sino en la difusión del proceso de selección para la adquisición de bienes y/o servicios.

Esto es, pese a las exigencias que establece la Ley y su Reglamento, encontramos que la situación socioeconómica y geográfica de nuestro país, no permite su cabal cumplimiento. Ello se manifiesta cuando gran parte de la población peruana, no puede acceder a la referida plataforma, como postores o incluso las propias entidades públicas que por su lejanía a ciudades más grandes no cuentan con el acceso a la red de internet, debido que no tienen acceso a la tecnología requerida, por la zona geográfica en donde se encuentran ubicadas u otra situación relacionada a la misma.

Por tanto, no les es posible acceder a la plataforma señalada, por ende, nos encontramos antes dos escenarios: El primero, consiste en la posibilidad de conocer sobre el proceso de selección y, el segundo, la posibilidad de la empresa de participar como postor en el proceso de selección.

Ahora, en el supuesto caso que la empresa haya podido tomar conocimiento del proceso de selección por otro medio, no podría concurrir; toda vez que, al no tener acceso a la plataforma del SEACE, no podría ingresar los documentos correspondientes a fin de ser sujetos de calificación, vulnerándose el principio de concurrencia.

Por otro lado, si bien es cierto, la Ley señala que los procesos de selección¹³ se realizan de forma electrónica solo por las Entidades que tengan acceso al referido sistema (esto es, al contar con las herramientas necesarias), permitiendo que las empresas que se encuentren dentro del entorno geográfico de la Entidad puedan concurrir a los procesos de selección iniciadas por la misma. Sin embargo, ello, no cambia el hecho que se esté vulnerando el principio de concurrencia, respecto de otros procesos de selección de aquellas Entidades que, si cuentan con el acceso a la plataforma SEACE, en los cuales estas empresas pudieran participar

¹³ GÓMEZ NESTARES, J. *Las bases del proceso de selección y la determinación de las reglas definitivas para la calificación y evaluación de propuestas*. Gaceta Jurídica, Lima (Perú), 2015, pág. 10.



exitosamente si no fuera por la inaccesibilidad a la referida plataforma¹⁴.

En ese sentido, el objeto del presente trabajo, consta en determinar si las adquisiciones de bienes y/o servicios a través de los procesos de selección, esto es, licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, comparación de precios, contratación directa y subasta inversa electrónica, se están o no realizando de forma electrónica, así como, si la utilidad de dichos procedimientos de selección debe continuar vigente.

Elo en virtud que, en la actualidad, la Central de Compras Públicas – PERÚ COMPRAS, ha tomado un rol muy importante en la contratación electrónica en el Perú. Toda vez que, dicho ente rector está a cargo de realizar la adquisición de bienes y/o servicios a través de la subasta inversa electrónica, las compras corporativas, los catálogos electrónicos de acuerdo marco y la homologación.

En referencia a los catálogos electrónicos de acuerdo marco, debemos señalar que el artículo 31 de la Ley define a la misma como un método especial de contratación, señalando además lo siguiente:

"31.1 Las Entidades contratan, sin realizar procedimiento de selección, los bienes y servicios que se incorporen en los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco como producto de la formalización de Acuerdos Marco.

¹⁴ DEL PIAZZO, C. "Contratación pública electrónica en Europa y América Latina". *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 66 (2011), pág. 148.

31.2 El reglamento establece los procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, las condiciones de aplicación y políticas de rotación entre proveedores, la verificación de requisitos de capacidad técnica y legal de los proveedores y demás particularidades.

31.3 Las reglas especiales del procedimiento de cada acuerdo marco definen el monto a partir del cual el uso de catálogos electrónicos es obligatorio". (Lo subrayado es nuestro).

En esa misma línea, el artículo 113 del Reglamento, ha definido a la misma de esta forma:

"De conformidad con lo previsto en el artículo 31 de la Ley, la contratación a través de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco se realiza sin mediar procedimiento de selección, siempre y cuando los bienes y/o servicios formen parte de dichos catálogos. El acceso a los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco se realiza en forma electrónica, a través del SEACE". (Lo subrayado es nuestro).

Es decir, la formalización del acuerdo marco posibilitará a los proveedores formar parte de un Catálogo Electrónico, por medio del cual se ofertarán los bienes y/o servicios que sean requeridos por las entidades públicas en el Perú¹⁵.

¹⁵ DIAZ GUEVARA, J. *Evolución del convenio marco como mecanismo de contratación estatal*. Gaceta Jurídica, Lima (Perú), 2015, pág. 8.



La utilización de dicho procedimiento especial de contratación, trae como beneficio, la reducción de los costos vinculados con la realización de procedimientos de selección, permite el acceso a una base amplia de la información técnica y comercial de los proveedores, permite la formalización del contrato en tiempo récord comparado con los otros procedimientos de selección. Así como, permite el acceso a las micro y pequeñas empresas para que contraten con las entidades públicas¹⁶.

Tal es así que, a la fecha existen catorce (14) acuerdos marco vigentes que se derivan en veinte y cinco (25) catálogos electrónicos, debidamente administrados por PERÚ COMPRAS.

Ahora bien, en referencia a la subasta inversa electrónica, como hemos señalado en el capítulo anterior, esta consistirá en un procedimiento de selección a través del cual las entidades públicas adquirirán bienes y/o servicios que se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes (en adelante, LBSC), resultando el postor ganador quien oferte el menor precio por el producto objeto de la subasta. De esa manera, el postor, podrá acceder a la misma por medio del SEACE, donde encontrará las fichas técnicas de los bienes y servicios incluidos en el LBSC, los cuales serán generados y aprobados por PERÚ COMPRAS.

La utilización de dicho procedimiento de selección trae consigo una serie de beneficios para el proveedor así como para las entidades públicas; toda vez que, se

¹⁶ BERAMENDI GALDÓS, G. *Análisis de la modalidad especial de selección vía subasta inversa*. Grijley, Lima (Perú), 2007, pág. 5.

reducirán los costos en el trámite de los procedimientos de selección, facilita la descripción objetiva del bien o servicio a contratar antes de la convocatoria, contribuye en gran escala a la eficiencia de un procedimiento de selección electrónico ya que disminuirá la participación de la entidad, permite la presentación de las ofertas de forma electrónica facilitando la participación de proveedores de distintos puntos geográficos del país, permitiendo de esta manera el fomento de la transparencia, participación y control en las contrataciones efectuadas por el Estado¹⁷.

Por lo expuesto, a criterio del autor, la solución a los inconvenientes que se presentan en la adquisición de bienes y/o servicios de forma electrónica, empezando por la demora en su implementación en todas las entidades del territorio nacional, consistiría en fomentar más la adquisición de las mismas por la subasta inversa electrónica y por los catálogos electrónicos de acuerdos marcos, ya que, como hemos podido apreciar que son procedimientos de selección con mayor objetividad y con resultados a corto tiempo al momento de adquirir bienes y/o servicios. No siendo suficiente ello, se debería encargar a la Central de Compras Públicas – PERÚ COMPRAS que desempeñe las funciones de los órganos encargado de las contrataciones de cada entidad, debiendo el área usuaria de cada Entidad remitir sus requerimientos a PERÚ COMPRAS a efectos de que sea

¹⁷ REYNOSO PEÑAHERRERA, R. *La modalidad de la subasta inversa electrónica. Viabilidad de una modalidad de selección*. Gaceta Jurídica: Actualidad Jurídica, Lima (Perú), 2007, pág. 7.



la misma quien realice el procedimiento de selección correspondiente.

