

Nº 31
Tercer trimestre 2022

Gabilex

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



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



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 31

Septiembre 2022

<http://gabilex.castillalamancha.es>

Número 31. Septiembre 2022

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

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC

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.



EDITORIAL
El Consejo de Redacción..... 12

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA DE LOS MENORES EN LA UNIÓN EUROPEA: EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

D^a María Barahona Migueláñez 15

EL PERSONAL INTERINO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA Y LA DIRECTIVA 1999/CE/ DEL CONSEJO: LA BÚSQUDA DE LA EQUIPARACIÓN CON EL PERSONAL FUNCIONARIO.

D^a Eva María Fernández Gracia..... 65

LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS PROCESOS DE CRISIS MATRIMONIAL: LA ACCIÓN DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS Y LA INCIDENCIA DE VIOLENCIA ECONÓMICA

D. Gabriel Caro Herrero105

CÓDIGOS ÉTICOS Y DE CONDUCTA PÚBLICA

José Joaquín Jiménez Vacas

Carmen Larrea Hernández-Tejero 213



SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

EL REGIMEN PRESUPUESTARIO EN LA CONTRATACION
DEL SECTOR PÚBLICO

D. Alejandro Canónico Sarabia.....263

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

LA INUTILIDAD DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS
ORDINARIOS COMO INSTRUMENTO DE DEFENSA
FRENTE A LOS ACTOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA NO AJUSTADOS A DERECHO

D. Jaime Pintos Santiago

D^a. María Dolores Fernández Uceda.....337

RECENSIÓN

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DESARROLLO HUMANO
Y SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL EN LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA

D. Bernabé Palacín Sáenz

Autor del libro: D. Jaime Pintos Santiago.....353

BASES DE PUBLICACIÓN.....369



EDITORIAL

En el número 31 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cuatro artículos doctrinales que se suman a un trabajo de la sección internacional, una reseña de jurisprudencia y una recensión, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D^a. María Barahona Migueláñez con el artículo que lleva por título "La libertad de circulación y residencia de los menores en la Unión Europea: evolución de la jurisprudencia del TJUE"

La autora trata como la jurisprudencia del TJUE ha ido configurando progresivamente la libertad de circulación y residencia, dentro del contenido esencial del estatuto de ciudadanía de la Unión Europea, ofreciendo una interpretación, cada vez más amplia, del ámbito que se deriva de ese estatuto.

A continuación, D^a. Eva María Fernández Gracia analiza en un interesante y profuso trabajo "El personal interino al servicio de la Administración española y la Directiva 1999/CE/ Del Consejo: la búsqueda de la equiparación con el personal funcionario"

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Gabriel Caro Herrero que aborda con maestría, la violencia de género en los procesos de crisis



matrimonial: la acción de modificación de medidas y la incidencia de violencia económica.

D. José Joaquín Jiménez Vacas y D^a Carmen Larrea Hernández-Tejero en su artículo "Códigos éticos y de conducta pública" analizan con minuciosidad la necesidad, objeto y finalidad de los Códigos éticos y de conducta pública, tratando su contenido y reglas de conducta asociadas.

La sección internacional cuenta con un trabajo de D. Alejandro Canónico Sarabia que hace una reflexión sobre "El régimen presupuestario en la contratación del sector público". Un interesante artículo que hará las delicias de los lectores.

Dentro de reseña de jurisprudencia, D. Jaime Pintos Santiago y D^a M^a Dolores Fernández Uceda, tratan con claridad y brillantez "La inutilidad de los recursos administrativos ordinarios como instrumento de defensa frente a los actos en materia de contratación pública no ajustados a derecho"

Pone el broche de oro a este número la excelente recensión de D. Bernabé Palacín Sáenz al libro "Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública" cuyo autor es D. Jaime Pintos Santiago.

El Consejo de Redacción



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

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA DE LOS MENORES EN LA UNIÓN EUROPEA: EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

D^a. María Barahona Migueláñez

Letrada de carrera de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

RESUMEN

La jurisprudencia del TJUE ha ido configurando progresivamente la libertad de circulación y residencia, dentro del contenido esencial del estatuto de ciudadanía de la Unión Europea, ofreciendo una interpretación, cada vez más amplia, del ámbito que se deriva de ese estatuto.

Así, en casos en los que estaba implicada la libertad de circulación y residencia de menores de edad ciudadanos de la Unión, en aras de preservar el efecto útil del estatuto de ciudadanía, el TJUE ha considerado pertinente la autorización de residencia a los padres extracomunitarios que se encargan del cuidado y atención de sus hijos menores dependientes. Y ello a pesar de que los menores habían permanecido en el



Estado de su nacionalidad, sin que concurriera el elemento transfronterizo que exige la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril. Para ello, el TJUE ha fundamentado su argumentación en el Derecho primario de la Unión y en los derechos fundamentales derivados de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que contempla la protección del superior interés del menor.

La tutela de este superior interés del menor y de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta, también ha permitido que la jurisprudencia del TJUE otorgue protección a los menores extranjeros, en relación con la interpretación de las Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho de reagrupación familiar, así como al colectivo de menores extranjeros no acompañados, respecto de la aplicación de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

PALABRAS CLAVE

Ciudadanía europea, libertad de circulación y residencia, interés superior del menor, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

ABSTRACT

The jurisprudence of the CJEU has been progressively shaping the freedom of movement and residence, within the essential content of the citizenship statute of the European Union, offering an increasingly broad interpretation of the scope that derives from that statute.



Thus, in cases in which the freedom of movement and residence of minors who are citizens of the Union was involved, the CJEU has considered appropriate the residence authorization of non-EU parents who are responsible for the care and attention of their dependent minor children in order to preserve the useful effect of the status of citizenship. And this despite the fact that minors had remained in the State of their nationality, without the cross-border element that requires the application of Directive 2004/38/EC, of April 29, concurring. To this end, the CJEU has based its justification on the primary law of the Union and on the fundamental rights derived from the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which recognizes the protection of the best interest of the child.

The protection of this superior interest of the child and of the fundamental rights recognized in the Charter, has also allowed the jurisprudence of the CJEU to grant protection to foreign minors, in relation to the interpretation of Directive 2003/86/CE, of 22 September 2003, on the right to family reunification, as well as the group of unaccompanied foreign minors, regarding the application of Directive 2008/115/CE of the European Parliament and of the Council, of December 16, 2008, on regulations and common procedures in the Member States for the return of third-country nationals in an illegal situation.

KEY WORDS

European citizenship, freedom of movement and residence, best interests of the child, Charter of Fundamental Rights of the European Union.



SUMARIO

I.- ORIGEN DEL ESTATUTO DE CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA

II.-UBICACIÓN NORMATIVA ACTUAL DEL ESTATUTO DE CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL DERECHO PRIMARIO DE LA UNIÓN

III.- DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN EL TERRITORIO DE LA UNIÓN COMO CONTENIDO ESENCIAL DEL ESTATUTO DE CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA

IV.- REGULACIÓN DE LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN EL DERECHO DERIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA PROHIBICION IMPUESTA A LOS ESTADOS MIEMBROS DE DIFICULTAR DICHA LIBERTAD

V.- ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN EL CASO DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN MENORES DE EDAD: LA INDIRECTA TUTELA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

VI.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO BASE JURÍDICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN EL CASO DE MENORES NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS

VII.- CONCLUSIONES

I.- ORIGEN DEL ESTATUTO DE CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA



La génesis del concepto de ciudadanía europea lo sitúa la doctrina en la cumbre de París de 1974¹, cuando los Jefes de Estado y Gobierno de los Estados miembros expresaron la voluntad de dotar a sus ciudadanos de una serie de derechos especiales, atribuibles en virtud de su condición de miembros de la Comunidad. La proyección económica que seguía manteniendo la entonces Comunidad Económica Europea en aquel momento, impedía avanzar hacia un concepto más político.

La primera vez que se manejó el término conforme a su configuración actual fue el 14 de febrero de 1984, cuando, en el seno del Parlamento Europeo, se debatió y aprobó el proyecto de Tratado constitutivo de la Unión Europea, también conocido como "proyecto Spinelli"², firme europeísta que fue ponente-coordinador de la Comisión Parlamentaria redactora del texto, que partió de la configuración de una Europa Federal, si bien no fue aceptado por los Estados miembros³.

Fue en el Consejo Europeo de junio de 1984, celebrado en Fontainebleau, en el que se decidió la constitución de un Comité específico⁴ sobre la construcción europea de

¹ VIÑUALES FERREIRO, S, "La ciudadanía y los derechos fundamentales en la Unión Europea" en *Derecho de la Unión Europea*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág.84.

² Spinelli siempre consideró al Parlamento Europeo la institución más representativa e idónea para jugar el papel protagonista en el proceso de integración europeo.

³ MANGAS MARTÍN, A, y LIÑÁN NOGUERAS, D, "El estatuto de la ciudadanía de la Unión" en *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Editorial Tecnos, novena edición, 2016, pág. 151.

⁴ Se creó el Comité Adonnino por el nombre del eurodiputado italiano que lo presidía, cuyo objetivo era el relanzamiento de la integración europea: la Europa de los ciudadanos. Ello



los ciudadanos. Se empezaban a dar pasos importantes en el proyecto europeo, al comenzar a considerar otros aspectos que no fueran los derivados del mercado único.

Pero el antecedente más inmediato, al que obedece la introducción de la ciudadanía en los Tratados, estriba en las propuestas del Gobierno español debatidas en los trabajos preparatorios de la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política, celebrada en Roma en 1990, incorporándose, finalmente, en el Tratado de Maastrich firmado el 7 de febrero de 1992. En el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea se expresó la voluntad de los Estados miembros de "crear una ciudadanía común a los nacionales de sus países". Por su parte, el artículo 2 lo incluyó dentro de los objetivos de la Unión, mientras que los concretos derechos asociados a la ciudadanía de la Unión se recogieron en los artículos 17 a 22 del Tratado de la Comunidad Europea.

El Tratado de Maastrich marcó un hito histórico en la construcción de la Europa de los ciudadanos, no sólo porque trascendió el ámbito estrictamente económico al que estaba circunscrita hasta entonces la regionalización europea, sino porque instaura una nueva institución jurídica, al servicio de los ciudadanos, a la que se vinculan derechos adicionales al vínculo nacional.

II.- UBICACIÓN NORMATIVA ACTUAL DEL ESTATUTO DE CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL DERECHO PRIMARIO DE LA UNIÓN

marcó un punto de inflexión en la construcción del sentido identitario y de pertenencia europea, pues propuso la bandera comunitaria, que fue adoptada oficialmente en 1986, el emblema y el himno. Desde entonces, también, se celebra, cada 9 de mayo, el día de Europa con toda la solemnidad que rodea a la celebración de tal fecha.



La primera manifestación de la importancia que reviste la ciudadanía de la Unión es su ubicación sistemática, dentro del artículo 9 del Tratado de la Unión Europea⁵, en adelante TUE, dentro de las disposiciones sobre los principios democráticos de la UE.

"La Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla".

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, además de la referencia contenida en el artículo 9 del TUE, son los artículos 20 a 25 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) los que se ocupan de la regulación del concepto de ciudadanía y de los derechos derivados de la misma.

Tras consagrar el principio de no discriminación en los artículos 18 y 19 del TFUE, a cuya cabeza sitúa la

⁵ En el Tratado de la Unión Europea se concentran los principios básicos del sistema institucional y competencial de la Unión Europea, así como aspectos específicos, como la acción exterior de la Unión o las cooperaciones reforzadas. Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como una especie de desarrollo del TUE, pero con el mismo rango jurídico, recoge las políticas europeas, la regulación de las fuentes del Derecho de la Unión Europea, así como el sistema institucional y orgánico de la Unión. Junto a ellos, y con el mismo rango, se encuentran 37 protocolos anejos a ambos Tratados. Entre ellos cabe destacar, por su relevancia, el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o el relativo a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.



prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, como principio trascendental para hacer efectiva la libre circulación de personas inherente al mercado interior⁶, el artículo 20.1 TFUE establece: "*Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla*".

Este principio de no discriminación constituye, pues, un principio fundamental de la Unión, previo a la existencia del estatuto de ciudadano europeo, que actualmente se incluye dentro del contenido esencial del estatuto de ciudadanía.

Por tanto, el núcleo del estatuto jurídico de ciudadanía de la Unión se concentra en los artículos 9 del TUE y 18 a 25 del TFUE, a lo que debe añadirse el contenido del título V de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, relativo a ciudadanía, que incorpora los artículos 39 a 46. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) no ha sido incorporada a los Tratados, aunque el artículo 6.1 del TUE se remite a ella y establece que "*tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*". Ello no supone una ampliación competencial de la Unión Europea⁷.

El valor de los preceptos de la Carta resulta incuestionable desde el punto de vista de su aplicación

⁶ CALVO HORNERO, A, "El mercado único" en *Fundamentos de la Unión Europea*, Editorial Universitaria Ramón Areces, cuarta edición, Madrid, 2019, pág. 136.

⁷ FUENTETAJA PASTOR, J, "El proceso de integración europea" en *Derecho de la Unión Europea*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 35.



por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y por los tribunales nacionales, en aquellos procedimientos en los que se ventila algún asunto con implicación del Derecho de la Unión. Como destaca ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA⁸, incluso desde su proclamación en el 2000, ya se venía invocando el texto de la Carta al abordar el enjuiciamiento de cuestiones que tuvieran relación con la protección de los derechos humanos. Por tanto, incluso antes del Tratado de Lisboa, venía siendo herramienta interpretativa de los tribunales.

Fue la sentencia del entonces Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante TJCE), de 27 de junio de 2006, recaída en el asunto C-540/2003, Parlamento c. Consejo, con motivo del recurso de anulación que presentó el Parlamento Europeo contra la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho de reagrupación familiar, la primera ocasión en la que el alto tribunal se refirió a la Carta. El Parlamento Europeo, que entendía que se vulneraban, entre otros, derechos fundamentales del niño, aspecto que se va a abordar en el presente trabajo, invocó la vulneración de artículos de la Carta. El Consejo, en su descargo, alegó que aún no era fuente del Derecho comunitario. El entonces TJCE, entre sus pronunciamientos, sí resaltó el valor que el legislador comunitario había querido otorgar, en el considerando segundo de la Directiva, no sólo a los principios que se extraen del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre la vida familiar, sino también de la Carta, y, que, además, no se podía desconocer que esos derechos provienen, a su vez, de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, de las

⁸ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P, "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica española" en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 15-segundo semestre 2008, pág. 237.



obligaciones internacionales comunes asumidas por los mismos, de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia, tanto del propio TJCE, como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y de sus protocolos, resulta incontestable el valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión¹⁰. Cuando la violación de los derechos fundamentales alegada no afecte a Derecho de la Unión Europea, la Carta no será directamente aplicable, desplegando los ordenamientos nacionales la protección constitucional que proceda. Pero ello no obsta a que los jueces nacionales lo tomen en consideración, como texto internacional de referencia, a la hora de interpretar los derechos fundamentales. Por lo que respecta al Estado español, los jueces españoles, pueden fundamentar sus

⁹ En esta sentencia se recuerda que la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño vincula a todos los Estados miembros y que dicho texto figura entre los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos que el TJUE tiene en cuenta para la aplicación de los principios generales del Derecho de la Unión.

¹⁰ LÓPEZ GARRIDO, D, "La silenciosa constitucionalización de la Unión Europea" *Revista de las Cortes Generales* nº 109, segundo semestre, 2020, pág. 200, apunta a un verdadero proceso de constitucionalización de la Unión Europea en los siguientes términos: "*habría que concluir en la naturaleza o dimensión constitucional que adquiere la Unión, sus instituciones y su derecho (...)*", entre otras razones políticas y jurídicas, "*porque establece una ciudadanía europea y contiene una Carta de Derechos con carácter legalmente vinculante*".



resoluciones invocando la Carta en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978¹¹.

Específicamente, en relación con el estatuto de ciudadanía de la Unión, la doctrina ha venido destacando que la ciudadanía de la Unión atribuye un estatuto complementario al de la ciudadanía nacional¹²; esto es, que no se adquiere de forma independiente, pues precisamente deriva de la condición de nacional de un Estado miembro, si bien la complementa con derechos adicionales.

En consecuencia, los ciudadanos nacionales de los Estados miembros, amén de sus derechos como ciudadanos de tales Estados, ostentan los llamados derechos de ciudadanía de la Unión que se enumeran en el apartado 2 del artículo 20. En efecto, se reconoce el derecho:

"a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹³;

¹¹ El artículo 10.2 de la Constitución española de 1978, así como sus artículos 93 y 96 son las tres cláusulas de apertura a los tratados internacionales que contiene nuestra Carta Magna. Esta característica de apertura, junto con otros rasgos, ha llevado a la doctrina a calificarla como Constitución abierta. En efecto, así ha sido caracterizada por LINDE PANIAGUA, E, en "Estado social y democrático de derecho y cláusula de transformación: marco y objetivos del intervencionismo público en la economía" en *Derecho Administrativo Económico*, UNED, Madrid, 1980, pág. 293 y "Las Administraciones públicas y los ciudadanos" en *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, Colex, Madrid, 2014, pág. 224.

¹² VIÑUALES FERREIRO, S, "La ciudadanía..." op.cit. pág.85.

¹³ MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L, "Artículo 45. Libertad de circulación y residencia" en la *Carta de los Derechos*



b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;

c) de acogerse en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;

d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo¹⁴, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua.

Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia, coord. LÓPEZ CASTILLO, A, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág.1326, menciona que, en la actualidad, hay que distinguir dos estatutos diferenciados. Por un lado, el de los ciudadanos europeos, aplicable también a los ciudadanos del Espacio Económico Europeo y de Suiza, y, por otro lado, el de los nacionales de terceros países con residencia legal en el territorio de un Estado miembro.

¹⁴ Cabe precisar que existen derechos que son reconocidos también a los residentes en el territorio de la Unión Europea, aunque no se ostente la ciudadanía de la Unión. Es el caso del derecho de petición ante el Parlamento Europeo, conforme al artículo 227 del TFUE y el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo, al amparo del artículo 228 del TFUE. Igualmente, los residentes tienen reconocido el derecho de acceso a los documentos, contenido en el actual artículo 15 del TFUE.



Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos”.

La posesión de la nacionalidad de un Estado miembro es, pues, un presupuesto consustancial al mantenimiento de la ciudadanía de la Unión, de manera que, tanto si individualmente se pierde la nacionalidad de un Estado miembro, como si un Estado, ex artículo 50 TUE deja de pertenecer a la Unión¹⁵, se pierde el estatuto de ciudadano de la Unión y los derechos que le son inherentes, a menos que cuente con una segunda nacionalidad de otro Estado miembro.

El TJUE ha mantenido que el estatuto de ciudadanía de la Unión es autónomo de los derechos de nacionalidad de los Estados miembros. Es decir, aunque el reconocimiento del estatuto de ciudadanía de la UE esté condicionado en su adquisición por la nacionalidad de un Estado miembro, esto no implica que se subordine al mismo. Una vez creado el estatuto de ciudadanía UE, ello puede condicionar, a su vez, la manera en que el Estado miembro dispone sobre la nacionalidad de sus propios nacionales.

Una manifestación de esta afirmación se contiene en el importante y revolucionario asunto Ruiz Zambrano (C-

¹⁵ Tras la aprobación del Tratado de Lisboa, se introdujo la actual redacción del artículo 50 del TUE, en cuyo apartado primero se contempla la posibilidad de que cualquier Estado miembro, de acuerdo con sus normas constitucionales, pueda retirarse de la Unión Europea. Se ha denominado en la doctrina “*exit clause*”, Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Gabilex Nº 6 Junio 2016, pág. 6, localizable en www.gabilex.jccm.es.



34/09), que después se analizará, y en el asunto Rottmann (C-135/08).

Cabe destacar, finalmente, que este estatuto jurídico del ciudadano europeo se encuentra abierto y es dinámico, pues no impide que pueden incluirse nuevos derechos en el futuro¹⁶. Esta eventual ampliación está sujeta, no obstante, a enormes cautelas jurídicas, como se extrae del artículo 25 del TFUE que permite que el Consejo, por unanimidad conforme a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, pueda adoptar disposiciones para completar estos derechos y recomendar a los Estados miembros su adopción conforme a sus normas constitucionales.

En su caso, dicha ampliación de derechos no podrá traspasar las competencias de la Unión y se producirá siempre, conforme a dicho artículo 25 TFUE, *"sin perjuicio de las restantes disposiciones del presente Tratado"*.

Esta previsión se enmarca en una de las características del Derecho de la Unión: su permanente proceso de revisión y construcción.

La ciudadanía europea, en suma, ha contribuido a la construcción del sentimiento identitario europeo, como paso previo a una unión política. Las dificultades de este proceso han sido y siguen siendo muchas por el fuerte sentimiento nacional que existe todavía entre los ciudadanos europeos. Para avanzar en la senda de la construcción de la Europa de los ciudadanos y de una

¹⁶ BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I, "Libre circulación de personas y derecho internacional privado: un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea" en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2017), Vol.9, nº2, pág. 126.



mayor unión política, bajo mi punto de vista resulta necesario seguir potenciando el pilar de los derechos sociales, de manera que se perciba a la Unión como una solución a los problemas diarios de los ciudadanos. Tras la reciente crisis del COVID 19, y en el contexto de la crisis energética derivada de guerra de Ucrania, se están percibiendo pasos en la buena dirección, sobre la base de la unión y la solidaridad. En esta ocasión, y a diferencia de la crisis económica del 2008, Europa ha sabido reaccionar unida para hacer frente a muchos retos de la economía global. Y es que son innumerables los rápidos avances que se están produciendo, incluso en ámbitos que, hasta la salida del Reino Unido, socio que siempre se había mantenido en posiciones de mera cooperación en detrimento de la profundización en la integración, resultaban de difícil negociación¹⁷.

Sin embargo, la utilización del criterio de la nacionalidad como base de la conexión del ciudadano con la Unión Europea sigue siendo un factor importante para distanciar a la Unión de su ciudadanía, pues la nacionalidad sigue siendo competencia exclusiva de los Estados. Ello, además, supone discriminar a muchas personas residentes legalmente en el territorio de la Unión. Una posible solución jurídica, para abordar en un futuro próximo, consistiría en que fuera la propia Unión Europea la que determinara quiénes son ciudadanos europeos, desvinculándolo de la nacionalidad de los Estados miembros, de manera que la ciudadanía europea

¹⁷ Ello es especialmente significativo en ámbitos como el de la defensa, tal y como apunta YANIZ VELASCO, F, en "La Política Común de Seguridad y Defensa de la UE avanza" del boletín electrónico del Instituto Español de Estudios Estratégicos 151/2020, de 26 de noviembre de 2020. Localizable en: https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2020/DIE_EEO151_2020FEDYAN_PCSD



operase ad intra, y la nacionalidad, cuyos contornos quedarían inalterados, se proyectara ad extra.

III.- DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN EL TERRITORIO DE LA UNIÓN COMO CONTENIDO ESENCIAL DEL ESTATUTO DE CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA

En los orígenes de la UE, el derecho se encontraba vinculado al ejercicio de actividad económica o de trabajo; es decir, era una de las libertades necesarias para el propio funcionamiento del mercado interior. Una vez se regula como derecho de ciudadanía, se desgaja de la actividad económica o profesional, para pasar a formar parte del contenido esencial de los derechos de ciudadanía de la Unión, extendiéndose a los ciudadanos de la Unión, con independencia de que ejerzan actividad económica.

El artículo del 21.1 TFUE dispone: *"Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación"*.

La libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión se configura como una regla de oro que impone a los Estados miembros la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad. En consecuencia, no cabe establecer ningún tipo de trato diferenciado en materia sanitaria, educativa, etc, entre los nacionales de un Estado, y el resto de ciudadanos europeos que residan en un Estado determinado, pues ello vendría a distorsionar esa libertad de circulación y residencia que forma parte del contenido esencial del estatuto de ciudadanía de la Unión. Y si bien, tal y como se extrae del propio artículo 21 del TFUE, cabe fijar límites, éstos



no pueden determinar una discriminación por razón de nacionalidad, deben estar justificados en atención a la finalidad pretendida y han de resultar proporcionados¹⁸.

Además, la libre circulación y residencia se aplica igualmente a la familia del ciudadano de la UE, sean nacionales de Estados miembros o de terceros Estados.

Así se deduce del artículo 21 del TFUE que incluye un apartado segundo en el que se precisa que: *“Cuando una acción de la Unión resulte necesaria para alcanzar este objetivo, y a menos que los Tratados hayan previsto los poderes de acción al respecto, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado primero”*. Esos derechos son la libre circulación y residencia. Por tanto, en esta materia, el Consejo está facultado para recurrir a la vía de la codecisión (artículo 294 TFUE) para adoptar las medidas que considere convenientes. Sin embargo, se exige unanimidad respecto de medidas sobre seguridad social o protección social (artículo 21.3 TFUE).

Por su parte, el artículo 45 de la CDFUE, que se pronuncia en parecidos términos, añade un matiz importante respecto de los nacionales de terceros Estados, en su apartado segundo, al disponer: *“Podrá concederse libertad de circulación y residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro”*.

Se puede concluir, por tanto, que la libertad de circulación y residencia es un aspecto básico del estatuto

¹⁸ Sentencia TJUE de 26 de febrero de 2015, B. Martens (Asunto C-359/13).



jurídico de ciudadanía de la Unión, imponiéndose de forma preceptiva en el Derecho primario de la Unión, aunque puede estar sujeta a límites que no impliquen discriminación por razón de nacionalidad y que resulten proporcionados, mientras que dicha libertad *podrá* resultar extensible a los nacionales de terceros Estados, en los términos previstos en los Tratados.

IV.- LA REGULACIÓN DE LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN EL DERECHO DERIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA PROHIBICION IMPUESTA A LOS ESTADOS MIEMBROS DE DIFICULTAR DICHA LIBERTAD

La regulación de la extensión de este derecho en el Derecho derivado de la Unión se encuentra recogida en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

El artículo 6 de esta Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril, establece un derecho de residencia libre por tres meses, con DNI o pasaporte, sin cumplir ningún requisito adicional. A continuación, en el artículo 7, se regula la residencia no permanente, por un periodo superior a tres meses, si el ciudadano es un trabajador, estudiante, o ciudadano con suficiencia de recursos para el periodo de residencia. En este caso, se contempla la posible obligación de registrarse en el Estado de acogida y de obtención de tarjeta de residencia. Finalmente, el



artículo 16 de dicha Directiva establece, para los ciudadanos europeos y sus familias, un derecho de residencia permanente cuando hayan residido en otro Estado durante un plazo continuado de cinco años.

El Estado de acogida no está obligado a conceder prestaciones de asistencia social, salvo a los que gozan de residencia permanente. En los demás supuestos, existe la carga de probar que la intención no era beneficiarse de esa ayuda¹⁹.

La expulsión del Estado de acogida sólo se puede producir, respecto de aquellos que tienen la residencia permanente, por motivos graves que atenten a la seguridad pública.

Finalmente, la libertad de circulación y residencia se termina de blindar con el reconocimiento expreso del veto a dificultar el ejercicio del derecho de libre circulación y residencia por parte del Estado de acogida. Y ello se reafirma con rotundidad por el TJUE, que refuerza este derecho, incluso, en supuestos dudosos en los que se entremezclaban elementos de identidad nacional. A colación de esta aseveración cabe citar el Asunto García Avelló (C-148/02), en el que el Tribunal de Justicia comunitario reforzó este derecho a la libre circulación, brindando una solución jurídica, que, si bien fue objeto de críticas por su alcance²⁰, en el iter evolutivo de la jurisprudencia del hoy TJUE en las múltiples

¹⁹ Sentencia TJUE de 11 de noviembre de 2014, Asunto Dano, (C-333/13).

²⁰ QUIÑONES ESCÁMEZ, A "Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, Asuntos K.B. y García Avelló)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 18, 2004, páginas 507 a 529.



cuestiones prejudiciales²¹ que se le han planteado, se puede considerar un hito importante para reforzar el estatuto de ciudadanía de la Unión, y más indirectamente, los derechos de los menores de edad y su superior interés.

²¹ Cabe recordar que, de todas las categorías de asuntos de que puede conocer el TJUE, una de ellas son las *cuestiones prejudiciales*, que pueden plantear los tribunales nacionales cuando albergan dudas sobre la interpretación y aplicación del Derecho de la UE, en el marco de un procedimiento principal del que están conociendo. Ya se adelanta que todas las sentencias del TJUE que analizan en el presente trabajo responden a cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales nacionales en relación con la libre circulación y residencia, abordando otros bienes jurídicos a proteger, como los derechos derivados reconocidos a familiares de ciudadanos de la Unión, y, en ciertos supuestos en los que están implicados menores de edad, el principio del superior interés del menor. Su regulación se contiene en el artículo 267 del TFUE. Las cuestiones prejudiciales son, en la práctica, la vía más común por la que se examinan por el TJUE actos y normas de los Estados que pudieran ser lesivos del Derecho de la Unión. Como destaca IGLESIAS SÁNCHEZ, S y ORÓ MARTÍNEZ, C "La cuestión prejudicial. Elementos esenciales de la jurisprudencia del TJUE" en *Derecho Procesal Europeo*, Editorial Iustel, primera edición, 2019, pág.157 y 158, la competencia del TJUE no se extiende a la aplicación del Derecho de la Unión a un caso determinado, aunque sí brinda al juez nacional que lo plantea todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que sean necesarios para la resolución del procedimiento principal. De igual forma, tampoco se va a pronunciar sobre la interpretación del Derecho nacional, labor que corresponde al juez nacional, que se ve auxiliado por el TJUE.



En el caso Avelló, aún sin descansar la argumentación del Tribunal en el interés superior del menor²², en la práctica se aseguró el mismo. En este asunto estaban implicados los hijos menores de un matrimonio entre un señor español (Sr. García Avelló) y una señora belga (Sra. Weber), ambos residentes en Bélgica, con dos hijos con la doble nacionalidad. Para el derecho belga, los hijos han de adoptar el apellido de su padre; por ello fueron inscritos con el nombre García Avelló. Según el derecho español, los padres pueden elegir el orden de los apellidos de los hijos, siendo habitual que el apellido del padre preceda al de la madre. Los padres, en la representación legal de sus hijos menores, solicitaron a las autoridades belgas el cambio del apellido García Avelló, por el de García Weber. Manifestaron, en esencia, que, si los niños llevaban el apellido García Avelló, podría dar origen a confusión en otro Estado miembro (España) y, además, podrían derivarse dificultades prácticas del hecho de que los hijos tuviesen efectivamente diferentes apellidos en Bélgica y en España. La solicitud fue denegada. El Tribunal de Justicia tenía que dilucidar si la denegación era contraria al Derecho comunitario, en particular a los principios relativos a la ciudadanía de la Unión Europea y a la libertad de circulación de los ciudadanos. El Tribunal argumentó que *"si bien, en el estado actual del Derecho comunitario, las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los*

²² MARÍN CONSARNAU, D, "Familia, extranjería e interés superior del menor" dentro de la obra colectiva *el interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y español*, coordinada por SANZ CABALLERO, S, Aranzadi, Pamplona, 2017, pág. 353, apunta a que, en relación a los supuestos de reagrupación familiar en el territorio de la Unión con menores de edad implicados, aunque existan situaciones en las que el interés del menor pueda resultar afectado, no siempre la argumentación del TJUE descansa de forma directa en el interés superior del menor.



Estados miembros, éstos, no obstante, deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia (...) y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a la libertad, reconocida a todo ciudadano de la Unión, de circular y residir en el territorio de los Estados miembros”.

Como se explicará, este es uno de los supuestos en los que el Tribunal, a la luz de los intereses en conflicto, acoge soluciones jurídicas que han sido objeto de críticas, pero que abordan el supuesto fáctico desde un punto de vista integral y causístico, reforzando el estatuto de ciudadanía de la Unión, en este caso de los menores de edad. Y si bien es cierto que en relación con los derechos de los menores de edad el Tribunal ha sido muy cauteloso a la hora de argumentar la base jurídica, haciéndolo descansar en la necesidad de proteger y no dificultar la libertad de circulación y no en el interés superior del menor, como se indicará, en otra fase evolutiva posterior sí se menciona éste como un aspecto más a proteger.

V. ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN EL CASO DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN MENORES DE EDAD: LA INDIRECTA TUTELA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Cabe partir de la observación de que cada vez son más los ciudadanos europeos y nacionales de terceros países que se mueven por el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia creado por los Tratados y desarrollado en diversas Directivas. Junto con los ciudadanos que circulan, existen otros ciudadanos europeos que no han ejercido esa libertad de circulación y residencia,



permaneciendo en el Estado del que son nacionales, generando vínculos familiares con nacionales de terceros Estados. En estos segundos casos, en los que no concurre el elemento transfronterizo del movimiento a otros Estados, el Tribunal consideró, en una primera etapa de su jurisprudencia, que estos supuestos no quedaban cubiertos por la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril, y, por tanto, los familiares extracomunitarios no podían beneficiarse de los derechos reconocidos en la misma. Y ello es así porque la Directiva sólo se aplica a situaciones que impliquen movilidad intracomunitaria de los ciudadanos europeos y de sus familias.

Sin embargo, este tratamiento legal, que ateniéndose al contenido de la Directiva es jurídicamente correcto, podía originar situaciones inicuas y discriminatorias, al considerar como situaciones meramente domésticas de los Estados, a resolver según la normativa nacional de extranjería, cuestiones en las que están involucrados otros aspectos anexos al estatuto de ciudadanía de la Unión. Un primer interrogante que se plantea derivado de tal solución es si la familia extracomunitaria de un ciudadano europeo en movimiento ostenta más derechos que la familia extracomunitaria de un ciudadano europeo estático que ha permanecido en el Estado del que es nacional.

La segunda etapa evolutiva en la jurisprudencia del TJUE se inicia con la trascendental sentencia dictada por la Gran Sala del TJUE en el asunto Ruiz Zambrano (C-34/09), el 8 de marzo de 2011. A pesar de estar ante un supuesto de ciudadano europeo estático, que precisamente por ser menor de corta edad no ejerció el derecho a la libre circulación y residencia a otro Estado miembro, el TJUE reconoce que, aún sin ser aplicable la Directiva 2004/38, el artículo 20 del TFUE se opone a que la legislación de un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer Estado la residencia en el Estado



miembro en el que vive, cuando dicho nacional de un tercer Estado asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos europeos. De igual forma, también se opone a que se le deniegue el permiso de trabajo. Tales medidas, en efecto, privarían a dichos menores, *de facto*, del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano europeo.

En el asunto analizado por el TJUE era necesario determinar si el Derecho de la Unión proporcionaba o no al Sr. Ruiz Zambrano, nacional de Colombia, un derecho de residencia permanente con exención de permiso de trabajo, bien sobre la base del Derecho primario, esto es, a partir del TFUE, o bien sobre la base del Derecho derivado, interpretado a la luz de la sentencia Zhu y Chen²³. Por otro lado, había que examinar si era posible

²³ Asunto Kunquian Catherine Zhu y Man Lavette Chen (C-200/02) c. Secretary of State for the Home Department. En esta sentencia del TJCE, de 19 de octubre de 2004, se había sentado la doctrina de que cuando las disposiciones confieran a un menor de edad nacional de otro Estado miembro un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida, por tiempo indefinido, estas mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho ciudadano resida con él en el Estado miembro de acogida (aunque la Directiva 2004/38/CE contemple únicamente como familiares beneficiarios a los ascendientes a cargo del ciudadano de la Unión y no al revés). Así pues, según esta jurisprudencia, la situación del progenitor no comunitario que se encarga del cuidado efectivo de un menor de edad nacional de un Estado miembro es especial, puesto que el menor tiene derecho a que dicho progenitor resida con él, lo que le conferirá un derecho de residencia por tiempo indefinido en otro Estado miembro. Esto en el supuesto, como ocurría en el caso analizado, de que el menor hubiera ejercitado la libertad de circulación. Y ello no en base al tenor literal de la citada Directiva, sino de la interpretación finalista del artículo 21 del



aplicar o no el Derecho de la Unión en relación con un posible derecho de residencia de los menores de edad, ciudadanos de la Unión que, en este caso, nunca habían ejercido su derecho a la libre circulación por el territorio de la Unión (habían permanecido en Bélgica). La sentencia afirma, con toda rotundidad, que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros²⁴.

Lo inédito de la solución jurídica estriba en el carácter europeo que se atribuyó al asunto, a pesar del carácter marcadamente doméstico que, en un principio, presentaba. En la respuesta, que la doctrina califica como excepcional²⁵, se tuvieron en cuenta otros elementos de valoración y ponderación para forzar el

TFUE en relación con la Directiva. Pero debe observarse que en el reconocimiento del derecho derivado de residencia al progenitor del menor no se alude al superior interés del menor, sino que es el derecho originario a libre circulación y residencia del menor ciudadano de la Unión el que cubre el derecho derivado de su familiar.

²⁴ Ello se pronuncia en el numeral 41 de la sentencia. Esta misma afirmación se puso de manifiesto en los asuntos *García Avelló*, *Zhu y Chen* y en *Rottmann*.

²⁵ ESPINO GARCÍA, S, "La protección del estatuto de ciudadanía de la Unión en la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de los asuntos *Rendón Marín* (c-165/14), *Chávez-Vílchez* (c-133/15) y *Toufik Lounes* (c-165/16)" en *Revista de Derecho de la UNED*, nº 23, 2018, pág.742.



conocimiento por parte del TJUE²⁶. Por primera vez²⁷, el Tribunal se pronunció sobre un asunto en el que no concurría el elemento transfronterizo amparándose, no en la Directiva, que claramente no resultaba aplicable, sino en Derecho primario de la Unión; esto es, en el estatuto de la ciudadanía de la Unión contenido en los tratados.

El efecto útil del artículo 20 del TFUE permite al TJUE avanzar en la interpretación del Derecho primario de la Unión, sin atenerse a la Directiva, pero sin abordar todavía el impacto de los derechos fundamentales. En este sentido, no se adentró en el debate y ponderación del interés superior del menor. La protección se desplegó, exclusivamente, en base al estatuto de ciudadanía de la Unión, si bien, indirectamente, se estaba protegiendo dicho interés.

La jurisprudencia progresiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, evidencia que el espacio de interpretación del Derecho de la Unión se ha ido extendiendo. Así, por un lado, no queda limitado a cuestiones meramente económicas, pues se aplica a ciudadanos no activos económicamente (asunto C-413/99 Baumbast²⁸), y, por otro lado, se ha ido

²⁶ ABARCA JUNCO, A P y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M, "El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del derecho comunitario (STJUE Ruiz Zambrano)" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)* nº 23, 2012, pág. 16.

²⁷ MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L, "Artículo 45. Libertad..." op.cit. págs. 1334 y 1335.

²⁸ En este caso también, aunque fuera indirectamente, se respetó el derecho a la vida familiar. Así, en relación con las hijas menores de edad de un ciudadano de la Unión, de nacionalidad alemana, que trabajó en Reino Unido (trabajador



expandingo a ciertos espacios que son competencia de los Estados miembros, como los apellidos (asunto C-148/02, García Avelló) o la pérdida de la nacionalidad y consiguiente apatridia (asunto C-135/08 Rottmann). La protección que despliega el Derecho de la Unión se va a extender, también, respecto de personas que son nacionales de un Estado miembro y permanecen en él, cuando las medidas nacionales puedan amenazar, potencialmente, el ejercicio de la libertad de circulación y residencia que, como derecho fundamental de la ciudadanía, conforma el núcleo o la esencia de su estatuto fundamental.

En el caso Ruiz Zambrano, el TJUE, incluso, dio un paso más, pues el plus de autonomía que se otorga a la ciudadanía europea en esta sentencia (en su relación con el Derecho de extranjería de los Estados miembros) es muy significativa y ha supuesto abrir nuevas vías para la tutela de los derechos de los menores de edad ciudadanos de la Unión.

Con posterioridad al asunto Ruiz Zambrano, el TJUE ha seguido dictando otras sentencias, en las que también se ven implicados menores de edad dependientes de sus

migrante), se planteó si sus hijas podían continuar la escolaridad en Reino Unido a pesar de que el padre ya no residía en dicho Estado de acogida como trabajador, pues en ese momento ya no trabajaba en Reino Unido, que fue el Estado de acogida durante su época de trabajador migrante. El Tribunal, respecto del Sr. Baumbast, cuya residencia se cuestionaba, interpretó que, aunque no fuera ya como trabajador en Reino Unido, no sólo toda la familia residía allí sin haber generado gastos, pues contaban incluso con seguro médico en Alemania, sino que, en su condición de ciudadano de la Unión, tenía derecho a la libre circulación y residencia. Por tanto, se vienen a incorporar los derechos de ciudadanía para él y su familia.



progenitores extracomunitarios²⁹, si bien en ellas la aplicación de los artículos 20 y 21 del TFUE se efectúa con cautela, manteniendo que la Directiva 2004/38 sólo operará respecto a ciudadanos en movimiento, pero, eso sí, buscando el elemento que vincule el asunto concreto con el Derecho de la Unión.

El denominador común estriba en que los progenitores tienen asumido en exclusiva el cuidado de los niños. Además, no cuentan con medios propios para mantenerse, pues dependen de las ayudas sociales del Estado de acogida, encontrándose en riesgo de expulsión en caso de que no se les concediera una autorización de residencia³⁰.

Es cierto que, por definición, el TJUE no puede ampliar el ámbito del Derecho de la Unión vía interpretación, pero también es un hecho incontestable que el efecto útil de la ciudadanía europea se vería eliminado si un ciudadano europeo menor de edad tuviera que abandonar su hogar ante la negativa de los Estados de autorizar la residencia a su progenitor, nacional de un tercer Estado. Son los

²⁹ Se reconoce el derecho derivado del nacional de un tercer Estado a residir en el Estado en miembro en el que venían residiendo de facto, a pesar de que el familiar comunitario no se había trasladado o movido del Estado miembro del que es nacional (STJUE de 12 de marzo de 2014, O y B, Asunto C-456/2012 y STJUE de 10 de mayo de 2017, Chávez-Vílchez y otros, Asunto C-133/15).

³⁰ Sentencia TJUE de 8 de noviembre de 2012, Asunto C-40/2011, sentencia TJUE de 6 de diciembre de 2012, Asuntos acumulados C-356/11 y C-357/11, y sentencia TJUE de 10 de octubre de 2013, Asunto C-86/12. Estas sentencias siguen la senda marcada por el hito que supuso la importante recaída en el asunto C-34/09, Ruiz Zambrano, toda vez que aplican el estatuto de ciudadano de la Unión Europea.



tribunales nacionales los que deben valorar si las legislaciones nacionales brindan soluciones internas para remediar este tipo de situaciones³¹.

En cualquier caso, tanto la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989³², como el artículo 3.3 del TUE³³, como el artículo 24 de la Carta de los

³¹ Los tribunales nacionales deben examinar si las medidas nacionales producen o no ese efecto contrario al artículo 20, y, por ello, el Tribunal precisa entrar a valorar el papel que juegan los derechos fundamentales en esta doctrina (sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2011, Murat Dereci, Asunto C-256/11).

³² El artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece: "1. *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.* 2. *Los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*".

³³ El artículo 3.3 del TUE menciona que la Unión fomentará "la protección de los derechos del niño". Por tanto, la protección de la infancia y la lucha contra la exclusión social, incluida la lucha contra la pobreza infantil, forman parte de los objetivos de la Unión Europea y de las estrategias y políticas que deben desplegar las instituciones de la Unión, amén de la tutela judicial que, en su caso, otorgue el TJUE. En este marco se deben entender las prioridades políticas de la Comisión actual que ha fijado la presidenta de la Comisión Europea, Úrsula Von Der Leyen. Mencionó que la puesta en marcha de la Garantía Infantil sería una prioridad en su mandato, con una propuesta planificada para 2021, habiendo diseñado una estrategia en



Derechos Fundamentales³⁴, obligan a ponderar el superior interés del menor. De hecho, tras la sentencia recaída en Ruiz Zambrano se produjeron movimientos normativos en los Estados miembros, que han ido adaptando las legislaciones internas a la doctrina de esta importante sentencia.

En el caso de la legislación española de extranjería, se ha contemplado una autorización temporal de residencia

materia de infancia, entre la que se encuentra la garantía infantil, que ha cristalizado en la Recomendación (UE) 2021/1004 del Consejo, de 14 de junio de 2021, por la que establece una garantía infantil europea. Ya antes, a la luz de las devastadoras consecuencias de la crisis económica del 2008 se había publicado la Recomendación C (2013) 778 final, de 20 de febrero de 2013 "Invertir en la infancia: romper el ciclo de desventajas".

³⁴ El artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone: "1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses". De este precepto se extraen tres principios básicos en materia de protección de infancia: 1) el derecho del niño a expresar su opinión libremente en función de su edad y de su madurez. 2) el derecho a que su interés constituya una consideración primordial en todos los actos que le afecten. 3) el derecho a mantener relaciones con su familia (progenitores) salvo que ello precisamente sea contrario a su interés.



por circunstancias excepcionales, que permite regularizar este tipo de situaciones³⁵.