V. BREVE REPASO DE LA REGULACIÓN Y ALCANCES DE LAS CONTRATACIONES ELECTRÓNICAS EN CHILE

Lo expuesto en el párrafo anterior, no sería algo novedoso, ya que, en Latinoamérica encontramos que, en Chile, para comprar y contratar lo que necesitan las entidades públicas, recurren o lo realizan a través de la plataforma transaccional ChileCompra, siendo esta la institución encargada de administrar dicha plataforma.

Tal es así que, a través de la referida plataforma más de los 850 organismos del estado chileno realizan de forma autónoma sus compras con más de 114 mil proveedores.

Ello, mediante las siguientes modalidades: a) compras coordinadas, b) convenio marco, c) compras desagregadas, d) Base tipo y e) compra ágil¹⁸.

Respecto a las compras coordinadas, debemos señalar, que la misma consta de dos formas: Compras coordinadas por mandato y compras coordinadas conjuntas. En la primera, la Dirección ChileCompra mediante el procedimiento de licitación contratará bienes y/o servicios en representación de varias instituciones del Estado. En la segunda, la Dirección de ChileCompra no representará a las instituciones; sin embargo, si participará activamente en el desarrollo del proceso de compra de bienes y/o servicios que desarrollarán dos o

¹⁸ <https://www.chilecompra.cl/por-que-eficiencia/>

más instituciones respecto de un mismo bien y/o servicio.

Respecto al convenio marco, debemos señalar que, esta será efectuada por ChileCompra mediante una licitación pública de acuerdo a los criterios de las respectivas industrias por un periodo determinado seleccionando a los proveedores que se encontrarán en el catálogo, mediante el cual las instituciones podrán comprar.

Respecto a las compras desagregadas, debemos señalar que, por medio de esta modalidad de compra, las instituciones compraran por separado sus productos y servicios a través de la plataforma transaccional.

Respecto a la compra ágil, es aquella modalidad de compra mediante la cual las instituciones adquirirán los bienes y servicios a través de la plataforma transaccional, siempre y cuando, el monto sea igual o inferior a treinta unidades tributarias mensuales.

Por último, respecto a las Bases Tipo, debemos señalar que, esta será un tipo de modalidad de compra que será realizada mediante la licitación, cuyos aspectos administrativos no serán acordes a la normativa que rige las contrataciones de Chile, sino, serán establecidas por ChileCompra y validados por su Contraloría

Sin embargo, encontramos que, si bien ChileCompra ha tenido un gran avance en cuanto a las compras electrónicas por parte de las instituciones del estado chileno, atraviesa por el mismo inconveniente que en Perú, respecto a la implementación de la plataforma transaccional en las provincias más lejanas y a la



complejidad para que las PYME puedan acceder al sistema, situación que a criterio del autor deberá ser tratado de la misma forma que en España, esto es, con la implementación de sedes digitales, como detallaremos en párrafos posteriores.

VI. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO EN LA LEY 39/2015, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

En el ordenamiento jurídico español, el dispositivo legal que regula las actuaciones de los funcionarios públicos es la Ley 39/2015, Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [en adelante, LPAC]. Es por ello que, en el presente capítulo, estudiaremos los alcances de la referida norma respecto del procedimiento administrativo electrónico.

En ese contexto, encontramos que el artículo 14 de la LPAC, contempla el derecho y la obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas¹⁹, de esta forma:

"1. Las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas. El medio elegido por la persona para comunicarse con las Administraciones

¹⁹ DELGADO, I. *Nociones Previas sobre Administración electrónica en el contexto de las nuevas leyes de procedimiento administrativo común y de régimen jurídico del sector público*. Madrid (España), 2020, pág. 16.

Públicas podrá ser modificado por aquella en cualquier momento.

2. En todo caso, estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, al menos, los siguientes sujetos:

a) Las personas jurídicas.

b) Las entidades sin personalidad jurídica.

c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles.

d) Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.

e) Los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración.

3. Reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que, por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios”.



Conforme se puede apreciar en el citado artículo, la LPAC otorga la facultad a la persona física de elegir el mecanismo de comunicación con la entidad, más no, le da el mismo trato a la persona jurídica, porque se sobre entiende que esta tiene los mecanismos y posibilidades para acceder a la misma, brindando además la ayuda necesaria para que el administrado pueda acceder al sistema electrónico, salvaguardando de esta manera el derecho de igualdad.

Lo señalado anteriormente, no se regula de la misma forma en el ordenamiento jurídico peruano, esto es, ni en la norma general ni en la norma especial. Toda vez que, como se ha señalado en párrafos anteriores, la utilización del sistema electrónico en las entidades del Estado no tiene como eje al administrado, sino, a la Entidad. Es decir, la implementación del procedimiento administrativo electrónico en una Entidad, dependerá si la misma cuenta con los recursos tecnológicos, más no, si los administrados cuentan con dichos recursos para poder acceder a la misma, situación que evidentemente transgrede el derecho a la igualdad, Ya que, en un procedimiento administrativo electrónico, el administrado se encontrará en total desventaja frente a la Entidad.

En esa línea, el artículo 70 de la LPAC, ha establecido que la ordenación del procedimiento deberá ser así:

"1. Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.

2. Los expedientes tendrán formato electrónico y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos,

notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita. Asimismo, deberá constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada”.

Es decir, el ordenamiento jurídico español a diferencia del peruano, ha implementado el procedimiento electrónico en su administración de forma total.

Ahora bien, debemos tener presente que, si bien las entidades en España brindan las facilidades a los administrados para que estos presenten sus documentos de forma virtual, esto es, en sus sedes electrónicas²⁰. Ello no significa que el procedimiento administrativo deja de ser electrónico. Situación, que el legislador en el Perú ha previsto en caso de los procesos judiciales en materia comercial, más no, en los procedimientos administrativos.

Ahora bien, habiendo ahondando en la norma general, esto es, en la Ley 39/2015, Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, corresponde tratar la norma especial, la Ley 9/2017, Ley de Contratos del Sector Público. Debiendo tener presente que, observaremos que si bien la norma general prevé el procedimiento administrativo electrónico conforme hemos corroborado tras la lectura de los artículos citados, encontraremos que, la norma especial todavía no prevé de la misma forma los procedimientos de

²⁰ DELGADO, I. *“Publicidad, comunicaciones y notificaciones por medios electrónicos en el ámbito de la contratación”*. Madrid (España), 2020, pág. 29.



contratación. Hecho que ha generado gran debate, ya que muchos señalan que al ser la Ley 9/2017 una norma de carácter especial, es decir, una norma especializada, esta podría disponer de una regulación distinta a la norma general. Ello, a razón que, en la práctica muchas empresas omiten participar de licitaciones con el Estado debido a que no les resulta factible acceder a la plataforma digital para presentar sus ofertas²¹.