Mención especial merece la sentencia de 13 de septiembre de 2016, recaída en el asunto Rendón Marín C-165/14, un lustro después de Ruiz Zambrano, que viene a marcar otra tercera etapa evolutiva en la jurisprudencia del TJUE. Y es que el TJUE acepta en esta sentencia que se puedan establecer límites a los derechos derivados de residencia de los progenitores. No estamos, pues, ante un derecho incondicional. Eso sí, las limitaciones deben ser excepcionales y, ahora sí, el interés superior del menor cobra una especial relevancia³⁶. En este caso, la cuestión prejudicial la planteó el Tribunal Supremo español, en el contexto de un procedimiento de impugnación de una resolución de la Administración española por denegación de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Esta sentencia marca otro punto de inflexión en la jurisprudencia del TJUE, toda vez que añade ingredientes nuevos a este variado abanico de soluciones jurisprudenciales en relación con la libre circulación y residencia cuando existen menores de edad implicados.

El Sr. Rendón Marín contaba con antecedentes penales y, en base a ello, se le denegó la autorización de residencia por circunstancias excepcionales. La

³⁵ Artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

³⁶ El principio del superior interés del menor, según el TJUE, no sólo es uno de los principios que informan el ordenamiento jurídico de la Unión, constituyendo el prisma desde el que interpretar sus disposiciones, sino que va más allá y supone asumir la primacía del interés del menor.



impugnación judicial de tal decisión administrativa ante la Audiencia Nacional resultó infructuosa, lo que dio lugar a un recurso ante el Tribunal Supremo, que decidió suspender el curso del procedimiento principal para plantear una cuestión prejudicial al TJUE. El Tribunal Supremo español preguntaba al TJUE si era compatible con el Derecho de la Unión, y, concretamente con el artículo 20 del TFUE, interpretado según la doctrina de Zhu y Chen y de Ruiz Zambrano, una legislación nacional que excluía la posibilidad de otorgar ese permiso de residencia temporal excepcional a un progenitor de un menor ciudadano de la Unión que depende de aquél, por el hecho de que el progenitor tuviera antecedentes penales.

La cuestión de los menores dependientes de sus progenitores extracomunitarios ya había sido tratada y resuelta en Ruiz Zambrano, incluso sin haber existido el elemento dinámico del movimiento a otro Estado. La peculiaridad de este caso estriba en que la hija del Sr. Rendón Marín, también menor de edad, era de nacionalidad polaca y residente en España. Por ello, a priori, sí se cumplía el elemento del movimiento que exige la Directiva 2004/38. El TJUE, tras declarar que este asunto sí entra dentro del ámbito de conocimiento del TJUE por resultar afectado Derecho de la Unión, reconoce que los Estados sí pueden denegar el derecho de residencia por motivos de orden público y seguridad pública, pero que ello no se puede realizar de forma automática e indiscriminada, sino que habrá que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso, valorando la situación de peligro real, actual y grave que para el orden público español puede generar el nacional de un tercer Estado que cuente con antecedentes penales, ponderándolo junto con otros bienes jurídicos protegibles, como el respeto a la vida privada y familiar



del artículo 7 y los derechos reconocidos al menor en el artículo 24, ambos de la CDFUE.

El TJUE consideró que la legislación española sí vulneraba el Derecho de la Unión al impedir, de forma automática, por el mero hecho de tener antecedentes penales, obtener el permiso, sin que se hubiera analizado si el Sr. Rendón Marín, con su condena del 2005, representaba o no un problema grave y actual para el orden público español. Además de analizar el caso concreto, la solución que brinda el TJUE en este supuesto viene a consolidar el estatuto de ciudadanía de la Unión, que ya había anticipado en la STJUE recaída en Ruiz Zambrano, pero añadiendo otros elementos de valoración, como la consideración al principio de proporcionalidad y, sobre todo, incluyendo en su labor interpretativa los derechos fundamentales de la Carta.

Siguiendo la sistematización que realiza MARTÍNEZ ALARCÓN³⁷, para los casos en los que no concurre ese elemento transfronterizo, en relación con las consecuencias jurídicas para el familiar extracomunitario cabe distinguir aquellos casos en los que existe una relación de dependencia, en los que, pese a no aplicarse el Derecho derivado de la Unión, no se deniega el derecho de residencia al ciudadano extracomunitario en base al efecto útil del estatuto de ciudadanía, de otros supuestos en los que tal relación de dependencia no existe, y, por ende, se deniega el derecho de residencia y circulación al ciudadano extracomunitario, incluso, aunque estemos ante un ciudadano europeo menor³⁸.

³⁷ MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L, "Artículo 45. Libertad ..." op.cit. págs 1335 y siguientes.

³⁸ Cabe citar, por ejemplo, la Sentencia de Gran Sala del TJUE, de 8 de mayo de 2018, K.A y otros, Asunto C-82/16.



Pero, cabe preguntarse también cuándo el ciudadano europeo deja de estar en movimiento. En este sentido, cabe citar una interesante sentencia que se pronunció en relación con un supuesto en el que inicialmente sí se había ejercido la libertad de circulación, aunque después esa ciudadana europea ya adquirió la nacionalidad del Estado de acogida. Se trata de la sentencia de 14 de noviembre de 2017, Asunto C-165/16, Toufik Lounes.

La duda, en este caso de un tribunal británico, obedecía a que, una vez que la ciudadana europea (española) había adquirido de pleno derecho la nacionalidad del Estado de acogida (nacionalidad británica), ya no era un nacional de otro Estado miembro al uso en ejercicio de su libertad de circulación y residencia, sino que ya era británica, y, al eliminarse en el nacional comunitario el elemento dinámico del movimiento desde otro Estado miembro, podríamos estar ante un asunto meramente doméstico que se podría resolver en base a las normas de extranjería internas. El tribunal británico, que no estaba convencido de esta interpretación tan literal y restrictiva que se hizo desde la Administración británica, dado que la esposa del Sr Lounes seguía conservando la nacionalidad española y residiendo en Reino Unido, planteó la cuestión prejudicial.

El tribunal británico limitó la pregunta a la Directiva, pero, el TJUE, a la hora de contestar, y de cara a encauzar la solución jurídica que ofrece al caso planteado, esgrime una reiterada jurisprudencia como cuestión previa de carácter formal, que implica que a pesar de no haber sido invocado por el tribunal que lo plantea, el TJUE facilita *"todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar el asunto que conoce, con independencia de que el tribunal remitente haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de la cuestión planteada"*. En base a ello, concluye que los



interrogantes que se planteaban no sólo afectaban a la Directiva referida, sino también al artículo 21 del TFUE, apartado 1.

En los numerales 31 y siguientes de la sentencia, el TJUE analiza jurídicamente el asunto en relación con la jurisprudencia reiterada que se ha sentado sobre la Directiva 2004/38, pero también sobre la interpretación que se ha ofrecido por el TJUE al artículo 21.1 del TFUE en determinados casos en los que no resultaba de aplicación el concepto de "beneficiario" contenido en la Directiva.

En relación con la posible aplicación de la Directiva 2004/38 señala que ésta se aprobó para permitir el ejercicio del derecho individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros ex artículo 21 del TFUE. Destaca, igualmente, que, entre los objetivos de la Directiva, se encuentra el que este derecho pueda ser disfrutado en condiciones de dignidad y, por ello, debe serle reconocido a los familiares no nacionales de un Estado miembro, eso sí, no como derecho propio de los nacionales de terceros Estados, sino como un derecho derivado del ciudadano de la UE. Ahora bien, también recuerda que el ámbito de la Directiva está limitado sólo a aquellos ciudadanos de la Unión Europea nacionales de un Estado miembro que se trasladan o residen en un territorio UE distinto al del Estado Miembro del que son nacionales. Poniendo en relación esa doctrina con el asunto concreto, el TJUE concluye que es un hecho objetivo e incontestable que la Sra Ormazabal adquirió la nacionalidad británica, y esa condición le excluye del paraguas normativo de la Directiva; esto es, no podría resultar beneficiaria en los términos del artículo 3 de dicha Directiva. Pero, si bien el TJUE descarta que la situación jurídica del matrimonio pudiera recibir una respuesta positiva desde el ámbito del Derecho derivado que representa la Directiva,



interpreta la situación jurídica individualizada directamente a la luz del Derecho primario; esto es, del artículo 21 del TFUE.

Para ello, comienza en el numeral 46 citando otras sentencias recientes en las que, excepcionalmente, se había reconocido el derecho derivado del nacional de un tercer Estado a residir en el Estado en miembro en el que venían residiendo de facto, a pesar de que el familiar comunitario no se había trasladado o movido del Estado miembro del que es nacional (STJUE de 12 de marzo de 2014, O y B, C-456/2012 y STJUE de 10 de mayo de 2017, Chávez-Vílchez y otros, C-133/15³⁹). Partiendo de esos antecedentes, supuestos no exactamente idénticos porque en aquellos casos estábamos ante ciudadanos UE menores de edad dependientes de sus padres nacionales de terceros Estados, en los que se ponderaron otros elementos, el TJUE colige que en este caso sí existió inicialmente un ejercicio de la libre circulación y residencia al amparo de la normativa comunitaria, cuando la Sra Ormazabal abandona España para residir en Reino Unido. Por ello, apartándose de la interpretación que hacía el Gobierno británico que entendía que se trataba de un asunto puramente doméstico, sienta las bases para identificar un vínculo con el Derecho de la Unión Europea, y, a partir de ahí, afirmar que era nacional de dos Estados miembros. Así, en su condición de ciudadana de la Unión Europea, ejerció su derecho a la libre circulación y residencia en un Estado miembro distinto al Estado miembro de origen (artículo 21 TFUE). Igualmente, interpreta que, dentro del contenido de ese derecho, se encontraría el derecho a llevar una vida normal en el Estado miembro de acogida, pues lo contrario sería eliminar el efecto útil del mencionado artículo y, haciendo suyas algunas de las

³⁹ Véase cita nº 29 de este trabajo.



conclusiones del Abogado General, asume que ello iría en contra de la lógica *"de integración progresiva que pretende favorecer la citada disposición"*.

Es decir, no coinciden Estado miembro de nacionalidad de origen y Estado miembro de residencia, por lo que, de alguna manera, concurre el elemento transfronterizo comunitario y, en base a ello, considera que no es sólo un mero asunto interno que se pudiera resolver conforme a las normas internas de extranjería, sino que este supuesto merecía una respuesta positiva y favorable a los intereses del Sr. Lounes. Y es que, aunque no entrara dentro del ámbito de acción de la Directiva, sí entra dentro del contenido esencial del derecho del artículo 21 del TFUE.

Finalmente, cabe destacar cómo, tangencialmente, esgrime argumentos que tienen que ver con el derecho de igualdad, pues interpreta que, una solución contraria generaría una situación de peor derecho para todos aquellos que, habiendo ejercido el mismo derecho a la libre circulación y residencia, se hubieran integrado más en el país de acogida, adquiriendo otra nacionalidad, lo cual no responde a la lógica de la pretensión de una mayor integración.

La solución planteada por el TJUE, partiendo de una interpretación y aplicación del artículo 21.1 del TFUE, al igual que en el caso de los menores ciudadanos de la Unión dependientes de sus progenitores extracomunitarios, ha constituido un avance más en la delimitación del estatuto del ciudadano de la Unión Europea, al consumir una interpretación amplia, en la que el tribunal fuerza la identificación del vínculo con el Derecho de la Unión Europea para poder ofrecer una respuesta más acorde a la pretensión o vocación del estatuto de la ciudadanía de la Unión como el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros.



De esta forma, va más allá de la literalidad de la Directiva, y vía jurisprudencial, consolida la línea de aplicación directa de la libertad de circulación y residencia ex artículo 21 del TFUE (Derecho primario), ponderando otros elementos, que, incluso, entroncan con derechos reconocidos como derechos fundamentales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: La dignidad humana (artículo 1), respeto a la vida privada y familiar (artículo 7), e igualdad (artículos 20 y 21).

De todo ello, se podría concluir que se ha sentado una nueva línea jurisprudencial por virtud de la cual esas libertades deben ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales de la Carta.

VI.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO BASE JURÍDICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN EL CASO DE MENORES NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS

Cabe referirse ahora al supuesto opuesto a los analizados hasta ahora: menores de edad nacionales de terceros Estados.

La Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho de reagrupación familiar, tiene por objeto fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho de reagrupación familiar respecto de los familiares de los nacionales de terceros Estados que residen legalmente en el territorio de la Unión. Esta Directiva, que no se aplica a miembros de la familia de ciudadanos de la Unión, impone, en virtud de su artículo 5.5, que cuando el menor es nacional de un tercer Estado, tiene que velarse por su superior interés en el examen de las solicitudes de reagrupación familiar.

Partiendo de que la Convención de los Derechos del Niño asume el principio de respeto a la vida familiar en la convicción de que el crecimiento del menor en el seno de



una familia resulta básico para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño, el entonces TJCE, en sentencia de 27 de junio de 2006, Parlamento c. Consejo, Asunto C-540/03, declaró que la Directiva no podía ser interpretada ni aplicada de modo que se violen los derechos fundamentales previstos en los artículos 7 y 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales. Por tanto, se puede como comprobar, tal y como ha apuntado la doctrina⁴⁰, cómo, ya antes del Tratado de Lisboa, el Tribunal invocaba los preceptos de la Carta de los Derechos Fundamentales.

Pero el TJUE ha tenido ocasión de referirse expresamente al interés superior del menor, como base jurídica a considerar, en supuestos de reagrupación familiar en los que se ven inmersos menores de edad. En la sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2012, O. y S. c. Maahanmuuttovirasto y Maahanmuuttovirasto c.L. (Asuntos acumulados C-356/11 y C-357/11) declaró, en los numerales 79 a 81:

"Es cierto que los artículos 7 y 24 de la Carta, pese a que hacen hincapié en la importancia que tiene para los niños la vida familiar, no pueden interpretarse en el sentido de que priven a los Estados miembros del margen de apreciación de que disponen al examinar las solicitudes de reagrupación familiar (...). No obstante, al realizar el examen y al determinar, en particular, si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1 de la Directiva, 2003/86, las disposiciones de dicha Directiva deben interpretarse y aplicarse a la luz de los artículos 7 y 24 apartados 2 y 3 de la Carta, como resulta además de los términos del segundo considerando, y del artículo 5 apartado 5 de dicha Directiva, que obligan a los Estados miembros a examinar las solicitudes de reagrupación de que se

⁴⁰ Véase cita nº 8 del presente trabajo.



trate en interés de los menores afectados y procurando favorecer la vida familiar.

Incumbe a las autoridades nacionales competentes, al aplicar la Directiva 2003/86 y al examinar las solicitudes de reagrupación familiar, proceder a una apreciación equilibrada y razonable de todos los intereses en juego, teniendo en cuenta especialmente los de los menores afectados”.

El superior interés del menor también ha sido considerado de forma muy especial por la jurisprudencia del TJUE en relación con la interpretación de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Y es que en esta Directiva se considera como personas especialmente vulnerables a los menores extranjeros no acompañados. Pero, además, en su artículo 5 ⁴¹, se menciona expresamente

⁴¹ El artículo 5 de la Directiva 2008/115, titulado “No devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud”, es del siguiente tenor: “Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta:

- a) el interés superior del niño,
- b) la vida familiar,
- c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate,

y respetarán el principio de no devolución”.



el interés superior del menor como principio a ponderar especialmente en estos casos.

En una reciente sentencia dictada por el TJUE, de 14 de enero de 2021, en relación con la Directiva 2008/115, recaída en el Asunto C-441/19, se resuelve en favor de un menor no acompañado de 15 años, de nacionalidad guineana.

Los antecedentes del caso se describen en los numerales 21 y siguientes de la sentencia, donde se expone que TQ, menor no acompañado, entró en los Países Bajos en una fecha indeterminada, donde fue objeto de trata de seres humanos. En junio de 2017, cuando contaba con 15 años cumplidos, presentó una solicitud de permiso de residencia por tiempo determinado, que resultó denegada, sin que le fuera concedida la paralización de la expulsión por razones médicas. Ante el órgano jurisdiccional remitente, TQ alegó que no sabía dónde residen sus padres y que, a su vuelta, tampoco sería capaz de reconocerlos. Sostuvo que no conocía a ningún otro miembro de su familia y que ni siquiera sabía si existirían. Adujo que no podía volver a su país de origen porque no había vivido ni conocía a nadie allí, y que no hablaba el idioma de dicho país. TQ declaró que, para él, su familia era la familia de acogida con la que vivía en los Países Bajos.

El órgano jurisdiccional remitente albergaba dudas en cuanto a la conformidad con el Derecho de la Unión de la distinción realizada por la normativa neerlandesa entre los menores no acompañados que tengan más de 15 años y aquellos que tengan menos de 15 años. A este respecto, dicho órgano jurisdiccional se refería al concepto de "interés superior del niño", recogido en el artículo 5, letra a), de la Directiva 2008/115 y en el artículo 24 de la Carta.



En su contestación a las cuestiones planteadas, el TJUE emite la siguiente doctrina en los numerales 41 y siguientes:

"A este respecto, procede recordar que, según el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 de dicho artículo.

*Esta Directiva contiene normas específicas aplicables a determinadas categorías de personas, entre las que se encuentran **los menores no acompañados**, que, como se desprende del artículo 3, punto 9, de la Directiva 2008/115, **pertenecen a la categoría de «personas vulnerables»**. (...) **al aplicar dicha Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta el «interés superior del niño»**. Por lo tanto, un menor no acompañado no puede ser tratado sistemáticamente como un adulto.*

*El citado artículo 5, letra a), tiene por efecto que, **cuando un Estado miembro pretenda dictar una decisión de retorno contra un menor no acompañado**, con arreglo a la Directiva 2008/115, **debe tener necesariamente en cuenta, en todas las fases del procedimiento, el interés superior del niño**. Asimismo, **el artículo 24, (...) en relación con el artículo 51, apartado 1, de la Carta, afirma el carácter fundamental de los derechos del niño, incluso en el marco del retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en un Estado miembro.**(...)*

En virtud de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, en relación con su artículo 5, letra a), y con el artículo 24,



apartado 2, de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que, antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, el Estado miembro de que se trate debe realizar una apreciación general y exhaustiva de la situación de este menor, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño. En este contexto, dicho Estado miembro debe cerciorarse de que en el Estado de retorno se encuentra disponible una acogida adecuada para el menor no acompañado (...).

Un Estado miembro no puede distinguir entre los menores no acompañados únicamente en función del criterio de su edad para comprobar si existe una acogida adecuada en el Estado de retorno. (...)

En el presente caso, Países Bajos, sin haberse cerciorado de la buena acogida en el Estado de retorno, tan sólo porque el menor tenía 15 años cumplidos, se acordó dicho retorno. Pero, después, y siendo ya irregular la residencia, se estaba tolerando "de facto" que residiera irregularmente hasta que cumpliera los 18 años.

El TJUE concluye, que, al amparo de dicha Directiva, los Estados miembros, a la hora de adoptar normas o actos que apliquen dicha Directiva, deben ser respetuosos con el principio del superior interés del menor, en especial respecto del colectivo de menores no acompañados (MENA), fijando tres principios fundamentales:

1.- Antes de adoptar una resolución administrativa de retorno, los Estados se asegurarán de que el menor tenga una acogida adecuada en el Estado de retorno, para lo cual se llevará a cabo una investigación exhaustiva. Por tanto, de la doctrina del TJUE hay que extraer que, en caso contrario,



deberían integrarse dentro del sistema público de protección de menores del correspondiente Estado miembro.

2.- Esa investigación del entorno del menor se debe extender a cualquier menor; esto es, no se pueden establecer diferencias en base, exclusivamente, a la edad del menor. Y es que, si bien la edad es un dato más para valorar el retorno, el interés superior del niño prima y esa evaluación debe ser caso a caso.

3.- La investigación sobre la adecuada acogida del menor en el país de retorno se debe extender a todas las fases del procedimiento. Por tanto, si una vez adoptada la decisión de retorno, no se puede asegurar esa adecuada acogida, no se consumará la expulsión. De igual forma, si se ha acordado el retorno y se ha garantizado esa adecuada acogida, no cabe dejar "latente" la resolución hasta que el menor alcance los 18 años. La inseguridad jurídica que entraña esa situación de tolerancia de la situación irregular hasta la mayoría de edad, dejando a los niños más mayores en un limbo jurídico, no es acorde al superior interés del menor.

Con esta sentencia el TJUE termina de consolidar la interpretación de las Directivas a la luz de los derechos fundamentales de la Carta y, en especial, en relación con los menores, tanto ciudadanos de la Unión, como nacionales de terceros Estados.

VII.- CONCLUSIONES

1.- El estatuto jurídico de la ciudadanía europea ha contribuido a la construcción del sentimiento identitario europeo, como paso previo a una unión política, aunque



las dificultades de este proceso han sido y siguen siendo muchas. Para avanzar en la senda de la construcción de la Europa de los ciudadanos y de una mayor unión política resulta necesario seguir potenciando el pilar de los derechos sociales, de manera que se perciba a la Unión como una solución a los problemas diarios de los ciudadanos. Sin embargo, la utilización del criterio de la nacionalidad como base de la conexión del ciudadano con la Unión sigue siendo un factor importante para distanciar a la Unión de la ciudadanía, pues la nacionalidad sigue siendo competencia exclusiva de los Estados. Ello, además, supone discriminar a muchas personas residentes legalmente en el territorio de la Unión. Por ello, una posible solución jurídica, para abordar en un futuro próximo, consistiría en que fuera la propia Unión Europea la que determinara quiénes son ciudadanos europeos, desvinculándolo de la nacionalidad de los Estados miembros. De esta manera, la ciudadanía europea operaría ad intra, y la nacionalidad, cuyos contornos quedarían inalterados, se proyectaría ad extra.

2.- La libertad de circulación y residencia, regulada en el artículo 21 del TFUE, es un aspecto básico del estatuto jurídico de ciudadanía de la Unión, imponiéndose de forma preceptiva en el Derecho primario de la Unión, aunque puede estar sujeto a límites que no impliquen discriminación por razón de nacionalidad y que resulten proporcionados. Dicha libertad *podrá* resultar extensible a los nacionales de terceros Estados, en los términos del Tratados.

3.- La regulación de la extensión de este derecho en el Derecho derivado de la Unión se encuentra contemplada en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de



los Estados miembros. Esta libertad de circulación y residencia se termina de blindar con el reconocimiento expreso del veto a dificultar el ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el Estado de acogida. Ello se reafirma con rotundidad por el TJUE, que refuerza este derecho, incluso, en supuestos dudosos en los que se entremezclan elementos de identidad nacional, como sucedía el Asunto García Avelló (C-148/02).

4.-En el análisis de la evolución jurisprudencial de dicho Tribunal sobre la libertad de circulación y residencia, en una primera etapa, se estaba a la aplicación estricta de los requisitos del Derecho derivado; esto es, la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril. Por tanto, resultaba preceptivo cumplir el elemento transfronterizo del movimiento del ciudadano de la Unión. Sin cumplir el requisito del movimiento a otro Estado miembro, no se desplegaban los efectos inherentes a la ciudadanía europea y, en consecuencia, los asuntos vendrían a ser una mera cuestión doméstica regulada por las normas de extranjería. En una segunda etapa, iniciada con la trascendental sentencia dictada por la Gran Sala del TJUE en el asunto Ruiz Zambrano (C-34/09), el 8 de marzo de 2011, a pesar de estar ante un supuesto de ciudadano europeo estático, que precisamente por ser menor de corta edad no ejerció el derecho a la libre circulación y residencia a otro Estado miembro, el TJUE reconoce que, aún sin ser aplicable la Directiva 2004/38, el artículo 20 del TFUE se opone a que la legislación de un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer Estado la residencia en el Estado miembro en el que vive, cuando dicho nacional de un tercer Estado asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos europeos. De igual forma, también se opone a que se le deniegue el permiso de trabajo. Tales medidas, en efecto, privarían a dichos menores, *de facto*, del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos



vinculados al estatuto de ciudadano europeo. El TJUE, con base en el efecto útil del artículo 20 del TFUE, profundiza en la interpretación del Derecho primario de la Unión, sin atenerse a la Directiva, pero sin acometer todavía muy claramente el impacto de los derechos fundamentales. En este sentido, no se adentró todavía en la ponderación del interés superior del menor. En la sentencia de 13 de septiembre de 2016, recaída en el asunto Rendón Marín C-165/14, que viene a marcar otra tercera etapa evolutiva en la jurisprudencia del TJUE, se acepta que se puedan establecer límites a los derechos derivados de residencia de los progenitores. No estamos, pues, ante un derecho incondicional. No obstante, las limitaciones deben ser excepcionales y, ahora sí, el interés superior del menor cobra una especial relevancia.

5.- En cualquier caso, tanto la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, el artículo 3.3 del TUE, como el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales, obligan a ponderar el superior interés del menor. De hecho, tras la sentencia recaída en Ruiz Zambrano se produjeron movimientos normativos en los Estados miembros, que han ido adaptando las legislaciones internas a esta doctrina. En el caso de la legislación española de extranjería se ha contemplado una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, que permite regularizar este tipo de situaciones.

6.- El TJUE ya va más allá de la literalidad de la Directiva, y vía jurisprudencial, consolida la línea de la interpretación finalista, mediante la aplicación directa de la libertad de circulación y residencia ex artículo 21 del TFUE (Derecho primario), ponderando otros elementos. Sucede lo mismo en el Asunto C-165/16, Toufik Lounes, en sentencia de 14 de noviembre de 2017, en el que se entronca la interpretación del Derecho primario (artículo 21 TFUE) con derechos fundamentales reconocidos en la



Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: La dignidad humana (artículo 1), respeto a la vida privada y familiar (artículo 7), e igualdad (artículos 20 y 21).

7.- De todo lo expuesto, se podría concluir que se ha sentado una nueva línea jurisprudencial en virtud de la cual las libertades de circulación y residencia deben ser interpretadas, no sólo en base a los artículos del TFUE en los que se recoge el estatuto de ciudadanía europea, sino también a la luz de los derechos fundamentales de la Carta. Esta conclusión se hace todavía más visible en relación con la ponderación del interés superior del menor, recogido en el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En una reciente sentencia en relación con un menor no acompañado, recaída en la interpretación de la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, se hace más visible aún esta línea interpretativa. En esta sentencia del TJUE, de 14 de enero de 2021, un menor extranjero no acompañado de 15 años, que fue objeto de una decisión de retorno en Países Bajos sin que se comprobase que dicho menor tuviera una adecuada acogida en su Estado de retorno, el Tribunal consideró que dicha decisión administrativa resultaba contraria a la Directiva a aplicar, tal y como debería ser interpretada en virtud del artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por tanto, la medida se consideró contraria al superior interés del menor, que, como principio general del Derecho de la Unión, debe ser observado en todos los actos que afecten a menores de edad.

8.- La interpretación de las Directivas tomando en consideración los derechos fundamentales de la Carta se hace especialmente necesaria en relación con los menores, tanto ciudadanos de la Unión, como nacionales



de terceros Estados, pues el superior interés de todos ellos siempre ha de ser observado en todas las normas, actos y fases de los procedimientos.

Bibliografía

ABARCA JUNCO, A P y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M, "El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del derecho comunitario (STJUE Ruiz Zambrano)" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEI) nº 23, 2012.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P, "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica española" en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 15- segundo semestre 2008.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I, "Libre circulación de personas y derecho internacional privado: un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea" en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2017), Vol.9, nº2.

CALVO HORNERO, A, "El mercado único" en *Fundamentos de la Unión Europea*, Editorial Universitaria Ramón Areces, cuarta edición, Madrid, 2019.

CÓRDOBA CASTROVERDE, D, "El derecho de circulación y residencia de los padres de ciudadanos de la UE" en *Revista de Jurisprudencia*, julio 2017.

ESPINO GARCÍA, S, "La protección del estatuto de ciudadanía de la Unión en la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de los asuntos Rendón Marín (c-165/14), Chávez-Vílchez (c-133/15) y Toufik Lounes (c-165/16)" en *Revista de Derecho de la UNED*, nº 23, 2018.



FUENTETAJA PASTOR, J, "El proceso de integración europea" en *Derecho de la Unión Europea*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

IGLESIAS SÁNCHEZ, S y ORÓ MARTÍNEZ, C "La cuestión prejudicial. Elementos esenciales de la jurisprudencia del TJUE" en *Derecho Procesal Europeo*, Editorial Iustel, primera edición, 2019.

LINDE PANIAGUA, E, "Las Administraciones públicas y los ciudadanos" *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, Colex, Madrid, 2014.

LINDE PANIAGUA, E, "Naturaleza y caracteres de la Unión Europea" en *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, editorial Colex, Madrid, 2012.

LINDE PANIAGUA, E, "Estado social y democrático de derecho y cláusula de transformación: marco y objetivos del intervencionismo público en la economía" en *Derecho Administrativo Económico*, UNED, Madrid, 1980.

LÓPEZ GARRIDO, D, "La silenciosa constitucionalización de la Unión Europea" *Revista de las Cortes Generales* nº 109, segundo semestre, 2020.

MANGAS MARTÍN, A, y LIÑÁN NOGUERAS, D, "El estatuto de la ciudadanía de la Unión" en *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Editorial Tecnos, novena edición, 2016.

MARÍN CONSARNAU, D, "Familia, extranjería e interés superior del menor" dentro de la obra colectiva *el interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, coordinada por SANZ CABALLERO, S, Aranzadi, Pamplona, 2017.

MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L, "Artículo 45. Libertad de circulación y residencia" en *la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de*



jurisprudencia, coord. LÓPEZ CASTILLO, A. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A "Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avelló)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 18, 2004.

VIÑUALES FERREIRO, S "La ciudadanía y los derechos fundamentales en la Unión Europea" en *Derecho de la Unión Europea*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

YANIZ VELASCO, F, "La Política Común de Seguridad y Defensa de la UE avanza" del *boletín electrónico del Instituto Español de Estudios Estratégicos* 151/2020, de 26 de noviembre de 2020.

Consultas internet

Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Gabilex Nº 6 Junio 2016, pág.6, localizable en www.gabilex.jccm.es.



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 31

Septiembre 2022

<http://gabilex.castillalamancha.es>



EL PERSONAL INTERINO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA Y LA DIRECTIVA 1999/CE/ DEL CONSEJO: LA BÚSQUEDA DE LA EQUIPARACIÓN CON EL PERSONAL FUNCIONARIO.

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 estableciendo, en su cláusula 4, la proscripción de un trato diferente del trabajador temporal respecto del trabajador fijo comparable. El personal temporal al servicio de la Administración española, al que, desde tiempos seculares se había dispensado un trato diferente al del personal fijo, ha reclamado ante la Administración española primero y por vía judicial después, la equiparación de sus condiciones de trabajo. Y ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) el que, finalmente, ha satisfecho sus peticiones, a través de la interpretación de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo. Analizaremos en este trabajo las más relevantes de estas victorias, que han colocado al personal temporal al servicio de la administración en - casi- pie de igualdad con sus homólogos funcionarios.



Palabras Clave: Directiva 1999/70/CE, función pública, funcionarios de carrera, funcionarios interinos, discriminación, condiciones de trabajo.

Abstract: Council Directive 1999/79/EC aims to improve the quality of fixed-term work by establishing, in its clause 4, the prohibition of different treatment of temporary workers with respect to comparable permanent workers. The temporary staff at the service of the Spanish Administration, who, since ancient times, had been treated differently from that of the permanent staff, have claimed before the Spanish administration first and later through the courts, the equalization of their working conditions. And it has been the Court of Justice of the European Union that has finally satisfied their requests, through the interpretation of Council Directive 1999/70/EC. We will analyze in this work the most relevant of these victories, which have placed temporary staff at the service of the administration on - almost- equal footing with their official counterparts.

Key words: Council Directive 1999/70/CE, public function, career civil servants, temporary civil servants, discrimination, working conditions

Sumario: I EL PERSONAL TEMPORAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN 1. INTRODUCCIÓN 2. EL PUNTO DE PARTIDA **II. LA DIRECTIVA 1999/70/CE DEL CONSEJO. LA PROTECCIÓN AL TRABAJADOR TEMPORAL: CONTRA LA DISCRIMINACIÓN** 1. INTRODUCCIÓN 2. LOS COMPLEMENTOS ASOCIADOS A LA ANTIGÜEDAD: LOS TRIENIOS 3. OTROS COMPLEMENTOS ASOCIADOS A LA ANTIGÜEDAD. 3.1. Los sexenios: Asunto C-566/11, Lorenzo Martínez 3.2. Los planes de evaluación: Asunto C-631/15, Álvarez Santirso 4. LA CARRERA PROFESIONAL Y LA PROMOCIÓN INTERNA 4.1. Otros derechos, otras



reclamaciones 4.2. La carrera profesional horizontal 4.3. La promoción interna 5. LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS: LOS SERVICIOS ESPECIALES. Asunto C-158/16, Vega González 6. LA JORNADA: Asunto C-443/16, Rodrigo Sanz 7. EL CESE CON OCASIÓN DE LA FINALIZACIÓN DEL CURSO ESCOLAR: UNA PARTICUARIDAD DEL PERSONAL DOCENTE 8. LA INDEMNIZACIÓN POR FINALIZACIÓN DEL CONTRATO: LA GRAN DECEPCIÓN **III CONCLUSIONES: ¿PRÓXIMA PARADA, LA FIJEZA?**

I. EL PERSONAL TEMPORAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACION

• 1. INTRODUCCIÓN

La Administración es mencionada en la Constitución española en su título IV, junto con el Gobierno, del que depende, integrando ambos en el poder ejecutivo y sometidos ambos a la Ley y al Derecho y al Poder Judicial. Materialmente, la Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, de acuerdo con el artículo 103.

Mucho se ha discutido -y se discutirá- sobre cuáles son las funciones a desarrollar por las Administraciones públicas, sobre cuáles de estas pueden ser externalizadas y encomendadas a empresas privadas y, en definitiva, cual sea el tamaño -y el coste- adecuado



de las Administraciones para cumplir con su papel en la sociedad¹.

La figura del trabajador temporal al servicio de la Administración no es, ni mucho menos, novedosa o desconocida. En lo que a este trabajo respecta, nos detendremos en los efectos, salvíficos en ocasiones, potencialmente devastadores en otras, que la aplicación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo ha provocado en la relación entre los trabajadores temporales y la Administración que los emplea.

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 sujetos².

¹ La crisis sanitaria y económica provocada por el COVID-19 no ha hecho sino reavivar el debate. Como muestra, un botón: «Durante el siglo XIX, el gran debate político fue el del tamaño y la función de lo público en la economía: ¿Cuánto Estado? Sin embargo, lo que, al parecer, ha importado más en esta crisis ha sido otra cosa: concretamente, la calidad de la acción de gobierno de ese Estado» FAREED ZAKARIA, Diez lecciones para el mundo de la postpandemia, (Paidós 2021).

² Una última precisión, esta vez respecto al estilo: siguiendo las consideraciones de la RAE sobre el uso del masculino genérico (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_incl



• 2. EL PUNTO DE PARTIDA

Si bien podemos hablar de la existencia de interinos al servicio de la Administración desde tiempos seculares³, la definición precisa de este personal apareció en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado⁴ (LFCE, en lo sucesivo) que distinguió entre el funcionario de carrera y el de empleo, y en esta última categoría, entre eventuales e interinos. El artículo 104 estableció las condiciones que deben rodear el nombramiento y cese de los funcionarios interinos en los siguientes términos:

«1. Para nombrar interinos será condición inexcusable que no sea posible, con la urgencia exigida por las circunstancias, la prestación del servicio por funcionarios de carrera, debiendo justificarse estos extremos ante la Comisión Superior de Personal. El nombramiento deberá recaer en personas que reúnan las condiciones exigidas para el ingreso en el Cuerpo a que pertenezca el puesto de trabajo. 2. El nombramiento de funcionarios interinos

[usivo.pdf](#)), esta autora huye, intencionadamente, de los desdoblamientos de género. Sólo en las citas o cuando se considere imprescindible, por ser gramaticalmente necesario o se estime que mejorará la comprensión del discurso, se acudirá al desdoblamiento de género. Página visitada el 6 de junio de 2022.

³ Así, el Real Decreto de 18 de junio de 1852 (Gaceta de Madrid nº 6572, de 20 de junio de 1852) conocido como Estatuto de Bravo Murillo dispuso, en su artículo 18 que: «Los aprobados para plazas de aspirantes, a quienes no se pudiese colocar por no haber vacante, podrán servir temporalmente sin sueldo en las oficinas, si así lo solicitaren. En este caso se les computará el tiempo que sirvan de esta manera como de servicio efectivo para los adelantos de su carrera, y en ellos deberán proveerse necesariamente las primeras vacantes, si no desmerecieren por su conducta».

⁴ Aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero (BOE nº 40, de 15 de febrero).



deberá ser revocado en todo caso cuando la plaza que desempeñen sea provista por procedimiento legal.»

Aparecen, pues, unidos por primera vez y de forma inexorable el nombramiento y permanencia en su puesto del funcionario interino con las razones de necesidad y urgencia que han motivado su llamamiento. El funcionario interino es llamado en tanto no es posible la cobertura del puesto por un funcionario de carrera y se mantendrá en dicho puesto hasta que el funcionario de carrera ocupe la plaza o finalice la causa de necesidad o urgencia, lo que ocurra antes. De manera que, como señala TERRÓN SANTOS: «las propias causas que justifican el recurso a la interinidad son a la vez el límite a la duración del propio contrato»⁵.

La LFCE estableció, igualmente, un distinto régimen para los interinos respecto de los funcionarios de carrera, de manera que su artículo 105 dispuso:

«A los funcionarios de empleo les será aplicable por analogía, y en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, con excepción del derecho a la permanencia en la función, a niveles de retribución determinados, o al régimen de clases pasivas».

El interino puede, pues, aspirar a desarrollar su vida profesional en similares condiciones a las del funcionario de carrera, pero no puede aspirar a la permanencia en la

⁵TERRÓN SANTOS, D.: «Reflexiones sobre las consecuencias de la finalización de la interinidad en el sector público tras la reciente jurisprudencia del TSJCE. Un análisis de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre en el asunto C-16/15, C-184/15, C-197/15 (acumulados) y C-596/2014» Revista Andaluza de la Administración Pública, nº 96 septiembre-diciembre (2016) página 199.



función, reservada a éstos y se ve privado, por disposición legal, de determinados complementos retributivos y del acceso a distintos derechos.

El marco legislativo en el que se desarrolla la vida del personal interino no se ha modificado, en lo sustancial, desde la LFCE, ni siquiera con la promulgación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público⁶ (derogada y sustituida por el Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público⁷, en adelante TREBEP), norma que pretendía ser⁸:«[...]un paso importante y necesario en un proceso de reforma, previsiblemente largo y complejo, que debe adaptar la articulación y la gestión del empleo publico en España a las necesidades de nuestro tiempo [...]».

El funcionario de carrera es definido en el artículo 9.1 del TREBEP en los siguientes términos:

«Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.»

El funcionario interino, por su parte, aparece definido en el artículo 10.1⁹:

⁶ BOE nº 89, de 13 de abril de 2007.

⁷ BOE nº 261, de 31 de octubre de 2015.

⁸ Exposición de Motivos Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁹ Definía, podríamos decir. El precepto transcrito es la versión del artículo 10.1 vigente hasta su reciente modificación por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para



«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.»

Además del funcionario y el interino, el TREBEP contempla otras categorías de personal al servicio de la administración: el personal laboral -fijo, por tiempo indefinido o temporal- y el personal eventual.

De manera que el concepto «personal temporal al servicio de la administración» incluye una variada tipología de personal: el personal interino, el personal laboral y el eventual, a los que hay que añadir las distintas modalidades de personal estatutario contratado al amparo de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud¹⁰. En todo caso, todos ellos comparten un particular régimen jurídico que les priva de determinados derechos que sí ostentan sus homólogos fijos.

la reducción de la temporalidad del empleo público (BOE nº 312, de 29 de diciembre de 2021).

¹⁰ BOE nº 301, de 17 de diciembre de 2003.



II. LA DIRECTIVA 1999/70/CE DEL CONSEJO. LA PROTECCIÓN AL TRABAJADOR TEMPORAL: CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

• 1. INTRODUCCIÓN

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)- alcanzaron, el 18 de marzo de 1999 un Acuerdo Marco (AM) sobre el trabajo con contrato de duración determinada¹¹, que se aplica a través de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo de 28 de junio de 1999¹² 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 medios.

El AM parte de la premisa de que¹³:

¹¹ 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 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 nºL327 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.

¹² DOCE nº L175/44, de 10 de julio de 1999.

¹³ 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.



«los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores y contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento»

lo que no obsta para reconocer que¹⁴:

«los contratos de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores, ocupaciones y actividades, y que pueden convenir tanto a empresarios como a los trabajadores»

La cláusula 3.1 del Acuerdo define así al trabajador con contrato de duración determinada:

«el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado.»

Como decíamos, el primer gran objetivo del acuerdo 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 4 del AM, el principio de no discriminación, de manera que no puede tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorables que a los trabajadores fijos comparables por el mero

¹⁴ Acuerdo Marco...Consideraciones generales, apartado 8.



hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

Por fin hemos llegado al punto en el que el Derecho de la Unión Europea y el personal temporal al servicio de la Administración española cruzan sus destinos.

Como veíamos más arriba, la legislación española ha dispensado tradicionalmente un diferente tratamiento al funcionario y al interino, comenzando por las retribuciones, y continuando con las situaciones administrativas, los permisos y otros derechos. Este personal reclama, infructuosamente, ser equiparado al personal funcionario de carrera, planteándose como primera batalla la de las retribuciones. Tras las inevitables respuestas negativas de la Administración, los trabajadores temporales acuden a la vía jurisdiccional, en la que, inicialmente, tampoco obtienen la respuesta esperada, y no debe sorprendernos: aplicando estrictamente la legislación española sobre personal temporal en sus distintas modalidades, no es posible reconocerles los derechos que reclaman; es la normativa nacional la que lo impide. La situación parecía irresoluble hasta que los distintos órganos judiciales decidieron hacer uso de la potestad que les atribuyen los artículos 256 y 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) sobre la cuestión prejudicial¹⁵ y ponen el cascabel al gato planteando el debate en sus

¹⁵ Sobre la cuestión prejudicial como mecanismo que permite a un órgano jurisdiccional nacional ante el que se está sustanciando un litigio que requiere la aplicación de una norma de la Unión, dirigirse al TJUE para solicitarle que interprete o determine la validez de la norma en cuestión: MANGAS MARTIN, A. et al.: «Instituciones y derecho de la Unión Europea» Tecnos. Madrid, 10ª edición, 2020, páginas 495 a 503.



propios términos: ¿podemos aplicar la Directiva 1999/70/CE al personal temporal que presta sus servicios para la Administración?

• **2. LOS COMPLEMENTOS ASOCIADOS A LA ANTIGÜEDAD; LOS TRIENIOS: Asunto C-307/05, del Cerro Alonso**

Una de las primeras reivindicaciones del personal temporal al servicio de la Administración es la relativa a las retribuciones; y es que los interinos no percibían -por ley- el denominado trienio, complemento de antigüedad que se percibe por tres años de prestación de servicios, si bien esos servicios sí que son computados cuando el interino obtiene la plaza por oposición, (generándose ese derecho, porque no se cobran sino se computan los años), cobrándolos a partir de ese momento. Así le ocurrió a la demandante Yolanda del Cerro quien prestó servicios, como auxiliar administrativo en diversos hospitales del Sistema Vasco de Salud, siendo siempre contratada bajo la modalidad de personal estatutario temporal. La interesada acudió a la jurisdicción social, reclamando el cobro de los trienios no desde la fecha en que obtuvo la condición de personal estatutario fijo, sino los devengados durante el periodo en que prestaba servicios con carácter temporal, por mucho que el Estatuto Marco excluyera expresamente del cobro de este complemento al personal estatutario temporal. Así que el Juzgado de lo Social nº 1 de San Sebastián se dirigió al TJUE para plantearle, entre otras, las siguientes cuestiones: si las condiciones económicas están incluidas en la Directiva 1999/70/CE y si la existencia de una disposición legal, como la que niega al trabajador con contrato de duración determinada el cobro de los trienios es razón objetiva suficiente, de acuerdo con la propia Directiva.



El asunto C-307/05 finalizó con la Sentencia del TJUE (Sala Segunda) de 13 de septiembre de 2007, que, efectivamente, incluyó a las «primas de antigüedad» (léase trienio) en el concepto genérico de «condiciones de trabajo». Respecto de la segunda cuestión, es decir, si existía una «razón objetiva» el TJUE recordó que, cuando la Directiva 1999/70/CE habla de «razones objetivas» que pueden justificar el trato diferente entre trabajadores fijos y temporales se refiere, exclusivamente, a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular dicho trato diferente. Tales circunstancias pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales contratos y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro¹⁶, pero no en el hecho de que la diferencia esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo¹⁷.

Puesto que ninguna de estas razones objetivas concurre en la norma estatal que priva al personal estatutario temporal del complemento salarial que sí se reconoce al personal fijo de plantilla, el resultado no podía ser otro que estimar el derecho del personal estatutario temporal al cobro del tan discutido complemento salarial¹⁸.

¹⁶ Asunto C-212/04, Adeneler y otros. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 4 de julio de 2006.

¹⁷ Asunto C-307/05, del Cerro Alonso. Sentencia de 13 del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2007, párrafo 57.

¹⁸ Existen, sin embargo, distintos precedentes al reconocimiento del trienio al personal temporal: así la



La Sentencia del Cerro Alonso abrió el camino a otras cuestiones prejudiciales que consolidarían el reconocimiento del derecho de los interinos al cobro de los trienios -así, la sentencia de 22 de diciembre de 2010 (asuntos acumulados C-444/09 Gavieiro Gavieiro y C-456/09 Iglesias Torres) que reconoció el cobro de trienios al personal interino docente no universitario, o la sentencia de 9 de julio de 2015 (Asunto C-177/14 Regojo Dans) que amplió el derecho a la percepción de trienios al personal eventual- pero podríamos decir que es el aleteo de la mariposa que provoca el huracán: no solo coloca a los trabajadores que prestan servicios de carácter temporal para la Administración española bajo el amparo de la Directiva 1999/70/CE, sino que sortea los obstáculos que aquellos pudieran encontrarse en la reclamación de sus derechos.