Sin embargo, otros señalan que la Ley 9/2017, Ley de Contratos del Sector Público debería amparar lo señalado por la norma general en cuanto a la contratación electrónica, a fin de integrar y que haya uniformidad entre ambos dispositivos legales. A ello, debemos señalar, que haciendo una comparativa con el ordenamiento jurídico peruano -como se ha expuesto en los primeros párrafos del capítulo cuatro del presente documento- encontramos que en este no se presenta dicha discusión, lo que no ocurre en el Reino de España, es decir, la norma especial que regula las contrataciones del Estado en Perú, esto es, el T.U.O. de la Ley Nº 30225, LCE, Ley Especial, si obliga a ceñirse bajo los lineamientos establecidos por la norma general, esto es, el T.U.O. de la Ley Nº 27444, LPAG, Ley General.

En ese sentido, siguiendo la comparativa entre ambos ordenamientos jurídicos, encontramos que las discusiones sobre la regulación y alcances de la contratación electrónica en ambos países difiere, tal como lo seguiremos analizando en los siguientes párrafos.

VII. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN EL REINO DE ESPAÑA

²¹ Foro académico (2019).

En el ordenamiento jurídico español, se regula la contratación del sector público mediante la Ley 9/2017, Ley de Contratos del Sector Público [en adelante LCSP], norma que encarga al Comité de Cooperación en materia de contratación pública el coordinar el impulso de la contratación electrónica en el ámbito del sector público.

Siendo una de las principales novedades de la LCSP la incorporación de los medios electrónicos a los procesos de contratación, debiendo desarrollarse una contratación pública electrónica en todas las partes del procedimiento²².

En esa línea de ideas, la referida norma establece que mediante la Estrategia Nacional de Contratación Pública se debe buscar entre sus muchas finalidades, generalizar el uso de la contratación electrónica en todas las fases del procedimiento, conforme lo establece el artículo 334 de la LCSP. Ello, a fin de aumentar la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación²³.

Asimismo, encontraremos que la LCSP, regula las comunicaciones y notificaciones electrónicas utilizables en los procedimientos regulados en la misma mediante su Disposición Adicional Decimoquinta, Décimo Sexta y Décimo Séptima, las cuales tendrán como finalidad la no discriminación, la disponibilidad de la información, la

²² GARCIA MARTIN, L. *Pasado y presente de la contratación pública en España*. Editorial La Ley, Madrid (España), 2019, pág. 07.

²³ GALLEGO CÓRCOLES, I. *La contratación pública digital*". *Digital public procurement*, 17, Madrid (España) 2019, pág. 437.



accesibilidad a los programas y aplicaciones utilizadas y a la seguridad²⁴.

En referencia a la Disposición Adicional Decimoquinta, debemos señalar que, la misma establece que las notificaciones se podrán realizar mediante dirección electrónica o mediante comparecencia electrónica. Sin embargo, de tratarse de procedimientos de adjudicación de contratos toda notificación y comunicación deberá ser practicada electrónicamente, estableciendo además que, podrá emplearse la comunicación oral para las comunicaciones distintas de las relativas a los elementos esenciales de un procedimiento de contratación, siempre que su contenido se encuentre debidamente documentado. Correspondiendo los pliegos de contratación, las solicitudes de participación y las ofertas, a dichos elementos esenciales.

Adicionalmente, la referida disposición señala que, la presentación de las ofertas y solicitudes de participación deben llevarse a cabo de forma electrónica. Sin embargo, también establece ciertas excepciones a ello, es decir, las entidades no se encontrarán obligadas a exigir la presentación de las ofertas por los medios electrónicos en los siguientes casos:

"a) Cuando, debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos requeriría herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos que no están en general disponibles o no aceptan los programas generalmente disponibles.

²⁴ DELGADO, I. *Publicidad, comunicaciones y notificaciones por medios electrónicos en el ámbito de la contratación*. Madrid (España) 2020, pág. 13.

b) Cuando las aplicaciones que soportan formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas utilizan formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o están sujetas a un régimen de licencias de uso privativo y el órgano de contratación no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia.

c) Cuando la utilización de medios electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación.

d) Cuando los pliegos de la contratación requieran la presentación de modelos físicos o a escala que no pueden ser transmitidos utilizando medios electrónicos”.

En ese sentido, haciendo una comparativa con el ordenamiento jurídico peruano, encontraremos que la contratación pública electrónica en España y Perú, se encuentran limitadas por una variable en común, la cual se manifiesta en las dos dimensiones de la administración pública electrónica. Esto es, a la dimensión interna y externa, la cual consistirá en el desarrollo y empleo de los medios electrónicos dentro de la Entidad y, a la utilización y acceso de los medios electrónicos por parte de los usuarios y/o administradores, correspondientemente.

Esta variable será la brecha digital, es decir, la falta de accesibilidad a internet y los medios electrónicos idóneos para poder acceder a las plataformas digitales por parte de las entidades, usuarios y/o administrados. En España, de la lectura de la Disposición adicional decimoquinta, en



referencia a las entidades se desprende que estas tienen limitaciones en cuanto a la accesibilidad de la tecnología adecuada para el desarrollo de los procedimientos de contratación de forma electrónica. Situación que, a criterio del autor, en poco tiempo cambiará por el avance de la tecnología. Toda vez que, recordemos que hace veinte años solo podíamos almacenar en una memoria USB hasta una capacidad de 64 MB, situación que ha cambiado, ya que en la actualidad la capacidad de almacenamiento en una memoria USB es hasta 64 GB. Sin embargo, en Perú, la norma no ha identificado dicha problemática de forma específica; ya que, como hemos podido apreciar en el capítulo cuatro, la normativa peruana da la facultad a las entidades de desarrollar la contratación de forma electrónica de forma progresiva y de acuerdo a las herramientas con las que cuenten cada una.

Ahora, en referencia a los usuarios y/o administrados, conforme hemos podido apreciar en párrafos anteriores, el ordenamiento jurídico español está tratando ello mediante sus sedes digitales, situación que no ocurre en Perú, pero que a criterio del autor debería implementarse con información estática y dinámica mediante operadores que se encuentren debidamente capacitados, así como, que dependerá de la gestión de ambos países para superar dicha brecha digital.

Por otro lado, encontraremos que, el uso de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación, se encontrarán regulados por la Disposición adicional decimosexta de la LCSP, el cual establecerá lo siguiente:

"b) La información y las especificaciones técnicas necesarias para la presentación electrónica de las ofertas, solicitudes de participación, así como de los planos y proyectos en los concursos de proyectos,

incluido el cifrado y la validación de la fecha, deberán estar a disposición de todas las partes interesadas, no ser discriminatorios y ser conformes con estándares abiertos, de uso general y amplia implantación.

c) Los programas y aplicaciones necesarios para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación deberán ser de amplio uso, fácil acceso y no discriminatorios, o deberán ponerse a disposición de los interesados por el órgano de contratación.

d) Los sistemas de comunicaciones y para el intercambio y almacenamiento de información deberán poder garantizar de forma razonable, según el estado de la técnica, la integridad de los datos transmitidos y que solo los órganos competentes, en la fecha señalada para ello, puedan tener acceso a los mismos, o que, en caso de quebrantamiento de esta prohibición de acceso, la violación pueda detectarse con claridad. Estos sistemas deberán asimismo ofrecer suficiente seguridad, de acuerdo con el estado de la técnica, frente a los virus informáticos y otro tipo de programas o códigos nocivos, pudiendo establecerse reglamentariamente otras medidas que, respetando los principios de confidencialidad e integridad de las ofertas e igualdad entre los licitadores, se dirijan a minimizar su incidencia en los procedimientos.

e) Las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones y, notificaciones entre el órgano de contratación y el licitador o contratista deberán poder acreditar la fecha y hora de su envío o puesta a disposición y la de la recepción o acceso por el



interesado, la integridad de su contenido y la identidad del remitente de la misma.

f) Los órganos de contratación deberán especificar el nivel de seguridad exigido para los medios de comunicación electrónicos utilizados en las diferentes fases de cada procedimiento de contratación que deberá ser proporcional a los riesgos asociados a los intercambios de información a realizar”.