• **3. OTROS COMPLEMENTOS ASOCIADOS A LA ANTIGÜEDAD**

3.1. Los sexenios: Asunto C-566/11 Lorenzo Martínez

Relacionado también con la antigüedad, aunque asociado a un requisito específico de formación

sentencia del TS de 7 de octubre de 2002 (recurso nº 1213/2001) que cita, expresamente, la Directiva 1999/70/CE que, si bien no es aplicable al asunto concreto por razones cronológicas "ello no quiere decir que tal Directiva, [...]no pueda «influir» el pronunciamiento de la Sala, en orden a una interpretación acorde con el principio de «normalización igualitaria» perseguida por la Directiva. Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional reconocieron, mediante sendos Acuerdos de 21 de junio de 2010 y 27 de mayo de 2014 el derecho a la percepción de trienios al personal temporal a su servicio, si bien sólo en el primero se hace mención expresa a la Directiva 1999/70/CE.



encontramos el complemento de formación permanente del personal docente no universitario, conocido como sexenio¹⁹.

Las comunidades autónomas, a medida que fueron recibiendo las transferencias de Educación, asumieron como suyo este complemento²⁰, si bien, como regla general, excluyendo de su percepción a los funcionarios interinos. En estas circunstancias, la profesora interina Lorenzo Martínez solicitó el reconocimiento y abono de los sexenios, petición que fue denegada por la Consejería de Educación de Castilla y León. Llegados a la vía contencioso-administrativa, y al albergar dudas sobre la compatibilidad de la normativa española con el AM, el juzgado de lo contencioso-administrativo nº 4 de Valladolid planteó ante el TJUE la procedente cuestión prejudicial.

Dada la ya constante jurisprudencia del TJUE sobre la materia, éste decidió acogerse a lo dispuesto en el artículo 104, apartado 3, párrafo primero²¹ de su Reglamento de Procedimiento que dice:

¹⁹ Este complemento se instituyó mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1991, basado en el Acuerdo firmado el 20 de junio de ese año entre el Ministerio de Educación y Ciencia y los sindicatos ANPE, CCOO y FETE-UGT para mejorar la calidad de la enseñanza y alcanzar los objetivos de la reforma educativa.

²⁰ Salvo Canarias.

²¹ En la actualidad, artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre de 2012 (DO nº L 265 de 29.9.2012), en su versión modificada el 18 de junio de 2013 (DO nº L 173 de 26.6.2013, p. 65), el 19 de julio de 2016 (DO nº L 217 de 12.8.2016, p. 69), el 9 de abril de 2019 (DO nº L 111 de 25.4.2019, p. 73) y el 26 de noviembre de 2019 (DO nº L 316 de 6.12.2019, p. 103), en



«cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal de Justicia ya ha resuelto o cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, podrá resolver en cualquier momento mediante auto motivado, remitiéndose a la jurisprudencia aplicable».

Así pues, el TJUE resuelve el asunto C-556/11 mediante Auto de 9 de febrero de 2012, tomando como base de su decisión sentencias ya conocidas para nosotros, como las recaídas en los asuntos del Cerro Alonso o Gavieiro Gavieiro.

No cabe duda, obviamente, de que la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo Marco son aplicables al personal docente que presta servicios de carácter temporal para la Administración, como también es pacífico que los trienios están incluidos en el concepto de «condiciones de trabajo», pero no hay que olvidar que el «sexenio» no es exclusivamente un complemento de antigüedad, sino que exige haber cursado un número determinado de horas de formación, lo que sirvió de asidero para la Administración demandada, que argumentó que el «sexenio» es un complemento retributivo asociado a la carrera profesional, lo que lo

los siguientes términos: «Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado».



desvincularía de las «condiciones de trabajo» estricto sensu²².

Ninguno de los argumentos de la Administración prosperó y, finalmente, el TJUE declaró:

«que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que reserva, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables».

3.2. Los Planes de Evaluación: Asunto C-631/15, Álvarez Santirso

En el marco específico de la legislación del personal docente no universitario, se prevé, a fin de mejorar la calidad de la enseñanza y el trabajo de los profesores, la elaboración de Planes para la evaluación del personal docente, con la participación del profesorado²³. En el Principado de Asturias los Planes de evaluación en cuestión se reservaron exclusivamente para funcionarios de carrera con una antigüedad de al menos cinco años y su superación conllevaba -y este es un dato no menor-exclusivamente, la percepción de un incentivo económico²⁴.

²² Auto del TJUE de 9 de febrero de 2012. Párrafo 23.

²³ Artículo 106 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE nº 106, de 4 de mayo).

²⁴ Ley 6/2009, de 29 de diciembre de Evaluación de la Función Docente y sus Incentivos (BOE nº 53, de 2 de marzo).



Álvarez Santirso, profesor interino, pretendió participar en el Plan de Evaluación Docente, pretensión que le fue denegada, por no cumplir el requisito de ser funcionario de carrera. Agotada la vía administrativa, acudió el interesado a la jurisdicción contencioso-administrativa, y en el marco de este litigio el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Oviedo decidió suspender el procedimiento para plantear al TJUE la inevitable cuestión prejudicial²⁵.

A estas alturas, la jurisprudencia del TJUE sobre la percepción por parte de empleados temporales al servicio de la Administración de complementos asociados a la antigüedad ya estaba consolidada, y como ya hiciera en el asunto C-566/11 Lorenzo Martínez el TJUE decide resolver mediante Auto motivado de 21 de septiembre de 2016.

De una parte, el TJUE constató²⁶ que la participación en el Plan de evaluación y el incentivo que se deriva de ella en caso de evaluación positiva deben considerarse también «condiciones de trabajo». Por otro lado²⁷, y visto que la evaluación positiva «no tiene ninguna repercusión en el sistema de promoción o de progresión profesional, sino que se traduce exclusivamente en un complemento salarial», esta debe «concederse a un trabajador con contrato de duración determinada en la misma medida que a un trabajador fijo».

Y puesto que no concurre ninguna «razón objetiva» que pueda justificar la existencia de diferente trato entre funcionarios de carrera y trabajadores temporales, no es posible excluir a los funcionarios interinos de la

²⁵ Mediante Auto de 17 de noviembre de 2015.

²⁶ Auto de 21 de septiembre de 2016 (Álvarez Santirso), párrafo 36.

²⁷ Ídem, párrafo 38.



participación en el Plan de evaluación de la función docente y el incentivo que de ella se deriva²⁸.

El Auto del asunto C-631/15 Álvarez Santirso cierra un importante ciclo de litigios centrado en la percepción de complementos retributivos asociados a la antigüedad que se había iniciado en el año 2005 con el Asunto C-305/07, Cerro Alonso, y cuya mayor virtud fue, más allá de engrosar las nóminas de los funcionarios interinos, abrir de manera definitiva el debate sobre el trato dispensado por la Administración a sus trabajadores temporales, trabajadores que, espoleados por las Sentencias del TJUE, plantearán ante la Administración y la justicia españolas nuevas e incómodas preguntas que acabarán finalmente convertidas en enjundiosas cuestiones prejudiciales y que abarcan prácticamente todos los aspectos de la relación laboral, desde la carrera profesional y las situaciones administrativas hasta el órdago final, cuestionando la propia existencia del personal temporal al servicio de la administración, como veremos.

• **4. LA CARRERA PROFESIONAL Y LA PROMOCIÓN INTERNA**

4.1. Otros derechos, otras reclamaciones

El TREBEP regula, en el capítulo II de su TÍTULO III el derecho a la carrera profesional y la promoción interna. La carrera profesional se define en el artículo 16.2 del TREBEP como el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad y contempla cuatro modalidades²⁹: a) Carrera horizontal, que consiste en la progresión de grado, categoría,

²⁸ Ídem, párrafo 60.

²⁹ Artículos 16 a 18 del TREBEP.



escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo; b) Carrera vertical, que consiste en el ascenso en la estructura de puestos de trabajo por procedimientos de provisión como el concurso o la libre designación, c) Promoción interna vertical, que consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un Subgrupo, o Grupo de clasificación a otro superior, previa superación de un proceso selectivo específico y acreditación de una antigüedad en el subgrupo o Grupo de origen y d) Promoción interna horizontal, que consiste en el acceso a cuerpos o escalas del mismo Subgrupo profesional, con requisitos similares a la Promoción interna vertical.

En todo caso, ya se trate de carrera profesional o de promoción interna, sólo los funcionarios de carrera son sujetos de estos derechos, quedando fuera de estas posibilidades de mejora y progreso profesional los interinos.

Plantear un debate sobre estos aspectos de la relación funcional va mucho más lejos de lo que se había hecho hasta el momento, puesto que se comienza a cuestionar, más allá de las diferencias estrictamente económicas, la justificación del trato diferente entre funcionarios e interinos y, con ello, el núcleo duro de la condición de funcionario. Lo que significa «ser funcionario» dejará de ser un dogma a medida que se vayan poniendo en jaque, uno a uno, todos los derechos asociados a la superación de la oposición.

4.2. La carrera profesional horizontal

El Acuerdo del Consell de Govern de la Comunitat Autònoma de Balears de 8 de mayo de 2015³⁰ ratificó

³⁰ BOIB nº 70, de 9 de mayo de 2015.



distintos Acuerdos firmados entre la Administración de la Comunidad Autónoma y los sindicatos en materia de función pública. Uno de los Acuerdos ratificados -el de 4 de mayo de 2015- desarrolló la carrera profesional del personal al servicio de la administración, excluyendo expresamente al personal funcionario interino y al personal laboral indefinido no fijo.

El Acuerdo del Consell fue impugnado ante el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares que en su Sentencia nº 65/2017 de 16 de febrero (recurso nº 225/2015) desestimó el recurso planteado por entender que la carrera profesional horizontal no está incluida dentro del concepto de «condiciones de trabajo» de la cláusula 4 del Acuerdo Marco. El asunto acabó recurrido en casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, que puso fin al debate en su sentencia nº 1482/2019, de 29 de octubre de 2019 haciendo suya la jurisprudencia establecida por el TJUE en el Auto de 22 de marzo de 2018³¹, incluyendo la participación en un sistema de carrera profesional y las consecuencias económicas derivadas de ella en el concepto «condiciones de trabajo»

Sólo resta, pues, comprobar si concurre la «causa objetiva» que justifique la exclusión del personal temporal de la condición de trabajo controvertida, causa objetiva que, como sabemos, no puede basarse en la

³¹ Asunto C-315/17, Centeno Meléndez, promovido por una funcionaria interina perteneciente al personal administrativo y de servicios de la Universidad de Zaragoza.



mera existencia de una norma nacional abstracta y general³².

Pues bien, y puesto que la exclusión de los funcionarios interinos y del personal laboral viene «esencialmente determinada por la naturaleza temporal de su relación», no hay «razones objetivas» que justifiquen la diferencia de trato. Y es que tal diferencia se apoya, en palabras del TS:

«en un aspecto que no guarda relación con elementos precisos y concretos que caracterizan la “condición de trabajo”, ni resulta imprescindible para lograr los objetivos perseguidos por la administración balear y tampoco para cumplir con los requisitos generales relativos a los servicios prestados que se valorarán en el diseño de esa carrera profesional.»

El fallo, por tanto, reconoció la existencia de discriminación de este personal interino por condicionarse su participación en la carrera profesional al hecho de haber superado un proceso de ingreso y, por tanto, a la adquisición previa de la condición de funcionario de carrera o personal laboral fijo, siendo que este condicionamiento no integra una «causa objetiva que justifique la diferencia de trato».

4.3. La promoción interna

Como ya sabemos, el TREBEP prevé la convocatoria de procedimientos de promoción interna reservados a los funcionarios de carrera, procedimientos de carácter selectivo en los que, para participar, se debe acreditar una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo

³² Con cita de las Sentencias del TS de 18 de diciembre de 2018 (recurso de casación nº 3723/2017) y 6 de marzo de 2019 (recurso de casación nº 2595/2017).



en el Subgrupo o Grupo de procedencia. Pues bien, la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía convocó un procedimiento de estas características³³ con unas bases muy específicas: para participar en él era imprescindible ser funcionario de carrera, acreditar una determinada titulación y, junto a ella, acumular 10 años de servicios prestados, servicios prestados entre los que no se incluían los de interinos, personal temporal o similar. Rosado Santana participó en el mencionado procedimiento y lo superó, pero, al acudir a tomar posesión la Administración advirtió que los servicios aportados lo fueron en condición de interino, por lo que se anuló no solo el nombramiento, sino la propia participación del interesado en el proceso selectivo.

De manera que una vez el asunto llegó al juzgado de lo contencioso-administrativo nº 12 de Sevilla (procedimiento ordinario 394/2009) éste decidió suspender el procedimiento para plantear al TJUE una cuestión prejudicial.

El asunto C-177/10 Rosado Santana finalizó por Sentencia de 8 de septiembre de 2011 en la que el TJUE admitió la aplicación de la Directiva 1999/70/CE a un funcionario de carrera, un personal que, en principio, no encaja en el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva (nacida, como ya sabemos, para proteger al trabajador temporal).

En su defensa, la Consejería insistió en que, en este caso, la exigencia de un determinado periodo de servicios prestados no es, en rigor una «condición de trabajo», sino un requisito de acceso al empleo requerido

³³ Orden de 17 de diciembre de 2007 (BOJA nº 11 de 16 de enero de 2008).



para participar en un proceso selectivo. No opina lo mismo el TJUE, que en su sentencia señala:

«[las] normas nacionales relativas a los periodos de servicio que deben cumplirse para poder ser clasificado en una categoría retributiva superior o a fines del cálculo de los periodos de servicio requeridos para ser objeto de un informe de calificación cada año y, en consecuencia, poder beneficiarse de una promoción profesional como la controvertida en el litigio principal forman parte integrante de las condiciones de trabajo.»

Superados estos escollos, y entrando en la cuestión principal planteada, el TJUE entiende que la toma en consideración para una promoción interna de los periodos de servicio prestados como funcionario interino está incluida en el concepto de «condiciones de trabajo» de la cláusula 4,1 del AM, de manera que se opone³⁴:

«[...]a que los períodos de servicio cumplidos por un funcionario interino de una Administración Pública no sean tenidos en cuenta para el acceso de éste, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, a una promoción interna en la que sólo pueden participar los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclusión esté justificada por razones objetivas, en el sentido del apartado 1 de dicha cláusula. El mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos periodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación de servicio de duración determinada no constituye tal razón objetiva.»

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Sevilla puso fin al procedimiento ordinario 394/2009 con la sentencia nº 400/2011 de 9 de diciembre, anulando la

³⁴ Párrafo 82.



controvertida base y reconociendo la validez del nombramiento del funcionario demandante³⁵.

Como ya hemos avanzado, uno de los aspectos más relevantes de esta sentencia consiste en admitir que la Directiva 1999/70/CE es aplicable no sólo a los interinos, sino también a quienes ya han adquirido la condición de funcionarios, algo que abre un nuevo mundo de posibilidades. Esta ventana de oportunidad ha sido explorada por funcionarios y personal fijo, buscando consolidar situaciones administrativas más o menos temporales, como la adscripción provisional. Ventana que ha sido entornada por el propio TJUE que, en su Auto de 13 de diciembre de 21 (Asunto C/151-21) recuerda que el principio de no discriminación «se ha aplicado [...] únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable.» En esta línea, el Tribunal Supremo (sentencias nº 428/2022 y 460/2022) es contundente: el Acuerdo Marco incorporado en la Directiva 1999/70/CE no es aplicable a aquellas situaciones y relaciones relativas -desde el inicio hasta el fin- a funcionarios de carrera.

• **5. LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS: LOS SERVICIOS ESPECIALES Asunto C-158/16, Vega González**

En este caso, el debate se centraba en la denegación a una funcionaria interina del Principado de Asturias del reconocimiento del paso a la situación administrativa de

³⁵ La sentencia no fue recurrida.



servicios especiales³⁶ con ocasión de su elección como diputada autonómica, puesto que la legislación sobre función pública del Principado de Asturias reserva, expresamente al personal funcionario de carrera el pase a tal situación administrativa³⁷.

La interina en cuestión acudió a la jurisdicción contencioso-administrativa, y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Oviedo decidió suspender el procedimiento abreviado nº 361/2015³⁸, planteando al TJUE las dos grandes cuestiones ya recurrentes: si el pase a la situación de servicios especiales está incluido dentro de las «condiciones de trabajo» y si la norma que impide al funcionario interino acceder a aquella es contraria al principio de no discriminación a que se refiere la cláusula 4 del AM.

El TJUE, en su sentencia dictada el 20 de diciembre de 2017 no duda a la hora de considerar el pase a la situación de servicios especiales como una «condición de trabajo», ya que el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario. Una resolución por

³⁶ La situación de servicios especiales conlleva consigo importantes beneficios: el derecho a la reserva de la plaza y destino que se ocupaba y el cómputo del periodo en que se permanezca en tal situación a efectos de trienios y promoción del grado personal.

³⁷ Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias. Esta regulación de los servicios especiales no es, en absoluto, exclusiva del Principado de Asturias, ya que el TREBEP - aprobado en el año 2015 y que contiene legislación de carácter básico- reserva el acceso a la situación administrativa de servicios especiales al personal funcionario de carrera.

³⁸ Auto de 1 de marzo de 2016.



la que se declara a un funcionario en situación de servicios especiales entraña, en palabras del TJUE³⁹ «la suspensión de determinados elementos de la relación laboral, mientras que otros perduran en el tiempo», y encaja en el tan debatido concepto de «condiciones de trabajo».

La administración demandada considera que concurre una «causa justificada», ya que la situación de servicios especiales se concede a los funcionarios de carrera precisamente para garantizar el mantenimiento de su puesto y el derecho a la promoción en el periodo en el que ostentan un cargo político representativo, mientras que al interino no se le puede reconocer el derecho a la suspensión una relación laboral, que está llamada, antes o después, a finalizar. No obstante, tanto el juzgado remitente como el TJUE consideran que es⁴⁰:

«claramente concebible que los trabajadores con contrato de duración determinada que ostentan idéntico cargo disfruten del mismo derecho, que suspende la relación de servicio hasta la expiración del mandato, momento en el que se les garantizaría el reingreso en su puesto, siempre que, entretanto, no hubiera sido amortizado u ocupado por un funcionario de carrera».

El procedimiento finalizó por sentencia nº 25/2018, de 8 de febrero de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Oviedo⁴¹, reconociendo a la interesada el derecho a que le sea otorgada la situación administrativa de servicios especiales solicitada por su parte y con el derecho a retorno a su plaza y destino una vez expirado el mandato parlamentario, y ello salvo que

³⁹ Párrafo 35.

⁴⁰ Párrafo 50.

⁴¹ La sentencia no fue recurrida.



el puesto deje de estar vacante al haber sido ocupado de forma definitiva por funcionario de carrera o que hubiera sido amortizado el referido puesto.

• **6. LA JORNADA: Asunto C-443/16, Rodrigo Sanz**

El asunto C-443/16 fue planteado por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de Madrid, en el marco del procedimiento abreviado 270/2013, un litigio promovido por un profesor funcionario interino en una plaza de Profesor Titular de Escuela Universitaria, que vio reducida su jornada -y con ello sus retribuciones- después de varias décadas de prestación de servicios.

Tal reducción de jornada estaba amparada en la Ley 4/2012, de 4 de julio, de modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012⁴², que estableció medidas urgentes de racionalización del gasto público e impulso y agilización de la actividad económica, entre ellas la posibilidad de modificar la duración de la jornada de los profesores interinos que carecieran de la acreditación específica, mientras que a los profesores funcionarios de carrera, aun careciendo igualmente de tal acreditación específica, se les respetaban sus horarios y retribuciones.

El TJUE, atendiendo a la ya consolidada jurisprudencia al respecto, resolvió esta cuestión mediante Auto de 9 de febrero de 2017, considerando que la reducción de la jornada laboral a la mitad y el retroceso retributivo que se desprende de ella, deben considerarse incluidos en el concepto de «condiciones de trabajo», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco⁴³.

⁴² BOCM nº 162, de 9 de julio.

⁴³ Párrafo 33.



Los argumentos aportados por la Universidad en su intento de acreditar la existencia de una «razón objetiva» (medidas de gestión del cuerpo docente o restricciones presupuestarias) fueron desestimados por el TJUE porque:⁴⁴

«aunque las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas que éste desea adoptar, no constituyen en sí mismas un objetivo perseguido por esta política y, por lo tanto, no justifican la aplicación de una normativa nacional que conduce a una diferencia de trato en detrimento de los trabajadores con contrato de duración determinada [...], las alegaciones invocadas por [la universidad] relacionadas con la gestión del personal universitario y con las restricciones presupuestarias tampoco se basan en criterios objetivos y transparentes».

• **7. EL CESE CON OCASIÓN DEL FINAL DE CURSO: UNA PARTICULARIDAD DEL PERSONAL DOCENTE**

El personal interino docente no universitario se rige, en lo esencial, por la misma normativa aplicable a cualquier otro interino: nombramiento basado en razones de urgencia o necesidad, y aplicación del régimen general del personal funcionario de carrera -salvo aquellos derechos inherentes a la condición de funcionario de carrera⁴⁵-.

Como resultado de las negociaciones desarrolladas en la Mesa Sectorial de Educación, el Ministerio de Educación

⁴⁴ Párrafos 53 y 54.

⁴⁵ Sean estos cuales sean.



y Ciencia y la organización ANPE (Asociación Nacional de Profesorado Estatal) suscribieron, con fecha 10 de marzo de 1994⁴⁶, un acuerdo sobre el sistema de formación de las listas de aspirantes a desempeñar puestos en régimen de interinidad. Este acuerdo contiene con una cláusula muy destacable:

«Aquellos aspirantes que a 30 de junio de un curso escolar hubieran prestado servicios durante al menos cinco meses y medio en ese curso escolar realizarán las actividades propias de sus puestos desde esa fecha hasta el comienzo del curso escolar siguiente.»

Esta cláusula tiene una gran importancia, porque desliga -aparentemente- el nombramiento del interino de las razones de urgencia o necesidad que deben -o deberían- sustentar su llamamiento, al establecer que continuarán realizando «las labores propias de sus puestos» desde el 30 de junio de un curso escolar hasta el comienzo del curso siguiente, el 1 de septiembre, lapso este, el del verano, con una escasísima o nula actividad en las aulas⁴⁷.

⁴⁶ Publicado mediante Resolución de 15 de marzo de 1994, de la Dirección General de Personal y Servicios (BOMECE de 28 de marzo de 1994).

⁴⁷ La Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre de Calidad de la Educación (BOE nº 307, de 24 de diciembre) establecía en su DA 4º: «1. El calendario escolar, que fijarán anualmente las Administraciones educativas, comprenderá un mínimo de 175 días lectivos para las enseñanzas obligatorias. [...] 2. En ningún caso el inicio del curso escolar se producirá antes del uno de septiembre ni el final de las actividades lectivas después del treinta de junio de cada año académico, [...]. La vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE nº 106, de 4 de mayo) es mucho más parca limitándose en su DA 5ª a disponer: «El calendario escolar, que fijarán



El año 2012 fue, sin duda, uno de los de mayor y más dramático impacto de la crisis económica que venía sufriendo España desde el año 2007. El objetivo de todas y cada una de las Administraciones era claro e ineludible: lograr la reducción del déficit, so pena de sufrir males aún mayores. En este marco económico y político, la reducción del gasto en el ámbito concreto de la función pública llevó a los gobiernos estatal, autonómicos y locales, a la adopción de medidas inauditas y de gran resonancia.

En varias comunidades autónomas en junio del año 2012 se produjo, coincidiendo con el final de las actividades lectivas de los distintos centros y en aplicación estricta de lo dispuesto en el artículo 10.3 del TREBEP (la finalización de la causa de necesidad y urgencia que motivó su nombramiento), el cese de los interinos docentes que venían prestando sus servicios en los centros docentes no universitarios, de manera que, mientras en los patios de los colegios los niños y niñas celebraban el fin de las clases los interinos docentes fueron cesados en sus puestos de trabajo.

Tales ceses no quedaron, obviamente, sin respuesta: la primera reacción de los interinos afectados fue recurrir ante la propia Administración contra los ceses. Obtenida la respuesta desestimatoria de la Administración, los interinos acudieron a la vía judicial, asuntos que llegaron, finalmente a la mesa del Tribunal Supremo.

El 11 de junio de 2018 el TS dictó la sentencia nº 966/2018 (recurso nº 3765/2015) en la que, tras analizar la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE

anualmente las Administraciones Educativas, comprenderá un mínimo de 175 días lectivos para las enseñanzas obligatorias».



del Consejo -en particular, el principio de no discriminación que impone la cláusula 4- falló la declaración de nulidad de pleno derecho de lo dispuesto en varios apartados del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de fecha 24 de febrero de 2012, un Acuerdo por el que se establecieron varias medidas en materia de personal docente que, en definitiva, supusieron la extinción de los contratos del personal docente interino con fecha 30 de junio de 2012, al desaparecer las razones de urgencia o necesidad que justificaron su nombramiento.

La nulidad de pleno derecho de estos apartados del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 24 de febrero de 2012 significa, pues, que no se puede argüir como motivo para cesar al interino docente la finalización de las razones de urgencia o necesidad que justificaron su nombramiento.

De manera que, al anular el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 24 de febrero de 2012, el TS protege, colocándolos al amparo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, a los funcionarios docentes interinos que hubieran sido nombrados al principio del curso escolar y con el designio de que desempeñaran las funciones propias de un profesor docente durante todo el.

Con esta relevante sentencia el TS marcó la senda que previsiblemente se seguirá en otros recursos de casación similares y proporcionó al personal interno docente un suelo firme sobre el que asentar sus pretensiones, al cegar la posibilidad de que la Administración educativa



podiera, en un futuro, retomar las medidas masivas de cese de interinos⁴⁸.

El debate sobre el cese del personal interino docente con ocasión de la finalización del curso lectivo parecía cerrado; sin embargo, aún restaba escuchar una importante opinión: la del propio TJUE. Y es que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha había planteado, el 19 de abril de 2017, una cuestión prejudicial que fue tramitada bajo el número C-245/2017 en la que se preguntaba al TJUE : «a) Si la finalización del periodo lectivo del curso escolar puede considerarse una “razón objetiva” que justifique un diferente trato a los precitados funcionarios docentes interinos respecto de los funcionarios docentes fijos; b) Si resulta compatible con el “principio de no discriminación” de estos funcionarios docentes interinos cuando son cesados al término del periodo lectivo la imposibilidad de disfrutar sus vacaciones en días efectivos de descanso que se sustituye mediante el abono de las retribuciones correspondientes; y c) Si es compatible con el «principio de no discriminación» de estos funcionarios, que encajarían en la noción de trabajadores de duración determinada, una norma abstracta como la contenida en la Ley de Presupuestos de Castilla-la Mancha para 2012

⁴⁸ Esta sentencia tuvo un enorme impacto mediático, y provocó la inmediata y decidida respuesta por parte de la seguridad Social, que dictó un criterio de actuación (publicado el 28 de junio de 2018) por el que advierte a las Consejerías de Educación de las comunidades autónomas de la obligación de mantener el alta y la cotización al Sistema de los docentes interinos no universitarios, durante los meses de julio y agosto, siempre que tengan derecho a las retribuciones en esos meses <https://revista.seg-social.es/2018/06/28/la-seguridad-social-vigilara-que-no-se-despida-a-docentes-interinos-en-verano/> Página visitada el 6 de junio de 2022.



que por razones de ahorro presupuestario y cumplimiento de objetivos de déficit suspendió, entre otros, la aplicación del Acuerdo Ministerio-ANPE de 1994 en lo concerniente al abono en concepto de vacaciones de julio y agosto para las sustituciones de más de 5 meses y medio, así como para las vacantes; e impone el abono al personal docente no universitario interino de las vacaciones correspondientes a 22 días hábiles si el nombramiento como interino fue por curso completo, o de los días que proporcionalmente correspondan».

La sentencia del TJUE, recaída el 21 de noviembre de 2018, sorprendió a propios y extraños al apartarse de su aparentemente consolidada jurisprudencia sobre la aplicación de la cláusula 4 del AM:

«En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declaró:

1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite a un empleador extinguir, en la fecha en que finaliza el período lectivo, la relación de servicio de duración determinada de los docentes nombrados como funcionarios interinos para un curso académico por el hecho de que, en esa fecha, ya no se dan las razones de necesidad y urgencia a las que se supeditó su nombramiento, mientras que se mantiene la relación de servicio por tiempo indefinido de los docentes que son funcionarios de carrera.»



Un inesperado giro de guion que dejó descolocados a todos los implicados: las administraciones educativas apenas podían creer su suerte, el personal interino docente, desconcertado, no alcanzaba a entender como la triunfal marcha de aplicación de la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE se pudo truncar en una de sus más relevantes batallas y el TS veía enmendada su recién nacida jurisprudencia sobre el asunto.

• **8. LA INDEMNIZACIÓN POR FINALIZACIÓN DEL CONTRATO: LA GRAN DECEPCION**

Una de las cuestiones que mayores expectativas -y desilusiones- ha generado entre el personal temporal al servicio de la Administración ha sido la posibilidad de obtener una indemnización con ocasión de la finalización de su relación con la Administración, posibilidad no contemplada ni en el TREBEP ni en el Estatuto Marco del personal estatutario.

De esta manera, cuando el personal temporal al servicio de la Administración buscó el reconocimiento del derecho a la indemnización, se dio el pistoletazo de salida a un largo y apasionante periplo judicial que ha llevado a todo tipo de trabajadores temporales -y las administraciones que los emplean- ante juzgados y Tribunales Superiores de Justicia, el Tribunal Supremo y, finalmente, ante el TJUE. A la primera y esperanzadora sentencia recaída el 14 de septiembre de 2016 en el Asunto C-596/14, de Diego Porras, le sucedieron otras, como la recaída el 21 de noviembre de 2018 en el Asunto C-619/17 de Diego Porras II o la dictada el 22 de enero de 2020 en el Asunto



C-177/18 Baldonado Martín, con decepcionantes respuestas para los interinos⁴⁹.

III. CONCLUSIONES: ¿PRÓXIMA PARADA, LA FIJEZA?

A pesar del toque de atención que supusieron las sentencias del Cerro Alonso y Gavieiro Iglesias, pioneras en el reconocimiento de derechos al personal temporal al servicio del sector público, lo cierto es que las Administraciones no modificaron, en lo esencial, su modelo de relación con el personal que prestaba servicios de carácter temporal. Cada Administración, según sus posibilidades presupuestarias, unas veces impulsada por decisiones judiciales, otras previa adopción de acuerdos con los sindicatos más representativos, cumplió con la obligación de equiparar las retribuciones del personal temporal y del personal fijo equivalente, y más o menos a regañadientes se iban reconociendo los derechos relacionados con situaciones administrativas, promoción, carrera profesional y otros. Ajeno al evidente cambio de los vientos, el legislador español no modificó el rumbo, y mantuvo la situación del personal interino tal y como se había configurado décadas atrás.

Y es que el AM contenido en la Directiva 1999/70/CE con el objetivo de mejorar las condiciones laborales de los trabajadores temporales se articula alrededor de dos grandes objetivos: mejorar la calidad del trabajo garantizando el respeto al principio de no discriminación y establecer un marco para evitar los abusos derivados

⁴⁹ Para un análisis más pormenorizado de la cuestión: FERNÁNDEZ GRACIA, E. «El derecho a la indemnización del personal interino al servicio de la Administración española a la luz de la jurisprudencia del TJUE». GABILEX, Nº 27, septiembre 2021, páginas 33 a 110.



de la utilización de sucesivo contratos o relaciones laborales de duración determinada.

Del primero de los objetivos se encarga la cláusula 4 del AM, ya analizada, cuya aplicación ha permitido a los interinos acceder a derechos tradicionalmente reservados a los funcionarios, mientras que la cláusula 5 desarrolla el segundo objetivo partiendo de una clara premisa: si bien es cierto que la contratación temporal es propia de determinados sectores de la economía, y aunque no se pone en duda que, en ocasiones, esta modalidad de contratación puede responder a intereses convergentes de empleador y empleado, lo cierto es que la contratación temporal es una fuente potencial de abusos, sobre todo en los supuestos en que los empleadores utilizan de manera torticera la contratación temporal para hacer frente, en realidad, a necesidades permanentes y estables. Nos encontramos, pues, ante un nuevo y prometedor campo de batalla: los interinos se deciden a atacar la propia utilización -abusiva, a su juicio- de las modalidades de contratación temporal buscando, en última instancia, nada menos que lograr la estabilidad en sus puestos de trabajo.

De nuevo las administraciones públicas españolas han visto como su gestión de los recursos humanos se analizaba y cuestionaba ante el TJUE y de nuevo el Tribunal Supremo, tanto en su Sala de lo Social como en la de lo Contencioso-Administrativo, se ha visto obligado a emplearse a fondo para buscar una solución al nudo gordiano que parece imposible de deshacer: prevenir los abusos en la utilización de la contratación temporal por parte de la Administración y, en el caso de que estos se produzcan, sancionar a la Administración incumplidora y satisfacer las justas pretensiones de reparación del trabajador víctima del abuso; todo ello garantizando el funcionamiento ágil y eficaz de la Administración (que



siempre necesitará hacer frente a necesidades temporales de personal) y respetando los principios constitucionales que regulan el acceso a la función pública.

BIBLIOGRAFIA

ALDOMA BUIXADE, J.: «Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública». Colección de Estudios de Relaciones Laborales, nº 8. Barcelona 2015.

MANGAS MARTIN, A et al.: «Instituciones y derecho de la Unión Europea» Tecnos. Madrid, 10ª edición, 2020.

TERRÓN SANTOS, D.: «Reflexiones sobre las consecuencias de la finalización de la interinidad en el sector público tras la reciente jurisprudencia del TSJCE. Un análisis de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre en el asunto C-16/15, C-184/15, C-197/15 (acumulados) y C-596/2014» Revista Andaluza de la Administración Pública, nº 96 septiembre-diciembre (2016).



LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS PROCESOS DE CRISIS MATRIMONIAL: LA ACCIÓN DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS Y LA INCIDENCIA DE VIOLENCIA ECONÓMICA

D. Gabriel Caro Herrero

Contratado predoctoral por la Universidad de Castilla la Mancha en el Área de Derecho Procesal

Resumen: El presente trabajo es un dictamen jurídico a través del que se analiza un supuesto de hecho real relativo a una situación de violencia de género en un contexto de crisis matrimonial. Se trata, en esencia, de un trabajo con un carácter eminentemente práctico, pues se configura con el firme propósito de hallar una solución que, aplicada en el seno del proceso de familia, sirva para proteger los intereses de las víctimas afectadas por tal violencia, en especial, para con los hijos menores. Nos encontramos ante un caso verdaderamente complejo, en el que tras producirse una pacífica separación judicial de mutuo acuerdo entre los cónyuges, la violencia irrumpe de manera total.



De manera más concreta, la solución a la que hemos hecho referencia implica determinar de manera clara y concreta a través de qué mecanismo podría lograrse apartar y alejar a las víctimas de tales efectos, lo cual nos conduce, necesariamente, a realizar un análisis de viabilidad de una acción de modificación de medidas en virtud del art.775 LEC que tome como base, para revisar aquellas que en su día se adoptaron, la irrupción de la violencia de género tiempo después de hacerse efectiva la separación judicial de los cónyuges. También se realizará, con especial atención, una disertación acerca de las vías que, tanto en el orden civil como en el penal, pueden adoptarse para contrarrestar los efectos derivados de una de las formas de violencia de género más difíciles de detectar: la violencia económica.

El trabajo se aborda desde una perspectiva principalmente multidisciplinar, no circunscrita únicamente a una única rama del Derecho e incluyendo y aplicando conocimientos propios de otras disciplinas tales como la Psicología, la Estadística o la Criminología. A su vez, tomamos para la resolución del caso como importante base normativa la Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha.



Abstract: The present work is a legal opinion through which an assumption of real fact related to a situation of gender-based violence in a context of marital crisis is analyzed. It is, in essence, a work of an eminently practical nature, since it is configured with the firm intention of finding a solution that, applied within the family process, serves to protect the interests of the victims affected by such violence, especially for minor children. We are facing a truly complex case, in which after a peaceful judicial separation by mutual agreement between the spouses, violence erupts completely.

More specifically, the solution to which we have referred involves determining in a clear and concrete way through which mechanism could be achieved to separate and remove the victims of such effects, which necessarily leads us to carry out a feasibility analysis. of an action to modify measures under article 775 of the LEC that takes as a basis, to review those that were once adopted, the irruption of gender-based violence long after the judicial separation of the spouses became effective. There will also be, with special attention, a dissertation on the ways that, both in civil and criminal order, can be adopted to counteract the effects derived from one of the most difficult forms of gender-based violence to detect: economic violence.

The work is approached from a mainly multidisciplinary perspective, not limited only to a single branch of Law and including and applying knowledge of other disciplines such as Psychology, Statistics or Criminology. In turn, we take for the resolution of the case as an important normative basis Law 4/2018, of October 8, for a Society Free of Gender-based Violence in Castilla-La Mancha.



Palabras clave: Violencia de género, divorcio, hijos menores, familia, protección, dictamen jurídico.

Keywords: Gender-based violence, divorce, minor children, family, protection, legal opinion.

Sumario: INTRODUCCIÓN, I. RELACIÓN DE HECHOS, II. CUESTIONES SOMETIDAS A ESTUDIO, III. ASPECTOS TRONCALES PARA EL DESARROLLO DEL DICTAMEN: 1. Marco normativo, 2. Tipología de Violencia de Género, 3. Los menores ante la violencia de género, 4. Particularidades en los procesos de crisis matrimonial con violencia de género: 4.1. Competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, 4.2. La orden de protección y sus medidas civiles, 4.3. La prohibición del recurso a mediación familiar, 4.4. Audiencia y evaluación de los hijos menores. IV. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES OBJETO DE DICTAMEN: 1. Viabilidad de la acción de modificación de medidas, 1.2. Análisis concreto de las medidas a modificar; 1.2. a) Privación de la patria potestad, 1.2. b) Suspensión del régimen de visitas. 1.3. Planteamiento procesal de la acción, 2. Corrección de la situación de menoscabo económico: 2.1. Oposición a la pretensión de modificación del actor, 2.2. Mecanismos para hacer frente a los impagos de pensiones; 2.2. a) La acción penal: el delito de abandono de familia (art. 227 CP), 2.2. b) La acción civil: ejecución en materia de alimentos (art. 776.1 LEC); 2.3. Asesoramiento en materia asistencial: el Fondo de Garantía de alimentos. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN



La violencia de género es aquella que, nacida como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

Se trata de una lacra capaz de afectar a todos los ámbitos de nuestra comunidad y manifestarse en cualquier estrato o ámbito social, eso es algo que resulta innegable. Es por ello que tal fenómeno, siendo su erradicación una de las principales prioridades de este siglo XXI en el que vivimos, ha sido abordado desde multitud de disciplinas, jurídicas y no jurídicas, en aras de hallar una respuesta capaz de desterrar dicho problema tras previo estudio de sus dinámicas e implicaciones. Las perspectivas y áreas específicas de estudio de la misma son, aunque confluyen en torno al mismo fenómeno, amplias y notablemente diversas; precisamente porque la violencia de género no se circunscribe al mero hecho de la agresión concreta, sino que sus efectos nocivos tienden a manifestarse en múltiples vertientes y con proyección a prolongarse en el tiempo.

Es en torno al estudio específico de la violencia de género de donde nace la misión de nuestro trabajo: analizar el impacto de la violencia de género en el contexto de crisis matrimonial. Pero no como una mera disertación teórica, sino con aplicación práctica directa, ya que a través del mismo realizamos un dictamen jurídico que toma como base un supuesto de hecho real, respecto al cual debemos ofrecer una solución que abarque, de un lado, la protección de la mujer y los hijos menores en unidad o conjunto, y de otro, contrarrestar el daño que se puede producir a través de otras formas



de violencia que no se manifiestan en agresión física o verbal, sino económica.

Para ello nos serviremos de la normativa aplicable y vigente en nuestro ordenamiento jurídico, principalmente la específica en materia de violencia de género, así como las aportaciones que nuestra doctrina y jurisprudencia han arrojado sobre la incidencia de aquella en el contexto de crisis matrimonial. Todo ello siempre, volvemos a insistir, con aplicación clara y directa sobre nuestro supuesto de hecho marco.

I. RELACIÓN DE HECHOS ¹

Para construir correctamente el desarrollo de nuestro dictamen jurídico, es necesario conocer, en primer lugar, los hechos que sirven de base para nuestro análisis. Para ello, establecemos en las siguientes líneas una relación cronológicamente ordenada de los mismos, y a través de los cuales pretendemos dar a conocer, dado el objeto de nuestro dictamen, por un lado, la situación familiar marco conformada y su sucesión como consecuencia de la crisis matrimonial, y por otro, la situación concreta de producción de violencia de género en este supuesto. Es preceptivo señalar que ninguno de los extremos que a continuación plasmamos resultará baladí de cara al análisis de las cuestiones de fondo, pues

¹ Dado que el caso analizado es un supuesto de hecho real, se han observado con carácter estricto las normas relativas a la protección de datos de carácter personal, el derecho a la intimidad de las personas y el secreto profesional del abogado. Es por ello por lo que se han disociado todos aquellos datos que pudieran permitir la identificación de las personas del caso o sus circunstancias particulares, quedando sustituidos tales extremos por otros de carácter ficticio.



todos y cada uno de ellos habrán de ser tomados con suma atención y cautela.

PRIMERO.- El matrimonio compuesto por Don Pedro y Doña Laura, tras más de 8 años casados y 20 como pareja, terminó por hacerse insostenible con el paso de tantos años y, a comienzos de 2019, mutuamente acordaron poner fin a dicha relación marital y proceder a separarse de mutuo acuerdo, sin que ninguna situación de violencia, y esto es importante señalarlo, se hubiera exteriorizado hasta entonces. De dicho matrimonio viven tres hijos menores: María de 10 años de edad y Luis y Sofía de 8.

Tal como decíamos, el hecho de que la convivencia y la relación se hubieran tornado dificultosas, no impidió que el tránsito hasta la finalización del matrimonio se hiciera de mutuo acuerdo, evitándose la vía contenciosa. En su virtud, las partes suscribieron la correspondiente propuesta de convenio regulador de separación conyugal, que no de divorcio, que posteriormente ratificaron en sede judicial, quedando aprobada en todos sus extremos por sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia Nº1 de LOCALIDAD en mayo de 2019.

La nueva situación familiar que quedó configurada y consagrada fruto del convenio regulador suscrito y aprobado, en síntesis, quedó concretizada en los siguientes extremos:

1. La patria potestad de los menores se mantendría en su titularidad y ejercicio con carácter compartido, con el compromiso de ser ejercida siempre en beneficio de los menores, bajo el firme compromiso de velar por su bienestar físico y emocional, e infundir en ellos el valor del amor y respeto al otro cónyuge.



2. La guarda y custodia de los menores la ostentaría la madre con carácter exclusivo. Conviviendo los tres menores y D. Laura en el domicilio que hasta la fecha había sido el familiar.

3. El régimen de visitas y comunicaciones del progenitor no custodio, D. Pedro, se desarrollaría con carácter amplio. El padre podría ejercer sus comunicaciones con carácter libre e ilimitado con sus hijos menores, tanto a través del terminal de la hija D. María como del de la madre. Las visitas habrían de desarrollarse de la siguiente manera: el padre tendría bajo su compañía a los hijos los fines de semana alternos (de viernes a domingo) y las vacaciones a repartir por mitades en turnos iguales.

4. Para la pensión de alimentos de los hijos menores, el padre quedaba obligado a abonar mensualmente a la madre 650 euros (217 euros por cada hijo), y los gastos extraordinarios, considerando expresamente como tales en el convenio los tratamientos médicos no cubiertos por la seguridad social, odontológicos, materiales escolares, clases de repaso etc., habrían de asumirse por mitades por los progenitores.

5. El uso y disfrute de la vivienda familiar quedaba atribuido a la madre y a los hijos menores hasta que estos alcanzasen su independencia.

6. En lo que a respecta a la pensión compensatoria, ambos renuncian recíprocamente a solicitar al cónyuge contrario



el abono de cualquier cantidad por tal concepto.

7. El reparto de los bienes que integraban la sociedad ganancial, tras su disolución, quedó de la siguiente manera:

-Para D. Pedro, la propiedad de la vivienda familiar, quien la adquirió con dinero privativo con carácter anterior al matrimonio, aunque parte de ella se sufragó posteriormente con carácter ganancial. A cambio, asumiría lo restante del préstamo hipotecario pendiente por amortizar, unos 50. 000 euros. En cuanto a los bienes muebles, bajo su propiedad y dominio quedarían dos motocicletas de gran cilindrada y un turismo, además de la mitad de los saldos de las cuentas bancarias del matrimonio.

- Para D. Laura, únicamente haría suyo un vehículo turismo, el ajuar doméstico y el derecho al uso y disfrute de la vivienda, además de la mitad del saldo de las cuentas bancarias del matrimonio.

SEGUNDO.- Aun cuando con todo lo anterior, la situación familiar quedaba plenamente consolidada y conformada para que ambos construyeran sus vidas de manera adulta, independiente y responsable, D. Pedro comenzó a dar muestras de no aceptar el final del matrimonio y a dañar de manera gratuita a D. Laura en diversos ámbitos de su vida, a través de cruentas actitudes que en lo sucesivo exponemos.

A penas un mes más tarde de quedar firme la sentencia que aprobaba el convenio regulador para la separación, en el verano de 2019, D. Pedro colgó en una conocida red social contenidos tales como los siguientes:

-Fotografías sosteniendo un hacha junto a un ataúd real en el garaje de la urbanización donde se



encuentra la vivienda familiar, acompañadas de la frase *“lo que hagas en un momento de furia podrás hacer que te arrepientas en un momento posterior”*. Junto a la plaza de su propiedad.

-Un post en el que señalaba que se había quedado *“viudo”*.

No contento con ello, tan solo unas semanas más tarde, se acercó al domicilio familiar para *“recoger unas cosas”* sin especificar su contenido, y con carácter marcadamente agresivo empujó a D. Laura en la puerta y entró a buscar los supuestos objetos de su propiedad, revolviendo todo por cuanto encontró a su paso, rompiendo algunos enseres de la vivienda e insultando sobradamente a su ex pareja, con descalificativos tan severos como los siguientes: *“puta, gorrina, so mierda, mala madre, retrasada mental”, “no vas a llegar viva al año 20XX (justo el año en que habrían de terminar de pagar el préstamo de la vivienda) que lo sepas”, “me voy a encargar de que mis hijos se queden sin su madre, ya veré como lo hago”, “te quitaré la custodia de ellos.”*, entre otras muchas lindezas. Algo que no tuvo reparo en reiterar por medio de mensajería instantánea a su teléfono en términos parecidos sucesivos días después, a la par que enviaba por la misma vía a su hija D. María imágenes de monos y gorilas acompañadas de frases tales como *“mira qué guapa sale tu madre”* o *“mejor que os vengáis tú y tus hermanos conmigo y mi nueva novia, que es mucho más guapa y estaréis mejor que con esa”*.

En paralelo a lo anterior descrito, D. Laura comienza a recibir, por parte de personas cercanas y comunes entre ella y su ex marido D. Pedro, comentarios acerca de que, este último, anda refiriendo, de forma constante y repetitiva, hasta el punto de lo obsesivo, manifestaciones relativas a que si tuviera que hacer a



alguien desaparecer no tendría problema en hacerlo, pues conoce lugares en la montaña donde esconder cuerpos para nunca ser encontrados, en complemento a que se siente "*protegido*" por amigos que tiene pertenecientes a un cuerpo policial.

TERCERO.- Con todo lo anterior relatado, y con un temor constante por su integridad o la de sus hijos, dado que D. Pedro no cesaba en sus acciones amenazantes, ofensivas, desafiantes e insultantes contra su persona, procedió a comparecer en sede policial y formular denuncia por tales hechos y circunstancias que hemos relatado, en agosto de 2019, tan solo unos pocos meses después de ser dictada y firme la sentencia de separación. Tras ser D. Pedro detenido y puesto a disposición judicial ante el Juzgado de Instrucción Nº1 de LOCALIDAD, con competencias en violencia sobre la mujer, se dictó Auto acordando emitir orden de protección en la que, como medida cautelar de orden penal, se establecía la prohibición de acercarse a D. Laura a menos de 200 metros y comunicarse con ella a través de cualquier medio o tercera persona, dándose inicio así al correspondiente procedimiento penal, incoándose las correlativas diligencias previas, por delito de amenazas de los arts. 169 CP y ss. (todos los supuestos) y de maltrato en el ámbito familiar del art 173 CP (todos los supuestos) .

Cabe mencionar que de poco sirvió la medida indicada acordada a través de la orden de protección mencionada, pues a los pocos días D. Pedro acudió al trastero del domicilio familiar, y mediante la llave que todavía poseía, sustrajo varios efectos del mismo, de los que efectivamente era dueño, principalmente equipos deportivos de alto valor, adjuntando en fechas posteriores diversas publicaciones en redes sociales en las que se le veía portando algunos de ellos y enviando



fotos de los mismos, sin razón aparente o motivación alguna, a su hija D. María. Presentando también D. Laura denuncia por tales hechos, que dio inicio a otro procedimiento penal, con sus diligencias previas, por presunto delito de quebrantamiento de medida cautelar (art. 468.1 CP) sin que ninguna medida de orden penal más gravosa o civil fuera tomada por estos hechos.

Todo ello motivó que, tras la evaluación de los hechos anteriores realizada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VIOGEN), el grado de riesgo en el que se encuentra D. Laura es: alto.

CUARTO.- Pero, por si lo anteriormente mencionado no resultase lo suficientemente grave y dañina para el núcleo familiar conformado por D. Laura y sus tres pequeños hijos, el daño continuó prolongándose a través de otras vías, concretamente, la económica, conforme a la siguiente relación circunstancial que exponemos.

D. Pedro ostentaba una posición económica elevada, con sustanciosos ingresos fruto de su trabajo, tanto durante el matrimonio como tras su ruptura, caso contrario de lo que sucedía con D. Laura, quien solamente realizaba trabajos esporádicos y de escasa remuneración, por quedar bajo su cuidado enteramente los hijos menores y las tareas domésticas de la vivienda durante todo el matrimonio. A sabiendas de esta situación económica tan precaria, resultante y acentuada tras la ruptura del matrimonio, D. Pedro decidió dejar de asumir cualquiera clase de gasto extraordinario de sus hijos y cuya mitad, recordemos, estaba obligado a abonar y cuatro meses no consecutivos de pensión de



alimentos (julio, septiembre y diciembre 2019 y mayo 2020).

QUINTO.- Por último, en mayo de 2020, D. Pedro plantea una demanda de modificación de medidas ante el Juzgado de Primera Instancia Nº1 de LOCALIDAD frente a D. Laura en la que, de un lado, solicita el divorcio, y de otro, solicita una reducción en la cuantía mensual que en concepto de pensión de alimentos para los hijos menores. Concretamente, pide una reducción de 650 euros a 300, más de un 50%, alegando, dicho en síntesis y sin perjuicio de posterior explicación más extensa, una situación de pobreza y ahogo económico, la cual ya adelantamos que no se corresponde en absoluto con la realidad.

Con todos estos hechos, y tras recibir la demanda de modificación de medidas indicada, D. Laura acude a nosotros, letrados, tremendamente preocupada por su situación familiar. Sus hijos menores han desarrollado un severo temor y rechazo a estar en compañía suya, pues no cesa en su instigación frente a ellos en relación a la figura materna, a la par de sentirse profundamente afectados por la preocupación y malestar que cada vez se hace más agudo en D. Laura, quien, insistimos, no sólo teme por su integridad, sino también por la de los tres pequeños. En adición a ello, le produce un profundo desasosiego el que la pretensión de D. Pedro llegue a prosperar, pues le resulta de todo punto imposible mantener a las tres criaturas con sólo 300 euros de manutención mensual y los escasos y esporádicos ingresos que obtiene por su cuenta.

Es nuestra misión por tanto, analizados los hechos, desarrollar y componer una solución a los problemas que la situación descrita ha generado en D. Laura. Dicho en profundidad, nuestra misión como



letrados consiste en diseñar una estrategia capaz de contrarrestar los tan nocivos efectos descritos, y que permita, de un lado, apartar a los menores de la situación de violencia explicada, y de otro, neutralizar el menoscabo económico que la acción de D. Pedro pretende ocasionar y que, de hecho, ocasiona fruto de los impagos de los gastos extraordinarios y pensiones como hemos mencionado.

II. CUESTIONES SOMETIDAS A ESTUDIO

De los hechos descritos se desprende una situación compleja y de notable gravedad, eso es innegable. Ahora bien, dentro de tal extensión, resulta preciso delimitar correctamente qué cuestiones son las sometidas a nuestro dictamen tomando como referencia el relato indicado.

En este trabajo, circunscribimos nuestra labor enteramente al ámbito familiar, para, desde la óptica del Derecho Civil principalmente, ofrecer una respuesta clara que contrarreste la situación de violencia de género, sufrida en el núcleo conformado por D. Laura y sus tres hijos. Tales cuestiones, como decimos, toman como base y derivan estrictamente del estado de los antecedentes de hecho descritos: dos procedimientos penales incoados por diversos delitos sin que en ellos haya recaído sentencia y una demanda de modificación de medidas instada por D. Pedro contra D. Laura. Este es el ámbito estricto desde el que debemos construir esa respuesta ante la situación que D. Laura se encuentra padeciendo, y que pivota sobre dos extremos: alejar a sus hijos del contexto de violencia ejercida por D. Pedro y frenar el menoscabo económico que fruto de la acción de este viene acentuándose y pretende agravarse.



No serán objeto de una disertación específica las cuestiones relativas al estricto ámbito penal y el discurrir de tales procedimientos. Con esto nos referimos, concretamente, a los siguientes extremos: por un lado, al estudio del resultado o finalización de los mismos, pues al momento de valorar los hechos todavía no se ha producido; por otro, a la eventual actuación que, en materia de familia, en tal escenario pudiera seguirse a través de la acción penal y, por último, a las cuestiones materiales o de fondo correspondientes al análisis de las figuras delictivas que integran dichos procedimientos. De los procedimientos sustanciados en el orden penal extraemos tanto la información como contenido relativos a las situaciones de violencia de género que poner de manifiesto en la actuación ante el orden civil.

En síntesis, queda delimitado nuestro ámbito de análisis a dos ejes:

1.El estudio de la viabilidad de una acción de modificación de las medidas consignadas en el convenio regulador, aprobadas judicialmente por el Juzgado de Primera Instancia nº1 de LOCALIDAD en la sentencia de separación, en lo relativo a aquellas que se acordaron en relación a los hijos menores, a fin de lograr un alejamiento efectivo de los mismos respecto a la situación de violencia. Esto engloba la observación de los presupuestos procesales y materiales para el ejercicio de dicha acción, la violencia de género como causa de modificación y su relación o implicación concreta con cada una de las modificaciones a solicitar. Dicho análisis de viabilidad se concretiza en determinar si es posible modificar dos medidas concretas: la titularidad de la patria potestad y su ejercicio, ante la eventual posibilidad de privación de la misma para el cónyuge D. Pedro, y la suspensión del régimen de visitas.



2. La integración de las vías o instrumentos previstos en nuestro ordenamiento jurídico que sean de aplicación para revertir la situación de menoscabo económico sufrido por D. Laura por la conducta de D. Pedro, tanto respecto de la modificación de medidas por él instada como frente a los sucesivos impagos realizados.

III. ASPECTOS TRONCALES PARA EL DESARROLLO DEL DICTAMEN

Las cuestiones señaladas como objeto de análisis en el bloque anterior no pueden ser estudiadas en profundidad sin antes entrar a conocer una serie de pautas esenciales para comprender el tratamiento jurídico de los procesos de crisis matrimonial cuando concurre violencia de género. Ha de tomarse en cuenta, como premisa, que los procesos de crisis matrimonial, en especial en aquellos que hay hijos menores y se sustancian de manera contenciosa, presentan, en no pocos casos, una enorme complejidad, debido al conflicto de intereses que ambos cónyuges tienden a presentar, fundado en cuestiones ancladas principalmente en lo emocional, pero también en lo económico. Ahora bien, pensemos por un instante qué grado de complejidad es el que se alcanza si se introduce en dicha ecuación cualquier elemento violento; y más aún, si tal violencia posee la significación específica que la de género entronca, en adición a su marcado contenido dañino.

De lo anterior mencionado es de donde nace la labor de analizar los procesos de crisis matrimonial en los que concurre violencia de género desde una óptica específica. Ello obedece o se corresponde con la necesidad de articular y ofrecer una respuesta clara ante la misma, capaz de salvaguardar la estabilidad familiar



puesta en jaque fruto de su incidencia y garantizar la protección de las personas que resultan víctimas. Una respuesta marcadamente orientada a observar y detectar la forma en que la misma se produce en el contexto familiar y bajo qué apariencia, junto con su gravedad, su evolución etc.

El apuntar una serie de aspectos troncales antes del análisis previo al desarrollo de las cuestiones de fondo del dictamen resulta esencial para construir una respuesta para el supuesto de hecho expuesto. Tales extremos se identifican con la delimitación del marco normativo aplicable en materia de violencia de género, su tipología y aplicación a nuestro caso concreto, la situación de los menores ante la misma y las líneas básicas de actuación para garantizar la protección de las víctimas en el contexto de crisis matrimonial.

1. Marco normativo

Siguiendo la línea expuesta en la introducción y remitiéndonos de nuevo al concepto de violencia de género -es decir, aquella que, nacida como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia- resulta fácil deducir que nos encontramos ante un fenómeno profundamente enraizado en la sociedad, representando una de las mayores amenazas, no circunscrita sólo a la pacífica convivencia entre individuos, sino también sistema de valores consagrados desde la Constitución de 1978. Presente desde albores muy remotos en la historia, no ha sido hasta tiempos relativamente



recientes cuando se han diseñado esfuerzos firmemente enfocados a combatirla.

El concepto de violencia de género que hemos apuntado deriva del art 1 de la norma fundamental y primordial consagrada en nuestro ordenamiento para abordar tal cuestión: la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta norma –a la que en el resto del trabajo nos referiremos como Ley Integral- se hizo con el propósito de dar un paso al frente en la diferenciación de la violencia de género respecto de la violencia doméstica, pues, da cuenta de manera muy concreta de quién puede ser autor de estas ilícitas conductas, y no se circunscribe al ámbito del hogar, como anteriormente se venía haciendo, suponiendo un indudable avance en la erradicación de esta lacra social, por la consolidación de derechos, de forma integral, de las mujeres víctimas, así como la implementación de medidas de seguridad y protección para ellas².

Al hilo de la diferenciación entre violencia de género y violencia doméstica o intrafamiliar, es preciso apuntar que esta última es la categoría que engloba los comportamientos violentos que se producen en un determinado ámbito relacional, es decir, en el seno de la familia, con independencia al género al que pertenezcan el sujeto agente y el sujeto pasivo³. En relación al

² En este sentido YUGUEROS GARCÍA, A. J.: "La violencia contra las mujeres: conceptos y causas". *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº 18, 2014, p. 150.

³ Vid. VILLACAMPA ESTRIARTE, C.: "La violencia de género: aproximación fenomenológica, conceptual y a los modelos de abordaje normativo". En VILLACAMPA ESTRIARTE, C.: *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 33.



concepto de violencia de género apuntado, podemos deducir que la violencia de género puede suceder tanto en el seno del estricto ámbito familiar como en el plano de otras estrechas relaciones personales, siendo elemento clave, para su diferenciación, la presencia del elemento discriminatorio o de menosprecio al género⁴.

Es importante apuntar, en relación al concepto de violencia de género, la tendencia normativa más que patente orientada a configurar una delimitación del término más amplia que la dada por la Ley Integral, en aras de considerar la violencia de género como aquella que es ejercida contra las mujeres, fruto de la discriminación, por el mero hecho de serlo, sin necesidad de que el sujeto activo de la conducta sea o haya sido pareja o cónyuge de la víctima. Sirva como muestra el art. 3 de la Ley de Castilla la Mancha de Violencia de Género, de la que más detalles aportaremos posteriormente, cuyo contenido literal reza así: *'A los efectos de esta ley se entiende por violencia de género la violencia que se ejerce contra las mujeres como manifestación de la discriminación y la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, producida por medios físicos, económicos o psicológicos, incluidas las amenazas, intimidaciones, coacciones o la privación arbitraria de la libertad, y tenga como resultado un daño físico, económico, psicológico, sexual u otro relacionado con el entorno social, tanto si se produce en el ámbito público como en el privado.'* Incluso, en virtud del mismo precepto, se integra en el concepto de violencia de género otra circunstancia de enorme gravedad, que en tiempos pasados había pasado desapercibida: *'También se incluye en el concepto de violencia de género el homicidio o asesinato de menores cometido*

⁴ Vid. *ibídem*, pp. 33 y 34.



por el padre, o por el hombre con el que la madre mantiene o ha mantenido una relación afectiva de pareja, con o sin convivencia, con el fin de infringir a la madre un maltrato psicológico o emocional. ”

Hechas las anteriores precisiones conceptuales, volviendo al análisis del marco normativo, es importante señalar que la Ley Integral evidencia y da respuesta a la necesidad de abordar el problema desde distintas perspectivas⁵, como son, dicho de forma sucinta, económica, educativa, familiar, publicitaria, sanitaria, penológica, judicial etc., sin que su propósito quede anclado a una mera depuración conceptual.

Ahora bien, la violencia de género, al ser un fenómeno fuertemente anclado en lo profundo de la sociedad, resulta susceptible tanto de evolución en nuevas forma o vías de manifestarse como de observación y estudio por parte de operadores jurídicos y no jurídicos. Ello ha motivado, con toda claridad, un proceso de revisión normativa constante a lo largo de estos años que ha complementado en buena medida los avances dados por la Ley Integral en el año 2004, dando como resultado que no sólo podamos remitirnos a la misma para la resolución del presente dictamen, sino que debemos tener en cuenta lo que otros textos legales posteriores han abordado la incidencia de la violencia de género en el contexto de crisis matrimonial. En este sentido, la normativa desarrollada en materia de violencia de género, tanto con carácter específico como reflejo, resulta, de todo punto, extensa y notablemente prolífica, precisamente con el objeto de abarcar todas y

⁵ Es la idea que preside el trabajo de ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”. *REDUR, Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, nº7, 2009, pp. 37-71.



cada una de las áreas de incidencia de aquella⁶. Siendo pragmáticos, debemos seleccionar y reproducir aquellas normas que servirán de utilidad para el desarrollo de nuestro dictamen en complemento a lo dispuesto a la Ley Integral, algo que exponemos conforme a la siguiente relación sucinta en forma de esquema:

- El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado por España en 2014.
- Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.
- Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito.
- Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

⁶ Para su conocimiento efectivo y completo nos remitimos a la recopilación integrada en el Código de Violencia de Género y Doméstica.

https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=200_Codigo_de_Violencia_de_Genero_y_Domestica_&modo=1
(Consultado por última vez en 30/05/2021)



- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En paralelo a la reforma operada por Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

- Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género.

- En el ámbito autonómico, aunque cada comunidad autónoma ha desarrollado su normativa a aplicar en sus respectivos territorios, nuestra intención es destacar la Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha. A la que en lo sucesivo nos referiremos como Ley de Violencia de Género en Castilla-La Mancha.

Las anteriores disposiciones, por específicas que sean al abordar el problema de la violencia de género, no operan en el contexto de crisis matrimonial de manera aislada o por su propia acción, al contrario, confluyen y operan en conjunción con otras normas de nuestro ordenamiento. Tal como en lo sucesivo exponemos.

Primeramente, en el ámbito procesal, no podemos enfocar nuestro dictamen sin tener en cuenta los preceptos aplicables para el desarrollo de las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, concretamente: art. 87 *ter* 1 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), art. 49 *bis* Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) y art. 15 *bis* Real Decreto de 14 de septiembre de



1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM). De la misma manera en que no podemos perder de vista las disposiciones aplicables a los procesos matrimoniales consagradas en nuestra LEC en sus Arts. 769 y ss; en conjunción con el art. 544 *ter* de la LECRIM a través del cual se hace efectivo el instrumento de la denominada orden de protección que posteriormente comentaremos. Y de manera subyacente, la cobertura del Derecho de Defensa de las víctimas de violencia de género garantizada a través del art. 2.g) de Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita., que reconoce a las víctimas el derecho de asistencia jurídica gratuita con independencia de la existencia de recursos para litigar.

Posteriormente, en el ámbito material, debemos tener en cuenta las disposiciones consagradas en nuestro Código Civil en sus preceptos destinados a regular el contexto de crisis matrimonial, a través de la separación, disolución del matrimonio y los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio (arts. 91-107) y de la patria potestad (arts. 154 y ss.).

2. Tipología de violencia de género. Aplicación a nuestro supuesto de hecho

La violencia de género no es un fenómeno que se produzca de una única manera ni a través de una sola vía, por mucho que contemos con una definición básica o marco que dé sustento conceptual a tal violencia. Las formas a través de las que se exterioriza han sido objeto de clasificación y detalle, y ello es algo que enormemente ha de ser tenido en cuenta, pues sólo a través de su conocimiento y aplicación al caso concreto podemos extraer ante qué violencia nos encontramos y cómo ofrecer una respuesta clara a la misma.



Así pues, las distintas categorías en que se clasifica la violencia de género son las siguientes: violencia física, psicológica, económica, sexual, ambiental, simbólica e institucional, siguiendo para la resolución de esta cuestión el preciso planteamiento dado por el art. 8 de la Ley de Violencia de Género de Castilla-la Mancha, y cuyo contenido reproducimos:

a) Violencia física: cualquier acto violento contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño.

b) Violencia psicológica: cualquier conducta, verbal o no verbal, como las amenazas, las coacciones, las humillaciones o vejaciones, el control, la exigencia de sumisión, el acoso, la coerción o los insultos, que produzcan en la mujer algún tipo de sufrimiento, desvalorización, aislamiento o limitaciones de su ámbito de libertad.

c) Violencia económica: la privación intencionada y no justificada legalmente, de recursos para el bienestar físico o psicológico de la mujer y de sus hijas e hijos, ya se produzca durante la convivencia o tras la ruptura, o la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito de la convivencia de pareja.

d) Violencia sexual: cualquier acto de naturaleza sexual no consentido, en el que medie violencia, intimidación, prevalencia o manipulación emocional, incluida la exhibición, la observación y la imposición de relaciones sexuales.

e) Violencia ambiental: cualquier acto o conducta, no accidental, que provoque un daño en el entorno de la víctima, incluidos los animales de compañía, con el objeto de producir un maltrato psicológico y emocional.

f) Violencia simbólica: la utilización de iconos, representaciones, narrativas o imágenes que reproducen o transmiten relaciones de dominación de los hombres respecto de las mujeres, que legitiman la violencia y



naturalizan la subordinación de la mujer, cualquiera que sea el formato que utilicen y el ámbito de relación al que se refieran.

g) Violencia institucional: las acciones u omisiones que realizan las autoridades, funcionarios y funcionarias, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tengan como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley para asegurarles una vida libre de violencia.

Aplicando la anterior relación de formas de violencia de género a nuestro supuesto concreto, podemos determinar que la violencia ejercida por D. Pedro se corresponde con cuatro de las referenciadas. Primeramente, la física, por los empujones sufridos por D. Laura el día que acudió a su domicilio a buscar sus cosas y psicológica, por las constantes amenazas e insultos recibidos por distintas vías. En segundo lugar, una violencia claramente ambiental, en primer lugar por la destrucción de diversos enseres de la vivienda el día que acudió a buscar sus cosas, y, posteriormente, por la sustracción de distintos objetos del trastero de D. Laura aun a pesar de tener en vigor una prohibición de acercarse a su persona en menos de doscientos metros. Por último, queremos referirnos expresamente a una forma de violencia que concurre en nuestro supuesto con especial significación y que resulta difícilmente detectable o de identificar: la violencia económica. Por ello, procedemos a una justificación más exhaustiva.

El ejercicio de la violencia en su vertiente económica es un mecanismo de control indudablemente efectivo, capaz de consolidar una situación de dominio fuerte por parte del maltratador sobre su víctima, ya que, por medio de esa privación no justificada de



recursos para la mujer o los hijos conseguirá producir o acentuar en la misma una situación de vulnerabilidad que le permita mantenerla a su merced⁷. Que el matrimonio sea disuelto no implica que el maltratador cese en ejercer violencia por medios económicos, sino que recurrirá al canal que todavía le une a la mujer en relación a los hijos menores: el reiterado incumplimiento por impago de la pensión de alimentos⁸.

El impago de pensiones como forma de violencia económica no supone una mera divagación teórica, sino una realidad empíricamente contrastada. Partiendo de una serie de datos documentados, la realidad nos invita a la reflexión: de entre todas las víctimas de violencia económica, aquellas que no tienen hijos menores fruto de la relación, representan un 17,2% del total-. A contrario, cuando sí los hay, la incidencia dará la cara hasta en el 82,8% del total de los casos. Pero es más, de aquellas que siendo víctimas de violencia económica tienen hijos menores, un 92,7% conviven con ellos, frente a un 5,7% de ellas que, en cambio, no los tienen bajo su techo; aunado a que solamente un 36,3% de aquellas que fueron víctimas de violencia económica se

⁷ Vid. ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I.: "La violencia contra las mujeres en pareja. Su contextualización, protagonistas y repercusiones." En GARCÍA-MINA FREIRE, A.: *Violencia contra las mujeres en la pareja. Claves de análisis e intervención*, Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2010, pp.28 y 29.

⁸ Reflexión que compartimos con DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: "El impago de pensiones como violencia económica". En ZURILLA CARIÑANA, M.A. y DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico*, Ed. Septem Ediciones, Oviedo, 2012, pp. 114-117. Trabajo que sirve enormemente como base dogmática para el entroncamiento de los distintos aspectos económico-familiares con la incidencia de la violencia objeto de estudio.



encuentran posteriormente en situación de empleo⁹. Por tanto, a través de un reiterado impago de pensiones se logrará menoscabar la autonomía de la mujer y su libertad en el contexto social, precisamente por el empobrecimiento material en ella generado al incrementar sus esfuerzos por mantener a los menores¹⁰.

Ahora bien, no debemos circunscribir únicamente nuestra atención en el uso de la violencia económica a través de la pensión de alimentos en el puro y simple

⁹ Datos extraídos de AA.VV.: *‘El impacto de la violencia de género en España: una valoración de sus costes en 2016’*, Ed. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Centro de Publicaciones, Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, 2016, Madrid, pp. 144-174.

Se trata de un estudio que arroja resultados bastante representativos de la realidad de la violencia de género en todas sus vertientes. En sí, consiste en una *macroencuesta* de 10.171 mujeres (tamaño de la muestra) de edades comprendidas a partir de los 15 años en adelante, efectuada en el periodo de entre el 19 de Septiembre de 2014 y el 14 de Noviembre de ese mismo año.

Otros datos que también nos aportan y que resultan, cuanto menos llamativos, son, de un lado, el bajo nivel de empleo que presentan las víctimas de violencia económica tras haberla sufrido (36,3%), y de otro, el aumento significativo de la violencia económica sobre las mujeres a partir de las edades que superen los 65 años (un 18,4% de las víctimas de violencia económica superan dicho límite de edad).

¹⁰ Es la descripción que nos da en su estudio ESPINAR RUÍZ, E.: *Violencia de género y procesos de empobrecimiento*, Ed. Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2006, pp. 150-275.

Se ha utilizado, para establecer dicha afirmación en el estudio, un análisis sobre 50 mujeres en situación de precariedad social, 23 de ellas habían sido víctimas de violencia de género, de las cuales, la significativa cifra de 14 casos habían presentado el patrón de violencia económica descrito.



impago de la misma, pues han de tomarse en cuenta también los mecanismos o estratagemas para eludir el asumir la misma o minorar su cuantía. Hay que recordar, llegados a este punto, que la obligación de prestar alimentos deriva del contenido más esencial de la patria potestad, resultando parámetro preferente o prioritario el asegurar las necesidades imprescindibles y vitales del hijo, por encima de la capacidad económica del padre obligado, quien sólo podrá suspender el abono de la pensión de alimentos a la que fue obligado en caso de situación de pobreza absoluta o extrema¹¹. A este respecto, no debe extrañar que el maltratador recurra a estratagemas para ocultar su volumen real de ingresos, con el fin de simular una situación económica deteriorada, rallando la pobreza, que le exima del pago de la pensión o al menos le sirva para mitigar la cuantía a abonar¹².

Si aplicamos las anteriores consideraciones al supuesto concreto que nos ocupa, observamos cómo efectivamente se corresponde con lo descrito. D. Pedro ha tomado por cuenta el no abonar la mitad de gastos extraordinarios a los que quedó comprometido, gastos que afectan a necesidades tremendamente principales de sus tres hijos: vestimenta escolar, materiales de estudio como libros, clases de refuerzo, vacunas etc. Algo que D. Laura ha tenido que asumir enteramente por su cuenta con los escasos ingresos que obtiene de trabajos eventuales. En complemento, también ha de

¹¹ Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Separación y divorcio". En DE VERDA Y BEAMONTE.: *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 102-104.

¹² Vid. BARRIO GALLARDO, A.: " Pensiones de alimentos y convenio regulador". *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº3, 2017, p. 13.



tenerse en cuenta la demanda de modificación de medidas a través de la cual pretende la reducción, a la mitad, de la cuantía que en concepto de pensión de alimentos a la que quedó comprometido, tratando de aparentar una situación de descalabro económico que, como en lo posterior expondremos, carece de toda certeza, siendo, como decimos, una mera estratagema.

Tenemos por tanto, una situación de violencia de género ejercida por D. Pedro a D. Laura que se concretiza de manera física, psicológica, ambiental y también económica. Algo que indudablemente afecta a D. Laura, pero también a los tres hijos menores.

3. Los menores ante la violencia de género

Con la enorme significación que la violencia de género presenta a nivel del núcleo familiar, carecería de todo sentido dejar al margen o excluir a los hijos menores de tal cuestión, como si ellos mismos fueran ajenos no afectados o damnificados por la misma.

Los menores no resultan en ningún caso ajenos a las acciones, al comportamiento u obrar de los adultos, sino que reciben y sufren en su propia persona el mal que a su alrededor se produce, interiorizando miedos, culpas, sufrimientos e impotencias ante el daño que a través de la violencia de género se produce, siendo utilizados, con frecuencia, como un vehículo o instrumento por el que ejercer daño sobre la madre¹³.

¹³ Vid. PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, A. M.: "Origen y transmisión de la violencia de género." En SAN SEGUNDO MANUEL, T.: *Violencia de género. Una visión multidisciplinar*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2008, p.35.



En complemento a lo anterior, como bien determina la literatura científica, la historia evolutiva del niño no es ajena a la historia de la relación de pareja de sus progenitores, principalmente en función de dos categorías; de un lado, en gran número de casos los propios menores son utilizados con carácter instrumental para dañar, controlar o manipular a la madre, y de otro, el espectro de secuelas que a nivel clínico pueden desencadenarse en ellos tampoco resultan despreciables: consecuencias a nivel de salud mental tales como ansiedad, miedos, conducta, depresión, baja autoestima, estrés post traumático, riesgos de atención negligente cuando se encuentran en compañía del maltratador, dificultades en el desarrollo de habilidades sociales, etc¹⁴.

Es necesario realizar una comparativa entre lo expuesto entre las evidencias de la afectación de los hijos menores por la violencia de género y un elemento clave en los procesos de familia: el interés superior del menor, que ha sido concebido o interpretado por nuestro Tribunal Supremo de la siguiente manera: *“El interés superior del menor se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más*

¹⁴ Vid. ATENCIANO JIMÉNEZ, B.: “Menores Expuestos a Violencia contra la Pareja: Notas para una Práctica Clínica Basada en la Evidencia”. *Clínica y Salud, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid*, vol. 20 nº 3, 2009, pp.262-268. Estudio interesante y extenso que refleja, con gran amplitud, la relación entre la violencia de género y el sufrimiento padecido por los hijos menores; desterrando desde la perspectiva científica que los efectos nocivos de esta forma de violencia no sólo afectan a la mujer, sino a todo el contexto familiar de ésta.



*allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales”.*¹⁵

Lo anterior descrito en relación a la afectación de los hijos menores por culpa de la violencia de género no ha quedado disperso sin respaldo jurídico alguno o circunscrito únicamente al ámbito de la ciencia, sino que ha sido objeto de una importante canalización normativa. Como señala el art. 2 de la LO/1996 de Protección Jurídica del Menor, tras la modificación operada por LO 8/2015 de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, incluso sobre cualquier otro con el que deba concurrir. A su vez, el apartado segundo del mencionado precepto sienta una serie de parámetros para la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, en conjunción con el resto que hayan sido marcados en la legislación aplicable y fruto del caso concreto, cobrando especial importancia el hecho de que, *ex lege*, la vida del menor y su desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia; siendo también valor preferente a tomar en cuenta sus deseos, sentimientos, opiniones, así como sus necesidades emocionales y afectivas.

No puede negarse que la LO 8/2015 mantiene una preocupación específica por proteger a los menores en caso de violencia de género, pues, tal como se desprende

¹⁵ Vid. STS Nº 78/2018 de 14 de Febrero (ROJ 404/2018).



de su exposición de motivos, *cualquier violencia ejercida sobre un menor merece el calificativo de atroz, incluida aquella que la sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género*, entendiendo el legislador que esta forma de violencia les afecta en tres grandes áreas diferenciadas: *En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas*¹⁶.

Por último, en su exposición de motivos, la LO 8/2015 deja plasmada una afirmación que resulta esencial en lo que a continuación desarrollaremos en este apartado: *la exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma*. Así pues, y de forma paralela a esta consideración, la LO 1/2004, en su art. 1.2, incorpora la erradicación de dicha violencia y prestar asistencia adecuada tanto a las mujeres como a sus hijos menores por ser víctimas de esta violencia; y la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima apuesta por visibilizar a los menores que se encuentran encuadrados en un entorno de violencia de género, quedando, por el daño emocional causado, considerados como víctimas directas de aquella por aplicación del art.1, superándose así el

¹⁶ Como apoyo dogmático en este sentido VILLAGRASA ALCAIDE, C: "Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 49, 2015, p. 39,



concepto de menores como víctima indirecta tradicionalmente seguido¹⁷.

Sabio fue sin duda el legislador cuando para este respecto decidió configurar el art. 158 CC, un precepto a través del cual se permite al juez adoptar, entre otras que expresamente señala, cualquier medida que se estime oportuna para proteger y apartar al menor de cualquier peligro o perjuicio en su entorno familiar, de oficio o a instancia del propio hijo, cualquier pariente o Ministerio Fiscal, y que no olvidemos, resulta aplicable en cualquier proceso civil, penal o expediente de jurisdicción voluntaria. El art. 158 CC es, en esencia, una constante de protección a tener siempre en cuenta, resultando ser el sustrato de amparo y protección al que poder recurrir siempre que aquellos queden expuestos a un peligro, como podría ser, sin lugar a dudas, la violencia de género en su entorno.

Siguiendo este planteamiento, podemos afirmar, sin lugar a dudas, que los tres hijos menores nacidos del matrimonio de D. Laura y D. Pedro merecen la consideración estricta de víctimas de violencia de género. En adición, es importante señalar que la incidencia de la violencia de género con los menores, para nuestro supuesto concreto, es más que manifiesta, pues si nos retrotraemos a la relación de hechos, podemos observar que D. Pedro ha exteriorizado y manifestado insultos referidos a D. Laura no sólo de forma directa a ella, sino también a la hija mayor, D. María, a través de los distintos canales de comunicación que mantienen. Por no mencionar las constantes

¹⁷ Vid. REYES CANO, P.: "Menores y violencia de género: de invisibles a visibles". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Universidad de Granada*, nº 49, 2015, p.195.



situaciones de sufrimiento de su madre D. Laura que de manera directa, han presenciado de forma reiterada.

Es por ello por lo que una de las cuestiones a analizar en el presente dictamen consiste en estudiar la viabilidad de una acción de modificación de medidas que sirva para apartar a los tres hijos menores de la situación de violencia de género que afecta a su entorno. Concretamente, bajo la óptica de la protección del interés superior del menor y del libre desarrollo de su personalidad, centraremos el planteamiento del análisis de tal cuestión tomando por objeto la relación que estos mantienen con D. Pedro, principalmente en lo que al régimen de visitas y comunicación se refiere, pero también en las cuestiones relativas a la patria potestad.

4. Particularidades en los procesos de crisis matrimonial con violencia de género

Siguiendo lo indicado anteriormente sobre la necesidad de abordar los procesos de crisis matrimonial en los que se encuentra presente la violencia de género desde una óptica específica, resulta necesario analizar previamente una serie de cuestiones que de manera innegable determinan la actuación a seguir en estos procesos. Se trata, en esencia, de una serie de consideraciones o pautas de carácter procedimental que deben ser conocidas antes de analizar de forma pormenorizada una situación concreta. A propósito de ello, resulta preceptivo mencionar que la Ley Integral ya configuró, en su TÍTULO V, *De la tutela judicial*, una serie de líneas básicas que integran el desarrollo de lo que vamos a comentar: La 1. La Previsión de órganos jurisdiccionales especializados: Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Juzgados de lo Penal y Secciones de la Audiencia Provincial; 2. Superación de la tradicional separación de competencias penales y civiles en el



tratamiento jurisdiccional de los asuntos relacionados con la violencia de género; 3. la Regulación específica de las medidas de protección y seguridad de las víctimas de violencia de género y 4. Creación del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer; todo ello como muestra de la tendencia generalizada y constante a la especialización en esta materia¹⁸.

Dicho de manera concreta, las particularidades que abordamos abarcan los siguientes extremos: las competencias en el orden civil de los juzgados de violencia sobre la mujer, el recurso a la orden de protección para la adopción de medidas civiles, la prohibición de acudir las partes a mediación y la importancia de la audiencia y evaluación de los menores.

4.1. Competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en adelante JVM, son aquellos órganos jurisdiccionales especializados en materia de violencia sobre la mujer, incardinados en la jurisdicción penal ordinaria, dotados de una naturaleza jurídica mixta y competencia penal objetiva para instruir, y en determinados casos enjuiciar en primera instancia, aquellos delitos y faltas, así como con competencia civil objetiva para conocer de determinados procesos civiles de familia seguidos entre las mismas partes¹⁹. Precisamente, en torno a la

¹⁸ Vid. LALIGA MOLLÁ, M.: "Formación especializada en violencia de género: tutela judicial efectiva". *Diario la Ley*, nº8924, 2018, p.2.

¹⁹ Vid. LAGUNA PONTANILLA, G.: "Claves prácticas para los procesos por violencia de género", Ed. Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 312. También, en el mismo sentido, consultar GÓMEZ COLOMER, J.L.: "El Juzgado de



consideración relativa a su encuadre dentro del orden penal, se caracterizan por su *vis atractiva* hacia determinados asuntos de familia, propios del orden civil; prevista para evitar la tan poco deseable dispersión judicial que produciría una merma en la eficacia de los tribunales; lográndose así que determinados procedimientos que atañen a la misma víctima, y que se encuentran anclados o conexos a una situación de malos tratos, sean enjuiciados ante el mismo órgano²⁰.

Lo importante a efectos de competencia objetiva, e indispensable para que esa *vis atractiva* que hemos mencionado se torne operativa, es comprobar que se cumplan, cumulativamente, los requisitos expuestos en el apartado tercero del art. 87 ter de la LOPJ, a saber: a) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de

Violencia Sobre la Mujer: aspectos orgánicos y competenciales". En LADRÓN DE GUEVARA J.B.: *La violencia de género, aspectos procesales y penales*, Ed. Comares, Sevilla, 2007, pp. 65-67.

²⁰ Vid. COMAS D' ARGEMIR CENDRA M.: "La Ley Integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución". En BOLDOVAR PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A.: *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 51 y 52. .

Conviene puntualizar que su competencia en asuntos civiles no se limita a los procesos de crisis matrimonial tales como divorcio, separación y nulidad; sino que abarca un amplio espectro de pretensiones de distinta naturaleza, a saber: filiación, relaciones paterno filiales, los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar, los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores, los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción, los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, en virtud del art. 87 ter.2 de la LOPJ.



los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) de dicho artículo²¹, b) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género, d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género. Concretamente, las figuras delictivas consagradas en el art. 87. Ter. 1. A) que señala tal apartado, y que son sin duda el presupuesto material a tener en cuenta a la hora de dirimir si el juzgado de violencia sobre la mujer resulta o no competente, son todos aquellos delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a: homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación.

En cuanto a las reglas de competencia territorial, esta vendrá determinada en virtud de lo dispuesto en el art. 15 *bis* LECRIM, que nos indica que será competente el JVM del lugar del domicilio de la víctima, independientemente de que con anterioridad se hayan practicado, por juzgado distinto, otras diligencias tales como orden de protección o medidas urgentes. Dicho de otra forma, el lugar de residencia de la víctima va a determinar qué juez será quien instruya la causa penal, o la enjuicie para el caso de los delitos leves, y conozca del proceso de divorcio en toda su extensión. No obstante, en aras de evitar posibles fraudes a través de desplazamientos o cambios de residencia realizados con



el fin de alterar el juzgado competente, el Tribunal Supremo ha clarificado que a tales efectos ha de tomarse como referencia el del lugar donde residía la mujer cuando se produjeron los hechos punibles²².

Craso error sería pensar, a partir de lo redactado arriba, que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer solamente despliegan sus efectos en el ámbito civil cuando la situación de violencia de género ha sido pretérita a la iniciación del proceso civil; dicho más concretamente, debe quedar claro que no tiene por qué haberse producido acto violento alguno anterior al planteamiento de la demanda de separación, nulidad, o divorcio para que el proceso vaya a poder terminar sustanciándose ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Llegamos pues a una de las particularidades competenciales de este tipo de juzgados, que deriva estrechamente de la *vis atractiva* que caracterizan a

²² En concreto, tal solución vino acordada en el Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006, plasmado en resoluciones como el Auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014 de la Sala 2ª (ROJ 1590/2014), en correspondencia con el criterio adoptado por la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2005.

Información extraída de BONET NAVARRO, J.: "Algunas consideraciones sobre los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y su competencia en España". En LUNA OBREGÓN, S.: *Igualdad de Género, Cuaderno 1. Difusión de Investigaciones Temáticas, Tomo II*, Centro de Estudios de Derecho Contemporáneo y Consultoría Integral, México, 2017, pp. 43 y 44.

También GÓMEZ COLOMER, J.L.: *op., cit*, pp. 76 y 77.



estos juzgados mencionada anteriormente²³: la denominada competencia sobrevenida en el orden civil²⁴.

En síntesis, la LEC prevé y recoge en su art. 49 *bis* que el juez de primera instancia que esté conociendo de un proceso civil perderá su competencia cuando se produzcan situaciones de violencia de género del art. 1 de la Ley Integral, esté incoado o no un procedimiento penal por tales hechos, siempre que se compruebe que concurren los requisitos del art. 87 ter de la LOPJ²⁵. Para el supuesto en que el proceso penal no esté iniciado, resulta interesante que la LEC haya previsto, en el mencionado art. 49 *bis*, un auténtico marco de actuación para cuando el juez de primera instancia perciba la concurrencia de dicha circunstancia, debiendo observarse que el proceso civil no haya alcanzado la fase del juicio oral, que en los procesos contenciosos de crisis matrimonial, y siguiendo lo marcado por nuestra jurisprudencia, se corresponde con el acto de la vista previsto en el 443 de la LEC²⁶.

Ahora bien, toda vez que el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer esté conociendo del proceso de crisis matrimonial, no perderá su competencia aun cuando en el correlativo proceso penal recaiga sentencia

²³ En este mismo sentido también BILBAO BERSET, J.: *La vis atractiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, Ed. Atelier, Barcelona, 2014, p. 18.

²⁴ Término ya acuñado con habitualidad en nuestra jurisprudencia, a modo de ejemplo: AATS 19 de febrero (ROJ 2527/2019) y de 15 de febrero (ROJ 1463/2017).

²⁶ Por todos, AATS de 10 de abril de 2012 (ROJ 3737/2012) y de 26 de marzo de 2019 (ROJ 4446/2019), y también los AAP de Barcelona de 6 de octubre (ROJ 1997/2016) y de 21 de julio (ROJ 347/2017). Siendo también el criterio unánime seguido por la Fiscalía General del Estado, a tenor de la Circular 6/2011.



absolutoria o se produzca el archivo de la causa, incluso si esta circunstancia acontece con anterioridad a la recepción del auto de inhibición del juzgado de primera instancia que comenzó conociendo el asunto civil, tal como señala el Auto de Pleno del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 15 de febrero de 2017 (ROJ 1463/2017) ²⁷. La razón de esta determinación descansa, tal como nos señala en la mencionada resolución, por un lado en dar cumplimiento al principio de la *perpetuatio jurisdictionis* contemplado en el artículo 411 de la LEC, con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley que consagra el artículo 24-2 de la Constitución y, por otro lado, con el principio de economía procesal, elemento este último esencial en los procedimientos de familia.

4.2. La orden de protección y sus medidas civiles

Con estrecha inmediatez a la producción de la violencia, el legislador configuró por medio de la Ley 27/2003 para las víctimas de violencia doméstica, y no para únicamente las de género, la denominada orden de protección, consagrada en el art. 544 *ter* de la LECRIM y conceptuada como aquella resolución judicial que incorpora conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su aproximación a la víctima, así como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil, a través eso sí, de una valoración del riesgo objetivo útil y práctica²⁸.

²⁸ Reflexión integrada en COBO PLANA, J. A.: ‘‘ La prueba interdisciplinar en la violencia doméstica’’. En BOLDOVAR PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A.: *La reforma penal en*



Centrándonos exclusivamente en su implicación estrictamente civil, y dejando a un lado lo dispuesto para su contenido y particularidades de tipo penal y asistencial, la orden de protección contempla un amplio elenco de medidas que, en atención individualizada a las necesidades personales y familiares específicas de las víctimas²⁹, son coincidentes en todo caso con las dispuestas en los arts. 65 y 66 de la Ley Integral y del 544 *ter* 7, a saber: uso y disfrute de la vivienda familiar, régimen de guarda y custodia, visitas y comunicación con los hijos menores o incapaces, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier otra medida adecuada para evitarles un peligro o perjuicio derivado de la situación antedicha; optando el legislador, con buen criterio, por una enumeración abierta o *numerus apertus* con el fin de adaptar su protección respecto a las necesidades del caso concreto³⁰.

torno a la violencia de género, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, pp. 346 y 347.