En ese sentido, haciendo una comparativa con el ordenamiento jurídico peruano encontraremos que, en España a diferencia de Perú, se regula el uso de los medios electrónicos en su norma especial, esto es, en la LCSP. Sin embargo, en Perú, lo encontraremos regulado en la LPAG como norma general, luego en la regulación será desarrollada en el Reglamento de la Ley Nº 30225, así como, en la Directiva Nº 001-2019-OSCE/CD, vigente a partir del día 15 de enero de 2020, que contiene las veinte (20) bases estándar de cada procedimiento de selección, estableciendo los plazos y forma de presentación a través de la plataforma digital.

Finalmente, encontraremos que la LSCP ha establecido los requisitos específicos relativos a las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de documentos en su Disposición adicional decimoséptima²⁵, de la siguiente manera:

"Las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas, de las solicitudes de participación, así como de los planos y proyectos en los concursos de proyectos y de cuanta documentación deba

²⁵ DELGADO, I. *Publicidad, comunicaciones y notificaciones por medios electrónicos en el ámbito de la contratación*. Madrid (España), 2020, pág. 30.

presentarse ante el órgano de contratación deberán garantizar, como mínimo y por los medios técnicos y procedimientos adecuados, que:

a) Pueda determinarse con precisión la hora y la fecha exactas de la recepción de las ofertas, de las solicitudes de participación, de la documentación asociada a estas y las del envío de los planos y proyectos.

b) Pueda garantizarse razonablemente que nadie tenga acceso a los datos y documentos transmitidos a tenor de los presentes requisitos antes de que finalicen los plazos especificados.

c) Únicamente las personas autorizadas puedan fijar o modificar las fechas de apertura de los datos y documentos recibidos.

d) En las diferentes fases del procedimiento de contratación o del concurso de proyectos, solo las personas autorizadas puedan acceder a la totalidad o a parte de los datos y documentos presentados.

e) Solo las personas autorizadas puedan dar acceso a los datos y documentos transmitidos, y solo después de la fecha especificada.

f) Los datos y documentos recibidos y abiertos en aplicación de los presentes requisitos solo sean accesibles a las personas autorizadas a tener conocimiento de los mismos.

g) En caso de que se infrinjan o se intenten infringir las prohibiciones o condiciones de acceso a que se refieren



las letras b) a f) anteriores, pueda garantizarse razonablemente que las infracciones o tentativas sean claramente detectables”.

En ese sentido, haciendo una comparativa entre el ordenamiento jurídico peruano y español encontraremos que, ambos se regulan de forma similar; toda vez que, ambos países buscan dar seguridad y transparencia en los procedimientos de contratación.

Tal es así, que mediante la Directiva 2014/24/UE se ordena a todas las entidades que obligatoriamente incorporen los medios electrónicos de información y comunicación de las ofertas electrónicas en los procedimientos de contratación, así como, a las TIC como medios de comunicación y de intercambio de la información entre los órganos de contratación y licitadores, mediante los criterios de accesibilidad y usabilidad de los pliegos licitadores²⁶.

VIII. CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, el autor concluye que, en el ordenamiento jurídico peruano quien debería desempeñar las funciones del órgano encargado de las contrataciones de cada Entidad, debería ser PERÚ COMPRAS. Debiendo, el área usuaria de cada entidad remitir sus respectivos requerimientos a la OEC y esta coordinar las compras con PERU COMPRAS, a fin que sea este organismo público quien determine y gestione el

²⁶TEJERINA PÉREZ, R. *Compras TIC relacionadas con la accesibilidad en la contratación pública en España*. Colección accesibilidad, tecnología y sociedad Vol.6. Madrid (España), 2019, pág. 12.

procedimiento de selección, ya sea, licitación pública, concurso público, comparación de precios, subasta inversa electrónica o acuerdo marco, mediante el cual se adquirirá los bienes y/o servicios contemplados en dicho requerimiento de manera electrónica.

Ello, en atención al efectivo desempeño que ha tenido hasta la fecha PERU COMPRAS en la adquisición de bienes y servicios mediante subasta inversa electrónica y acuerdo marco, como se ha contemplado en capítulos anteriores. Ya que, PERU COMPRAS ha demostrado en la práctica que tiene la capacidad para poder adquirir bienes y/o servicios de forma electrónica, con mejor calidad y a menor precio, conforme es de verse en la estadística adjunta.

Asimismo, el autor concluye que, si bien todos los procesos de selección deben desarrollarse de forma electrónica, PERU COMPRAS deberá permitir a los participantes tener la facultad de presentar sus ofertas y otros documentos derivados del proceso de selección de forma electrónica y/o física, a fin de salvaguardar el derecho de las Entidades o postores que no cuentan con las posibilidades de acceder al sistema.

Para ello, se debe tomar como ejemplo al ordenamiento jurídico español, implementando sedes de atención en distintos lugares del país que cuenten con personal capacitado, a fin que puedan orientar a los participantes el ingreso de sus ofertas, ya sea, que estos ingresen sus ofertas por si mismos en dicha sede de atención o que el personal de dicha sede sea quien lo haga.



Buscando de esa forma que las minorías, es decir, quienes no tengan acceso a la plataforma digital tengan las mismas oportunidades de participar del proceso de selección que los otros, salvaguardándose así el principio de participación, concurrencia e igualdad que rigen las contrataciones en el ordenamiento jurídico, tal como se ha señalado en párrafos anteriores.

IX. BIBLIOGRAFÍA.

-BALBÍN, C. *Manual de Derecho Administrativo*. La Ley, Buenos Aires (Argentina), 2015.

-BERAMENDI GALDÓS, G. *Análisis de la modalidad especial de selección vía subasta inversa*. Grijley, Lima (Perú), 2007.

-DELGADO, I. *Publicidad, comunicaciones y notificaciones por medios electrónicos en el ámbito de la contratación*. Madrid (España), 2020.

-DEL PIAZZO, C. "Contratación pública electrónica en Europa y América Latina". *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 66 (2011).

-DIAZ GUEVARA, J. *Evolución del convenio marco como mecanismo de contratación estatal*. Gaceta Jurídica, Lima (Perú), 2015.

-GALLEGO CÓRCOLES, I. "La Contratación Pública Digital". *Digital public procurement*. 17 (2020).

-GALLEGO CÓRCOLES, I. *Contratación pública y catálogos electrónicos: una oportunidad para la innovación. Transparencia, participación, innovación y buen gobierno en la contratación pública*. Madrid (España), 2018.

-GALLEGO CÓRCOLES, I. *La presentación de oferta por medios electrónicos. Subastas electrónicas*. Madrid (España), 2020.