Anteriormente, en el mismo sentido, DELGADO MARTÍN, J.: "La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica". *Estudios monográficos, La Ley Penal, revista de derecho procesal, penal y penitenciario*, nº2, 2004, pp. 39-45.

²⁹ Vid. ALONSO GARCÍA, J.: *La denuncia penal: aspectos básicos y estrategia procesal*, Ed. Thompson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 64-67.

³⁰ Vid. *Ibidem*, pp. 66-68. Debemos detenernos a puntualizar que, de las anteriores medidas de orden civil recogidas en el art. 544 *ter* 7, las relativas a suspensión de patria potestad, guarda y custodia y visitas, presentan una dualidad en cuanto a su naturaleza y contenido, pues encuentran su reflejo tanto en el orden civil como en el penal. Y es que el art. 544 *quinquies*, introducido por la Ley 4/2015 de Estatuto de la Víctima, plasma un sistema de protección idéntico en tales puntos cuando nos encontramos ante una víctima menor de edad de violencia doméstica, que estará vigente no para 30 días condicionado a que se inicie el proceso matrimonial, como



Ahora bien, la adopción de dichas medidas civiles, que recordemos quedan ligadas o configuradas de cara a un ulterior proceso de divorcio, estará sujeta a una serie de estrictos requisitos para proceder a su aplicación que merece la pena examinar y que pivotarán en torno a los ejes que a continuación exponemos.

Primeramente, podrán ser solicitadas únicamente por la víctima o por el Ministerio Fiscal, de existir menores o incapaces, señalando su régimen de cumplimiento, por lo que queda patente tanto su sujeción al principio dispositivo, característico del orden civil, como la restricción en cuanto a legitimación activa se refiere, al quedar fuera familiares de la víctima o cualquier otro tercero con interés legítimo, aun cuando igualmente podrá hacerse valer ante cualquier autoridad o administración pública³¹. Debe tenerse en cuenta también a estos efectos que el apartado séptimo del art 544 *ter* LECRIM introduce una *cláusula de recogida* que obliga al juez a pronunciarse, incluso de oficio, sobre la pertinencia de las medidas civiles que afecten a menores o incapaces que convivan con la víctima y dependan de ella.

Seguidamente, del estudio del art. 544 *ter* se desprende que la aplicación de las medidas civiles queda

en el caso de la orden de protección, sino para todo el transcurso del proceso penal, hasta que el juez en la sentencia se pronuncie con carácter definitivo sobre las mismas.

En este sentido, puede consultarse lo dispuesto en las Conclusiones del IV Encuentro de Abogados y Abogadas de Violencia de Género, *Consejo General de la Abogacía Española*, Granada, 2016, pp. 11-13.

³¹ Se desprende a partir de lo expuesto en FUENTES SORIANO, O.: *‘ El Enjuiciamiento de la Violencia de Género’*. Ed. Iustel, Madrid, 2009, pp. 164 y ss.



vinculada, por un lado, a que hayan sido dictadas también medidas de protección de carácter penal en la orden de protección, y de otro, que no hayan sido dictadas en el orden civil por otro órgano con carácter anterior, sin perjuicio de lo previsto en el art. 158 CC ya comentado.

Como complemento, debe señalarse que la naturaleza de las medidas civiles de la orden de protección es siempre temporal y perentoria, pues tendrán una única vigencia de 30 días, plazo en el cual deberá ser incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil; no pudiendo aquellos pronunciamientos civiles adoptados por la orden de protección, precisamente por la naturaleza perentoria y temporal de dichas medidas, ser objeto de recurso alguno³².

Atendiendo a todas estas consideraciones, cabe concluir que la solicitud de adopción de medidas civiles en la orden de protección representa un instrumento procesal de tremenda utilidad para, *ab initio*, dotar de cobertura los intereses familiares puestos en riesgo como consecuencia de la violencia de género, ya que puede lograrse que se acuerde por parte del juzgador pronunciamientos tan decisivos como: impedir la guarda y custodia compartida al haberse logrado una imputación

³² Criterio sostenido por la Audiencia Provincial de Ávila en sus Autos de 1 de junio (ROJ 137/2018) y de 13 de junio (ROJ 136/2019). Añade la sala otro criterio para justificar la improcedencia del recurso sobre las medidas civiles de la orden de protección al establecer una equiparación procedimental con lo dispuesto para las medidas provisionales previas del art. 771 LEC; fundamento que no compartimos, precisamente por la distinción autónoma que encontramos entre ambos instrumentos, tal como desarrollaremos en adelante.



formal por violencia de género, suspender el régimen de visitas en los casos de violencia más grave al afectar a los menores o limitarlo en su desarrollo para que se realice en el seno de un punto de encuentro familiar (PEF) o atribuir el uso de la vivienda familiar a la mujer no propietaria³³.

Aplicado lo anterior descrito a nuestro supuesto, es cierto que se dictó orden de protección para salvaguardar la seguridad e integridad de D. Laura al interponer su primera denuncia, pero aquella solo contenía medidas de carácter penal (prohibición de comunicación y aproximación a menos de 200 metros), por lo que en el ámbito civil no obtuvo repercusión alguna. Aunque entendemos, bien pudiera haberse hecho valer, en aras de proteger a los menores, incluso de oficio por el juzgador, los arts. 158 CC y 544 *quinquies*, acordando aquellas medidas que, en tal momento procesal prematuro, se estimasen acordes a proteger al interés de aquellos.

4.3. La prohibición del recurso a mediación familiar

No podemos negar que, en el contexto de crisis matrimonial, resulta tremendamente útil y efectivo el que, a través de la autonomía de la voluntad de las partes, estas establezcan una solución consensuada y pacífica al proceso de poner fin a su relación conyugal y establecer las pautas de continuidad a futuro de su ruptura, tanto de contenido económico como para con los hijos menores, estableciendo para estos efectos el legislador la figura del denominado convenio regulador del art. 90 CC³⁴. Algo a lo que, sirva de ejemplo, en

³³ Vid. FUENTES SORIANO, O.: *op. cit.*, pp. 170-175.

³⁴ Vid. ZAMORA SEGOVIA, M.L., NIETO-MORALES, C., HERNANDO RAMOS, S. y TORRES REVIRIEGO, M.R.: *Guía de*



nuestro propio supuesto de hecho, se recurrió para cuando D. Laura y D. Pedro se separaron, y que, al existir hijos menores, hubo de ser aprobado por el juez en sentencia en virtud del art.777 LEC.

Es precisamente en el marco del mutuo acuerdo y del arreglo pacífico de las controversias en el ámbito de las crisis matrimoniales, donde debemos apuntar la prohibición de acudir a mediación que el legislador decidió establecer en el art. 87.5 *ter* LOPJ. El fundamento de ello cuyo queda anclado en que, tal fórmula autocompositiva o restaurativa, desatendería la necesidad de protección de la víctima, con el consiguiente riesgo de revictimización, es decir, de repetirse el desequilibrio existente entre víctima y agresor, al no poderse partir de una posición igualitaria, sino de sufrimiento, estrés y patente debilidad de una de ellas³⁵.

intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, pp.75 y 76.

³⁵ Como bien ha sintetizado GUARDIOLA LAGO, M.J.: "La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de mediación". *Revista General de Derecho Penal, Iustel*, nº 12, 2009, p. 24.

Aunque critica a su vez que se parta de un prototipo único de víctima y se ignore que los efectos nocivos derivados de la situación de violencia puedan variar de un caso a otro, lo cual excluye a víctimas en cuyo caso sí surtiría efecto positivo. Vid. *ibídem*, pp. 35 y 36.

No faltan tampoco opiniones frontalmente contrarias a la prohibición de mediación, por entender que se pierde la oportunidad de que el agresor pueda optar por la reparación, atendiendo a las necesidades y consecuencias derivadas de su comportamiento hacia los integrantes de su familia. Es el caso de MANZANARES CASTILLEJO, R.; TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C.: "Mediación en violencia de género". *Revista de Mediación*, nº7, 2011, p.42.



No obstante, con independencia de si se comparte la anterior fundamentación o no, no puede negarse que resulta llamativo que el legislador excluya a las partes la posibilidad de someterse a mediación en el marco del proceso de divorcio con violencia de género, mecanismo de resolución de conflictos que recordemos goza de un marco legal suficientemente desarrollado y armonizado, por entender que puede ser usado por el agresor aprovechando la situación de debilidad e inestabilidad de la víctima para obtener una situación ventajosa, y a la vez no ahonde en establecer mecanismos adecuados que tutelen de forma específica el divorcio por mutuo acuerdo en los casos en los que hay violencia de género. Prescindiendo de nuevo el legislador de incidir en otras figuras de resolución de conflictos en el ámbito familiar y que son atípicas, dicho sea en sentido estrictamente jurídico, aun a día de hoy en nuestro ordenamiento³⁶.

Aplicado a nuestro supuesto de hecho concreto, lo descrito en este apartado nos sirve para tomar en cuenta una realidad ineludible: para la resolución de las cuestiones que resultan objeto de este dictamen, ya sea para la corrección del menoscabo económico o para la modificación de medidas de los hijos menores, en ningún caso podremos recurrir a la mediación como mecanismo o método de solución.

4.4. Audiencia y evaluación de los hijos menores

³⁶ Como el sistema *Family Group Conferencing*, una suerte de terapia familiar que surge como mecanismo de búsqueda de soluciones de forma conjunta entre los miembros que la integran. Citado como ejemplo del desajuste legislativo en este aspecto en GUARDIOLA LAGO, M. J.: *op. cit.*, p.20.



Por último, dentro del marco de actuación intermedia, en el cuerpo del proceso, destaca una labor que se perfila como absolutamente ineludible: el estudio técnico de la situación de los menores tras la crisis matrimonial, y en especial, tras la irrupción de la violencia de género. Y es que, tal como se ha visto en este trabajo, el interés superior del menor, integrando el máximo respeto a su bienestar psíquico y emocional y la preservación de su libre desarrollo, representa el elemento principal a tener en cuenta en el transcurso del procedimiento. Si los menores son víctimas directas de la violencia de género, entendemos salvo mejor criterio, que deben ser evaluados de manera específica en cuanto a tal.

El legislador, consciente de la importancia de conocer la situación de los menores en todos los procesos de crisis matrimonial, con violencia de género asociada o no, decidió modular la labor del juez civil en los procesos matrimoniales y de menores, dándole una auténtica potestad de búsqueda de la verdad material, indagatoria, y de no atenerse únicamente a la verdad formal que predomina con carácter general en el proceso civil; a tenor, eso sí, de lo dispuesto en el art. 770.4 LEC. En esencia, a la luz de tal precepto, el juez podrá acordar de oficio la práctica de aquellas pruebas que refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a menores o incapacitados, y si el procedimiento es contencioso, de estimarse necesario, oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años, en virtud del art. 770.4 LEC, que permite la denominada exploración judicial del menor³⁷.

³⁷ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Procesos declarativos especiales en la Ley de Enjuiciamiento*



Lo afirmado debe complementarse en virtud de la obligación de escuchar a los menores cuando se den las condiciones expresadas en el texto, debiendo acordarla de oficio en tal caso el juez cuando las partes renuncien a la misma; y en caso de no realizarse, la resolución dictada quedará viciada de nulidad³⁸, siguiendo también lo dispuesto en art. 12 Convenio sobre los Derechos del niño. En paralelo a la exploración judicial del menor, los dictámenes de evaluación del equipo psicosocial desde la experiencia o pericia analizarán cómo minimizar el impacto del divorcio en el menor, en aras de priorizar su interés superior, evaluando al conjunto de miembros de la familia y la conflictividad existente en el núcleo de la misma, evitando, eso sí, toda aquella intromisión en el menor que pueda producir un efecto de victimización secundaria sobre el mismo³⁹. Aunque otros expertos han determinado que, en caso de detectarse síntomas o evidencias de violencia familiar, un segundo profesional distinto debe ser quien evalúe, de forma particular la incidencia de dicha violencia⁴⁰; consignéndose la

Civil. Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2007, pp. 197-199.

³⁸ Así lo determinó el Tribunal Supremo en su Sentencia Nº 413/2014 de 20 de octubre (ROJ 4233/2014), amparándose en qué el ser oído representa un derecho del niño amparado en el art. 12.2 del Convenio sobre los Derechos del Niño que en el texto mencionamos.

³⁹ Extraído del estudio realizado por RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, C., JARNE ESPACIA, A. y CARBONELL SÁNCHEZ, X.: "Informe pericial psicológico en tribunales de familia: análisis de su estructura, metodología y contenido." *Escritos de Psicología*, vol. 8, nº1, 2015, pp.45-53.

⁴⁰ Vid. FARIÑA RUERA, F. y ARCE FERNÁNDEZ, R.: "Psicología aplicada al ámbito jurídico". En MARTÍNEZ RUBIO J.L.: *Psicología aplicada*. Ed. Panamericana, Madrid, 2013, p. 265. La recomendación de estos técnicos parte de centrar la



evaluación en documento específico adaptado a recoger las particularidades técnicas que este tipo de casos suelen presentar, en especial, para tomar en cuenta la información plasmada en las distintas resoluciones judiciales dictadas a tal efecto⁴¹.

IV. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES OBJETO DE DICTAMEN

De lo anterior descrito podemos observar con facilidad la existencia de un tratamiento normativo verdaderamente configurado a fin de ofrecer una respuesta adecuada con la protección de las víctimas de violencia de género que se extiende, tanto a nivel procedimental como material, al marco de los procesos de crisis matrimonial. Una regulación que sirve como guía para estructurar la tan necesaria actuación específica que se requiere en los mismos, y que podemos sintetizar en los siguientes puntos:

1. Que las decisiones adoptadas en el seno del procedimiento, ya sea con carácter cautelar o definitivo, en especial las que impliquen contacto entre el agresor

evaluación de la situación de violencia *intrafamiliar* en que esta sea realizada por un experto con formación específica en la materia; a fin de evitar y detectar acusaciones espurias o instrumentales.

⁴¹ Vid. *Guía de buenas prácticas para elaboración de informes psicológicos periciales sobre custodia y régimen de visitas de menores*, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 2009, pp.5-35.

En su desarrollo particular, consúltese la *Guía de buenas prácticas para la elaboración de informes psicológicos periciales sobre custodia y régimen de visitas de menores adaptada a casos de violencia de género*, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 2013.



y sus hijos menores, como régimen de visitas o comunicaciones, no puedan ser aprovechadas ni como un acercamiento peligroso hacia la víctima ni como vehículo para perpetuar el ejercicio de la violencia.

2. Un más que necesario análisis o examen del interés del menor, valorando, en función de la situación, en qué grado de gravedad han podido verse afectados por la violencia, aunque de la misma sean siempre víctimas directas, y cómo podría perjudicarles el contacto y estancia con el progenitor agresor.

3. Se han de extraer e interpretar el conjunto de variables relativas a las necesidades familiares y que puedan ser síntoma de una situación de vulnerabilidad económica, producida o agravada, como consecuencia del ejercicio de una violencia económica tras la ruptura.

4. El conocimiento de los elementos que integran la causa penal por parte del juez de violencia sobre la mujer resultará esencial para la resolución del proceso civil de familia. El sentido de tal importancia radica en tomaren cuenta que la situación de violencia se encontrará en no pocos casos indiciaria o incipientemente acreditada, pues no siempre habrá una sentencia condenatoria que tener en cuenta para el proceso de crisis matrimonial. No obstante, dicho órgano tendrá una perspectiva amplia de los extremos que acabamos de mencionar, por una sencilla razón práctica que volvemos a reproducir: a medida que conoce del proceso de divorcio, instruye la causa penal, recabando pruebas y practicando diligencias que le permiten conocer con notable profundidad las circunstancias particulares del hecho.

Es precisamente, en correspondencia con el anterior marco teórico descrito, donde radican las



premisas de nuestro supuesto de hecho: la existencia de tres hijos menores que son víctimas directas de violencia de género y una situación cada vez más acuciante de concreta violencia económica que ahoga el núcleo familiar formado por D. Laura y los menores. De ellas se derivan las cuestiones que en lo sucesivo hemos de resolver.

1. Viabilidad de la acción de modificación de medidas

Es el art. 90.3 CC el precepto al que hemos de acudir para delimitar el núcleo esencial para que la acción de modificación de medidas prospere, cuyo tenor literal reza de la siguiente manera: *“Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.”*

En el mismo sentido, nuestra LEC en su art. 775.1, sienta con claridad los presupuestos procesales para el planteamiento de la acción de modificación de medidas: *“El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.”*⁴²

⁴² Es importante señalar que, el contenido del art. 775 LEC se encuentra próximo a ser modificado en virtud del Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el



De ambos preceptos se deduce con facilidad que, tanto desde la óptica material como procedimental, se requiere, de manera inexcusable, de la presencia de un elemento novedoso que fuese inexistente o no conocido al acordar por el juez las medidas aplicables, y por su propio contenido y significación, capaz de motivar la alteración de lo que en su día quedó establecido. Este extremo ha sido objeto de un prolífico análisis e interpretación por parte de nuestros tribunales, hasta el punto de sentar una doctrina pacífica al respecto. En síntesis, el Tribunal Supremo ha determinado que ha de concurrir una alteración fáctica estable o duradera, con carácter de permanencia, no meramente ocasional o coyuntural, que afecte de lleno al núcleo esencial de la medida que se pretende modificar y no sus cuestiones periféricas, de tal forma que, de haber sucedido al momento de acordarse la solución dada al caso, la resolución del juez hubiera sido distinta, debiendo ser además una alteración imprevista, imprevisible o inevitable para la parte que ahora insta su modificación⁴³.

apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en el siguiente sentido: *“ El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.”*

⁴³ Por todas, SSTS nº 508/2011 de 27 de junio (ROJ 4632/2011), nº18/2014 de 23 de mayo (ROJ 5316/2014), nº485/2015 de 10 de septiembre (ROJ 3796/2015) y nº230/2018 de 18 de abril (ROJ 1382/2018).



En adición a lo anterior, se ha de tomar en cuenta no sólo la existencia de un cambio sustancial sino también de un cambio cierto, capaz de alterar considerablemente las bases donde se asentaron las medidas que se pretenden modificar y resultar no adecuado desde la óptica del respeto al principio del *favor filii*, de tal manera que su mantenimiento idéntico, en la manera, términos y contenido en que se adoptó, suponga un grave perjuicio para los menores⁴⁴.

Por tanto, para que la acción de modificación de medidas que se pretende entablar tenga virtualidad de prosperar, resulta preceptivo evidenciar e identificar dicha situación de violencia de género con un cambio cierto y sustancial de las circunstancias, como una nociva variación de estas capaz de afectar al núcleo más esencial del desarrollo de la vida de los menores. Pero no basta con calificar la concurrencia de violencia de género como cambio sustancial de las circunstancias, sino establecer una relación adecuada entre la incidencia de la violencia de género y cada una de las medidas que se pretenden modificar. Es por ello que se requiere analizar ambas cuestiones por separado: el porqué de tomar la violencia de género como causa de modificación de medidas y qué medidas son susceptibles de modificación y en qué grado.

1.1. La violencia de género como causa de modificación de medidas

Es un más que manifiesto error el considerar que la violencia de género únicamente puede aparecer en el

⁴⁴ En este sentido, SSTS nº658/2015 de 17 de noviembre (ROJ 5218/2015) nº 529/2017 de 27 de septiembre (ROJ 3378/2017), nº 122/2019 de 26 de febrero (ROJ 641/2019) y nº 211/2019 de 5 de abril (ROJ 1411/2019).



contexto matrimonial o de la relación, estando constante el vínculo o en las vías para su disolución. No debe resultar extraño que durante la relación conyugal, o durante el proceso de separación o divorcio, contencioso o de mutuo acuerdo, no haya aflorado situación alguna de violencia de género y que sea, precisamente, una vez se ha consolidado la situación jurídica posterior al divorcio cuando aquella acontezca, o se recrudezca y pueda, esta vez, apreciarse con mayor significación. Precisamente, es perfectamente plausible que, ciertos perfiles de maltratadores, los que actúan con mayor gravedad o crudeza, tienden a generar un incremento gradual de su conducta agresiva al sentirse humillados tras la consolidación definitiva de la ruptura, siendo esto último el elemento que la detona o agudiza⁴⁵.

Lo anterior descrito, por entero sucede en nuestro supuesto: una relación conyugal plenamente normalizada, carente de todo elemento violento, cuya ruptura significó precisamente el comienzo de las acciones violentas por parte de D. Pedro. Algo que, desde luego, supone una alteración total de las circunstancias presentes y tomadas como base al aprobarse el convenio regulador, no pudiendo considerarse circunstancias equiparables en cuanto a beneficio de los menores o estabilidad familiar se refiere. Sin embargo, resulta preceptivo realizar un cierto

⁴⁵ Pueden consultarse a estos efectos estudios específicos en la materia como el de ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., FERNÁNDEZ MONTALVO, J. y CORRAL GARGALLO, P.: "¿Hay diferencias entre violencia grave y menos grave contra la pareja?". *International Journal of Clinical and Health Psychology*, vol.8 nº2, 2008, p. 371.

También BOIRA SARTO, S.: "Una caracterización sociodemográfica de los hombres que ejercen la violencia en la pareja". *Acciones e Investigaciones Sociales*, nº25, 2008, p.164.



examen sobre la doctrina jurisprudencial al respecto para reforzar lo descrito en este párrafo.

En primer lugar, nuestro Tribunal Supremo ha sido suficientemente tajante a la hora de determinar que no puede petrificarse una situación concreta sin tomar en consideración los cambios que, a nivel familiar, se hayan producido, si resulta que tales cambios han afectado al crecimiento, desarrollo madurativo y evolutivo de los menores⁴⁶. Siendo la Violencia de Género una cuestión de orden público cuya concurrencia ha de observarse estrictamente, incluso de oficio por parte del tribunal, a lo largo de todo el proceso de familia, resultando motivo para la modificación de medidas tanto su aparición como, en sentido contrario, la terminación del proceso penal en sentencia absolutoria o archivo si en momento pasado fue la denuncia de la víctima el único motivo para adoptar, con carácter restringido, una determinada medida en momento anterior⁴⁷. Siendo, efectivamente, la concurrencia de violencia de género, o su constatada inexistencia por sentencia firme o auto de archivo en el procedimiento penal, un cambio significativo de las circunstancias motivador de una modificación en las medidas⁴⁸.

En complemento a lo anterior, sirva como corolario a la doctrina del Tribunal Supremo lo expuesto su sentencia nº36/2016 de 2 de febrero (ROJ 188/2016), que sienta lo siguiente en relación a un supuesto de hecho en que un padre condenado por violencia de género pretendía una modificación de medidas en la que tener atribuida la guarda y custodia compartida: *no podemos dejar sin repuesta hechos indiscutidos de*

⁴⁶ Vid. STS nº9/2016 de 28 de enero (ROJ 149/2016).

⁴⁷ Vid. STS nº 348/2018 de 7 de junio (ROJ 2102/2018)

⁴⁸ Vid. STS nº251/2016 de 13 de abril (ROJ 1638/2016)



violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada.” De este fragmento lo que verdaderamente resulta importante no es lo mencionado en torno a la exclusión de la guarda y custodia compartida, algo que opera con carácter automático en virtud del art. 92.7 CC, sino el hincapié realizado por la sala al respecto de que la irrupción de la violencia de género no puede resultar una cuestión inane que quede incontestada en el núcleo del proceso de familia y las medidas que se adopten.

En la línea descrita por nuestro Tribunal Supremo, las audiencias provinciales se han mostrado proclives a considerar el observar la violencia de género como como un elemento clave para proteger tanto a la mujer víctima como al interés superior de los menores, al poseer suficiente entidad como para ser considerada una alteración sustancial capaz de afectar esencia de las medidas que se adoptaron y no como algo meramente coyuntural o de afección periférica, con claros visos, por desgracia en no pocos casos, a reiteración futura y permanencia en el tiempo⁴⁹.

Ahora bien, el que la violencia de género opere como cambio sustancial en las circunstancias de base, no implica una modificación automática del contenido de las medidas que en el pasado se adoptaron, sino que, con carácter obligatorio, ha de realizarse un correcto

⁴⁹ A partir de los criterios consignados en SAP Castellón nº117/2008 de 14 de octubre (ROJ 1140/2008) y SAP Guadalajara nº75/2019 de 21 de marzo (ROJ 156/2019).



análisis en relación al interés superior del menor. Dicho de otra forma, que la violencia de género suponga un cambio sustancial en las circunstancias no exime al tribunal del correcto examen de la pretendida modificación en relación al interés superior del menor. La Audiencia Provincial de Ciudad Real, en su sentencia nº261/2016 de 17 de octubre (ROJ 695/2016), se pronuncia en dicho sentido: *la reforma de los art. 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, recoge la posibilidad de la privación de la guarda y custodia, e incluso la suspensión del régimen de visitas, pero en todo caso con carácter potestativo y no de forma automática. De lo expuesto nos lleva a la conclusión que nos encontramos en una materia en la que es criterio primordial el del "favor filii" contenido en los artículos 92 , 93 y 94 CC , que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo sino en el futuro, que le permita ver constantemente a su padre y a su madre.*

Ahora bien, el anterior fragmento ha de analizarse en correspondencia con el art. 2 de la LO 8/2015, que exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "*libre de violencia* " y que "*en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*". De tal forma que, para obtener un sustrato verdaderamente efectivo para la modificación de medidas a causa de violencia de género, han de aunarse, de un lado, la necesidad de lograr que los menores crezcan en un ambiente libre de violencia, y de otro, que el interés superior del menor resulte, sea cual sea el



sentido o contenido de la modificación pretendida, indemne.

1.2. Análisis concreto de las medidas a modificar

Resulta insuficiente, a partir de lo explicado arriba, el simplemente identificar la violencia de género con un cambio sustancial de las circunstancias para determinar la viabilidad de la acción de modificación de medidas. Se requiere, en síntesis, de un paso adicional: que la medida pretendida de modificar se concretice en el sentido más favorable al interés del menor. Ello exige tomar en cuenta los criterios seguidos por nuestros tribunales a la hora de canalizar la adopción de las medidas relativas a los hijos menores en el seno de los procesos de crisis matrimonial cuando la violencia de género se encontrase presente.

Réstanos puntualizar que, el análisis que a continuación plasmamos, no nos conducirá a un resultado de certeza absoluto sobre si se estimará o no la modificación pretendida; sino a una valoración, a partir de los criterios seguidos y dados por nuestros tribunales, relativa a la posibilidad de prosperar o no aquellas tomando como base la concurrencia de violencia de género. Concretizando nuestro examen en dos de ellas: privar a D. Pedro de la patria potestad, o al menos apartarle de su ejercicio, y suspender el régimen de visitas tan amplio que actualmente disfruta.

1.2.a) Privación de la patria potestad

La patria potestad constituye, desde una concepción global e integradora, aquel sistema de protección consagrado en nuestro ordenamiento para el cuidado, asistencia física y moral y educación del menor, como medio para suplir la incapacidad de este, como



efecto derivado de la filiación⁵⁰. Se trata pues de una figura orientada de forma intrínseca al cuidado y capacitación de los hijos, aunque a su vez, posee dos vertientes que deben ser diferenciadas: titularidad y ejercicio de la misma.

En síntesis, y aplicado al contexto de crisis matrimonial, la titularidad, en la generalidad de los casos, la conservarán ambos progenitores salvo que en el marco del proceso se revele causa para su privación por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma por aplicación de los arts. 92.3 y 170.1 CC⁵¹. El ejercicio, en caso de que los padres convivan separados, corresponderá al que conviva con el menor, aunque, si el otro lo solicita de manera fundada y el juez lo estima conveniente al interés superior del hijo, podrá establecer que su ejercicio corresponda de forma conjunta a ambos o distribuir las funciones entre uno y otro las funciones inherentes a su ejercicio, por aplicación ahora del art. 156 CC⁵².

En nuestro supuesto de hecho, recordemos, se mantiene con carácter compartido entre D. Laura y D. Pedro la titularidad y el ejercicio de la misma para con los tres hijos que del matrimonio viven.

Queda por ahora examinar y reflexionar, si, cuando nos encontramos en un contexto de violencia de género, se mantienen dichas reglas tal cual las hemos expuesto, o por el contrario, la irrupción de aquella puede revelar causa adecuada para su privación, invocando, concretamente, los arts. 158.6º y 170.1 CC.

⁵⁰ Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 241-243.

⁵¹ Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *op., cit.*, p. 95.

⁵² Vid. *Ibidem*, p. 95.



A partir de las consideraciones realizadas en este trabajo, es clara la frontal colisión existente entre la aparición de la violencia de género y el núcleo esencial del contenido de la patria potestad, consagrado en el 154 CC. Nos referimos precisamente, por una parte, al deber de velar por los hijos, en el sentido de apartarle de aquellos riesgos que puedan amenazar su desarrollo evolutivo tanto en lo físico como en lo afectivo, y por otra parte, al deber de tenerlos en su compañía, esto es, en un marco de respeto, buen ejemplo y cariño ambiental⁵³.

Ahora bien, la anterior consideración no encuentra su reflejo en la praxis forense de la forma en que hemos plasmado nuestro razonamiento. La falta de concreción con la violencia intrafamiliar de los arts. 158.6º y 170 CC, claves para el sostenimiento de la medida de privación de patria potestad en el ámbito civil, cuyo presupuesto de aplicación viene referido a la necesidad de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas o de incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, sin mayor precisión, ha propiciado que los tribunales hayan optado por aplicar dicha medida con carácter sumamente restrictivo y cauteloso⁵⁴. Ello aunado a la

⁵³ La delimitación conceptual de tales deberes está plasmada en RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*. Ed. Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 65 y 66. Haciendo uso, y apoyándose a su vez en consideraciones doctrinales que confluyen en el mismo sentido, Vid. AGUILERA RODERO, J.: "Análisis sobre el contenido personal de la patria potestad en el progenitor". *Actualidad civil*, nº12, 2008, p.1233. También SANTOS BRIZ, J.: *Tratado de Derecho Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, p.314.

⁵⁴ Algo que no sucede de tal forma en el ordenamiento foral Catalán, en cuyo art. 236.6 de su Código Civil sí se determina con carácter expreso como causa para proceder a la privación



amplia facultad discrecional del juez para apreciar la tan gravosa aplicación de la privación de patria potestad, de manera que resulta preceptivo que, el adoptarla, se haga con arreglo circunstancias del caso sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho⁵⁵.

En relación a lo anterior, la línea marcada para estimar procedente el recurso a la privación con carácter total de la patria potestad es el límite de los supuestos de *gravedad suprema*, en los que sólo quede adherirse cuando no existe otra salida posible o menos gravosa para el bienestar del hijo⁵⁶. Criterio el de la *gravedad suprema* que, ya adelantamos, se identifica con aquellas acciones violentas encaminadas a causar la muerte de la mujer o los menores.

Nuestro alto tribunal ha considerado prudente el delimitar en tal punto la aplicación de la privación total de patria potestad puesto que son aquellos que por su

de la potestad parental si el menor es víctima directa o indirecta de violencia familiar o machista, por constituir tales acciones un incumplimiento grave de sus deberes como padre. Vid. MORENO NAVARRETE, M.A.: "La privación de la patria potestad o la inhabilitación para su ejercicio como medida reduccionista de la pena de prisión en el marco de la mediación". *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, nº1, 2016, p.6.

⁵⁵ Doctrina jurisprudencial más que consolidada en virtud de SSTs nº523/2000 de 24 de mayo (ROJ 4206/2000), nº183/1998 de 5 de marzo (ROJ 1486/1998) y nº384/2005 de 23 de mayo (ROJ 3272/2005), por todas.

⁵⁶ Vid. CALLEJÓN HERNÁNDEZ, C.: "Reflexiones acerca de la inhabilitación especial para la patria potestad: posibilidad de instaurar un régimen de visitas". *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, nº 13, 2018, p. 181. A partir de lo expuesto en STS nº 315/2014 de 6 de junio (ROJ 2131/2014).



contenido son siempre merecedores del calificativo de "antinatura", que denotan por sí mismos el máximo desprecio hacia los hijos, su personalidad, su psique, su atención, derechos y la protección que les deben, no pudiendo existir distanciamiento mayor de los deberes inherentes a la patria potestad que tratar de dar muerte a la madre de sus hijos; pues, aparte de suponer un impacto psicológico irreversible, contribuye a interiorizar los estereotipos de género y la violencia como medio legítimo de resolver conflictos interpersonales⁵⁷. Siendo complementario, para alcanzar la calificación de *gravedad suprema*, el que subsista el hecho de que el menor se encontrase presente en el momento de la agresión, o al menos pudiera haberlo estado, para establecer la relación directa entre la gravedad del delito cometido y el impacto en los menores⁵⁸.

Más laxos son, en cierta medida, los criterios jurisprudenciales para lograr la privación parcial de la patria potestad a consecuencia de la violencia de género⁵⁹. Así pues, los supuestos de privación parcial de la patria potestad, en forma de suspensión temporal en el ejercicio de la misma, se concretizan a partir de los siguientes grupos, que no son muestra de una tendencia

⁵⁷ Lo expuesto es una síntesis de los argumentos dados en distintas resoluciones del Tribunal Supremo comenzando en la STS nº568/2015 de 20 de septiembre (ROJ 4122/2015); y siguiendo por STS nº 247/2018 de 24 de mayo (ROJ 2003/2018) y STS nº0452/2019 de 8 de octubre (ROJ 3035/2019).

⁵⁸ Vid. STS nº 118/2017 de 23 de febrero (ROJ 691/2017).

⁵⁹ Sirve como base dogmática el análisis obtenido fruto del estudio consignado en REYES CANO, P.: "La patria potestad a examen ante la violencia de género". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Universidad de Granada*, nº51, 2017, pp.348-353.



jurisprudencial unánime y pacífica, sino una síntesis de una solución que se nos antoja enormemente casuística:

1ª Cuando el padre se encuentra en prisión privado de libertad por hechos relativos a la comisión de delitos relacionados con la violencia de género⁶⁰.

2ª La más preeminente, cuando subsiste medida de alejamiento o prohibición de comunicación respecto de la madre y/o de los hijos menores, por el ejercicio de acciones violentas tanto sobre ella como sobre aquellos⁶¹. Así como cuando el padre exterioriza, con carácter habitual, comportamientos violentos reiterados e indubitados en el contexto familiar que obligan a apartarle del cuidado de los hijos menores hasta que en el orden penal sus responsabilidades queden depuradas⁶². Siendo el compartido fundamento el preservar el sentido profiláctico con que dichas medidas habían sido impuestas al agresor, las cuales impiden la necesaria comunicación entre los progenitores para consensuar determinados aspectos de la vida de sus vástagos.

3ª Cuando la conducta del padre viene marcada por una inactividad absoluta enfocada a la dejadez reiterada de sus obligaciones y a la obstrucción en las

⁶⁰ Vid. STS nº 319/2016 de 13 de mayo (ROJ 2129/2016), SAP Madrid nº1038/2015 de 7 de diciembre (ROJ 17587/2015) y SAP Barcelona 338/2015 de 20 de mayo (ROJ 5076/2015).

⁶¹ Vid. SAP Madrid nº235/2016 de 14 de abril (ROJ 4606/2016) y SAP Cáceres nº274/2016 de 20 de junio (ROJ 409/2016).

⁶² Principalmente SAP Valencia nº67/2017 de 23 de enero (ROJ 156/2017). También, en solución similar STS nº54/2011 de 13 de mayo (ROJ 505/2011) y SAP Madrid nº926/2015 de 3 de noviembre (ROJ 15204/2015).



decisiones importantes para con los hijos⁶³. En el mismo sentido también los impagos sucesivos y deliberados de las distintas cuotas relativas a la pensión de alimentos han sido interpretados como un incumplimiento más que manifiesto de los deberes inherentes a la patria potestad capaz de motivar su privación para el ejercicio de la misma⁶⁴.

Como corolario a lo expuesto, y tras observar los criterios jurisprudenciales aplicables a la privación de la patria potestad al progenitor que ejerce violencia en el seno familiar, la viabilidad de la pretensión modificativa orientada en tal sentido se antoja dificultosa.

En cuanto a la privación total, y retirar en consecuencia a D. Pedro su titularidad y ejercicio, su prosperabilidad se antoja, desde luego, altamente inviable. El criterio de la *gravedad suprema* marcado por el Tribunal Supremo es notablemente distinto a la situación de violencia de género a la que nos encontramos, ya que para la calificación indicada se requiere de la realización de conductas extremadamente cruentas en el seno familiar, identificadas inequívocamente con la tentativa o consumación de muerte al otro cónyuge.

Mayores opciones de viabilidad ofrece el planteamiento de una modificación orientada a obtener la privación parcial de la patria potestad a D. Pedro, apartándole del ejercicio de la misma. Para ello, habría de basar la fundamentación de la acción en la

⁶³ Vid. SAP Alicante nº321/2015 de 18 de septiembre (ROJ 2802/2015) y SAP Madrid nº926/2015 de 3 de noviembre (ROJ 15204/2015).

⁶⁴ Vid. SSTS nº621/2015 de 9 de noviembre (ROJ 4575/2015) y nº291/2019 de 23 de mayo (ROJ 1661/2019).



combinación de los criterios 2º y 3º marcados por nuestra jurisprudencia para tales efectos y antes expuestos. Ello implica evidenciar, primeramente, que subsiste vigente una orden de alejamiento y prohibición de comunicación contra D. Pedro respecto de la madre que impide de manera ineludible el contacto sano y estrecho que se requiere exista entre los progenitores para el cuidado de hijos. Aunado a la dejadez del padre, persistente y contumaz, en el cuidado de los menores al no haber abonado nada en concepto de gastos extraordinarios desde el fin de la relación conyugal y alguna contribución ordinaria de alimentos, mostrando un desentendimiento más que manifiesto.

1.2.b) Suspensión del régimen de visitas

Tras la ruptura del vínculo conyugal, resulta una cuestión de absoluta prioridad el preservar, siempre en armonía al *favor filii*, aquellos vínculos que mantenía con sus familiares anteriormente. Es por ello que el art. 94.1 CC consagra, en caso de no acordarse la guarda y custodia compartida, el régimen de visitas, estancia y comunicación en favor del cónyuge no custodio, con el fin de proteger el interés superior del menor garantizando esos vínculos o lazos afectivos y emocionales con ambos progenitores así como con otros familiares, como abuelos o allegados, si estos consienten⁶⁵. El régimen de visitas no queda configurado como un mero derecho, sino un complejo derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad el satisfacer los deseos o derechos de los progenitores únicamente, sino también cubrir las necesidades

⁶⁵ Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *op., cit.*, pp.99-101.



afectivas y educacionales de los hijos en aras de un desarrollo armónico y equilibrado⁶⁶.

Es importante señalar, en relación a lo anterior, que en la institución del régimen de visitas subsiste una razón que resulta primordial tener en cuenta: el régimen de visitas, estancias o comunicación quedan sujetas al criterio de flexibilidad en su adopción por el juzgador, o dicho de otro modo, la determinación de la forma en que habrán de desarrollarse debe obedecer a un juicio prudente y ponderado de las circunstancias concurrentes en cada caso en relación al interés superior del menor⁶⁷.

La importancia del mantenimiento de las relaciones paterno-filiales tras la ruptura es algo esencial, pero lo cierto es que, si transponemos tal cuestión a aquellas en las que se encuentra presente la violencia de género, resulta sencillo intuir que aquellas han de ser revisadas desde otra óptica. Y es que, razonablemente, no pueden considerarse equivalentes un contexto familiar saneado en el que el crecimiento y desarrollo a nivel emocional del menor se encuentra garantizado, a pesar de la ruptura, con otro en el que los hijos han tenido que sufrir los malos tratos del padre hacia la madre. No es extraño observar, a tales efectos, la presencia habitual de miedo ante el encuentro paterno, fruto de los antecedentes de convivencia familiar anteriores y el inadecuado comportamiento del padre durante las visitas, aunado a una sensación de,

⁶⁶ Vid. STS nº569/2016 de 28 de Septiembre (ROJ 4281/2016).

⁶⁷ Dicho criterio de flexibilidad se encuentra más que asentado en la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo. Por todas: SSTs nº 632/2004 de 28 de junio (ROJ 4535/2004), nº 90/2015 de 20 de febrero (ROJ 90/2015), nº581/2019 de 5 de noviembre (ROJ 3612/2019) y nº100/2020 de 12 de febrero (ROJ 445/2020).



por un lado, inatención durante su compañía y, por otro, de su utilización para controlar a la madre⁶⁸. Lo cual resulta clave para considerar como necesario el rehusar de la aplicación de modelos estandarizados de régimen de visitas, concebidos generalmente para ser usados en procesos de separación y divorcio sin presencia de elemento violento alguno y que no tienen en cuenta las secuelas psicológicas de los menores derivadas de ello ni las dinámicas de la relación triangular padre maltratador-hijo-madre⁶⁹.

De una forma similar a como sucede en la privación de la patria potestad, no existe un criterio legal que determine con precisión y automatismo en qué supuestos el juez debe suspender o limitar el régimen de visitas, estancias y comunicación; pues según determina

⁶⁸ Vid. PÉREZ CABALLERO-MEDINA, M. T., PÉREZ JIMÉNEZ, F., DÍAZ ROSADO, M. y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, N.: "Investigación cuantitativa sobre cómo afecta el régimen de visitas a menores víctimas de violencia de género". En CASADO MEJÍA, R. et al: *I+G Aportaciones a la investigación sobre mujeres y género, V Congreso Universitario Internacional de investigación y género*, Ed. Siemus, @rea Digital 2.0, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2014, pp.1200-1203.

Las afirmaciones que recoge esta fuente, y que han sido reproducidas en el texto, son resultado del estudio de campo llevado a cabo con menores atendidos en el Servicio de Atención e Intervención a Menores Víctimas de Violencia de Género ofrecido por Asociación DÉMETER por la Igualdad en Málaga; a través de una muestra de 269 menores estudiados con edades comprendidas entre los 0 y los 17 años.

⁶⁹ Vid. CANO PÉREZ, A. I., DE CELIS MATUTE, E. y SÁNCHEZ SILVA, B.: "La figura paterna en violencia de género y régimen de visitas". En ROMERO SABATER, I.: *Intervención psicológica en menores expuestos a la violencia de género. Aspectos teóricos y clínicos*, Ed. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, Madrid, 2016, pp. 73-76.



el art. 94 CC, simplemente se indica que el juez podrá proceder a la suspensión o limitación del mismo ante graves circunstancias que así lo aconsejen. Si nos remitimos a la Ley Integral, en su art. 66, la única obligación que para el juez se deriva en el marco de la violencia de género-régimen de visitas es pronunciarse sobre la forma en que se ejercerá y la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, con seguimiento periódico de su evolución, pudiendo o no suspender el referido régimen de visitas, estancias o comunicación.

La búsqueda de evidencias relativas al encaje práctico en nuestros tribunales de la violencia de género a la hora de configurar el régimen de visitas, nos lleva apreciar una tendencia jurisprudencial proclive a tomar en consideración tal manifestación como un elemento decisivo a la hora de dibujar ese marco de relaciones padre-hijo, con la consecuencia de la suspensión o limitación en función del criterio sobre el que habrá de pivotar o ponderarse la decisión: el *factor riesgo*.

La anterior síntesis se corresponde a partir de lo dispuesto por el Tribunal Supremo desde el año 2015, cuando decidió sentar como doctrina jurisprudencial que *“el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes”*, como forma de dar cumplimiento al art. 2 de la LO 8/2015 ya comentado en este trabajo⁷⁰.

⁷⁰ Nos referimos a la Sentencia clave en el marco de la cuestión, la STS nº680/2015 de 26 de noviembre (ROJ 4900/2015). En este supuesto de hecho, el factor de riesgo se



Lo cierto es que el alto tribunal ha encontrado en el elemento *factor riesgo* el hilo conductor capaz de poner en común el art. 94 CC y el art. 66 de la Ley Integral, pieza que a nivel normativo había sido declarado en ausencia anteriormente en este trabajo; y aunque pueda parecer otro concepto indeterminado, lo cierto es que no es así. Puede inferirse para cada caso concreto con relativa precisión a la luz del conjunto de pruebas practicadas, y en especial, de los informes psicosociales, capaces de ilustrar de forma decisiva y determinante al tribunal sobre las restricciones y progresividad en el régimen de visitas cuando se proceda a su limitación⁷¹. En complemento, el alto tribunal también ha precisado en qué supuestos, o bajo qué criterios, la progresión en el régimen de visitas que con anterioridad se encontraba restringido se considera realizada en favor del interés superior del menor: cuando el informe psicosocial determine el no riesgo para el menor, los técnicos del PEF muestren su dictamen favorable para la progresión y, particularmente en este supuesto, la estancia vaya a realizarse en compañía de otros adultos, como los abuelos⁷².

extrae, a la luz de las pruebas practicadas, como consecuencia lógica de que una de las hermanas, además de la propia madre, había sufrido malos tratos por parte del padre.

⁷¹ Vid. STS nº 598/2015 de 27 de octubre (ROJ 4452/2015). En esta resolución, se muestra un claro apego por parte del tribunal a las valoraciones hechas por los profesionales. Lejos de lo mantenido por ciertos sectores de la doctrina científica sobre el apartamiento de los jueces de las consideraciones y apreciaciones de los técnicos, tal como hemos mencionado con anterioridad en este trabajo.

⁷² Vid. STS nº 569/2016 de 28 de septiembre (ROJ 4281/2016).