-GARCÍA MARTIN, L. *Pasado y presente de la contratación pública electrónica en España*. Ed. La Ley. 2017.

-GÓMEZ NESTARES, J. *Las bases del proceso de selección y la determinación de las reglas definitivas para la calificación y evaluación de propuestas*, Gaceta Jurídica, Lima (Perú), 2015.

-PEREZ MACHUCA, N. *La creación de la central de Compras Públicas – Perú Compras*. Gaceta Jurídica, Lima (Perú), 2008.

-REYNOSO PEÑAHERRERA, R. *La modalidad de la subasta inversa electrónica. Viabilidad de una modalidad de selección*. Gaceta Jurídica: Actualidad Jurídica, Lima (Perú), 2007.

-TEJERINA PÉREZ, R. *Compras TIC relacionadas con la accesibilidad en la contratación pública en España*. Colección accesibilidad, tecnología y sociedad Vol.6. Madrid (España), 2019.



[-https://www.perucompras.gob.pe/subasta-inversa/que-es-como-funciona-subasta-inversa.php](https://www.perucompras.gob.pe/subasta-inversa/que-es-como-funciona-subasta-inversa.php)

[-https://www.perucompras.gob.pe/acuerdos-marco/que-son-como-funcionan.php](https://www.perucompras.gob.pe/acuerdos-marco/que-son-como-funcionan.php)

X. ANEXOS.

1.1 Entrevista a diversos operadores de las contrataciones con el estado peruano.

ENTREVISTA Nº 01

Realizada al comandante EP Alberto Woll, quien se desempeña como Jefe del Área logística en una entidad del Estado, con experiencia mayor a seis (06) años en las contrataciones electrónicas realizadas por el estado, a quién se le formuló las siguientes interrogantes:

- ¿Qué problemas considera que existen en las compras electrónicas? ¿Qué posibles soluciones propondría?

Rpta: El problema es que el sistema de compras públicas electrónicas está diseñado únicamente como un complejo sistema de mensajería: sólo sirve para que las propuestas (que como siempre deben ser impresas y luego escaneadas) lleguen a los Comités, pero siguen utilizándose conceptos arcaicos como la repetición de las mismas declaraciones juradas en cada oportunidad (podrían presentarla por única vez al tramitar el RNP o validarse con el uso de las claves del sistema), presentación de documentación repetitiva y sobre todo la repetición de los mismos procesos de calificación y evaluación con el riesgo que cada vez que cada sujeto que los realice tome decisiones diferentes.

El sistema de compras pública a cargo del OSCE debería comenzar a copiar algunas prácticas de Perú Compras como es la validación de los documentos del proveedor una única vez cuando ingresa al sistema.

Igualmente debe trabajarse en un certificado único de postulación a cargo del OSCE con el cual los proveedores podrán acreditar la totalidad de los requisitos para la admisión de su propuesta en cualquier proceso (licencias, poderes, permisos, experiencia, etc.) lo que evitaría que los Comités puedan realizar descalificaciones arbitrarias y reduciría las controversias.

El sistema también debe mejorar en cuanto a transparencia: se deben habilitar consultas que permitan conocer la totalidad de proveedores que han vendido en un determinado rubro y la totalidad de los contratos suscritos por una entidad.

Finalmente, se debe reformular el catálogo único de bienes: según el MEF, actualmente se pueden comprar 600 mil tipos de bienes y otros servicios, pero muchos están repetidos (por ejemplo: existen al menos 15 tipos de tornillos chicao, 12 de grapas para papel, el servicio de telefonía celular se repite 24 veces, etc.; algunos de los cuales sólo han sido 1 vez en casi 15 años): deben reducirse la cantidad de ítems del catálogo para que sean categorías generales y no un listado de todas las cosas transables en el mercado), esto también permitirá llevar una trazabilidad de los costos y generar alertas en caso de desviaciones.

Finalmente, se debe reconocer que el sistema como funciona hasta ahora si reporta algunos beneficios:



reduce los costos de presentar propuestas sobre todo para proveedores que domicilian en localidades lejanas del lugar de la convocatoria, y evita la adulteración de los documentos. Sin embargo, aún hay mucho espacio para mejoras sistémicas.

- ¿Cuál considera usted que es el futuro de las compras electrónicas en el Perú?

Rpta: El futuro de las compras electrónicas parte por dividir las contrataciones en dos sistemas: contratación de commodities (productos homologados o genéricos en donde sólo se analiza el precio) y productos de especializados (de poca rotación, que responden a necesidades específicas en donde se evalúan otros factores como el riesgo de incumplimiento, capacidad operativa, cualificaciones del personal). A partir de dicha división las entidades podrán acceder a compras a través de intermediarios (Perú Compras o SEACE) de manera que tengan menos decisiones que tomar y haya más control sobre esas decisiones.

- Actualmente ¿las contrataciones electrónicas en el Perú (subasta inversa y comparación de precios) son total o parcialmente electrónicas? Es decir, que sucede si un administrado no tiene o no quiere usar internet (tecnología) y quiere presentar su propuesta de manera física. ¿Puede hacerlo?

Rpta: No, una vez que se han implementado las presentaciones de propuestas electrónicas ya no cabe la presentación de documentos físicos. Esto es correcto por dos razones:

-Cuando el sistema debe elegir entre la seguridad del proceso de selección (control de plazos e intangibilidad de las propuestas) y el interés de un proveedor,

prevalece lo primero pues asegura el mejor cumplimiento de los fines del Estado.

-Si el proveedor tiene los recursos para presentarse ante la entidad con una propuesta física, entonces también estaba en la capacidad de presentar dicha propuesta a través de medios electrónicos.

- ¿Cuáles considera usted que deberían ser las variables de medición para verificar el progreso o no de las contrataciones electrónicas en el Perú? Siendo este un objetivo del Bicentenario.

Rpta: La eliminación de los regímenes especiales (Petroperú, Cajas Municipales, convenios con organismos internacionales, etc.); la evaluación única del proveedor que lo habilite a participar en cualquier proceso de selección; y la transparencia de la información sobre compras.

- A su criterio ¿Qué faltaría implementar en las contrataciones electrónicas y en qué consistiría ello?

Rpta: En primer lugar, debería rediseñarse el SEACE, ya que, el código contiene muchos adornos y florituras innecesarios (animaciones, paginaciones) que aumentan los tiempos de descarga y congestionan el sistema. Asimismo, se debería automatizar todo el proceso de calificación del proveedor; así como, automatizar parcialmente el proceso de evaluación, ello con la finalidad de reducir fallas por factor humano (sea por error o por intencionalidad).



- Para usted ¿Se debería establecer como excepción que los documentos correspondientes al proceso de selección se presenten de forma física en los lugares más alejados del Perú que no tienen acceso al sistema ¿Significaría ello un retroceso o un avance? ¿Por qué?

Rpta: Las contrataciones electrónicas no se han implementado de un día a otro, las entidades se han ido incorporando progresivamente desde el año 2017 hasta la fecha. Estas incorporaciones se han dado al verificarse que las entidades cuentan con la infraestructura suficiente para poder realizar procesos electrónicos por lo que no hay razón técnica para que las entidades puedan retornar a propuestas físicas.

Resultando, desde el punto de vista de los proveedores, es poco realista pensar que un proveedor que no cuenta con acceso a internet (porque eso es lo único que lo diferencia de un proceso físico) esté en capacidad de cumplir con un contrato derivado de un proceso de selección.

ENTREVISTA Nº 02

Realizada al economista Diego Pajares Andonayre, especialista en Gestión de Contratos de Infraestructura y Servicios, en Administración y Gestión Pública, así como, en Contrataciones con el Estado; quien se desempeña como economista en el área usuaria del Ministerio de Cultura, contando con una experiencia mayor a diez (10) años en las contrataciones realizadas por el estado peruano, a quién se le formuló las siguientes interrogantes:

- Actualmente ¿las contrataciones electrónicas en el Perú (subasta inversa y comparación de precios)

son total o parcialmente electrónicas? Es decir, que sucede si un administrado no tiene o no quiere usar internet (tecnología) y quiere presentar su propuesta de manera física. ¿Puede hacerlo?

Rpta: En la actualidad son totalmente electrónicas, no permitiéndose en los referidos procesos de selección la presentación de la oferta de forma física, por la naturaleza de las mismas.

- ¿Cuáles considera usted que deberían ser las variables de medición para verificar el progreso o no de las contrataciones electrónicas en el Perú? Siendo este un objetivo del Bicentenario.

Rpta: La información proporcionada por las entidades mediante sus respectivos informes, así como, la información contenida en el SEACE y las páginas oficiales de las entidades, quienes tienen la obligación de publicar los procedimientos de contratación llevados a cabo en virtud del principio de transparencia.

- A su criterio ¿Qué faltaría implementar en las contrataciones electrónicas y en qué consistiría ello?

Rpta: El estado peruano debería enfocarse por una mayor integración del SIAF y el SEACE. Asimismo, se debería fomentar la participación de MYPES (micro y peque empresa) se reserven cuotas para ellas ya que ellas son las que generan mayor oferta de trabajo. Ello no implicaría una discriminación porque a través de una política pública lo haría (como textiles, preparación de alimentos, ciertos rubros) y finalmente, debería



promoverse la capacitación a los posibles postores del uso de las herramientas y medios electrónicos para la contratación.

- Para usted ¿Se debería establecer como excepción que los documentos correspondientes al proceso de selección se presenten de forma física en los lugares más alejados del Perú que no tienen acceso al sistema ¿Significaría ello un retroceso o un avance? ¿Por qué?

Rpta: Todavía a la fecha hay un 5%. No significaría un retroceso; toda vez que, estamos dándolo de forma progresiva.

ENTREVISTA Nº 03

Realizada al doctor Napoleón Pérez, especialista en Contrataciones con el Estado; quien se desempeña como consultor en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, contando con una experiencia mayor a diez (10) años en las contrataciones electrónicas realizadas por el estado peruano, a quien se le formulo las siguientes interrogantes:

- ¿Qué problemas considera que existen en las compras electrónicas? ¿Qué posibles soluciones propondría?

Rpta: Existe un grave problema de gestión; ya que, deberíamos tener presente que una herramienta electrónica no va a solucionar las deficiencias en las gestiones de la administración por parte de las entidades. Es cierto, que las compras electrónicas contribuyen en gran manera a dar cumplimiento el principio de transparencia, pero el problema no versa sobre la herramienta digital a emplear sino quienes y la

forma de los operadores que la dirigen. Lamentablemente, las autoridades creen que la emisión de normas subsanará las deficiencias de la gestión por parte de las entidades.

Lo que se debe cambiar es la dirección que se le da a las normas, teniendo presente en primer lugar, que los procesos no las realizaran las normas sino los gestores de las entidades. En ese sentido, debería capacitarse a los mismos, no solo en el conocimiento y manejo de la normativa que regula las contrataciones del Estado, sino también, en cómo se debe gestionar, hecho que en la actualidad no se exige.

- ¿Cuál considera usted que es el futuro de las compras electrónicas en el Perú?

Rpta: Considero que el futuro de las compras electrónicas en el Perú no debería ser desarrollado por los funcionarios de las entidades, sino debería encargarse dicha función a la tecnología 4.0., es decir, a la inteligencia artificial, debiéndose destinar el presupuesto que se le otorga al OSCE a la implementación de dicha tecnología; ya que, en la práctica es de verse que el OSCE no da resultados de una buena gestión en el transcurso de los años.

- Actualmente ¿las contrataciones electrónicas en el Perú (subasta inversa y comparación de precios) son total o parcialmente electrónicas? Es decir, que sucede si un administrado no tiene o no quiere usar internet (tecnología) y quiere presentar su propuesta de manera física. ¿Puede hacerlo?



Rpta: No se permite en los referidos procedimientos de selección la presentación de la propuesta de forma física, por la naturaleza de dichos procedimientos, que recordemos está a cargo de PERU COMPRAS, entidad que ha demostrado su gran capacidad de realizar las compras de forma electrónica.

- ¿Cuáles considera usted que deberían ser las variables de medición para verificar el progreso o no de las contrataciones electrónicas en el Perú? Siendo este un objetivo del Bicentenario.

Rpta: Se puede apreciar en los reportes realizados por cada entidad, por ejemplo, en caso de Perú Compras-este mejoro su gestión en las compras realizadas a partir de la incorporación de un ingeniero en su equipo de trabajo. Ya que, este se encargó de estandarizar las fichas técnicas algo que el OSCE no hizo. En ese sentido, encontramos que las variables de medición serán los resultados de la gestión de las personas que se haya encargado ello.

- A su criterio ¿Qué faltaría implementar en las contrataciones electrónicas y en qué consistiría ello?

Rpta: Debería haber mayor rigurosidad en la incorporación de los funcionarios encargados de realizar las contrataciones, debiendo exigirse que lo mismos tengan conocimiento y capacidad en gestión. Además, de salvaguardar la seguridad jurídica, toda vez que, constantemente la ley y su respectivo reglamento cambia.

- Para usted ¿Se debería establecer como excepción que los documentos correspondientes al proceso de selección se presenten de forma física en los

lugares más alejados del Perú que no tienen acceso al sistema ¿Significaría ello un retroceso o un avance? ¿Por qué?

Rpta: No, no debería permitirse, ya que, el postor debe adecuarse a las exigencias establecidas. Recordemos que los postores no están realizando un favor al Estado, ya que, la retribución económica que se otorga por la adquisición ya sea de bienes y/o servicios no es baja. Por tanto, como administración, nos encontramos facultados de poder exigir al postor dentro de los márgenes de la ley el cumplimiento de cada requisito, sin ninguna excepción.

1.2 Estadística del año 2019 que refleja el avance de los procesos de selección (subasta inversa, catálogos electrónicos y acuerdos marco) en el Perú.