La doctrina del Tribunal Supremo que hemos expuesto ha sido completada y reforzada por las audiencias provinciales en algunos aspectos periféricos que, de igual forma, necesitaban ser precisados. Tal como en la siguiente relación exponemos.

-La Audiencia Provincial de Madrid ha tenido a bien dejar en claro que, la progresividad del régimen de estancias del padre maltratador, no puede llegar a alcanzar una amplitud tal que suponga aplicar una guarda y custodia compartida de facto, pues por muy favorables que resulten los informes psicosociales, la regla de exclusión del art. 92.7 CC no puede desvirtuarse⁷³.

-La Audiencia Provincial de Ourense ha optado por eliminar todo contacto durante el cumplimiento de la pena de prisión, estimando que lo más adecuado para el interés del menor sea el comienzo de las visitas en el PEF una vez haya recuperado la libertad⁷⁴.

-La Audiencia Provincial de Cádiz ha profundizado aún más a la hora de desvirtuar la posibilidad de tomar en consideración el denominado Síndrome de Alienación Parental⁷⁵, no sólo por dudar de su existencia, sino

⁷³ Vid. SAP Madrid nº 153/2020 de 14 de febrero (ROJ 846/2020).

⁷⁴ Vid. SSAP Ourense nº238/2019 de 13 de junio (ROJ 423/2019) y nº404/2019 de 5 noviembre (ROJ 715/2019).

⁷⁵ Sin ánimo de exhaustividad, el Síndrome de Alienación Parental debe ser entendido como una alteración, descrita por un sector de la doctrina científica y discutida por otros tantos, que surge a consecuencia del proceso de *programación* o manipulación a un hijo por parte de uno de los progenitores para que rechace al otro. Vid. TEJEDOR HUERTA, A.: "Intervención ante el Síndrome de Alienación Parental" *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 17, 2007, pp. 81 y 82.



también reconociendo que no es más que una construcción o parapeto enfocado a enmascarar lo que en realidad son consecuencias o síntomas derivados del sufrimiento padecido por los niños a consecuencia de la situación de maltrato familiar⁷⁶.

-Importante también, tener en cuenta que la Audiencia Provincial de Murcia, ante una situación de malos tratos capaz de proyectar riesgo a nivel familiar en distintas direcciones, decide suspender totalmente el régimen de visitas con el padre y, durante 6 meses, con los abuelos paternos⁷⁷.

-Por último, la Audiencia Provincial de Badajoz acordó la limitación del régimen de visitas de un padre, tomando como elementos sustentantes de la resolución la existencia de procedimientos de violencia de género, que aunque recayó sentencia absolutoria en los mismos, existe una relación de conflicto en sentido objetivo y

Junto con las denuncias falsas, la consideración de que las leyes criminalizan y la consecuente interpretación de los hombres como verdaderas víctimas del sistema el SAP ha sido considerado como uno de los mitos negacionistas del problema de la violencia de género. Vid. BOSCH FIOL, E. y FERRER PÉREZ, V.: "Nuevo mapa de los mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI". *Psycothema*, Vol. 24, nº 4, 2012, p. 550.

⁷⁶ Vid. AAP Cádiz nº 51/2020 de 3 de febrero (ROJ 125/2020). Como apoyo científico a lo indicado en la resolución, es decir, a la hora de ilustrar el problema del uso del Síndrome de Alienación Parental para ocultar problemas de maltrato intrafamiliares, consultar el estudio de PEREDA BELTRÁN, N. y ARCH MARÍN, M.: "Abuso sexual infantil y síndrome de alienación parental: criterios diferenciales". *Cuad Med Forense*, vol. 15, nº 58, 2009, p. 281.

⁷⁷ Vid. SAP Murcia nº104/2020 de 30 de enero (ROJ 472/2020).



riesgo, pues quedó acreditado que, durante sus turnos de visitas en el PEF, el padre realizó diversos comentarios ofensivos y denigrantes sobre la madre a la propia menor, fue detenido con anterioridad en diversas ocasiones en el domicilio familiar y también sufrió la hija una peligrosa intoxicación medicamentosa estando bajo compañía paterna⁷⁸.

A partir de una interpretación conjunta de los anteriores criterios marcados por nuestra jurisprudencia, y tomando como complemento los efectos nocivos descritos que se derivan del contacto reiterado entre los menores y el padre maltratador, lo cierto es que tras su examen la solicitud de suspensión del régimen de visitas en nuestro supuesto de hecho posee serios fundamentos de resultar estimada y aplicada por el tribunal.

Concretamente nuestra afirmación nace del estudio del *factor riesgo* concurrente en nuestro supuesto: la reiteración de las amenazas que tanto por medios directos como por terceras personas D. Pedro le realizó a D. Laura, marcadas por un contenido altamente cruento y significadamente meditado –como es el ejecutar tales como exponerse en redes sociales con un hacha y un ataúd en la plaza de garaje de la vivienda familiar- además de otras conductas tales como las agresiones físicas y verbales. Pero más aún, D. Pedro demuestra un claro uso indebido del marco de comunicaciones amplio suscrito por convenio, al enviar a una de sus hijas, por medio de mensajería instantánea, reiterados insultos claramente denigrantes y referidos a la madre; lo cual ha sido claramente percibido por los menores aun a pesar de su corta edad, quienes refieren miedo y temor a las estancias con su padre.

⁷⁸ Vid. SAP Badajoz (Sección 3ª, Mérida) nº 229/2019 de 14 de noviembre (ROJ 1476/2019).



Elemento el del *factor riesgo* concurrente que se concretiza también a través de dos circunstancias más: la calificación del riesgo que pende sobre D. Laura a través del sistema VIOGEN como "alto" y el manifiesto desprecio de D. Pedro a la orden de protección dictada con carácter cautelar y para la salvaguarda de D. Laura, al quebrantar la medida de prohibición de acercamiento a menos de doscientos metros.

En definitiva, las circunstancias de hecho del caso son suficientes para considerar viable que el tribunal suspenda, con carácter total y tiempo indefinido, el régimen de visitas, estancias y comunicación de D. Pedro con sus tres hijos menores. O al menos, dentro de la flexibilidad de caracteriza al régimen de visitas, proceda a restringir el carácter amplio consagrado en el convenio regulador y que hasta ahora venía disfrutando; y en su caso, determine que las visitas y comunicaciones se realicen siempre en el punto de encuentro familiar (PEF) bajo la supervisión del personal técnico.

1.3. Planteamiento procesal de la acción.

Expuestos los criterios materiales de aplicación, réstanos explicar el planteamiento procesal de la acción de modificación de medidas.

En primer lugar, no está de más apuntar que D. Laura y D. Pedro están legitimados activa y pasivamente. Es decir, D. Laura para ejercitarla y D. Pedro soportar el peso de la acción, como extremos de la relación jurídica dimanante del contexto de crisis matrimonial (arts. 10 y 775.1 LEC).

En segundo lugar, el dilema central del planteamiento reside en dilucidar si ha de ser entablada la acción de modificación de medidas en un



procedimiento independiente o si, por el contrario, puede ser planteada de contrario frente a la pretensión de modificación de medidas instada por D. Pedro, a través del instrumento de la reconvencción, en aras de preservar el principio de economía procesal y evitar en consecuencia una duplicidad de procedimientos sobre cuestiones tan esenciales y que tan de lleno afectan a los menores.

Para ello hemos de remitirnos a lo dispuesto en el art. 770.2º LEC, precepto en que se regula el procedimiento a seguir en las acciones de modificación de medidas, por remisión del art. 775.2 LEC. En el art. 770.2 LEC, como decimos, se determinan los supuestos en los que únicamente se admite reconvencción: a) Cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio. b) Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio. c) Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación. d) Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.

Extraemos, a la luz del apartado 770.2.d) LEC, que la reconvencción queda habilitada en nuestro supuesto. Aunque el objeto de la acción de modificación que pretendemos plantear sea una cuestión relativa a los hijos menores y, por ende, de *ius cogens* o derecho necesario, el juez, a la luz del contenido del escrito de demanda de D. Pedro, no ha de pronunciarse sobre las mismas, por no quedar afectadas en ningún caso. Ello es debido a que D. Pedro, como en sucesivos apartados detallaremos más en profundidad, únicamente pretende la modificación de la cuestión relativa a la pensión de alimentos, y sobre ello giran todos sus argumentos de hecho y de derecho, circunscribiendo su causa de pedir



al ámbito estrictamente económico y a los cambios presuntamente acaecidos en su vida profesional y laboral, sin que se introduzca ni circunstancia ni petición alguna relativa a los extremos de guarda y custodia, régimen de visitas o patria potestad de los hijos. Por tanto, sin circunstancia relevante introducida, el contenido de tales extremos se mantendría inane.

Resulta no sólo admisible, sino también preceptivo, el realizar una reconversión expresa en nuestro supuesto para solicitar la modificación de medidas de suspensión del régimen de visitas y privación para el ejercicio de la patria potestad a D. Pedro a consecuencia de la violencia de género. Ello obedece no sólo a una actuación enfocada a preservar firmemente el principio de economía procesal, sino a respetar el correcto Derecho de Defensa y Contradicción de D. Pedro, consagrado en el art. 24.2 CE, ante una ampliación tan relevante del objeto del proceso, por el carácter marcadamente sustancial de los hechos introducidos. Defensa que no quedaría garantizada si simplemente D. Laura introdujera las alegaciones relativas a tales extremos en su contestación a la demanda, sin reconvenir expresamente, como si de una reconversión implícita se tratase⁷⁹.

Sentada la cuestión del planteamiento de la acción de modificación en demanda reconventional y no en procedimiento independiente, queda un último aspecto procesal específico para garantizar la viabilidad de la acción: lograr que en el seno del proceso se realice una correcta evaluación y audiencia de los menores que evidencie la situación de violencia de género sufrida.

⁷⁹ A este respecto, vid. SAP León nº48/2014 de 13 de marzo (ROJ 316/2014), SAP Las Palmas nº218/2008 de 7 de abril (ROJ 1387/2008) y STSJ Aragón nº15/2014 de 28 de marzo (ROJ 320/2014).



Para ello, resulta preceptivo acudir al instrumento de la solicitud de práctica de prueba anticipada.

En el sentido establecido en nuestra LEC, el mecanismo de la solicitud de prueba anticipada consiste en pedir al juzgador la práctica de un medio de prueba determinado, en momento procesal distinto al que ordinariamente correspondería, incluso anterior a la existencia misma del proceso, cuando concurren ciertas circunstancias que obliguen a ello con vistas a evitar la frustración del derecho de quien lo proponga⁸⁰. Por ello, en virtud del art. 293.1, se solicitará que se realice exploración judicial y evaluación por parte del equipo psicosocial, sobre los tres hijos menores, a fin de que los profesionales emitan informe sobre los siguientes extremos: a) el grado de afectación de los menores a consecuencia de la violencia ejercida por D. Pedro, b) idoneidad de los progenitores y capacidad para cuidar y atender a sus hijos y c) sobre la conveniencia, en relación a los hijos menores y su bienestar, de suprimir el régimen de visitas. Prueba que también podría ordenar el juez de oficio que fuera practicada, en virtud del art. 770.4ª LEC.

Dentro del planteamiento procesal de la acción de modificación de medidas, nos resta por despejar una última duda: la competencia del órgano que conocerá de la misma, es decir, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima, en nuestro supuesto D. Laura, por aplicación del art. 87 ter 3 LOPJ o el que dictó la sentencia de separación, en virtud del art. 775.1 LEC.

⁸⁰ Vid. ASECIO MELLADO, J.M.: "De la prueba. Disposiciones generales." En GIMENO SENDRA, V.: *Proceso civil práctico. Comentarios a la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 844-846.



El Tribunal Supremo ha resuelto esta cuestión determinando que será competente el Juzgado de Violencia contra la Mujer, siempre que la demanda de modificación de medidas se interponga en fecha en que el procedimiento penal esté en trámite, es decir, no archivado, sobreesido o finalizado por extinción de la responsabilidad penal⁸¹, lo cual, es lo que sucede en nuestro supuesto.

No obstante, a pesar de tomar en cuenta que para conocer de la acción de modificación de medidas planteada es el JVM del domicilio de la víctima el órgano competente, para nuestro supuesto de hecho no resulta necesario plantear ninguna cuestión de falta de competencia del juzgado ante el que presentó la demanda D. Pedro siguiendo lo dispuesto en el art. 775.1 LEC., que fue el mismo que dictó la sentencia de separación, y ello por una sencilla razón fruto de la casualidad: El Juzgado de Primera Instancia nº1 de LOCALIDAD00 es un juzgado mixto, lo cual implica que además conoce de la instrucción de delitos, que además tiene atribuidas competencias en materia de violencia sobre la mujer, siendo coincidente con el domicilio de D. Laura al sufrir los actos de violencia relatados.

En caso contrario, de no haber resultado la situación de la manera en que hemos relatado en el párrafo anterior, habría de haberse formulado por parte de la representación de D. Laura no una declinatoria para denunciar la falta de competencia del órgano que recibió la demanda, sino simplemente presentar testimonio de la incoación de diligencias previas o de la orden de

⁸¹ Vid. AATS de 14 de junio de 2017 (ROJ 6560/2017), de 13 de septiembre de 2017 (ROJ 8344/2017) y el ya citado de 19 de febrero de 2019 (ROJ 2527/2019).



protección adoptada ante el Juzgado de Primera Instancia nº1 de LOCALIDAD, donde entabló su acción de modificación de medidas D. Pedro, en virtud del art. 775.1 LEC, para que este se inhibiera en favor del JVM del domicilio de D. Laura, por aplicación del art. 49 *bis*. apartados 1 y 4 LEC.

2. Corrección de la situación de menoscabo económico

Solventada la primera cuestión práctica sometida a dictamen, y tras determinar el grado de viabilidad de la acción de modificación de medidas en lo relativo a la suspensión del régimen de visitas y privación de patria potestad, es momento de centrar nuestra atención en un segundo aspecto, también de enorme importancia: determinar la forma en que D. Laura puede revertir el daño económico que en el seno familiar la acción de D. Pedro produce. Para ello, resulta preceptivo reproducir de nuevo desde qué vías tal menoscabo se produce. Una vez identificadas las vías, podremos determinar la solución aplicable al caso.

Por un lado, D. Pedro ha mostrado su reiterada negativa a abonar cualesquier clase de gasto extraordinario relativo a los hijos menores, aun a pesar de que a ello se obligó, por mitades, con D. Laura, fruto del convenio regulador suscrito por las partes y aprobado en sede judicial. Ello ha obligado a la última a hacer frente a la totalidad de tales conceptos, aun a pesar de que únicamente subsiste de los escasos y esporádicos trabajos que realiza. Siendo gastos que afectan a aspectos esenciales de la vida de los menores: vacunas, clases de refuerzo, gastos de material escolar, ortodoncias etc. Además de cuatro mensualidades no pagadas en concepto de pensión de alimentos, ascendiendo todo ello a 4.100 euros.



Por otro lado, D. Pedro pretende una modificación de medidas relativa a la reducción en el importe que en concepto de pensión de alimentos quedó comprometido, ya que, considerando excesiva la cantidad de 650 euros para el mantenimiento de tres criaturas, estima que lo justo y equilibrado dada su dificultosa situación económica, es fijar una cuantía mensual de 300 euros. Situación calamitosa que, expuesta en su escrito de demanda presentada ante el Juzgado de Primera Instancia Nº1 de LOCALIDAD de modificación de medidas, toma como principales puntos de apoyo los siguientes:

1.Una negativa situación profesional y laboral padecida con posterioridad a la ruptura sufrida. Situación que, manifiesta, le ha dejado en práctica situación de pobreza.

D. Pedro expone haber sido despedido de la empresa de automóviles Sociedad Anónima Coches A, donde percibía 1500 euros mensuales, y, tras comenzar a trabajar en Sociedad Anónima Coches B, asegura percibir en la actualidad únicamente 1280 euros. Cantidad que, tras detraer los 650 euros mensuales de pensión y los 360 relativos a la cuota hipotecaria, le dejan en situación que, a su entender, merece la consideración de calamitosa y de indignidad manifiesta. En adición a haber sufrido un Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) los meses de abril a julio de 2020 a consecuencia de la pandemia de SARS-COV-2.

2.El padecimiento intermitente derivado de lo que, considera, son los efectos propios de un convenio regulador configurado de manera abusiva en su contra y con absoluta falta de rigor práctico por el letrado que lo



redactó, que socavó sus intereses sin él saberlo ni ser suficientemente consciente.

Tal abusividad se concretiza, según el criterio seguido en el escrito de demanda, en que en dicho acuerdo se califica como extraordinarios gastos, concretamente los libros escolares, las clases de refuerzo o las vacunas, aquellos que no son más que gastos ordinarios que forman parte y son propios de lo que se espera normal en el crecimiento de los menores. Circunstancia que aceptó, dice en su escrito de demanda, motivado por la insistencia del anterior letrado, por ignorancia y desconocimiento real de las consecuencias y por estar absorto de la realidad y fuertemente mermado en sus capacidades fruto de la dureza que representaba la ruptura.

Con todo ello, el cambio en sus condiciones laborales y la lesividad del convenio, representan motivos suficientes para apreciar y estimar, entiéndase que según criterio del actor, la concurrencia de una alteración objetiva y sustancial de las circunstancias que en su día sirvieron de base para la firma del convenio.

2.1. Oposición a la pretensión de modificación del actor

La pretensión de modificación instada por el actor tiene, en caso de ser estimada, serios visos de afectar profundamente a la sostenibilidad y bienestar del núcleo familiar, siendo por tanto una necesidad enteramente acuciante el formular, en el escrito de contestación a la demanda, oposición a la misma. Una oposición que necesariamente pasa por negar la concurrencia de un cambio objetivo y sustancial de las circunstancias, y evidenciar, que, lo que se pretende, es una revisión arbitraria de una sentencia firme. Revisión que conduce



a una finalidad nada alentadora: reducir de manera más que drástica la supervivencia económica de los hijos menores en lo más básico.

Para ello, se requiere aplicar una serie de pasos que a continuación exponemos y que, en esencia, estructuran la correcta oposición a la pretensión del actor.

1. *Levantamiento del velo de pobreza*. Resulta prioritario evidenciar la capacidad económica y de ingresos real de D. Pedro y que, la variación de circunstancias alegada, no es más que una mera apariencia o estratagema.

En primer lugar, ha de explicarse con atención una cuestión tremendamente importante: D. Pedro no ha sido de despedido de Sociedad Coches A para ser contratado en Sociedad Coches B, sino que ha concurrido una sucesión de empresa a tenor y efectos del art. 44 ET. Y que, en ningún caso ha sufrido una rebaja salarial, sino que, la diferencia se explica de manera enormemente sencilla: en Coches A, se realizaban doce pagas de unos 1500 euros, es decir, con las pagas extra prorrateadas, mientras que en Coches B, se realizan 14 pagas de 1280 euros, no existiendo minoración patrimonial alguna. Es importante señalar que, D. Pedro, inteligentemente, con su escrito de demanda, no aporta nómina alguna, sino los recibos de ingresos bancarios realizados por su empleadora por valor de 1280 euros.

En segundo lugar, importante también, mostrar al juzgador los signos externos de capacidad económica de D. Pedro, siendo tremendamente útil aportar con el escrito de contestación principalmente fotografías tomadas de sus redes sociales en las que aparece D. Pedro realizando actividades de enorme coste que no se corresponden en lo absoluto con la situación económica tan penosa que dice estar sufriendo (Viajes, actividades



deportivas en el extranjero, adquisición de nuevos vehículos etc.).

En tercer lugar, resulta preceptivo aportar con el escrito de demanda evidencias de la realización de actividades económicas paralelas a su empleo en Sociedad Coches B. Principalmente, por información facilitada por D. Laura, se procede a obtener y aportar nota informativa del Registro Mercantil que acredita que D. Pedro es administrador único de otra empresa en la actualidad: Sociedad Coches C, circunstancia que omite en su escrito de demanda.

Por último, para completar y cerrar lo relativo al levantamiento del *velo de pobreza*, resulta preciso acudir a un mecanismo previsto en nuestra LEC ya expuesto en nuestro trabajo: la solicitud de práctica de prueba anticipada, en aplicación de los arts. 293.1 y 294.1 LEC. Esta vez, el contenido de dicha práctica probatoria tendrá carácter documental, y versará su contenido sobre los siguientes extremos. Primeramente, que se remita comunicación al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) para que con vista a sus archivos libre informe completo sobre el historial laboral de D. Pedro que habrá de unirse a los autos. En segundo lugar, que se remita comunicación a dichas empresas que obren en el informe del INSS para que libren al juzgado las seis nóminas últimas de D. Pedro. Por último, que se remita comunicación a la oficina de averiguación patrimonial para emitir información sobre los bienes y cuentas en entidades bancarias de D. Pedro.

La razón subyacente que motiva la petición de la anterior prueba anticipada reside en dos motivos: primero, por ser información no facilitada a particulares y que la parte no puede obtener por sí misma., y segundo, porque el resultado de tales averiguaciones



terminará por determinar con exactitud el alcance de la capacidad económica real de D. Pedro, en adición a la suficiente información sobre tal extremo que la parte de D. Laura aporta.

La desestimación de la pretensión modificativa pretendida por el actor depende, casi por completo, del estado de la capacidad económica real del mismo. Pues, de verificarse que posee solvencia más que suficiente para afrontar el pago de sus obligaciones paternofiliales, ningún cambio objetivo y sustancial en las circunstancias se habrá producido para motivar la reducción de la pensión de alimentos.

2. Aplicación de la doctrina *pacta sunt servanda* y del principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Para evitar la alteración que D. Pedro pretende de la calificación de ciertos gastos extraordinarios para su posterior consideración como ordinarios, es necesario invocar ambos principios, que actúan como reglas inspiradoras de nuestro sistema contractual⁸².

Primeramente, la regla *pacta sunt servanda*, consagrada en el art. 1091 CC, que en esencia determina que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos. En esencia, el contenido del pacto o contrato a ha de seguirse y cumplirse por las partes en atención a los extremos en el mismo consignados, en virtud de la relación obligatoria consolidada fruto de la voluntad de las partes.

⁸² En este sentido, SSTS nº53/2014 de 5 de febrero (ROJ 231/2014), nº236/2015 de 30 de abril (ROJ 1702/2015) y nº44/2017 de 25 de enero (ROJ 175/2017).



Seguidamente, en estrecha relación con lo anterior, es de aplicación el respeto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, consagrado en los arts. 1255, 1256 y 1258 del Código Civil. En síntesis, de tales preceptos se deriva, en primer orden, que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. En segundo lugar, se desprende que una relación fundada en la voluntad recíproca implica que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. En tercer y último lugar, la voluntad de las partes determina que los contratos que se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

La combinación de ambas reglas determina la inalterabilidad de lo pretendido por D. Pedro, por mucha jurisprudencia al respecto que determine los gastos de vacunación, material escolar o clases de refuerzo como gasto ordinario. Y es que el considerar expresamente las partes tales partidas como gastos extraordinarios en un convenio regulador no afecta orden público familiar, entendido como el núcleo que integra el ámbito organizativo, vínculos, situaciones y potestades de los miembros de la familia⁸³, que sirve de barrera a la autonomía de la voluntad de las partes, por el interés público existente en amparar el sostenimiento de la

⁸³ Vid. ACEDO PENCO, A.: "El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y jurisprudencia". *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, nº14, 1997, pp. 365 y 366.



estructura de la familia y sus intereses, incluyendo la dignidad de los miembros que la componen⁸⁴.

En nuestro supuesto, el pacto que en su día suscribieron las partes al calificar tales gastos como extraordinarios en lugar de ordinarios es más favorecedor al interés superior del menor, ya que implica que los padres han de realizar un mayor esfuerzo económico en satisfacer las necesidades de sus hijos en determinados aspectos esenciales como la vestimenta y material escolares, vacunas, tratamientos odontológicos etc.

2.2. Mecanismos para hacer frente a los impagos de pensiones

2.2. a) La acción penal: el delito de abandono de familia (art.227 CP)

Comenzando desde la perspectiva penal, realizando una búsqueda del tipo previsto por el legislador para paliar la violencia económica en el ámbito familiar, debemos remitirnos al art. 227 CP cuyo tenor literal es el siguiente: *“El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los*

⁸⁴ Reflexión que, aunque provenga de una fuente antigua, integra muy bien los límites del poder dispositivo o transaccional, al menos desde una perspectiva teórica, de las partes en el derecho de familia. Vid. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “El negocio jurídico del Derecho de Familia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 212, 1962, pp. 775-781.

También, en este sentido, SAP Madrid nº 714/2015 (ROJ 10535/2015).



supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.” Y en su apartado segundo, se indica lo siguiente: “con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior. ”

Introducido en el Código Penal por la LO 3/1989, en la exposición de motivos de la misma se indica que nos encontramos ante un delito de abandono de familia, en su modalidad de incumplimiento de prestaciones judicialmente impuestas, en aras de dotar de protección real a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarla, no siendo, por tanto, una reiteración del delito de desobediencia del 556 CP cuya protección se vincula al principio de autoridad⁸⁵. Queda dibujado por tanto el interés social digno de tutela penal, el bien jurídico, del art. 227 CP.: el derecho de asistencia económica del que son acreedores determinados miembros de una unidad familiar⁸⁶. Queda a su vez constatada la voluntad del legislador penal de preservar, ante incumplimientos de tales prestaciones, los intereses familiares puestos en riesgo desde el plano económico.

De observar el precepto, podemos deducir que el legislador ha decidido consagrar tal protección

⁸⁵ Vid. SALÁS DARROCHA, J. T.: “ El delito de impago de pensiones”. Ed. Aranzadi, *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, nº 10, 2003, p. 5.

⁸⁶ Vid. STS nº 346/2020 de 25 de junio (ROJ 2438/2020).



configurando un delito permanente de tracto sucesivo acumulativo, en el que una vez realizados los requisitos típicos -omisión dolosa del pago durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos- los incumplimientos posteriores constituyen elementos adicionales que se integran o acumulan al mismo delito por la realización de idéntica dinámica omisiva⁸⁷. Y es que, el impago reiterado de las sucesivas pensiones es una circunstancia que, sin lugar a dudas, resulta más que habitual en las situaciones de violencia económica. Ahora bien, para poder hacer efectiva dicha protección penal resulta imprescindible clarificar dos aspectos, de un lado, qué prestaciones quedan encuadradas dentro del tipo, y de otro, la solvencia del sujeto activo.

A partir del primero de los mencionados, siguiendo una interpretación teleológica, esto es, enfocada y acorde a la protección del bien jurídico, debemos integrar todas aquellas que, teniendo contenido económico, hayan sido acordadas por resolución judicial -no sólo en la sentencia del proceso de crisis matrimonial sino también en autos que acuerden tal obligación- al objeto de proteger la integridad personal de quienes se enfrenten a una crisis matrimonial⁸⁸. Quedan incluidas por tanto, también las implantadas en calidad de medidas provisionales o aquellas cuya satisfacción no

⁸⁷ Como bien explicó la Fiscalía General del Estado en su Consulta 1/2007, de 22 de febrero, sobre la delimitación del período objeto de enjuiciamiento en el delito de impago de pensiones del artículo 227 del Código Penal, p. 3.

Como derivado de lo expuesto, se aclara que la prolongación en el tiempo de esta conducta tendrá consecuencias en la delimitación de la responsabilidad civil o a la individualización de la pena (art.66 CP), pero no queda afectado el título de imputación, que se mantiene idéntico.

⁸⁸ Vid. BRAGE CENDÁN, S. B.: 'El delito de impago de pensiones (art. 227. CP) ". *Revista Xurídica Galega*, nº62, 2002, pp. 16-18.



deba realizarse de forma mensual, sino en otros periodos distintos o de forma única, por aplicación del tipo de *recogida* del 227.2⁸⁹. En definitiva, con independencia de cuál sea la naturaleza civil de la prestación, lo verdaderamente relevante a efectos penológicos es que cubra una necesidad básica y que la parte que debía pagar el acusado fuera tenida en consideración al fijarse, en la resolución judicial, para proteger el interés familiar⁹⁰.

Al mismo tiempo, y con igual importancia, la capacidad del sujeto para poder afrontar dichas prestaciones, es otra de las cuestiones que inexcusablemente deben depurarse. Podemos afirmar, sin lugar a dudas, que el motivo central para lograr una absolución por este delito es la incapacidad del sujeto activo de hacer frente a los pagos por haber quedado en situación de desempleo, incapacidad que denota la falta de intencionalidad, elemento esencial para la relevancia penal de la conducta⁹¹. La razón de esto obedece a que

⁸⁹ Vid. *Ibidem*, p. 18.

⁹⁰ Es el razonamiento expuesto en la STS nº 348/2020 de 25 de junio (ROJ 2158/2020), que califica, como conducta punible, los impagos de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario que gravaban la vivienda familiar. En este caso, en la sentencia de divorcio le había sido impuesto el deber de abonar mensualmente a su ex esposa la mitad de la misma (1200 euros) , y a consecuencia de su incumplimiento, aunado a la insuficiencia de recursos de ella para hacer frente a la cuota en su totalidad, aconteció la ejecución del bien que constituía la vivienda familiar, lo que a su vez determina la privación de su hogar a los menores, y con ello de parte de los alimentos que el acusado venía obligado a proveer.

⁹¹ Vid. COLÁS TURÉGANO, M.A.: ‘‘ El bien jurídico protegido en delito de impago de pensiones como instrumento de tutela frente a la desigualdad de género’’. *Actualidad Jurídica*



nos encontramos frente a un delito doloso, en el que el tipo subjetivo se concretiza, además de en el conocimiento de la resolución judicial que le obliga o la situación generadora del deber, en la voluntad de no dar cumplimiento a la obligación, siendo el principal indicador o indicio para su acreditación el hecho de que el sujeto, teniendo capacidad económica suficiente para ello, decida no actuar y darle cumplimiento⁹².

En consecuencia, no corresponde a las partes acusadoras la carga de probar la posibilidad material de cumplimiento de la prestación o que el acusado dispone de medios bastantes para afrontar al pago, pues el hecho mismo de que se haya establecido judicialmente y se mantenga su importe permite inicialmente inferir de manera razonable la posibilidad de pago por el deudor y por lo mismo la voluntariedad de su omisión; lo cual no obsta la posibilidad de que por el acusado se pruebe la concurrencia de circunstancias que hayan hecho imposible el pago, a fin de acreditar la ausencia de dolo en el impago de la prestación debida⁹³. Esto responde a que, la intención del sujeto, por pertenecer al ámbito íntimo de la conciencia humana, ha de ser deducida de los datos objetivos que demuestren o no la existencia de una voluntad renuente, persistente, de incumplir la obligación establecida⁹⁴.

Iberoamericana, Instituto de Derecho Iberoamericano, nº 5 bis, 2016, p. 251.

⁹² Vid. BRAGE CENDÁN, S. B.: *op.*, *cit.*, p. 22.

Mismo razonamiento el seguido en la STS nº 348/2020 de 25 de junio (ROJ 2158/2020).

⁹³ Vid. STS nº 185/2001 de 13 de febrero (ROJ 970/2001). La Audiencia Provincial de Badajoz, en su Sentencia nº 59/2019 de 23 de abril (ROJ 556/2019) se inclina en el mismo sentido a través de una presunción de capacidad económica de aquel a quien el Juzgado civil imputó el pago de una pensión.

⁹⁴ Vid SAP Murcia nº 62/2020 de 2 de junio (ROJ 918/2020).



Como ya se habrá advertido, esgrimir el argumento de la insolvencia puede servir como vía para tratar de eludir tales obligaciones e instrumento para ejercer violencia económica sorteando el castigo penal. Lo cierto es que nuestros tribunales ya se han ocupado de cerrar esta cuestión, dejando claro que tal insolvencia debe ser identificada con una falta absoluta y objetiva de la capacidad de realizar la conducta a la que se encuentra obligado⁹⁵, cercana a la práctica indigencia⁹⁶. No queda admitida tampoco la insolvencia cuando, a partir de los actos voluntarios del sujeto, resulte previsible desembocar en la situación de incapacidad que le impida asumir las obligaciones impuestas⁹⁷.

A la luz de lo expuesto, entendemos que concurren presupuestos suficientes para que D. Laura denuncie tales impagos realizados por D. Pedro y dar comienzo al correspondiente proceso penal por delito de abandono de familia del art. 227 CP. Realizando un sucinto juicio de tipicidad, en nuestro supuesto, D. Pedro ha dejado sin abonar cuatro mensualidades no consecutivas relativas a pensión de alimentos, en adición a todos los gastos extraordinarios a los que, fruto de la sentencia que aprobó el convenio regulador, quedó obligado y que no dejan de ser otra prestación económica a la que quedó comprometida por resolución judicial, como bien exige el apartado segundo del 227 CP. Impagos realizados por su propia y pura voluntad, sin que conste ninguna

⁹⁵ Vid. SAP Oviedo nº 178/2020 de 8 de Mayo (ROJ 1845/2020).

⁹⁶ Ha llegado a afirmar incluso la Audiencia Provincial de Guadalajara en su Sentencia nº 51/2020 de 25 de mayo (ROJ 203/2020).

⁹⁷ Vid. SAP Santiago de Compostela nº 95/2020 de 17 de junio (ROJ 1240/ 2020).



circunstancia concurrente de pobreza o miseria patente que se lo impidiera.

Realizado el anterior sucinto juicio de tipicidad de la conducta de D. Pedro, es importante resaltar que, para que sea perseguida, la denuncia de D. Laura es presupuesto inexcusable, por el carácter semipúblico del delito, en virtud del art. 228 CP. El acudir al proceso penal por tales hechos no implica únicamente el lograr el reproche establecido por nuestro ordenamiento contra D. Pedro, sino obtener y cobrar las cantidades impagadas, en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, art. 227.3 CP.

2.2. b) La acción civil: ejecución en materia de alimentos (art. 776.1 LEC)

Fuera ya de la estricta la órbita penal, en el plano civil también existen vías para canalizar la cuestión del incumplimiento o impago de pensiones como violencia económica, ora porque se ha decidido no denunciar tal situación, ora porque ha devenido impune por alguno de los motivos expuestos hasta ahora. El orden civil, a través de la LEC, contiene una serie de reglas destinadas a hacer efectiva la ejecución forzosa de las medidas adoptadas en los procesos matrimoniales, esté o no presente la violencia de género.

Primeramente ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art 776.1, precepto que determina que el cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérsele por el Letrado de la Administración de Justicia multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711, y sin perjuicio de hacer



efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas⁹⁸.

Para el efectivo cobro de dichas cantidades resulta preceptivo acudir a un procedimiento de ejecución de títulos judiciales con arreglo a las disposiciones establecidas en los arts. 584 y siguientes de la LEC. Para ello, D. Laura ha de instar el correspondiente despacho de ejecución, a través de la interposición de una demanda ejecutiva, tomando como título judicial que sirva de base a la misma la sentencia de separación que aprobó el convenio regulador en todos sus extremos, a tenor de lo dispuesto en el art. 550 LEC en relación al 571.1.3º, sin necesidad de requerir de pago previamente a D. Pedro, por efecto del art. 580 LEC.

Para hacer reforzar la eficacia de la ejecución instada, en el escrito de demanda han de consignarse dos peticiones de indudable importancia:

1.Solicitar la investigación o averiguación patrimonial del ejecutado, ante el desconocimiento de cuán prolífico puede ser el patrimonio de aquel y la más que esperable falta de colaboración del mismo en señalar bienes sobre los que trabar embargo. Para ello, ha de invocarse el art. 590 LEC, que habilita al Letrado de la Administración de Justicia a dirigirse a distintas entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas, para que faciliten la relación

⁹⁸ Vid. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: *op., cit.*, p.124. También, una vez llegado a este punto, señala, acertadamente, la importancia de asegurar judicialmente desde el primer momento procesal la obligación del pago de alimentos, incluyéndolo en la orden de protección como medida civil o en las medidas provisionales.



de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia.

A este respecto, resulta preceptivo mencionar que de hallarse un salario del que D. Pedro sea beneficiario, este podrá ser embargado por completo y en su integridad, sin necesidad de aplicar la escala del art. 607 LEC y sus respectivos tramos. Todo ello por aplicación del art. 608 LEC.

2. Solicitar la ampliación automática de la ejecución por las cantidades de principal que sucesivamente venzan y se devenguen. O lo que es lo mismo, por todos aquellos impagos por conceptos de gastos extraordinarios o mensualidades de alimentos que en el futuro resulten desatendidos mientras se sustancia la ejecución, a tenor de lo dispuesto en el art. 578 LEC.

Ambas peticiones que se adicionaran a la petición de condena de intereses, que se presupuestarán en el escrito de demanda tomando como referencia el tercio del principal pedido, y costas, en atención a los arts. 576 y 583 LEC.

En complemento, desde otra perspectiva distinta a la ejecución, queremos volver a señalar que también en el ámbito civil, nada impide que sea invocado y tomado en cuenta los sucesivos impagos del progenitor en el seno del procedimiento de modificación de medidas para proceder a la privación de la patria potestad por incumplimiento más que manifiesto, y con vistas a ser permanente, del que posiblemente sea el deber más



inherente a la misma: el mantener y alimentar a los hijos⁹⁹.

2.3. Asesoramiento en materia asistencial: el Fondo de Garantía de Alimentos

Ante la eventual imposibilidad de resultar revertido el menoscabo económico sufrido por D. Laura, existe la posibilidad de acudir a otras vías que permitan, al menos de manera asistencial, corregir mínimamente tales padecimientos. Principalmente, hemos de referirnos a la institución del Fondo de Garantía de Alimentos (FGA).

El Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, fue constituido y definido por el Real Decreto 1618/2007 de 7 de Diciembre, en cuya exposición de motivos queda más que asentada su función o utilidad: *“El Estado, ante el fracaso de la ejecución judicial del título que reconoció el derecho a alimentos, debe garantizar ante todo el superior interés del menor, sufragando con cargo a los fondos públicos las cantidades mínimas necesarias para que la unidad familiar en que se integra pueda atender a las necesidades del menor.”* El establecimiento de este tipo de fondos es una manifestación del deber de intervención subsidiaria del Estado propia del estado de bienestar social, que sitúa a los poderes públicos como últimos garantes de las necesidades más básicas de las personas que se hallan en su territorio, ahora concretamente, como concreción del mandato de protección de los hijos y de la familia del art. 39 CE¹⁰⁰.

⁹⁹ Como muestra, la ya señalada STS nº 291/2019 de 23 de mayo (ROJ 1661/2019).

¹⁰⁰ Vid. AZAGRA MALO, A.: *“El Fondo de Garantía de Alimentos. Comentario al RD 1618/2007, de 7 diciembre, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago*



Sin realizar una disertación exhaustiva del conjunto de requisitos exigidos, el fondo tiene por finalidad garantizar el pago de alimentos previamente reconocidos judicialmente, en proceso de crisis familiar, de filiación o de alimentos, en favor de un menor de edad, o mayor de edad con discapacidad superior al 65%, en situación de insuficiencia económica y que, resultando impagados, el resultado de la ejecución ha sido infructuosa¹⁰¹. Afortunadamente, cuando la persona que ostente la guarda y custodia del menor sea víctima de violencia de género, como sucede en nuestro supuesto, en los términos previstos en la Ley Integral la norma prevé su sujeción a un procedimiento de urgencia en el que no será preciso acreditar la dificultad para obtener el pago para el reconocimiento de la prestación¹⁰². Esto último representa un innegable acierto del legislador, pues reconoce que, efectivamente, en el contexto de crisis matrimonial los impagos de las pensiones de alimentos tienen una significación más que relacionada a la violencia de género.

En síntesis, podemos afirmar que la prestación reconocida por el Estado está pensada únicamente para

de Alimentos ". *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº4, 2008, pp. 5 y 6.

¹⁰¹ Los requisitos o presupuestos materiales para su concesión vienen determinados en los arts. 4 al 8 del Real Decreto 1618/2007. La documentación acreditativa ha de ceñirse a lo dispuesto en el art. 14. Precisamente, cobra enorme importancia la necesidad de aportar certificación expedida por el Secretario Judicial que certifique el resultado infructuoso la ejecución, al no haberse obtenido el pago de los alimentos ni haberse trabado embargo sobre bienes propiedad del ejecutado.

¹⁰² También en este sentido DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. *op.*, *cit*, p. 126.



abarcar las necesidades más básicas del menor durante un período limitado de tiempo, ya que se configuran anticipos a cuenta con una cuantía máxima de 100 euros mensuales, incompatibles con otras prestaciones o ayudas públicas por el mismo concepto y no pueden percibirse durante más de 18 mensualidades¹⁰³.

V. CONCLUSIONES

Analizados los hechos que sirven de base a nuestro dictamen y expuestos los fundamentos jurídicos aplicables para la resolución de las cuestiones planteadas, extraemos las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Ante la grave afección que la violencia de género produce en los menores y en el seno del núcleo familiar, resultaría un craso error ofrecer una respuesta apartada de la raíz de tal problema en el contexto de crisis matrimonial. El no detenerse a observar la concurrencia de violencia de género en el proceso de familia o no tomar en cuenta su relevancia se traduce irremediamente en perpetuar la situación de perjuicio de manera indefinida y con clara probabilidad de tendencia a su agravación.

No obstante, es preciso apuntar que nuestro ordenamiento dispone un extenso marco normativo adecuado a ofrecer una respuesta garantista de los intereses familiares puestos en jaque, en virtud del cual se consagran suficientes instrumentos para que la respuesta configurada para cada caso quede anclada en serios fundamentos de derecho.

SEGUNDA.- A pesar de la minuciosa, e incluso casuística, que resulta la valoración del interés superior

¹⁰³ Vid. AZAGRA MALLO, A.: *op., cit.*, p.10.



del menor en los procesos de familia, máxime si concurre violencia de género, estimamos que la acción de modificativas que se pretende entablar posee serios motivos para prosperar, lo cual, sin ser nuestra intención el ofrecer juicio de certeza, nos permite señalar su viabilidad.

La gravedad de los hechos señalados, con su reiteración y enfoque hacia los hijos menores, permite determinar que, en nuestro supuesto, lo conveniente para el interés de los menores resulta ser la privación en el ejercicio de la patria potestad y la suspensión del régimen de visitas al padre. Y es que, dada la tendencia jurisprudencial marcada al respecto, pretender la privación total de la patria potestad para el padre y retirar su titularidad, debemos admitir, resulta de difícil prosperabilidad.

TERCERA.- La incidencia de la violencia económica en el contexto familiar resulta tan enormemente dañina como enormemente difícil de detectar. Ha de tomarse en cuenta que, la privación de recursos no justificados a la mujer y a los hijos menores que con ella conviven, no sólo vendrá producida por el impago reiterado de pensiones alimenticias, sino a través de complejos mecanismos o estratagemas destinadas a ocultar ingresos o patrimonio por parte del agresor, a fin de eludir o mitigar el sentido de su obligación.

Es por ello que resulta preciso el combinar en el marco de actuación los instrumentos que permitan tanto hacer efectivo el cobro de las cantidades no abonadas como para desvirtuar tales estratagemas de ocultación, a lo que en nuestro trabajo nos hemos referido como *levantamiento del velo de pobreza*.



CUARTA.- Muy estrechamente relacionada con la conclusión anterior, es esencial mantener siempre presente el recurso a los mecanismos asistenciales y de protección social para las víctimas de violencia de género que, entre otros, sufren la incidencia de la violencia económica. Ello obedece a una cuestión que no debemos olvidar: el uso de la violencia económica se encuentra encaminada a ejercer, por parte del agresor, un férreo control a través del control del dinero y el empobrecimiento en las víctimas ocasionado. Es por ello que la aplicación firme de los mecanismos asistenciales sirve como instrumentos efectivos capaces de contrarrestarla.

QUINTA.- Como última valoración, simplemente señalar que apreciamos una cada vez más creciente tendencia jurisprudencial, y también doctrinal, orientada a considerar la concurrencia de violencia de género en el contexto de crisis matrimonial como una cuestión de absoluta importancia a la hora de establecer medidas para con los hijos menores, determinante para que su protección sea una cuestión prioritaria y prevalente sobre cualquier otro interés concurrente.

UN APUNTE FINAL

No obstante a lo anterior relatado y del desarrollo del presente dictamen, debemos realizar un apunte final en virtud de una reforma recientemente acaecida: la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, la cual refuerza el sistema de atención a los menores víctimas de violencia de género, y la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En concreto, en virtud de la



segunda de las normas, se introduce una novedosa reforma del Código Civil, en su artículo 94, en relación a la configuración del régimen de visitas y del 156 CC para cuestiones relativas al ejercicio de la patria potestad.

Concretamente la nueva redacción del artículo 94 CC aboga por intensificar notablemente la prohibición de establecer regímenes de visitas o estancias en favor del cónyuge agresor, o suspenderlo si estuviera establecido, con carácter general. El citado precepto determina que no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, de ahora en adelante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial. Lo que no procederá en ningún caso es el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior. Correlativamente, en la misma consonancia queda en adelante configurado el artículo 66 de la Ley Integral.

Como cuestión complementaria a la anterior, en virtud de la Ley 8/2021, se introduce también una importante reforma en la cuestión relativa al ejercicio de la patria potestad en aquellos casos en los que la



violencia de género se encuentre presente, estableciendo una notable limitación respecto del padre maltratador en el sentido en que queda redactado el artículo 156 CC: *“dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos.”* Con esta modificación se evitarán para el futuro las situaciones de obstaculización ejercidas por parte del cónyuge maltratador, en virtud del amparo que la patria potestad le brinda, enfocadas a evitar que los menores reciban la atención terapéutica necesaria para revertir los negativos efectos que sus acciones violentas les han ocasionados. El legislador solventa así una de las más importantes contradicciones que hasta ahora nuestro sistema consentía.