ESTADISTICA ENERO DE 2019

ESTADISTICA FEBRERO DE 2019



Según Tipo De Proceso - Ámbito: Todo - Modalidad Todo - Objeto Todo - Año 2019		
Tipo de Proceso	Numero	Monto
Adjudicación Abreviada	85	S/. 119,5M
Adjudicación Selectiva	55	S/. 21,7M
Adjudicación Simplificada	678	S/. 151,2M
Adjudicación Simplificada - Décima Disposición Complementaria Final Reg. Ley 30225	1	
Comparación de Precios	135	S/. 7,2M
Concurso Público	4	S/. 4,0M
Contratación Directa	174	S/. 142,5M
Contratación Internacional	161	S/. 17,8M
Convenio	13	S/. 16,8M
Licitación Pública	7	S/. 18,8M
Procedimiento Especial de Contratación	27	S/. 236,9M

Según Tipo De Proceso - Ámbito: Todo - Modalidad Todo - Objeto Todo - Año 2019		
Tipo de Proceso	Numero	Monto
Adjudicación Abreviada	15	S/. 25,9M
Adjudicación Selectiva	9	S/. 2,8M
Adjudicación Simplificada	31	S/. 5,1M
Comparación de Precios	21	S/. 1,1M
Contratación Directa	38	S/. 46,4M
Contratación Internacional	57	S/. 17,1M
Convenio	6	S/. 16,5M
Procedimiento Especial de Contratación	1	S/. 0,1M
Proceso por Competencia	2	S/. 4,7M
Regímen Especial	28	S/. 33,1M
Subasta Inversa Electrónica	6	S/. 0,7M

Según Tipo De Proceso - Ámbito: Todo - Modalidad Todo - Objeto Todo - Año 2019		
Tipo de Proceso	Numero	Monto
Concurso Público	4	S/. 4,0M
Contratación Directa	174	S/. 142,5M
Contratación Internacional	161	S/. 17,8M
Convenio	13	S/. 16,8M
Licitación Pública	7	S/. 18,8M
Procedimiento Especial de Contratación	27	S/. 236,9M
Proceso por Competencia	2	S/. 4,7M
Regimen Especial	33	S/. 35,5M
Selección de Consultores Individuales	1	S/. 0,0M
Subasta Inversa Electrónica	199	S/. 58,8M
Total general	1.575	S/. 835,5M

ESTADISTICA MARZO DE 2019

Según Tipo De Proceso - Ámbito: Todo - Modalidad Todo - Objeto Todo - Año 2019		
Tipo de Proceso	Numero	Monto
Concurso Público	42	S/. 180,3M
Contratación Directa	432	S/. 398,2M
Contratación Internacional	264	S/. 70,6M
Convenio	38	S/. 231,7M
Licitación Pública	43	S/. 94,5M
Procedimiento Especial de Contratación	100	S/. 333,8M
Proceso por Competencia	6	S/. 23,1M
Regimen Especial	51	S/. 134,8M
Selección de Consultores Individuales	3	S/. 0,1M
Subasta Inversa Electrónica	696	S/. 173,0M
Total general	4.428	S/. 2.316,1M

Según Tipo De Proceso - Ámbito: Todo - Modalidad Todo - Objeto Todo - Año 2019		
Tipo de Proceso	Numero	Monto
Adjudicación Abreviada	123	S/. 161,6M
Adjudicación de Menor Cuantía	1	S/. 0,1M
Adjudicación Selectiva	100	S/. 36,1M
Adjudicación Simplificada	2.197	S/. 454,8M
Adjudicación Simplificada - Décima Disposición Complementaria Final Reg. Ley 30225	3	S/. 4,7M
Adjudicación Simplificada-Decreto Legislativo Nº 1355	1	S/. 1,1M
Comparación de Precios	328	S/. 17,6M
Concurso Público	42	S/. 180,3M
Contratación Directa	432	S/. 398,2M
Contratación Internacional	264	S/. 70,6M
Convenio	38	S/. 231,7M



Según Tipo De Proceso - Ámbito: Todo - Modalidad Todo - Objeto Todo - Año 2019

Tipo de Proceso	Numero	Monto
Concurso Público	352	S/. 1.633,7M
Contratación Directa	1.100	S/. 1.098,8M
Contratación Internacional	484	S/. 133,1M
Convenio	162	S/. 716,5M
Licitación Pública	369	S/. 1.001,6M
Procedimiento Especial de Contratación	406	S/. 885,9M
Proceso por Competencia	24	S/. 234,9M
Regimen Especial	272	S/. 332,4M
Selección de Consultores Individuales	6	S/. 0,2M
Subasta Inversa Electrónica	2.137	S/. 439,4M
Total general	14.887	S/. 9.240,9M

ESTADISTICA ABRIL DE 2019

Según Tipo De Proceso - Ámbito: Todo - Modalidad Todo - Objeto Todo - Año 2019

Tipo de Proceso	Numero	Monto
Adjudicación Abreviada	164	S/. 205,0M
Adjudicación de Menor Cuantía	1	S/. 0,1M
Adjudicación Selectiva	67	S/. 31,0M
Adjudicación Simplificada	4.230	S/. 967,3M
Adjudicación Simplificada - Décima Disposición Complementaria Final Reg. Ley 30225	5	S/. 5,5M
Adjudicación Simplificada-Decreto Legislativo Nº 1355	1	S/. 1,1M
Adjudicación Simplificada-Homologación	5	S/. 1,0M
Comparación de Precios	510	S/. 27,1M
Concurso Público	108	S/. 874,9M
Contratación Directa	664	S/. 512,2M
Contratación Internacional	324	S/. 103,7M

Según Tipo De Proceso - Ámbito: Todo - Modalidad Todo - Objeto Todo - Año 2019

Tipo de Proceso	Numero	Monto
Concurso Público	108	S/. 874,9M
Contratación Directa	664	S/. 512,2M
Contratación Internacional	324	S/. 103,7M
Convenio	61	S/. 368,2M
Licitación Pública	99	S/. 216,0M
Procedimiento Especial de Contratación	192	S/. 575,9M
Proceso por Competencia	1	S/. 2,4M
Regimen Especial	90	S/. 132,9M
Selección de Consultores Individuales	4	S/. 0,1M
Subasta Inversa Electrónica	1.210	S/. 262,8M
Total general	7.736	S/. 4.287,4M

ESTADISTICA MAYO DE 2019

ESTADISTICA JULIO DE 2019

ESTADISTICA SEPTIEMBRE DE 2019

Según Tipo De Proceso - Ámbito: Todo - Modalidad Todo - Objeto Todo - Año 2019

Tipo de Proceso	Numero	Monto
Adjudicación Abreviada	257	S/. 336,7M
Adjudicación de Menor Cuantía	1	S/. 0,1M
Adjudicación Selectiva	223	S/. 144,9M
Adjudicación Simplificada	11.167	S/. 3.405,8M
Adjudicación Simplificada - Décima Disposición Complementaria Final Reg. Ley 30225	5	S/. 5,6M
Adjudicación Simplificada - Ley Nº 26859	2	S/. 0,1M
Adjudicación Simplificada-Decreto Legislativo Nº 1355	1	S/. 1,1M
Adjudicación Simplificada-Homologación	9	S/. 74,1M
Comparación de Precios	1.193	S/. 63,0M
Concurso Público	560	S/. 2.075,8M
Contratación Directa	1.392	S/. 1.402,5M

Según Tipo De Proceso - Ámbito: Todo - Modalidad Todo - Objeto Todo - Año 2019

Tipo de Proceso	Numero	Monto
Concurso Público	560	S/. 2.075,8M
Contratación Directa	1.392	S/. 1.402,5M
Contratación Internacional	653	S/. 168,9M
Convenio	227	S/. 1.352,8M
Licitación Pública	662	S/. 1.990,3M
Procedimiento Especial de Contratación	575	S/. 1.331,4M
Proceso por Competencia	4	S/. 98,0M
Regímen Especial	461	S/. 395,5M
Selección de Consultores Individuales	7	S/. 0,3M
Subasta Inversa Electrónica	2.762	S/. 554,8M
Total general	20.161	S/. 13.401,7M

Según Tipo De Proceso - Ámbito: Todo - Modalidad Todo - Objeto Todo - Año 2019

Tipo de Proceso	Numero	Monto
Adjudicación Abreviada	222	S/. 268,7M
Adjudicación de Menor Cuantía	1	S/. 0,1M
Adjudicación Selectiva	267	S/. 145,1M
Adjudicación Simplificada	8.193	S/. 2.223,8M
Adjudicación Simplificada - Décima Disposición Complementaria Final Reg. Ley 30225	5	S/. 5,6M
Adjudicación Simplificada - Ley Nº 26859	2	S/. 0,1M
Adjudicación Simplificada-Decreto Legislativo Nº 1355	1	S/. 1,1M
Adjudicación Simplificada-Homologación	7	S/. 73,4M
Comparación de Precios	877	S/. 46,3M
Concurso Público	352	S/. 1.633,7M
Contratación Directa	1.100	S/. 1.098,8M

Según Tipo De Proceso - Ámbito: Todo - Modalidad Todo - Objeto Todo - Año 2019

Tipo de Proceso	Numero	Monto
Adjudicación Abreviada	320	S/. 387,8M
Adjudicación de Menor Cuantía	1	S/. 0,1M
Adjudicación Selectiva	309	S/. 346,7M
Adjudicación Simplificada	16.664	S/. 5.268,3M
Adjudicación Simplificada - Décima Disposición Complementaria Final Reg. Ley 30225	5	S/. 5,5M
Adjudicación Simplificada - Ley Nº 26859	2	S/. 0,1M
Adjudicación Simplificada - Séptima Disposición Complementaria Final Reg. Ley 30225	6	S/. 12,3M
Adjudicación Simplificada-Decreto Legislativo Nº 1325	2	S/. 2,0M
Adjudicación Simplificada-Decreto Legislativo Nº 1355	1	S/. 1,1M
Adjudicación Simplificada-Homologación	13	S/. 201,5M
Comparación de Precios	1.890	S/. 99,5M

ESTADÍSTICAS OCTUBRE DE 2019

Según Tipo De Proceso - Ámbito: Todo - Modalidad Todo - Objeto Todo - Año 2019

Tipo de Proceso	Numero	Monto
Concurso Público	942	S/. 3.107,5M
Contratación Directa	1.869	S/. 1.954,5M
Contratación Internacional	1.004	S/. 229,6M
Convenio	408	S/. 1.608,9M
Licitación Pública	1.260	S/. 4.396,7M
Procedimiento Especial de Contratación	817	S/. 1.759,6M
Proceso por Competencia	7	S/. 116,1M
Regimen Especial	770	S/. 548,5M
Selección de Consultores Individuales	11	S/. 0,4M
Subasta Inversa Electrónica	3.804	S/. 899,7M
Total general	30.107	S/. 20.947,6M

Según Tipo De Proceso - Ámbito: Todo - Modalidad Todo - Objeto Todo - Año 2019		
Tipo de Proceso	Numero	Monto
Adjudicación Abreviada	334	S/. 415,2M
Adjudicación de Menor Cuantía	1	S/. 0,1M
Adjudicación Selectiva	348	S/. 362,1M
Adjudicación Simplificada	18.873	S/. 5.934,8M
Adjudicación Simplificada - Décima Disposición Complementaria Final Reg. Ley 30225	5	S/. 5,5M
Adjudicación Simplificada - Ley Nº 26859	2	S/. 0,1M
Adjudicación Simplificada - Séptima Disposición Complementaria Final Reg. Ley 30225	6	S/. 12,3M
Adjudicación Simplificada-Decreto Legislativo Nº 1325	4	S/. 129,9M
Adjudicación Simplificada-Decreto Legislativo Nº 1355	1	S/. 1,1M
Adjudicación Simplificada-Homologación	14	S/. 201,7M
Comparación de Precios	2.139	S/. 112,3M

Según Tipo De Proceso - Ámbito: Todo - Modalidad Todo - Objeto Todo - Año 2019		
Tipo de Proceso	Numero	Monto
Concurso Público	1.097	S/. 3.488,0M
Contratación Directa	2.046	S/. 2.074,5M
Contratación Internacional	1.150	S/. 251,5M
Convenio	450	S/. 1.676,9M
Licitación Pública	1.523	S/. 5.174,9M
Procedimiento Especial de Contratación	950	S/. 1.904,6M
Proceso por Competencia	10	S/. 130,6M
Regímen Especial	907	S/. 658,5M
Selección de Consultores Individuales	12	S/. 0,5M
Subasta Inversa Electrónica	4.100	S/. 961,7M
Total general	33.974	S/. 23.498,1M

ESTADISTICA NOVIEMBRE DE 2019

Según Tipo De Proceso - Ámbito: Todo - Modalidad Todo - Objeto Todo - Año 2019		
Tipo de Proceso	Numero	Monto
Adjudicación Abreviada	389	S/. 657,2M
Adjudicación de Menor Cuantía	1	S/. 0,1M
Adjudicación Selectiva	386	S/. 378,2M
Adjudicación Simplificada	22.572	S/. 7.056,1M
Adjudicación Simplificada - Décima Disposición Complementaria Final Reg. Ley 30225	5	S/. 5,5M
Adjudicación Simplificada - Ley Nº 26859	2	S/. 0,1M
Adjudicación Simplificada - Séptima Disposición Complementaria Final Reg. Ley 30225	8	S/. 13,3M
Adjudicación Simplificada-Decreto Legislativo Nº 1325	4	S/. 130,7M
Adjudicación Simplificada-Decreto Legislativo Nº 1355	1	S/. 1,1M
Adjudicación Simplificada-Homologación	15	S/. 202,0M
Comparación de Precios	2.554	S/. 134,4M



Según Tipo De Proceso - Ámbito: Todo - Modalidad Todo - Objeto Todo - Año 2019		
Tipo de Proceso	Numero	Monto
Concurso Público	1.305	S/. 4.380,9M
Contratación Directa	2.351	S/. 2.258,8M
Contratación Internacional	1.281	S/. 293,3M
Convenio	519	S/. 1.803,1M
Licitación Pública	1.945	S/. 7.503,8M
Procedimiento Especial de Contratación	1.174	S/. 2.674,6M
Proceso por Competencia	11	S/. 137,3M
Regimen Especial	1.160	S/. 922,6M
Selección de Consultores Individuales	13	S/. 0,5M
Subasta Inversa Electrónica	4.529	S/. 1.037,4M
Total general	40.227	S/. 29.592,2M

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

BASES PARA LA PUBLICACIÓN



BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.



III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera

de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES



Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra *Verdana*²⁷. El cuerpo del texto principal

²⁷ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con



se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

IX. CITA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita



entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.

- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación “*op. cit.*,” de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura “pág.” el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura “págs.” se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de

la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)



Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen: (De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-
A) Tercer epígrafe.- a) Cuarto epígrafe

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

A) Tercer nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) Cuarto nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