Qué duda cabe que, si dicha normativa hubiera quedado en vigor en el momento de resolver el presente dictamen (año 2020) y plantear la estrategia de defensa del cliente, D. Laura, la solución bien podría haber sido distinta. En especial, a la hora de entroncar la acción de modificación de medidas del art. 775 LEC en aras de



suspender el régimen de visitas que D. Pedro tenía atribuido o solicitar ciertos límites a su ejercicio de la patria potestad.

Nuestro dictamen, en definitiva, no recoge dichas modificaciones legislativas tan recientemente acaecidas, por la sencilla pero a su vez dolorosa razón de que no eran disposiciones normativas vigentes y, por ende, tampoco aplicables.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *“El impacto de la violencia de género en España: una valoración de sus costes en 2016”*, Ed. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Centro de Publicaciones, Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, 2016, Madrid.

ACALE SÁNCHEZ, M.: *“Análisis del código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”*. *REDUR, Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, nº7, 2009.

ACEDO PENCO, A.: *“El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y jurisprudencia”*. *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, nº14, 1997.

AGUILERA RODERO, J.: *“Análisis sobre el contenido personal de la patria potestad en el progenitor”*. *Actualidad civil*, nº12, 2008, p.1233.



También SANTOS BRIZ, J.: *Tratado de Derecho Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003.

ALONSO GARCÍA, J.: *La denuncia penal: aspectos básicos y estrategia procesal*, Ed. Thompson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I.: "La violencia contra las mujeres en pareja. Su contextualización, protagonistas y repercusiones." En GARCÍA-MINA FREIRE, A.: *Violencia contra las mujeres en la pareja. Claves de análisis e intervención*, Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2010.

ASENCIO MELLADO, J.M.: "De la prueba. Disposiciones generales." En GIMENO SENDRA, V.: *Proceso civil práctico. Comentarios a la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018.

ATENCIANO JIMÉNEZ, B.: "Menores Expuestos a Violencia contra la Pareja: Notas para una Práctica Clínica Basada en la Evidencia". *Clínica y Salud, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid*, vol. 20 nº 3, 2009.

AZAGRA MALO, A.: "El Fondo de Garantía de Alimentos. Comentario al RD 1618/2007, de 7 diciembre, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos". *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº4, 2008.

BARRIO GALLARDO, A.: "Pensiones de alimentos y convenio regulador". *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº3, 2017.



BILBAO BERSET, J.: *La vis atractiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, Ed. Atelier, Barcelona, 2014.

BOIRA SARTO, S.: "Una caracterización sociodemográfica de los hombres que ejercen la violencia en la pareja". *Acciones e Investigaciones Sociales*, nº25, 2008.

BONET NAVARRO, J.: "Algunas consideraciones sobre los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y su competencia en España". En LUNA OBREGÓN, S.: *Igualdad de Género, Cuaderno 1. Difusión de Investigaciones Temáticas, Tomo II*, Centro de Estudios de Derecho Contemporáneo y Consultoría Integral, México, 2017.

BOSCH FIOL, E. y FERRER PÉREZ, V.: "Nuevo mapa de los mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI". *Psycothema*, Vol. 24, nº 4, 2012.

BRAGE CENDÁN, S. B.: "El delito de impago de pensiones (art. 227. CP)". *Revista Xurídica Galega*, nº62, 2002.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Procesos declarativos especiales en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2007.

CALLEJÓN HERNÁNDEZ, C.: "Reflexiones acerca de la inhabilitación especial para la patria potestad: posibilidad de instaurar un régimen de visitas". *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, nº 13, 2018.



CANO PÉREZ, A. I., DE CELIS MATUTE, E. y SÁNCHEZ SILVA, B.: "La figura paterna en violencia de género y régimen de visitas". En ROMERO SABATER, I.: *Intervención psicológica en menores expuestos a la violencia de género. Aspectos teóricos y clínicos*, Ed. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, Madrid, 2016.

COBO PLANA, J. A.: "La prueba interdisciplinar en la violencia doméstica". En BOLDOVAR PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A.: *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007.

COLÁS TURÉGANO, M.A.: "El bien jurídico protegido en delito de impago de pensiones como instrumento de tutela frente a la desigualdad de género". *Actualidad Jurídica Iberoamericana, Instituto de Derecho Iberoamericano*, nº 5 bis, 2016.

COMAS D' ARGEMIR CENDRA M.: "La Ley Integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución". En BOLDOVAR PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A.: *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Separación y divorcio". En DE VERDA Y BEAMONTE.: *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

DELGADO MARTÍN, J.: "La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica". *Estudios monográficos, La Ley Penal, revista de derecho procesal, penal y penitenciario*, nº2, 2004.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "El negocio jurídico del Derecho de Familia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 212, 1962.



DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: " El impago de pensiones como violencia económica". En ZURILLA CARIÑANA, M.A. y DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico*, Ed. Septem Ediciones, Oviedo, 2012.

ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., FERNÁNDEZ MONTALVO, J. y CORRAL GARGALLO, P.: " ¿Hay diferencias entre violencia grave y menos grave contra la pareja?". *International Journal of Clinical and Health Psychology*, vol.8 nº2, 2008.

ESPINAR RUÍZ, E.: *Violencia de género y procesos de empobrecimiento*, Ed. Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2006.

FARIÑA RUERA, F. y ARCE FERNÁNDEZ, R.: "Psicología aplicada al ámbito jurídico". En MARTÍNEZ RUBIO J.L.: *Psicología aplicada*. Ed. Panamericana, Madrid, 2013.

FUENTES SORIANO, O.: " *El Enjuiciamiento de la Violencia de Género*". Ed. Iustel, Madrid, 2009.

GÓMEZ COLOMER, J.L.: "El Juzgado de Violencia Sobre la Mujer: aspectos orgánicos y competenciales". En LADRÓN DE GUEVARA J.B.: *La violencia de género, aspectos procesales y penales*, Ed. Comares, Sevilla, 2007.

GUARDIOLA LAGO, M.J.: "La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de mediación". *Revista General de Derecho Penal, Iustel*, nº 12, 2009.



LAGUNA PONTANILLA, G.: Claves prácticas para los procesos por violencia de género, Ed. Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.

LALIGA MOLLÁ, M.: "Formación especializada en violencia de género: tutela judicial efectiva". *Diario la Ley*, nº8924, 2018.

MANZANARES CASTILLEJO, R.; TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C.: "Mediación en violencia de género". *Revista de Mediación*, nº7, 2011.

MORENO NAVARRETE, M.A.: "La privación de la patria potestad o la inhabilitación para su ejercicio como medida reduccionista de la pena de prisión en el marco de la mediación". *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, nº1, 2016.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2012.

PEREDA BELTRÁN, N. y ARCH MARÍN, M.: "Abuso sexual infantil y síndrome de alienación parental: criterios diferenciales". *Cuad Med Forense*, vol. 15, nº 58, 2009.

PÉREZ CABALLERO-MEDINA, M. T., PÉREZ JIMÉNEZ, F., DÍAZ ROSADO, M. y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, N.: "Investigación cuantitativa sobre cómo afecta el régimen de visitas a menores víctimas de violencia de género". En CASADO MEJÍA, R. *et al: I+G Aportaciones a la investigación sobre mujeres y género, V Congreso Universitario Internacional de investigación y género*, Ed. Siemus, @rea Digital 2.0, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2014.



PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, A. M.: "Origen y transmisión de la violencia de género." En SAN SEGUNDO MANUEL, T.: *Violencia de género. Una visión multidisciplinar*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2008.

REYES CANO, P.: "La patria potestad a examen ante la violencia de género". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Universidad de Granada*, nº51, 2017.

REYES CANO, P.: "Menores y violencia de género: de invisibles a visibles". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Universidad de Granada*, nº 49, 2015.

RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*. Ed. Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, C., JARNE ESPACIA, A. y CARBONELL SÁNCHEZ, X.: "Informe pericial psicológico en tribunales de familia: análisis de su estructura, metodología y contenido." *Escritos de Psicología*, vol. 8, nº1, 2015.

SALÁS DARROCHA, J. T.: "El delito de impago de pensiones". Ed. Aranzadi, *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, nº 10, 2003.

TEJEDOR HUERTA, A.: "Intervención ante el Síndrome de Alienación Parental" *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 17, 2007.

VILLACAMPA ESTRIARTE, C.: "La violencia de género: aproximación fenomenológica, conceptual y a los modelos de abordaje normativo". En VILLACAMPA



ESTRIARTE, C.: *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

VILLAGRASA ALCAIDE, C: " Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 49, 2015.

YUGUEROS GARCÍA, A. J.: "La violencia contra las mujeres: conceptos y causas". *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº 18, 2014.

ZAMORA SEGOVIA, M.L., NIETO-MORALES, C., HERNANDO RAMOS, S. y TORRES REVIRIEGO, M.R.: *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016



CÓDIGOS ÉTICOS Y DE CONDUCTA PÚBLICA CODES OF ETHICS AND CODES OF PUBLIC CONDUCT

*«La hipocresía, es el homenaje que el vicio rinde a la
virtud»
(François De La Rochefoucauld, «Máximas», 1.665)*

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca
España

D^a Carmen Larrea Hernández-Tejero

Arquitecta Máster, ETSAM UPM - Politecnico di Torino
España - Italia.

A nuestros pequeños (y a nuestros mayores).

Resumen

La integridad es un valor que debe impregnar la actuación de toda Institución pública y también la de las personas que prestan su servicio en aquella. El Derecho de los ciudadanos a ser bien gobernados, exige adoptar instrumentos que garanticen su cumplimiento como lo



son el diseño de una arquitectura ética en un marco general de integridad institucional. El presente artículo pretende analizar la necesidad, objeto y finalidad de los Códigos éticos y de conducta pública, tratando su contenido y reglas de conducta asociadas.

Abstract

Integrity is a value that must permeate the actions of every public Institution but also the people who are providing services there. The citizens' right to be well governed requires the adoption of instruments guaranteeing its compliance, such as the design of an ethical architecture, within a general framework of institutional integrity. This article is intended to analyse the need, object and purpose of the Codes of ethics and Codes of public conduct, through addressing their content and their rules of conduct.

Palabras Clave

CÓDIGO ÉTICO–CÓDIGO DE CONDUCTA–BUEN GOBIERNO–COMPLIANCE PÚBLICO

keywords

CODE OF ETHICS– CODE OF CONDUCT– GOOD GOVERNANCE– PUBLIC COMPLIANCE

SUMARIO: 1. APROXIMACION Y MARCO NORMATIVO. 2. CODIGOS ETICOS DE CONDUCTA PUBLICA: NECESIDAD, OBJETO Y FINALIDAD. 3. ARQUITECTURA, CONTENIDO Y REGLAS ASOCIADAS. 4. CONSULTA BIBLIOGRAFICA.



1. Aproximación y marco normativo.

Decía Concepción ARENAL, en su memoria «La instrucción del pueblo», premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en 1.878, que: «el ideal de una sociedad sería que todos los individuos que la componen, comprendiendo perfectamente sus deberes, los cumplieran sin coacción alguna, de modo que no hubiese necesidad de leyes, ni de tribunales que las aplicasen, ni de fuerza pública para apoyarlas.

En este caso, no habría distinción entre el deber moral y el deber legal, siendo entrambos igualmente obligatorios y voluntariamente aceptados y cumplidos.»

«El deber, en esencia, es también eterno e inmutable; consiste siempre en realizar la Justicia como se comprende y en hacer cuanto fuere dado para comprenderla bien; nadie puede obligarse a más, ninguno cumple con menos.

Todo hombre está obligado a realizar la mayor suma de bien posible, según las circunstancias en que se encuentra; ¿estas circunstancias pueden hacer variar la forma del deber?; en esencia, como hemos dicho, no.

El jefe de un Estado culto y el de una horda salvaje; el rey y el pastor, el sabio y el ignorante, el rico y el pobre, el fuerte y el débil, no pueden dar al cumplimiento de sus deberes la misma forma; pero todos tienen una obligación que cumplir, que es realizar la mayor suma de bien posible, según los medios de que disponen.»



Palabras de hace siglo y medio que cobran especial brillo hoy, y vínculo con un principio, particularmente público, de Buen Gobierno, y su correlativo primer y fundamental Derecho a la Buena Administración: el Derecho de los ciudadanos a ser «bien gobernados»; aquél que exige adoptar instrumentos que garanticen su cumplimiento, como lo son el diseño de una arquitectura ética en un marco general de integridad institucional.

Y si nos referimos a este diseño de una Arquitectura ética, no podemos dejar de recordar que ya en el siglo I a.C. Vitruvio dejaría esbozados una serie de principios sobre los cuales se estructura toda Arquitectura: *Firmitas, Utilitas y Venustas*¹. Comúnmente traducidos como firmeza, utilidad y belleza; la *Firmitas* respondería a la bondad de unos cimientos sólidamente hundidos y a una adecuada elección de materiales, la *Utilitas* consistiría en la correcta ordenación y disposición de las partes conforme a su propósito, y la *Venustas* se lograría cuando su aspecto resultara agradable, por la justa proporción de

¹ M. VITRUVIUS POLLIO, De Architectura, circa 15 a.C. Este antiguo tratado romano de Arquitectura es considerado el texto más antiguo que se conserva sobre este tema, descubierto en 1.414, cuenta con muy diversas ediciones o comentarios como las de Sulpitius en Roma (1.486-1.492), la edición latina de PHILANDRE (1544), la primera publicación española de Juan GRACIÁN (1.582) y, por supuesto, la célebre traducción al francés de C. PERRAULT (1.673), entre otras. Los cánones establecidos en la obra de Vitruvio han sido considerados en muchos aspectos como el fundamento teórico de la arquitectura occidental.



las partes. Todos estos parámetros se han mantenido a lo largo de los siglos como una pauta esencial, llegando incluso a afirmarse que sin estos principios una obra no podría considerarse Arquitectura.

Por todo ello el diseño de esta Arquitectura ética debería necesariamente tener presentes estos mismos principios elementales, de modo que debería contar con una base sólida (*firmitas*) para responder adecuadamente a la función que le ha sido encomendada (*utilitas*) empleando sus elementos y recursos de forma proporcionada (*venustas*).

Porque la presencia de valores de autodominio en el Sector público resulta un factor clave para la salvaguarda del interés general. ²

El Código penal español del siglo XIX ya castigaba al funcionario público que «gastase, con escándalo, más de lo que le permitían sus sueldos, bienes o recursos honestos.»

La «integridad», es un valor que debe impregnar la actuación de toda Institución, pero también la de las personas que prestan servicio en ella. No quepa obviar que, en muchas ocasiones, los llamados «casos de corrupción» pueden parecer cumplir -formalmente- la legalidad administrativa, por lo que su existencia puede,

² NEVADO-BATALLA MORENO, P.T., Adopción y control de decisiones públicas, integridad y legitimación institucional por el acierto, Tirant lo Blanch (2021), Valencia, p. 123



en ocasiones también, permanecer oculta a los controles legales ordinarios.³

³ Las modalidades de un «control público ético», pueden agruparse en seis grandes categorías que incluyen el asesoramiento de las decisiones, la evaluación de los resultados, la intervención general –presencial– en las actuaciones, la fiscalización de los expedientes, la inspección de los hechos y el enjuiciamiento de los asuntos (vid. JIMÉNEZ VACAS, J. J., en el capítulo «Compliance» como instrumento al servicio de la integridad y la Ética Pública, en la Obra colectiva «Guía práctica de Compliance en el Sector Público» Ed. Wolters Kluwer, LA LEY, Madrid, Coord. por CAMPOS ACUÑA, M^a. C., 2020, pp. 66 – 68, donde se cit. a FERNÁNDEZ AJENJO J. A., en «El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado.» Civitas, Madrid, 2011, vid., en particular, pp. 569 – 570).

El control de «probidad» de la actividad pública, adopta múltiples formas que, con diferente tipificación jurídica (potestad, competencia o «derecho subjetivo»), dan lugar a manifestaciones tales como los «informes consultivos» en los expedientes, la evaluación de políticas públicas, la censura de cuentas, la inspección financiera de los tributos, el seguimiento de los objetivos de los programas, la intervención de los mercados financieros, la fiscalización de expedientes, la supervisión de proyectos de obra, la revisión de oficio de los actos administrativos o su enjuiciamiento en Sede Judicial. Todas estas variantes, se pueden agrupar en las citadas seis categorías que indican, siguiendo a J. A. FERNÁNDEZ AJENJO (2011), diferente grado de intensidad e incidencia por el control público: El «asesoramiento» por órganos consultivos, como modalidad menos inquisitiva destinada a aconsejar la mejor opción en relación con el sistema normativo de referencia y limitando el posible margen de discrecionalidad de los órganos ejecutivos, mediante aportación de criterio técnico que evite caer en decisiones «arbitrarias» o «infundadas.» (vid. también, NEVADO-BATALLA MORENO, P.T., 2003); la



En la Constitución Española de 1.978 (CE), se observan elementos más que suficientes para dotar de un apoyo jurídico suficiente, directo y riguroso, a las exigencias de la integridad en la administración de la «cosa pública.» La «ética pública», en tanto implícita, en efecto, a nuestro texto constitucional, deja entonces de figurar como un mero valor referencial más o menos

«evaluación», que emite juicio de «valor» acerca del grado de cumplimiento de los objetivos de la actuación pública. La intervención, que implica revisión concomitante de la actividad administrativa, mediante la participación (activa) del órgano controlador en el proceso de adopción de las decisiones. La fiscalización, que verifica que la documentación de los expedientes administrativos se ajusta a importantes criterios como el de legalidad, o la «buena gestión administrativa.» La inspección, que realiza un juicio «inquisitivo» con fin en descubrir la veracidad de los hechos que puedan ocultarse tras el “muro de papel” que forman los expedientes administrativos y, en fin, el enjuiciamiento, que culmina realizando el juicio crítico completo de la adecuación de la actividad pública, mediante el empleo de un amplio elenco de medios de prueba. Dichas «herramientas» y/o instrumentos existentes, ya deducen un sistema público de «Compliance» vivo que, no obstante, procede programarse en orden a que actúe, de forma más eficaz, al servicio de una administración «ética» e «íntegra» de lo público; no pudiéndose olvidar, para ello, de practicar además correlativo esfuerzo, administrativo y, también, presupuestario, dirigido a obtener mejores sistemas de acceso y promoción del personal al servicio de la Administración, impregnándolos de los principios constitucionales de mérito y capacidad, extremos que garantizan el rigor en la formación y la fecundidad en la experiencia de los profesionales públicos; pero que de poco sirven si no se acompañan de valores en gestión del capital intelectual, basados en la motivación, la empatía y el adecuado tratamiento del liderazgo.



teórico o abstracto, pasando a convertirse en directa e inequívoca referencia práctica de actuación.⁴

Son, en efecto, varios los preceptos de la CE que, de un modo más o menos directo, guardan estrecha relación con lo que podemos denominar una gestión pública «íntegra.»

Es el caso así y por ejemplo, de los artículos 1.1, que establece como valor superior del ordenamiento jurídico a la «Justicia»; 9.3, que proclama la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; 10.1, que propugna como fundamento del orden político y de la paz social el respeto a la ley y a los derechos de los demás; 31.2, que alude a criterios de eficiencia y economía como informadores de la programación y ejecución del gasto público, puntualizando que realizará una distribución equitativa de los recursos públicos; 103.1, que señala que la Administración debe servir con objetividad los intereses generales y 106.1, que dispone que los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, lo que es tanto como constitucionalizar el control de la «desviación de poder.»

⁴ Vid., de nuevo, a J. J. JIMÉNEZ VACAS, en el capítulo «Compliance» como instrumento al servicio de la integridad y la Ética Pública, en la Obra colectiva Guía práctica de Compliance en el Sector Público, Ed. Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, Coord. por CAMPOS ACUÑA, M^a. C. (2020), pp. 72 y sig., en que se cit. a VACAS GARCÍA-ALÓS, L. F. (2012), en la op. «Dimensión constitucional del control del gasto público, Constitución y democracia: ayer y hoy»: libro homenaje a Antonio TORRES DEL MORAL, Madrid.



El ordenamiento jurídico español ha venido conformando, así, y a partir de los preceptos constitucionales de referencia, un marco en el que tanto los funcionarios públicos, cuanto el resto de personal al servicio de las Administraciones, incluidos los altos cargos, el personal eventual y el personal estatutario y laboral, deben ejercer sus funciones con la debida garantía de transparencia, objetividad y eficacia, con dedicación plena a sus funciones públicas y evitando toda aquella actividad o interés que pudiera comprometer su independencia e imparcialidad o menoscabar el desempeño de los deberes públicos.

El fenómeno de la corrupción, en perspectiva general, y contrapuesta a los de ética e integridad, queda definido comúnmente, en efecto, como la vulneración del orden jurídico establecido y su utilización en beneficio propio; pudiendo obedecer su presencia a causas que pueden resultar de un carácter general –crisis de valores-, causas políticas o pérdida de fe en el Estado y en el poder político, ausencia de confianza en los valores legales y sociales que lo legitiman y, en fin, causas económicas como el espíritu de competencia desmesurado y de enriquecimiento sin límite auspiciado por lo que el filósofo galo J. MARITAIN denominaba «ilusión del éxito inmediato.»⁵ Y es que, el conflicto de intereses puede considerarse antesala de la corrupción entendida como ataque pluriofensivo a valores y bienes

⁵ JIMÉNEZ VACAS, J. J. en «Compliance» como instrumento al servicio de la integridad y la Ética Pública, en la op. Colectiva «Guía práctica de Compliance en el Sector Público.», Coord. por CAMPOS ACUÑA, M^a. C., 2020, especialmente, pp. 63 y sig.



jurídicos esenciales: están constituidos tanto por el prestigio de la Administración ante sus ciudadanos, cuanto por su deber de servicio «con objetividad a los intereses generales» según exigencia del art. 103.1 de la CE, que se traduce en un deber de neutralidad, probidad e imparcialidad de todos aquellos que participan en las funciones públicas y en el deber de prestación eficaz del servicio público.⁶

Procede destacar, por su importancia al respecto, el código de conducta de los empleados públicos en España, contenido en el vigente Real Decreto Legislativo, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en el que se refleja que los empleados públicos deberán desempeñar, con diligencia, las tareas asignadas y velar por los intereses generales con observancia de la CE y del resto del ordenamiento, y deberán actuar con arreglo a los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y

⁶ NEVADO-BATALLA MORENO, P. T. (2011), en El sistema de obligaciones del personal y autoridades al servicio de la Administración en el ordenamiento jurídico español: especial referencia al principio de lealtad a la Constitución. IUSTITIA núm. 9, diciembre de 2011 (pp. 139 – 168), vid., en especial, la p. 158, donde cita la Instrucción 1/1996, de 15 de enero, sobre competencias y organización de la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción.



hombres; o los «principios éticos y de actuación» contenidos en el título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno, que deben regir la labor de los miembros del gobierno y altos cargos y asimilados de la administración del Estado, las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.

El marco normativo vigente para que los servidores públicos encuadren su actuación dentro de los parámetros éticos se completa con la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, del Reglamento Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la Resolución de 13 de mayo de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado y la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

Por su parte, en lo que refiere a los altos cargos, existe una normativa específica de aplicación a que resulta necesario remitir y que está constituida por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.



De acuerdo con el artículo 3 de la citada Ley 3/2015 el ejercicio del alto cargo queda sometido a la observancia, además de a las disposiciones de buen gobierno recogidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente a los siguientes principios: interés general (servirán con objetividad a los intereses generales), integridad (actuarán con la debida diligencia y sin incurrir en riesgo de conflictos de intereses), objetividad (adoptarán sus decisiones al margen de cualquier factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares, o cualesquiera otras que puedan estar en colisión con este principio), transparencia y responsabilidad (adoptarán sus decisiones de forma transparente y serán responsables de las consecuencias derivadas de su adopción) y austeridad (gestionarán los recursos públicos con eficiencia y racionalizando el gasto).

El conjunto normativo, de obligada observancia, deduce que la acción del Derecho será incuestionable como herramienta de primer orden para combatir las llamadas «conductas de corrupción.» No obstante, además del orden jurídico y de la correcta acción de Derecho, parece imprescindible que las personas que componen y administran la cosa pública hagan también la firme disposición favorable en actuar de una manera «íntegra.» Y que dicha «disposición favorable» deba, a su vez, resultar propiciada desde los poderes públicos a través de técnicas complementarias a la pura acción del Derecho: de ciertos instrumentos de *soft law* – literalmente de la doctrina anglosajona, «Derecho blando»- que excedan de la mera aplicación sistemática



del Derecho positivo y que trasciendan hacia la articulación de una «deontología profesional pública.»

La aprobación de Códigos éticos es un signo de autorresponsabilidad y de «madurez» de las instituciones, que va más allá de cumplir con las obligaciones legales.⁷

A tal modo, la provisión de un «Código ético y de conducta» supone un instrumento de autorregulación, parte de un sistema o marco de integridad pública, así como un elemento de un Plan de Medidas Antifraude en el marco de la gestión de los fondos europeos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.⁸

Por tanto, este instrumento aspira a elevar los estándares de integridad y excelencia de la actuación de los servidores públicos, más allá del estricto cumplimiento de las normas.

Estos instrumentos no tratarán, por tanto, de establecer una serie de meras reglas formales, sino que afectarán a la construcción misma de esta Arquitectura ética; más allá de una reflexión objetiva, buscan ofrecer pautas concretas con la capacidad de trascender a la estructura cultural de la propia institución. Como

⁷ LÓPEZ DONAIRE, B., Los códigos de conducta en el marco de integridad, en la op. colectiva La Directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al Sector público. Coord. GIMENO BEVIÁ, J. y LÓPEZ DONAIRE, B., (2022), Tirant lo Blanch, Valencia. Primera ed., Vid. p. 440

⁸ Vid. Resolución de fecha 30/05/2022 del Subsecretario de Política Territorial, por la que se aprueba el Código Ético y de Conducta del Ministerio de Política Territorial (Gobierno de España)



afirmaría J.J. WINCKELMANN en sus estudios, son muchos los que han llegado a imaginarse una infinidad de bellezas, pero en lugar de mostrarlas han hablado de ellas en abstracto; se debe pasar de lo ideal a lo sensible, de lo general a lo particular.⁹

Estos instrumentos de carácter medial, o Códigos de conducta, buscan, por efecto, el establecer una serie de «criterios de actuación» que deba tener en cuenta el servidor público y que le ayudarán, en su fuero interno, a llevar a efecto sus funciones asignadas, con fin de lograr un bien para la comunidad; poseyendo, dichos instrumentos, dos características esenciales inherentes: son documentos sin valor normativo; pero tienen un cualificado componente «educativo» en tanto que representan un conjunto de «valores» para que las personas –los citados servidores públicos- asimilen.

Van más allá, por lo tanto, de la sola norma, suponiendo implicarse en la «vida» de las personas –en tanto profesionales-, en sus creencias, y en las costumbres que dan origen a su «conducta» como servidores públicos.¹⁰

⁹ J.J. WINCKELMANN. Dell'arte del disegno dei Greci e della bellezza, 1.767. (BENEVOLO 1974:25) El trabajo de WINCKELMANN produjo un cambio de concepción del arte clásico, puesto que emprendió un estudio del arte y la arquitectura clásica en profundidad, más allá de la moda propia de cada época.

¹⁰ Vid. JIMÉNEZ VACAS, J. J., «Compliance» como instrumento..., en la op. cit. Guía práctica de Compliance en el Sector Público. Coord. por CAMPOS ACUÑA, M^a. C. (2020), p. 74, en que explicamos que los Códigos de conducta de los



La sustanciación de esta suerte de «integridad» pública en los Códigos éticos y de conducta, encuentra detractores, sin embargo. Autores como J.L. TESORO (2001), consideran que la implementación de un código de conducta contradice la misma noción de «ética», puesto que implica considerar a ésta, una forma de imposición heterónoma de reglas y principios, sin tener

países de la O.C.D.E., como el citado para España, están inspirados en valores redactados desde dicha Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos en 1998, a saber: servicio al interés general, que implica que los empleados públicos deben demostrar los más altos estándares de profesionalidad –deontología profesional- de competencia, de eficiencia y eficacia, siguiendo las leyes que les son de aplicación («cumplimiento normativo») y buscando, por encima de todo, el bien común por encima del propio («probidad»). «Transparencia», que comporta usar los recursos públicos de manera eficiente, siendo responsables de su gestión, capaces de rendir cuenta de sus decisiones, estando preparados para justificar sus acciones («accountability»). La transparencia es hija de una sociedad digitalizada, con un carácter instrumental y, no obstante, de importancia estratégica, que contribuye a hacer efectiva la integridad y provee de información, que por sí misma, sin embargo, es todo y no es nada. «Legitimidad» o deber seguir las leyes y ejercer el poder administrativo en nombre del gobierno, de forma legítima e imparcial, para un propósito público, y de la manera en que determine la entidad a la que se sirve. «Justicia», o deber de tomar decisiones y actuar de manera «equitativa», teniendo en cuenta, por definición, el interés ciudadano. «Receptividad» en fin, o deber de todo empleado público de cumplir sus funciones con respeto, cortesía y educación en su trato con los ciudadanos y con otros trabajadores públicos, no pudiendo olvidarse, como una piedra angular, los tradicionales valores de la «eficacia y eficiencia», a la hora de gestionar recursos públicos, evitando malgastarlos o «despilfarrarlos.»



en cuenta la autonomía de las personas como «agentes morales.»¹¹

Por dicha razón, señala el precitado autor, aun cuando un «código de ética» fuera el resultado consensuado de la deliberación entre representantes de instituciones gubernamentales y no gubernamentales, empresariales, académicas y/o civiles y fuera posteriormente promulgado desde la autoridad competente, no estaríamos hablando de «ética» sino, de nuevo, de Derecho.

Con frecuencia se discute, por lo tanto, acerca de cuál puede ser la real utilidad de estos Códigos éticos y/o de conducta pública, en el ámbito de las Administraciones, pues siempre puede indicarse que los empleados públicos tienen su «Código de conducta» en la Ley, y que todo lo demás es accesorio.

A este respecto puede argumentarse, siguiendo a A. NIETO MARTÍN y a B. GARCÍA MORENO (2020) que, tratándose de la Administración, la función de los Códigos de conducta consiste precisamente en concretar los principios recogidos por el Estatuto Básico del Empleado Público al ámbito de actuación de cada empleado público, y acotar, de acuerdo con los mismos, los márgenes de discrecionalidad que deja cualquier disposición normativa.¹²

¹¹ TESORO, J.L. (2001), en op. Los Códigos de conducta en la función pública: fortalezas y debilidades. Revista Probidad núm. 10.

¹² NIETO MARTÍN, A. y GARCÍA MORENO, B. (Coord.): Guía para la prevención de la corrupción en las Administraciones



Es decir, el Estatuto Básico conforma el marco general de actuación de los empleados públicos mientras que el Código ético y de conducta materializa la aplicación (la concreta) de dichos principios, a las particularidades de cada Administración.

Nicolás MAQUIAVELO, quizá, no lo hubiera precisado mejor, cuando en sus «Discursos sobre la primera década de Tito Livio» expresara, de un modo bien conciso, esta dialéctica entre la «Justicia» del ordenamiento de la sociedad y de las personas que componen esa sociedad, cuando escribiera, inspirando todo lo anterior, que «las buenas costumbres necesitan de las Leyes para mantenerse, las Leyes para observarse necesitan también de las buenas costumbres.» Vamos ahora a bajar, un poco más, sobre el terreno.

2. Códigos éticos de conducta pública: necesidad, objeto y finalidad.

Son varios los motivos que justifican la necesidad de disponer de un Código ético, de conducta, en las Instituciones públicas, a saber:

- Su importancia es central en una gestión pública para el Siglo XXI; y demuestra su utilidad como herramienta para ayudar a los empleados públicos

Públicas de Castilla-La Mancha, ed. Instituto de Derecho Penal europeo e internacional, 2020, p. 35



a desplegar una gestión íntegra y de calidad, que redunde en el bienestar de las personas.

- La integridad no sólo es un valor en alza, sino que constituye, además, un valor rentable. La inversión en valores éticos es eficiente, en efecto, tanto en términos económicos como en términos intangibles, dado que la deseada confianza ciudadana en las Instituciones no se consigue solo multiplicando los controles, sino también reforzando los hábitos y las convicciones.
- Siguiendo el criterio establecido por la O.C.D.E. en su Recomendación sobre Integridad Pública de 26 de enero de 2017, el Sector público debería implementar sistemas de integridad, promover una cultura ética y ejercer el liderazgo necesario en este ámbito, así como, y por último, demostrar una rendición de cuentas real y efectiva para que los resultados de la actividad administrativa lleguen a los ciudadanos y puedan ser comprendidos por éstos.¹³

En palabras de la propia O.C.D.E, «la integridad pública refiere al constante alineamiento y apropiación de valores éticos, principios y normas compartidas, para proteger y priorizar el interés

¹³ LÓPEZ DONAIRE, B. Los códigos de conducta en el marco de integridad, op. colectiva La Directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al Sector público, Coord. GIMENO BEVIÁ, J. y LÓPEZ DONAIRE, M^a. B. (2022), Tirant lo Blanch, Valencia. Primera ed., vid. especialmente p. 439



público sobre los intereses privados en el Sector público.»

A consecuencia, la ya citada Recomendación del Consejo de la O.C.D.E. sobre Integridad Pública (2017), puso de manifiesto la necesidad de que los Códigos éticos se inserten en un sistema o marco de integridad, incorporando también las recomendaciones y exigencias éticas que han venido realizando otros organismos internacionales, como los derivados de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

- El IV Plan de Gobierno Abierto de España, incluye entre sus actividades la elaboración de Códigos de conducta para la Administración General de Estado, adaptados a las características, riesgos y especificidades de cada organización.
- La Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, establece, entre las medidas preventivas contra el fraude y la corrupción, dirigidas a reducir el riesgo residual de fraude a un nivel aceptable, el desarrollo de una cultura ética. Esta cultura ética estará basada, entre otras tantas acciones, en el establecimiento de un Código de conducta ante el fraude que pueda incluir aspectos como: el conflicto de interés, obsequios, confidencialidad, cauces de denuncia (buzón de denuncias y/o enlace al canal de



denuncias del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude), etc.

- La Declaración de Estrasburgo sobre los valores y los retos comunes de las Administraciones Públicas Europeas, firmada el 17 de marzo de 2022 por las/os Ministras/os responsables de Función Pública de los países miembros de la Unión Europea (UE), supone un reconocimiento de la existencia de valores y retos comunes de las Administraciones Públicas en la UE, con base en tres áreas esenciales: la construcción de una función pública atractiva, moderna e innovadora, que lidera a través de su ejemplo; la existencia de unos servicios públicos transparentes y resilientes que responden a las expectativas de la ciudadanía y unos servicios públicos digitales de alta calidad, inclusivos y estratégicamente autónomos.

El Código ético y de conducta se configura, así, como un instrumento de autorregulación, carente de un valor normativo, y que tiene una finalidad esencialmente preventiva y orientadora, sin perjuicio de la vigencia de la legislación aplicable. Son documentos de una naturaleza abierta, que podrán (y deberán) completarse o adaptarse de manera permanente de acuerdo con la interpretación que se vaya produciendo en la aplicación práctica de los valores y normas de conducta; y, asimismo, son documentos dinámicos, que funcionan como un paraguas al amparo del cual se podrán incorporar nuevos Códigos que, por áreas de actuación por ejemplo, o por colectivos específicos, o sectores de actividad que deseen desarrollar sus compromisos



éticos, se puedan elaborar por la Institución pública correspondiente.

Por medio de los Códigos éticos y de conducta se establecen los valores y principios éticos, alineados con los valores comunes de las Administraciones Públicas de la Unión Europea, así como las buenas prácticas de conducta que deben guiar a todos los altos cargos y empleados públicos de la Institución. El Código -en definitiva- ha de servir para orientar su comportamiento en el desarrollo de su actividad profesional y en sus relaciones con terceros.

Una visión conjunta de estas definiciones, aplicada al servicio objetivo hacia los intereses generales, ex art. 103 CE, debe concluir que la probidad en la «cotidiana» administración pública sea hoy algo más que un simple planteamiento retórico, pasando a convertirse en destacado objetivo de esa actuación pública, que permita llegar a mentalizar a cuantos intervienen en la misma de que detrás de cada expediente administrativo se encuentran aspiraciones y preocupaciones reales de los ciudadanos, con todo lo que ello comporta, reviste y representa.

La etimología del término «probidad» nos remite a la lengua Latina, y más precisamente al término *probitas*. La probidad es la «honestidad» y la rectitud: una persona honrada, por lo tanto, es aquella que tiene probidad en su actuar cotidiano. Pueda decirse entonces, que la «probidad» está vinculada sustancialmente con la «honradez» y la «integridad» en el accionar, y que quien actúa con probidad no comete ningún abuso, ni concurre



a ningún delito. Lo contrario de probidad, como venimos viendo, serían las conductas de «corrupción.»

La realidad, por supuesto, demuestra, asimismo, que la «probidad» no es una virtud presente en la totalidad de seres humanos y que, en ciertas profesiones, la carencia de dicha «virtud» resultará aún si cabe, más grave y dañina ya que del accionar del profesional (público, por ejemplo) se desprenden perjuicios para una mayor cantidad de personas.

El Código ético y de conducta pública constituirá, como consecuencia, un elemento central de las medidas preventivas contra la «corrupción» y el fraude. Pretende, asimismo, desarrollar una arquitectura ética que ponga de relieve y profundice en valores como la ejemplaridad, objetividad y excelencia de los empleados públicos, en el ejercicio de sus funciones.

A saber, cabe conceptuar «ética pública», como la que recoge valores básicos de las diversas éticas comprensivas y los desarrolla en un sistema institucionalizado; fundado en el respeto mutuo y en la promoción de aquellos derechos que permitan la deliberación en condiciones de libertad e igualdad para personas libres e iguales.¹⁴

Ética pública como «ética cívica común», de mínimos, cuya tarea es construir una sociedad mejor (CORTINA, 2006). Ética pública como principios y normas aplicadas en la conducta del ser humano que

¹⁴ VILLORIA MENDIETA, M. (2007), Ética post-convencional e Instituciones en el Servicio público. Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas núm.117



desempeña una función pública (BAUTISTA, 2006). «Ética pública», para terminar, y sin un ánimo de exhaustividad, como ciencia que trata de la «moralidad» (*mores*, del latín costumbres) de los actos humanos, en cuanto realizados por funcionarios públicos.¹⁵

Se concibe así, la «ética pública», como aquél área de conocimiento de contenido universal que agrupa valores y virtudes orientadas por el espíritu de servicio público y tiene como fuente básica la evolución humana. El Código ético debe actuar, de tal forma y modo, como guía de buena conducta de los empleados públicos en el servicio a la ciudadanía, reforzando la imagen de imparcialidad, profesionalidad, e integridad de la Institución atinente.¹⁶ Debe estar orientado, asimismo, a promover, desde el empleo público; la igualdad, evitando cualesquier trato discriminatorio y respetando la diversidad cultural, religiosa y lingüística, así como por cualquier otra condición o circunstancia.

En tal sentido A. CASANOVA refiere que la ética no sólo se enseña, sino que también se entrena, señalando también que cuando el cumplimiento de las normas y de los estándares éticos no está verdaderamente interiorizado, no es difícil que se manifiesten conductas

¹⁵ RODRÍGUEZ, A. (1998), Cualidades éticas del Ethos profesional. Anuario Filosófico XXVII/3. Universidad de Navarra.

¹⁶ Resolución de fecha 30/05/2022 del Subsecretario de Política Territorial, por la que se aprueba el Código Ético y de Conducta del Ministerio de Política Territorial (Gobierno de España)



contrarias a ellos de forma espontánea, sin que se tenga conciencia de que se está obrando incorrectamente.

La cuestión es que los incumplimientos normativos o éticos terminan formando una espiral: es raro el caso en que una persona incurre por primera vez en un incumplimiento significativo, siendo lo más frecuente que una situación de este tipo venga precedida por una serie de incumplimientos «menores», que evolucionan *in crescendo*.¹⁷

3. Arquitectura, contenido y reglas asociadas.

La Arquitectura de estos Códigos éticos y de conducta anteriormente mencionados, no queda, por lo tanto, lejos de esa imagen de la «cabaña primigenia» tan comentada en los tratados de arquitectura del siglo XVIII y que irremediablemente adoptara también ROUSSEAU. En esencia, este argumento planteaba que la primera Arquitectura se habría originado cuando el hombre primitivo construyó su primera cabaña. El abate M.A. LAUGIER fue posiblemente el primero en materializar este modelo, donde ser humano siguiendo su instinto natural busca un lugar para asentarse y mediante unos pocos elementos puntuales como ramas y hojas crea un lugar que le acoja, teniendo en cuenta que «el hombre

¹⁷ CASANOVA, A. (2014), en Serie de casos sobre errores de *Compliance*.



quiere una morada que le albergue, no que le entierre.»¹⁸

Esta alegoría de la cabaña primitiva nos ofrece una imagen clara de cómo estas pautas deben ser puntales básicos, principios elementales que conforman la estructura ética de la institución, de modo que puedan quedar así «albergadas, no enterradas» las actividades y funciones a desarrollar en una determinada Institución.

De este modo, los «valores» que se recojan en un Código ético y de conducta deben orientar y guiar a los altos cargos y empleados públicos en el ejercicio de todas sus actividades profesionales, integrándose, dichos «valores», en sus procesos de toma de decisión; pero también en el desarrollo o aplicación de sus competencias y funciones en los diferentes procedimientos, procesos o sistemas de gestión que se adopten en cada caso.

No en vano relata J. GOMÁ LANZÓN (2009), «del funcionario se espera, no sólo que observe estrictamente la ley positiva sino también que practique valores como la imparcialidad, la independencia, la equidad, la lealtad, la anteposición del interés general al propio, o la probidad en el servicio público.»¹⁹

Así, los valores éticos que habrían de informar la conducta profesional de los altos cargos y/o empleados

¹⁸ M.A.LAUGIER. Essai sur l'architecture, 1.753 (Rykwert 1975:52)

¹⁹ Ejemplaridad pública, Taurus, Madrid (2009), vid. p.269



públicos serían, al buen saber, los que se aventuran a relacionar a continuación: ²⁰

a) Integridad

La integridad, como se ha venido desarrollando a lo largo y ancho de este trabajo, es valor sustantivo para el servicio público. El buen desempeño de los cometidos públicos y la buena gestión, refuerzan, sin duda, la confianza de la ciudadanía en la Institución pública atinente y dignifican, asimismo, el trabajo de su personal.

La integridad guiará la acción de aquél, en el cumplimiento intachable de sus obligaciones y responsabilidades públicas, debiendo respetarse así, las siguientes reglas esenciales:

1º Actuarán en el desempeño de sus funciones con un comportamiento ético plenamente adecuado a los valores y normas de conducta establecidas en el Código ético aplicable.

2º Desempeñarán las funciones que tienen encomendadas buscando exclusivamente la satisfacción del interés público, evitando los conflictos de interés y absteniéndose de llevar a cabo en el ejercicio de sus actividades privadas actuaciones o comportamientos que puedan poner en tela de juicio o erosionar la confianza de la ciudadanía en la Institución atinente.

²⁰ Resolución de fecha 30/05/2022 del Subsecretario de Política Territorial, por la que se aprueba el Código Ético y de Conducta del Ministerio de Política Territorial, donde se relacionan los valores éticos de referencia.



3º Obviarán cualquier actuación que pueda provocar sospecha de trato de favor a determinadas personas o entidades.

4º Tomarán sus decisiones, así como sus propuestas de resolución, informes o actuaciones, basándose en elementos objetivos.

5º Rechazarán o evitarán cualquier ventaja o beneficio directo o indirecto que se les proponga o insinúe en el desempeño de su cargo o de su puesto.

Así, el privilegio es la semilla de la corrupción, recalca J. A. FERNÁNDEZ AJENJO (2019), debiéndose tener muy presentes las reglas precedentes.²¹

b) Ejemplaridad.

El personal al servicio de la Administración pública, en especial aquel que desempeña puestos directivos o de responsabilidad, deberá comportarse con «ejemplaridad», sirviendo de referente a otros compañeros y evitando conductas que pudieran dañar su imagen o comprometer su credibilidad frente a los ciudadanos. En ningún caso su actuación deberá comprometer la imagen de la Institución.

Así, los altos cargos, Directivos Públicos y el resto del personal, en la medida de sus responsabilidades, deberán sujetarse a las siguientes reglas de arquitectura ética que, a saber, se relacionan a continuación:

1ª Ejercerán un «liderazgo ético» en la organización, promoviendo un clima ético, facilitando el

²¹ Vid. Leyes de la Corrupción y Ejemplaridad Pública, prefacio.



diálogo social y fomentando aquellas conductas que mejor se identifiquen con los valores de lo público, sirviendo así de referentes para el personal, y no llevando a cabo conductas y/o actividades que pudieran dañar o menoscabar la imagen de la Institución atinente.

2º Serán austeros en el uso de los recursos y medios puestos a su disposición por la Administración, realizando sólo aquellos gastos necesarios para el ejercicio de sus funciones.

3º Se abstendrán de realizar un uso impropio de los bienes, medios, recursos y servicios públicos que la Administración ponga a su disposición para ejercicio de las actividades y funciones propias de su puesto de trabajo.

4º En horas y espacios de trabajo, harán un uso razonable y ético de sus dispositivos móviles personales, así como de las redes sociales o internet para uso exclusivamente privado.

c) Honestidad y lealtad institucional.

El personal al servicio de la Administración pública deberá actuar justa, honesta y honradamente, respetando las reglas de la buena fe,²² con lealtad

²² La oportuna referencia a la clasificación de HEIDENHEIMER entre corrupción negra (la rechazada, contundentemente, desde la sociedad), la gris (sobre la que existe cierta permisividad) y la blanca (actos no éticos o irregulares que están «socializados» en su práctica), sirve para comprender la extensión y complejidad de este fenómeno (vid. JIMÉNEZ ASENSIO, R. 2019, en *Combatir la corrupción*)



institucional y actuando de acuerdo con las siguientes reglas de conducta:

1º Rechazarán cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía.

2º Incluirán en sus perfiles y currículos profesionales únicamente datos veraces y comprobables.

3º Serán leales a la Institución a la que representan o en la que desarrollan su trabajo, preservando el respeto a sus funciones y objetivos, a la normativa aplicable, y a todos los empleados públicos que prestan servicio en aquella.

4º No harán uso de la imagen institucional para su propio beneficio.

d) Imparcialidad y objetividad.

El personal al servicio de la Administración actuará de forma imparcial y objetiva para la plena satisfacción de los intereses generales, alejándose de cualquier tipo de influencia, orientación, trato de favor o discriminación injustificada o que condicione o pueda llevar a condicionar su imparcialidad:

1º Desempeñarán su actividad con plena dedicación y con respeto a la normativa de incompatibilidades y conflicto de intereses.

2º Dirigirán sus acciones exclusivamente hacia el objetivo de la plena satisfacción del interés público y de los intereses de la ciudadanía, evitando situaciones que



puedan dar lugar a un conflicto entre éstos y sus intereses personales, absteniéndose de participar en aquellos asuntos, procedimientos y actos administrativos que afecten a sus propios intereses o a los de su familia y amistades.

3º Las resoluciones, actos y decisiones deberán estar fehacientemente motivadas, cuando así sea necesario, con el fin de salvaguardar plenamente el interés público y el papel de la Institución a la que se representa.

4º Sin perjuicio de las obligaciones de transparencia en la información pública, mantendrán el debido deber de sigilo en todos aquellos asuntos que conozcan en función de sus actividades profesionales, no pudiendo hacer uso de esa información en beneficio propio o para terceros. Deberán mantener al efecto, el deber de secreto en todos aquellos asuntos clasificados como confidenciales. Además, guardarán secreto, incluso después de cesar en el ejercicio de sus funciones o de perder la condición de empleado público, de cuanta información de naturaleza confidencial hubiera conocido en el ejercicio de aquéllas.

5º La actuación objetiva e imparcial de los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, deberá impregnar toda su actividad profesional y especialmente en relación a los procedimientos de concurrencia competitiva, entre los que pueden señalarse más concretamente:



- Los procedimientos de acceso, promoción y provisión de puestos de trabajo.²³

²³ Vid. en relación específica a los Tribunales de oposiciones, JIMÉNEZ VACAS, J. J., en «El principio de actuación ética de los miembros de órganos colegiados de selección de personal de las Administraciones Públicas», en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid (2020), publicación con eco en Instituto Nacional de Administración Pública (Newsletter diaria 05/05/2020, apdo. La Administración al Día -INAP_ Estudios y Comentarios) con abundante cita del Manual de Instrucciones para la Actuación de los Tribunales de Selección de Personal (2009), de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior (Comunidad de Madrid) y el Manual de órganos de selección (Administración General de Estado _ INAP, no consta fecha):

Los tribunales de selección, son órganos colegiados exclusivamente técnicos en que así, por su naturaleza, no puedan defenderse ni representarse intereses sectoriales, profesionales, de oportunidad política o sindical. La peculiar naturaleza de este tipo de órganos determina que, en lo referente a la actuación de sus miembros, éstos no estén sometidos al principio de jerarquía entre ellos mismos pues únicamente están obligados por la ley, sin que ningún miembro pueda dar órdenes a otros por virtud de rango (presidente, si bien un *primus inter pares*, o secretario) o de antigüedad. El órgano de selección, por otra parte, como órgano colegiado, no está tampoco sometido a autoridad alguna. No obstante, dicha autonomía funcional, que resulta requisito necesario para garantizar la objetividad en la actuación de dichos órganos y/o tribunales calificadores, sus integrantes, en cuanto responsables últimos de las decisiones adoptadas, pueden incurrir, para el caso de incumplimiento de los precitados principios generales, en responsabilidades disciplinarias o, incluso, penales.

La autonomía funcional que, en efecto, la normativa garantiza a los órganos de selección de personal, implica que sus integrantes no están sometidos a mandato imperativo de



ningún tipo, ni responden tampoco a interés alguno de carácter sectorial, social, corporativo o administrativo, como ya se ha subrayado. Su función se ciñe, en exclusiva, a enjuiciar, desde un punto de vista técnico, la capacidad y preparación de un conjunto de aspirantes, y a determinar cuáles de todos ellos son los más aptos y capacitados para acceder a las plazas convocadas, a juicio del órgano de selección y con arreglo a un principio (objetivo) de discrecionalidad técnica que excluye, por lo tanto, toda arbitrariedad. Por ello y con objeto de cumplir con dicho cometido, queda proscrita toda consideración, por íntima que esta sea, de cualquier circunstancia o elemento que no esté referido –expresamente– con los principios de mérito y capacidad, tal y como éstos aparezcan configurados en las bases de las respectivas convocatorias de pruebas selectivas. Así se viene entendiendo que las valoraciones y las calificaciones que dan los órganos de selección a los ejercicios, son de la exclusiva soberanía de los mismos y, por consecuencia, no le resulta posible a los Tribunales de Justicia suplir o sustituir esos criterios valorativos que, por otra parte, son absolutamente discrecionales. Sin embargo, conviene decir que, a contrario, los Tribunales de Justicia sí podrán entrar a decidir, cuando los órganos y tribunales de selección no se hubieran atendido a lo dispuesto en las bases de la correspondiente convocatoria de pruebas selectivas, o demás normas procedimentales de general aplicación a aquellas.

De tal manera, los miembros de los órganos de selección de personal, cualquiera que sea el origen de su designación, actúan a título individual, tienen los mismos derechos y obligaciones y son responsables de la objetividad del procedimiento selectivo, tal y como lo prevé la normativa.

En cualquier caso, los empleados públicos que formen parte de los órganos y tribunales de selección de personal actúan, en ellos, bajo una doble condición de ciudadanos y de servidores públicos: la peculiar naturaleza de este tipo de órganos colegiados supone, en tal sentido, que en lo atinente a su actuación en el seno de cada órgano de selección no estén sometidos (sujetos) al principio de jerarquía administrativa o a poder alguno de dirección de la Administración pública, pues,



- Los procedimientos de contratación pública, encargos y encomiendas de gestión.
- Los procedimientos de tramitación de subvenciones o de ayudas públicas.

6º Evitarán, en fin, cualquier tipo de acción u omisión que implique influir, directa o indirectamente, en la agilización o resolución de un trámite administrativo sin causa objetiva que lo motive, cuando ello comporte un privilegio o ventaja injustificada en beneficio propio, de otros cargos públicos o de su entorno familiar y social

únicamente, quedan obligados, los miembros, por la ley; y dicha obligación circunscribe a su labor técnica de selección, con el más escrupuloso respeto hacia los criterios de objetividad, neutralidad e imparcialidad que su condición de miembro les impone. Requisito necesario para garantizar esa objetividad de actuación del órgano de selección será que los integrantes de éste por cuanto son responsables últimos de las decisiones colegiadas adoptadas –conforme también se ha tenido ocasión de subrayar, antecedente- puedan incurrir, en caso de incumplimiento de los principios a que estamos haciendo referencia, en esa advertida responsabilidad disciplinaria o penal.

Al respecto y no es ocioso recordarlo, son dos los deberes fundamentales para los miembros de los órganos de selección de personal: en primer lugar, la obligación de respetar la objetividad, neutralidad e imparcialidad del procedimiento selectivo y, por segundo término, el deber de sigilo profesional que deduce el mismo. Este último se extiende también al conocimiento de los datos, hechos o circunstancias del proceso de selección que adquieran sus miembros por mor de su pertenencia al órgano colegiado, e implica que no puedan facilitar información de tales datos a personas ajenas al propio órgano o tribunal de selección.



inmediato, o cuando suponga un menoscabo de los intereses para terceros.

e) Profesionalidad.

Los empleados públicos buscarán alcanzar la excelencia en sus puestos de trabajo con fin de prestar los mejores servicios a la ciudadanía. Para ello, actuarán de acuerdo con la siguiente arquitectura ética que se relaciona:

1º Desarrollarán y mejorarán (continuamente) sus competencias profesionales, incluidas las que se apoyen en el desarrollo de nuevos servicios públicos digitales, con el objetivo de llevar a cabo un desempeño óptimo de las funciones y tareas asignadas a su puesto de trabajo, y para facilitar su adaptación a los cambios que se produzcan y su movilidad.

2º Propondrán a sus superiores, y en su caso, pondrán en marcha, las propuestas de simplificación y mejora que consideren necesarias en relación con el trabajo diario o con otros aspectos que se estimen susceptibles de mejora de rendimiento, de tipo organizativo, estructural, de procedimiento, de prestación de servicios, de gestión de expedientes, etc.

3º Participarán, activamente, en los proyectos de innovación y de gestión del cambio que se pongan en marcha.

4º Compartirán el conocimiento, desarrollarán el trabajo colaborativo, el compromiso organizativo, así como el espíritu de equipo y el desarrollo profesional con finalidad de contribuir al mejor rendimiento y resultados



de la organización en beneficio de los destinatarios finales de las actuaciones emprendidas.

5º Colaborarán en la formación y desarrollo profesional de los compañeros mediante la impartición de cursos, jornadas y seminarios sobre aquellas materias en las que sean especialistas, o mediante la prestación de ayuda a los compañeros de nueva incorporación en su unidad de trabajo.

6º Cuando tengan personal a su cargo, velarán por fomentar el trabajo en equipo y la implicación en los proyectos que se gestionen en la unidad, así como su compromiso con la innovación pública.

f) Responsabilidad, transparencia, eficacia y eficiencia del personal, que:

1º Promoverá la rendición de cuentas a la ciudadanía y las prácticas de gobierno abierto que permitan la participación social efectiva en el diseño, implantación y evaluación de políticas y servicios públicos.

2º Actuará con la debida transparencia, de acuerdo con la normativa aplicable en cada Administración.

3º Optimizará el uso de los bienes y recursos públicos que gestione, velando por su adecuada conservación y evitando su despilfarro.

4º Pondrá en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular en materia de uso de los recursos, de la cual tenga conocimiento.



5º Promoverá, permanentemente, procesos de mejora continua que representen un ahorro efectivo, sin menoscabo de la prestación de los servicios públicos.

6º Llevará a cabo el desarrollo de las tareas públicas asignadas desde la excelencia, de una forma comprometida y diligente. Asimismo, será escrupuloso en el cumplimiento de la jornada y el horario laboral que tenga establecido.

7º Garantizará, en cumplimiento de la normativa vigente, la conservación y permanencia de los documentos e información pública que gestione, así como la protección de los datos personales de los ciudadanos en todas sus actuaciones, en particular en sus comunicaciones y en el uso de los medios electrónicos, velando por el cumplimiento de la política de seguridad.

g) Respeto hacia las personas.

El respeto hacia el otro es la base de la convivencia y, por ello, se han de promover las buenas relaciones hacia los demás, con el fin de crear un buen clima de trabajo.

No se tolerará, en este sentido, ningún tipo de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, orientación sexual, identidad de género, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

A tal efecto el personal al servicio de la Administración deberá observar reglas, como las siguientes, en su desempeño:



1º Fomentarán a través del ejercicio de sus funciones y, especialmente, de su comportamiento, un clima laboral en el que prevalezca plenamente la convivencia, la solidaridad y la tolerancia, impulsando el respeto mutuo, así como salvaguardando el pluralismo y la diversidad. Se abstendrán, por tanto, de adoptar cualquier tipo de conducta o actuación que conlleven el uso de términos despectivos o de prácticas de discriminación de cualquier tipo.

2º Prestarán especial atención a las relaciones con la ciudadanía y los usuarios de los servicios públicos a los que se deberá tratar, en todo caso y situación, con cortesía, corrección, debido respeto y con la dignidad que toda persona merece.

3º Asimismo, tendrán especial cuidado con las personas o colectivos especialmente vulnerables por razones sociales, económicas o de discriminación de cualquier tipo, adoptando las medidas de acción positiva que sean necesarias y desplegando especial sensibilidad y empatía. En este sentido, fomentarán la accesibilidad a los servicios públicos y la inclusión digital.

4º Garantizarán el derecho a la desconexión digital de los empleados públicos bajo su dirección, a fin de respetar su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar.

5º Los empleados obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, a salvo de que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.



h) Respeto a la seguridad y salud en el trabajo, con finalidad en obtener un entorno laboral seguro y saludable:

1º Incorporarán la seguridad, la salud y el bienestar laboral como valor en todas las actividades que desarrollen, así como mostrarán la diligencia suficiente al enfrentarse con aspectos de seguridad y salud.

2º Impulsarán e integrarán la prevención de riesgos laborales en su ámbito de actuación, aplicando los planes y programas de prevención establecidos e implantando las medidas preventivas que sean necesarias.

3º Cumplirán con las medidas preventivas que les sean de aplicación, evitando y rechazando cualquier tipo de conducta insegura y/o insalubre y, cuando corresponda, velarán por la seguridad, salud y bienestar laboral de los usuarios de los servicios y de las personas a su cargo, proveedores, colaboradores y cualquier persona que se encuentre en las dependencias de la Institución o participe en el desarrollo de su actividad.

i) Respeto de la igualdad de género, como valor transversal:

1º Garantizarán y mantendrán un trato respetuoso e igualitario con los ciudadanos y con todo el personal, tanto interno como externo, sin distinción por razón de sexo, de identidad de género o de orientación sexual. Igualmente, se evitarán las asimetrías y sesgos por razón de sexo en las relaciones con las personas.

2º Se rechazará cualquier conducta no deseada o molesta, así como cualquier manifestación de acoso



sexual o por razón de sexo, intimidación o conductas ofensivas o impropias que puedan perturbar el trabajo de otra persona y generar un entorno de trabajo intimidatorio, abusivo u hostil y que pueda ofender la dignidad.

3º No se permitirá el uso de lenguaje discriminatorio o excluyente que pueda implicar un trato desigual u ofensivo.

4º No se asignarán tareas en función de estereotipos de género, sino en función de las competencias, aptitudes y aspiraciones de las personas.

j) Respeto al medio ambiente, en fin.

El medio ambiente es un elemento transversal dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030. Muchos de estos objetivos tienen su foco en aspectos ambientales, o abordan la sostenibilidad de los recursos naturales. Los empleados públicos deben ser conscientes de que el desarrollo de su actividad afecta al entorno y, como consecuencia, desempeñarán sus funciones evitando dañar el medioambiente y realizando una gestión eficiente y un consumo responsable de los productos y suministros que la Institución ponga a su disposición. A tal efecto:

1º Reducirán el consumo de papel mediante la digitalización de procedimientos.

2º Realizarán un consumo responsable de agua, energía eléctrica y calefacción/refrigeración de los centros de trabajo, así como de combustibles de los



vehículos puestos a su disposición para ejercicio de sus funciones.

3º Realizarán un consumo responsable en conexiones a internet, telefonía fija y móvil. Potenciarán el uso del correo electrónico frente a las comunicaciones postales. Asimismo, procurarán hacer un uso responsable de los servicios de mensajería.

4º Reducirán el consumo de plásticos y harán uso de los contenedores específicos de reciclado que se hayan puesto a disposición.

5º Promoverán la participación en campañas y actividades formativas sobre la protección del medioambiente y la gestión eficiente de los recursos.

6º Se asegurarán de que se respeta el principio de «no producción de daño significativo al medio ambiente» en la ejecución de contratos, encargos y encomiendas de gestión, y en la aplicación de ayudas y subvenciones por parte de contratistas y beneficiarios.

En un momento histórico en que las llamadas crisis de valores parecen una constante social, la «Buena Administración» resultará del arte del bien hacer, que pasa por comprender, primero, que las Instituciones propias del Poder Constituido se componen de personas, con valores, que las dirigen y sustentan y, segundo, que el Derecho administrativo, como el «Derecho de la Administración» ya no puede sólo limitarse a ser una mera regulación de las prerrogativas públicas, sino llegar



a conformar también verdadero estatuto del gobernante y administrador: ²⁴

Un Código ético, de conducta, deontológico, desde el más puro sentido de servicio con objetividad al interés general.

Quepa terminar solo recalcando, que la «integridad» como la ética, son una conquista cotidiana siempre presente. Pero lo logrado puede evaporarse en cuestión de segundos. Una conducta no ajustada, echa por tierra toda una vida ejemplar.²⁵

Probablemente, también en esta denominada Arquitectura ética uno de los mayores retos resulte ser esa «inconstancia en las formas» tan propia del temperamento español, como afirmaba F. CHUECA GOITIA. Al fin y al cabo, los edificios son empresas colectivas de alto bordo, obra de muchos años; cada edificio traza en piedra una casi siempre turbulenta biografía, en ellos quedan petrificados los gestos de la historia.²⁶

²⁴ Vid. JIMÉNEZ VACAS, J.J. (2022), De la gobernanza, liderazgo y ética pública. Centro de Investigación para la Gobernanza Global (Universidad de Salamanca), Working Paper Nº 2

²⁵ JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2016). Integridad y transparencia, imperativos de la buena gobernanza.

²⁶ CHUECA GOITIA, F. Historia de la Arquitectura española (1.965). Como suele suceder con los grandes maestros, el prólogo publicado por F. CHUECA GOITIA, en su edición de 1.965, sigue siendo magníficamente vigente en la actualidad, pues como él mismo afirma: «la aparente incoherencia del arte español, si se contempla superficialmente, se trueca en existencial consecuencia cuando descendemos a los planos



La integridad, es más un camino (siempre *in via*) que un objetivo: exige continuidad y constancia en la persecución de esta finalidad. Pero, sobre todo, requiere de adoptar «hábitos» que marquen un carácter de costumbre con el valor que se le concede, a ésta, en nuestro ordenamiento jurídico; máxime si quedan, aquellos, fijados entre las reglas de un Código ético y de conducta.²⁷

Sólo se produce así, en la ciudadanía, entre la sociedad civil, un mismo sentimiento que el manifestado por J. CARBONNIER, y que expresara Jeremy BENTHAM cuando saludaba así la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC) aprobada por la Asamblea Nacional francesa en 1.789: «Derecho, el sustantivo Derecho, es el hijo de la Ley: de Leyes reales resultan Derechos reales; pero de Leyes imaginarias, de las Leyes de la naturaleza, cantadas e inventadas por los poetas, retóricos y tratantes en venenos morales e intelectuales, resultan derechos imaginarios.»²⁸

El Derecho, así por fin, como la Arquitectura, no es un fin en sí mismo, ni sus trámites pueden convertirse

más profundos (...) Si atendemos a la expresión profunda del espíritu y del temperamento emocional de un pueblo, nos parecerá casi siempre claro y evidente y, a lo largo de los años, fiel a sí mismo.»

²⁷ JIMÉNEZ VACAS, J. J. (2022), El acto de certificación, análisis de la función certificante del secretario de los órganos colegiados de las Administraciones públicas, Ed. COLEX, primera edición, vid. p. 228

²⁸ Citando nuestro primer artículo juntos, vid. JIMÉNEZ VACAS, J. J. y LARREA HERNÁNDEZ-TEJERO, C. (2013), en Arquitectura de la ética, y de la justicia, ACEF.- UDIMA, Revista Digital.



en ritos sacramentales toda vez que el culto a la forma ha de resultar rendido en tanto sirve de amparo frente a ejercicios desmedidos de la potestad administrativa.

Como afirmara C. BARRERO RODRÍGUEZ, cierto es que las formas no constituyen un fin en sí mismas, pero también lo es que «una doctrina que relativiza las formas termina, de algún modo, por amparar el incumplimiento por la Administración de las reglas que el ordenamiento jurídico establece tanto en garantía de su buen hacer como de los derechos de los interesados.»

29

4. Consulta bibliográfica.

BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2003) La prueba en el procedimiento administrativo.

BAUTISTA, O. D. (2006), La ética y la corrupción en la política y en la Administración Pública.

BENEVOLO, L. (1974) Storia dell'architettura moderna.

CASANOVA, A 2014, Serie de casos sobre errores de *compliance*.

CHUECA GOITIA, F. (1964) Historia de la arquitectura española.

²⁹Vid. La prueba en el procedimiento administrativo (2003)



CORTINA, A. (2006), *Ética del desarrollo: un camino hacia la paz*. Sistema: Revista De Ciencias Sociales, núm. 192.

FERNÁNDEZ AJENJO J. A. (2011) *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción*. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado. Civitas, Madrid.

(2019) *Leyes de la Corrupción y Ejemplaridad Pública*.

GOMÁ LANZÓN, J. (2009) *Ejemplaridad pública*, Taurus, Madrid.

INSTRUCCIÓN 1/1996, de 15 de enero, sobre competencias y organización de la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2016), *Integridad y transparencia, imperativos de la buena gobernanza*.

(2019), *Combatir la corrupción*.

JIMÉNEZ VACAS, J. J. (2020), «Compliance» como instrumento al servicio de la integridad y la Ética Pública, en la *Obra colectiva Guía práctica de Compliance en el Sector Público*. Ed. Wolters Kluwer, LA LEY. Madrid. Coord. por CAMPOS ACUÑA, M^a. C.

(2020), *El principio de actuación ética de los miembros de órganos colegiados de selección de personal de las Administraciones Públicas*. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid. Artículo doctrinal.



(2022), El acto de certificación, análisis de la función certificante del secretario de los órganos colegiados de las Administraciones públicas, Ed. COLEX, primera edición

(2022), De la gobernanza, liderazgo y ética pública. Centro de Investigación para la Gobernanza Global (Universidad de Salamanca), Working Paper Nº 2.

JIMÉNEZ VACAS, J. J. y LARREA HERNÁNDEZ-TEJERO, C. (2013) Arquitectura de la ética, y de la justicia. ACEF.-UDIMA Revista Digital.

LAUGIER, M.A. (1753) Essai sur l'architecture. Rykwert 1975:52

LÓPEZ DONAIRE, B., Los códigos de conducta en el marco de integridad, en la op. colectiva La Directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al Sector público. Coord. por GIMENO BEVIÁ, J. y LÓPEZ DONAIRE, B., (2022), Tirant lo Blanch, Valencia. Primera ed.

MANUAL DE INSTRUCCIONES para la Actuación de los Tribunales de Selección de Personal (2009), de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid.

MANUAL DE ÓRGANOS DE SELECCIÓN (Administración General de Estado _ INAP., no consta fecha).

MALDONADO RAMOS, L. Y VELA COSSIO, F. (1998) De Arquitectura y Arqueología.

NEVADO-BATALLA MORENO, P.T. (2003). Notas sobre Derecho administrativo, tomo I, Ratio Legis, Salamanca.



El sistema de obligaciones del personal y autoridades al servicio de la Administración en el ordenamiento jurídico español: especial referencia al principio de lealtad a la Constitución. IUSTITIA núm. 9, diciembre 2011 (págs. 139 – 168)

Adopción y control de decisiones públicas, integridad y legitimación institucional por el acierto, Tirant lo Blanch, Valencia (2021).

NIETO MARTÍN, A. y GARCÍA MORENO, B. (2020), Guía para la prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha (Coord.), ed. Instituto de Derecho Penal europeo e internacional.

RECOMENDACIÓN del Consejo de la O.C.D.E. sobre integridad pública de 26 de enero de 2017.

RESOLUCIÓN de fecha 30/05/2022, del Subsecretario de Política Territorial, por la que se aprueba el Código Ético y de Conducta del Ministerio de Política Territorial.

RODRÍGUEZ, A. (1998), Cualidades éticas del Ethos profesional. Anuario Filosófico XXVII/3. Universidad de Navarra.

TESORO, J. L. (2001), Los códigos de conducta en la función pública: fortalezas y debilidades. Revista Probidad núm. 10.

VACAS GARCÍA-ALÓS, L. F. (2012) Dimensión constitucional del control del gasto público. Constitución y democracia: ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral. Madrid.



VILLORIA MENDIETA, M. (2007), Ética post-convencional e instituciones en el servicio público. Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas 117.

VITRUVIO, M. (c.15 a.C.) De Architectura. GRACIÁN, J. (fl.1568-1587)

WINCKELMANN, J.J. (1767) Dell'arte del disegno dei Greci e della bellezza



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 31

Septiembre 2022

<http://gabilex.castillalamancha.es>



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

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES



EL REGIMEN PRESUPUESTARIO EN LA CONTRATACION DEL SECTOR PÚBLICO

THE RULES OF THE PUBLIC BUDGET IN PUBLIC PROCUREMENT

Dr. D. Alejandro Canónico Sarabia¹

Profesor de la Universidad Internacional de la Rioja

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto estudiar la relación necesaria y obligatoria que debe existir entre el presupuesto y las contrataciones públicas, para convertirse en un sistema integral y estratégico que le permite al estado organizar y garantizar las acciones y programas de gobierno para cumplir con los fines del estado. Se analizará la importancia de cumplir con los principios jurídicos que rigen al sistema presupuestario, así como los principios propios de las compras públicas, entre el que destaca el principio de legalidad y especialmente la legalidad presupuestaria, que, en términos generales, prohíbe hacer cualquier tipo de gasto que no haya sido previsto expresamente en la Ley del presupuesto correspondiente. Sin embargo, en este

¹ Abogado. Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad de la Coruña. Magister en Historia y Profesor en la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR).



trabajo analizaremos las normas de la contratación pública, que permiten interpretar y aplicar adecuadamente la premisa de legalidad presupuestaria en los distintos momentos que se presentan en la contratación pública, a los fines de tener claridad y para evitar incurrir en errores, que pudieran resultar perjudiciales al interés general.
Palabras clave: Presupuesto, Contratos, Contratación pública, Administración financiera, Sector público.

Abstract: This work aims to study the necessary and mandatory relationship that must exist between the budget and public procurement, to become a comprehensive and strategic system that allows the state to organize and guarantee government actions and programs, to meet the purposes of the state. The importance of complying with the legal principles that govern the budget system will be analyzed, as well as the principles of public procurement, among which the principle of legality stands out and especially the budgetary legality, which, in general terms, prohibits doing any type of expenditure that has not been expressly provided for in the corresponding Budget Law. However, in this work we will analyze the rules of public contracting, which allow us to properly interpret and apply the premise of budget legality at the different times that occur in public contracting, in order to be clear and thus avoid making mistakes, which could result detrimental to the general interest.

Key words: Budget, Contracts, Public procurement, Financial administration, Public sector.

Sumario: I. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES Y EL PRESUPUESTO PUBLICO. II. EL SISTEMA Y LAS FASES PRESUPUESTARIAS. III. PRINCIPIOS JURIDICOS VINCULADOS AL SISTEMA PRESUPUESTARIO. 1. El principio de legalidad



presupuestaria. 2. Otros principios jurídicos vinculados al sistema presupuestario. A) Principio de universalidad. B) Principio de exclusividad. C) Principio de especificidad del gasto. D) Principio de no afectación de los recursos. E) Principio de periodicidad o anualidad del presupuesto. F) Principio de racionalidad del gasto. IV. APLICACIÓN DE LAS NORMAS PRESUPUESTARIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1. Planificación y presupuesto. 2. Actividades preparatorias en la contratación pública. 3. Disponibilidad presupuestaria para contratar. 4. Adjudicación del contrato sin disponibilidad presupuestaria. 5. Las modificaciones de las condiciones contractuales y la disponibilidad presupuestaria. 6. Contrataciones con ejecución superior a un año. 7. Referencias al contrato marco. V. CONCLUSIONES.

I. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES Y EL PRESUPUESTO PÚBLICO

En el contexto de un Estado social de derecho y de justicia, como en el que se inscribe constitucionalmente el estado venezolano, el sistema económico, fiscal y presupuestario debe estar dirigido y condicionado sobre la noción de la dignidad humana², garantizando el cumplimiento de los fines del Estado, y especialmente de los derechos sociales fundamentales. De ahí que sea correcto afirmar que el presupuesto nacional, en tanto expresión del plan de desarrollo, es un instrumento concreto de realización programática de los derechos

² *Vid.* Artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV).



económicos, sociales y culturales³, lo cual se vincula con la garantía del interés general, que se constituye en el norte de la acción administrativa.

Es por ello que las constituciones latinoamericanas promulgadas a partir del siglo pasado, dentro de las que se encuentra la constitución venezolana de 1999, incorporaron importantes normas relativas a la regulación de los presupuestos públicos, con mayor extensión y profundidad, constitucionalizando instituciones originales del derecho presupuestario, que pasaron a estar al servicio del cumplimiento de los fines del estado, para comenzar a hablarse de un derecho constitucional presupuestario; a la par de la amplitud de los derechos sociales constitucionales o derechos prestacionales y los derechos de tercera generación, que ahora son considerados expresamente en los textos constitucionales.

En consecuencia, anualmente el presupuesto debe traducir en cifras y objetivos concretos, los contenidos propios de un Estado social de derecho, en función de las prioridades estatales y del interés general, lo que debe partir de la garantía de una serie de mínimos que han de estar recogidos en la estructura normativa presupuestaria, así como los principios de prohibición de regresividad en materia de derechos sociales fundamentales y de promoción y progresión de estos derechos, dentro de un enfoque de justicia distributiva. En tal sentido, la planificación y ejecución presupuestaria se debe traducir en bienestar para las personas.

³ ELIZONDO BREEDY, G. y FERRARO CASTRO, F. (1998) Efectos de los derechos económicos, sociales y culturales en la formulación del presupuesto nacional. *Liber Amicorum*, secretaria de la CIDDDH, San José, pág. 639.



Un adecuado diseño de la inversión pública tiene efectos positivos sobre la eficiencia del aparato productivo de un país, a través del aumento de valor y la reducción de costes, sobre todo cuando el sector público invierte en áreas como la innovación, educación, energía, transporte y comunicaciones; y tiene otros efectos positivos sobre la eficiencia en la provisión de otros bienes y servicios vinculados directamente al bienestar y a la calidad de vida de las personas, cuando se materializa en inversión en sanidad, ambiente, vivienda y protección social.

Las partidas de gastos incluidas en la estructura presupuestaria deben conectarse en mayor medida con el gasto de inversión social y de desarrollo, que genera prosperidad, y es precisamente el presupuesto, el instrumento estratégico e ideal para, desde la planificación hasta la ejecución, garantizar que se cumplan con los objetivos de desarrollo sostenible de una nación y de sus habitantes. No en balde la propia constitución define que la gestión fiscal y presupuestaria se regirá con base en los principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y estabilidad o equilibrio fiscal; destacando la eficiencia, no sólo en la utilización de los recursos públicos, sino también en el cumplimiento de los cometidos públicos. Especialmente en materia de ingresos estatales que se generen por la explotación de la riqueza del subsuelo y los minerales, en general, señala expresamente el texto constitucional, que deberán ser utilizados para financiar la inversión real productiva, la educación y la salud.

Además, el estado cuenta con un mecanismo de gestión muy poderoso, con la potencialidad de contribuir al desarrollo estatal o al fortalecimiento de la economía nacional, como es la contratación pública dirigida a esos



objetivos, que unida al correcto y adecuado empleo de los fondos públicos, definitivamente consolidará un verdadero desarrollo sostenible; es por esa razón que resulta de sumo interés abordar los temas presupuestarios en las contrataciones públicas.

Ahora bien, para hablar con certeza sobre los aspectos presupuestarios en la contratación pública debemos comenzar analizando el conglomerado de reglas y normas que lo disciplinan, no solo para la obtención de recursos económicos, sino la distribución y el buen manejo de los mismos, en función de la satisfacción de las necesidades colectivas, respetando la legalidad y, en fin, el interés general; lo que a su vez permite el logro eficiente y eficaz de los objetivos y metas trazadas dentro de la gestión administrativa y de gobierno. A este conjunto de elementos se le conoce como Administración Financiera del Sector Público, constituyendo precisamente el presupuesto público el elemento fundamental que la integra, partiendo de la base que se convierte en una de las herramientas administrativas por excelencia de la cual se sirve el estado para lograr la consecución de sus fines.

En ese sentido, tomando en consideración que la contratación pública es una de las formas a través de las cuales el estado procede a la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, enfocaremos el objeto de este estudio en la revisión crítica de los aspectos presupuestarios más relevantes en la contratación estatal, en donde se examinarán los principios, reglas y normas presupuestarias en el estratégico sector de la contratación pública.



II. EL SISTEMA Y LAS FASES PRESUPUESTARIAS.

El funcionamiento y la articulación de los órganos y entes que componen el sector público se rigen por una serie de reglas y normas que legitiman su accionar. En materia de administración económica y financiera, el estado cuenta con un sistema formal de regulación y actuación llamado a aportar la seguridad jurídica necesaria para entender que los procesos administrativos se encuentran ajustados a derecho.

En ese sentido, se le denomina Administración Financiera del Sector Público al conjunto de sistemas que intervienen en la definición y captación de los recursos financieros, para ser aplicados al cumplimiento de los fines del Estado, lo que se corresponde con el interés general. Los sistemas que conforman la Administración Financiera del Sector Público son el sistema presupuestario⁴, el sistema de crédito público⁵, el

⁴ El sistema presupuestario se encuentra regulado en el Reglamento Nº 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP), publicado en la G.O. Nº 5.781, de 12/08/2005.

⁵ De conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la LOAFSP, las operaciones de crédito público tienen por objeto arbitrar recursos para realizar inversiones reproductivas, atender casos de evidente necesidad o de conveniencia nacional y cubrir necesidades transitorias de la tesorería.



sistema de tesorería⁶ y el sistema de contabilidad pública⁷.

Para cumplir con el objetivo general de este trabajo nos circunscribiremos a un análisis básico del sistema presupuestario, cuyo estudio nos permitirá tener una noción clara sobre las reglas precisas y los principios jurídicos vinculados a los aspectos económicos y financieros, que se deben observar en el ámbito de la contratación estatal; en virtud de que el presupuesto público representa la columna vertebral de la Administración Financiera del Sector Público, como lo reconoce expresamente el artículo 313 de la CRBV.⁸

⁶ El servicio de Tesorería comprende las actividades de custodia de fondos y valores, percepción de ingresos, transferencias, realización de pagos, inversiones, administración de fondos y demás actividades que le sean propias, a todo el sector público nacional centralizado y a los entes descentralizados funcionalmente de la República (Artículo 110 de la LOAFSP).

⁷ El sistema de contabilidad pública consiste en la técnica de registro contable de las transacciones económico-financieras de los órganos del sector público y comprende el conjunto de políticas, principios, órganos, normas y procedimientos técnicos de contabilidad que permiten valorar, registrar, procesar y exponer los hechos económico-financieros que afecten o puedan llegar a afectar el patrimonio de los entes del sector público sujetos (Artículos 124 y 125 de la LOAFSP).

⁸ "Artículo 313. La administración económica y financiera del Estado se regirá por un presupuesto aprobado anualmente por ley. El Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional, en la oportunidad que señale la ley orgánica, el proyecto de Ley de Presupuesto. Si el Poder Ejecutivo, por cualquier causa, no hubiese presentado a la Asamblea Nacional el proyecto de ley de presupuesto dentro del plazo establecido legalmente, o el mismo fuere rechazado por ésta, seguirá vigente el presupuesto del ejercicio fiscal en curso." (...)



Efectivamente el sistema presupuestario se encuentra integrado por el conjunto de principios, órganos, normas y procedimientos que rigen el proceso presupuestario del sector público. A través de este proceso se consolidan los presupuestos públicos en donde se expresan los recursos y egresos vinculados a los objetivos y metas de los planes, bien sean nacionales, estatales, municipales, locales o sectoriales, que hayan sido elaborados dentro de las líneas del plan de desarrollo económico de la nación. El presupuesto público se constituye en un instrumento jurídico-técnico imprescindible para la gestión del gobierno, y comprende los recursos, los egresos y las operaciones de financiamiento, sin compensaciones entre sí, para el ejercicio económico financiero correspondiente.⁹

Es por ello que de acuerdo al contenido plasmado en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, y en su Reglamento parcial N° 1, antes citado, se puede observar que en el ordenamiento jurídico venezolano se regulan dos tipos de presupuestos indisolublemente complementados; el primero de ellos, referido al presupuesto público de recursos, en el cual se muestra la denominación de los diferentes ramos de ingresos corrientes y de capital, así como las distintas fuentes financieras y sus correspondientes cantidades estimadas; y el segundo, que estaría referido al presupuesto público de egresos, en el cual se contemplan los gastos corrientes, de capital y aplicaciones financieras¹⁰. Ambos, el presupuesto de

⁹ *Vid.* Artículos 9 y 11 de la LOAFSP, publicada en la G.O. N° 6.210 de 30/12/2015.

¹⁰ *Vid.* Artículos 12 y 13 de la LOAFSP.



recursos y el presupuesto de egresos, se integran para constituir el presupuesto general del sector público.

Efectivamente, el presupuesto público se constituye en el programa donde se contemplan, de acuerdo con ciertos principios y reglas, los ingresos o recursos y los egresos o gastos que se estiman ejecutar en un periodo determinado por parte de los órganos del sector público. Se trata de un medio para organizar las acciones y programas de gobierno que se estiman realizar en un período determinado, así como asignar formalmente los recursos que determinada actividad productiva exige en la praxis de una institución, sector o región. Ese carácter práctico implica que debe concebirse como un sistema administrativo que se materializa a través de un procedimiento o ciclo por etapas que se deben cumplir desde el inicio al fin. Estas etapas o fases son: planificación, formulación, aprobación, ejecución, seguimiento, control y evaluación.

Específicamente en el Reglamento parcial Nº 1 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, sobre el sistema presupuestario¹¹, se desarrollan los aspectos inherentes al referido proceso presupuestario, estableciendo los momentos que se enumeran a continuación: i. Planificación; ii. Formulación del presupuesto de órganos y entes; iii. Ejecución financiera de los recursos previstos en la Ley de presupuesto; iv. Distribución general del presupuesto de gastos; v. Estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos; vi. Registro del gasto; y vii. Control presupuestario.

¹¹ Dictado mediante Decreto Nº 3.776, publicado en la G.O. Nº 5.781, de 12/08/2005.



El diseño de políticas públicas y de gestión que adoptó el constituyente venezolano y sus normas de desarrollo, se encuentra basado fundamentalmente en la planificación, esto es, en la elaboración de planes para determinar certeramente el rumbo de la gestión pública, a los fines del cumplimiento de los objetivos y fines del estado. En consecuencia, en el marco de las líneas generales del plan de desarrollo económico y social de la nación, los entes públicos deberán formular sus planes nacionales, estatales y municipales, respectivamente, que contendrán las políticas, objetivos estratégicos, actividades, metas e indicadores vinculados al plan operativo anual. Por tal motivo, los presupuestos de los órganos y entes del sector público deberán estar en sintonía perfecta con los referidos planes; esto quiere decir, que es fundamental la planificación a la hora de formular los presupuestos públicos.¹²

La formulación o elaboración del presupuesto, corresponde a los órganos del Poder ejecutivo a nivel nacional, estatal o municipal, y tiene como objeto la determinación cifrada de los diferentes programas de interés público, permitiendo además efectuar una distribución equitativa de los recursos de acuerdo con las prioridades públicas, en función de los planes y programas previamente aprobados. Esta etapa es precisamente donde se plasma el principio de equilibrio presupuestario y donde se materializa la vinculación del presupuesto con el Plan Operativo Anual (POA).¹³

¹² *Vid.* Artículo 9 de la LOAFSP y artículo 7 del Reglamento Parcial Nº 1 de la LOAFSP.

¹³ De conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular, publicada en la G.O. Nº 6.011, de 21/12/2010, se entiende por Plan, el



La aprobación o sanción del presupuesto público, corresponde principalmente a los órganos del Poder legislativo (nacional, estatal o municipal), ya que estos órganos son competentes para discutir y sancionar los proyectos de leyes que se les presenten. En el caso de la Ley de Presupuesto Público anual, la iniciativa legislativa le corresponde a la rama ejecutiva, quien formula el presupuesto y lo traduce en un ante proyecto de Ley de Presupuesto de Recursos y Egresos para el año

"...Documento de planificación pública que establece en forma sistemática y coherente las políticas, objetivos, estrategias y metas deseadas, en función de la visión estratégica, incorporando los proyectos, acciones y recursos que se aplicarán para alcanzar los fines establecidos". En ese sentido, según lo contemplado en el artículo 52 del mismo texto legal: *"Los planes operativos son aquellos formulados por los órganos y entes del Poder Público y las instancias de participación popular, sujetos a la presente ley, con la finalidad de concretar los proyectos, recursos, objetivos y metas, trazados en los planes estratégicos. Dichos planes tendrán vigencia durante el ejercicio fiscal, para el cual fueron formulados."* Además, su vinculación con el presupuesto la encontramos en el artículo 53 de la norma antes citada, al señalar que *"Los órganos y entes sujetos a las disposiciones de la presente ley, al elaborar sus respectivos planes operativos, deberán: 1. Elaborar el anteproyecto de presupuesto de conformidad con los proyectos contenidos en el plan operativo. 2. Registrar los proyectos y acciones centralizadas en el sistema de información sobre los proyectos públicos que a tales efectos establezca el órgano rector de la planificación pública. 3. Ajustar los planes y proyectos formulados con base a la cuota asignada por el órgano con competencia en materia de presupuesto. 4. Verificar que los planes y proyectos se ajusten al logro de sus objetivos y metas y a la posible modificación de los recursos presupuestarios previamente aprobados."* En el caso del Plan Operativo Anual Estatal, su fundamento jurídico se encuentra en el artículo 63 y ss. de la citada ley.



siguiente, a los fines de presentarlo ante el órgano legislativo competente, con el objeto de su discusión y sanción. Como toda ley, luego debe contar con la promulgación y publicación en la Gaceta Oficial respectiva, a los fines de su vigencia y posterior ejecución.

La fase de ejecución del presupuesto le corresponde a los funcionarios encargados para tal fin en cada entidad, y consiste en la concreción de los programas planificados y vinculados en la norma presupuestaria, mediante la utilización de los recursos públicos disponibles. Resulta en la obtención de los recursos estimados y la materialización de los gastos programados.

Uno de los aspectos resaltantes que requiere ser estudiado por la importancia que el mismo reviste, es precisamente, la ejecución del presupuesto desde la perspectiva de los compromisos contraídos y pagados con cargo al presupuesto aprobado para un ejercicio económico fiscal específico, derivados de los procedimientos de contrataciones públicas. En ese sentido tenemos que, de acuerdo a la normativa analizada, en el ordenamiento jurídico venezolano, el presupuesto de gastos se ejecuta a través de diversas etapas o fases, entre las cuales podemos mencionar: i. El compromiso; ii. Lo causado, y iii. Lo pagado; todas ellas sucesivas y dirigidas al cumplimiento y a la realización de las obligaciones económicas del estado.

Visto de ese modo tenemos entonces que el compromiso como una de las etapas de ejecución del presupuesto, *"...puede entenderse en un sentido amplio y en uno restringido. De modo amplio un compromiso es cualquier acto o hecho del Estado que sea susceptible de constituir a éste en deudor. En sentido restringido, que es la*



*manera propia o habitual como se entiende la expresión en derecho financiero, el compromiso es el acto administrativo adoptado por un funcionario competente, en virtud del cual asume o constata una obligación con cargo al presupuesto vigente.*¹⁴

Con relación a lo causado, podemos mencionar que a nivel presupuestario es la fase subsiguiente al compromiso y es precisamente en esta donde se contrae la obligación de pagar los bienes, servicios adquiridos u obras ejecutadas. Por último, en lo que respecta al pago, tenemos que se trata de *"...la última etapa del proceso de ejecución del Presupuesto de Gastos y en virtud del mismo se produce la extinción de las obligaciones asumidas por la Administración."*¹⁵ En virtud del análisis efectuado con anterioridad, se infiere que el pago sólo puede efectuarse con cargo al presupuesto público.¹⁶

Estas fases, específicamente en cuanto al compromiso y el pago se evidencian en los artículos 19 y 20 de la

¹⁴ RACHADEL, M. (1985). Lecciones Sobre Presupuesto Público. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos Nº 28. Caracas, pág. 219.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 225.

¹⁶ Resulta oportuno comentar lo contenido en el artículo 67 de la LOAFSP, en cuanto a los gastos causados y no pagados al cierre del ejercicio fiscal correspondiente, al señalar que: *"Los gastos causados y no pagados al treinta y uno (31) de diciembre de cada año se pagarán durante el ejercicio siguiente, con cargo a las disponibilidades en caja y banco existentes a la fecha señalada. En el caso que dicha disponibilidad resulte insuficiente para el pago de compromisos válidamente adquiridos, no se requerirá reconocimiento administrativo o judicial para proceder al pago con cargo a la disponibilidad del ejercicio en que se ordene. Los gastos comprometidos y no causado al treinta y uno (31) de diciembre de cada año se imputarán al ejercicio siguiente, afectándolos a los créditos disponibles para ese ejercicio."*(...).



LOAFSP, al señalar que *"Los órganos de la República, estados, distritos y municipios y demás entes sujetos a la aplicación de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, están obligados a llevar los registros de ejecución presupuestaria..."*, en ese sentido, *"...se registrará la liquidación o el momento en que se devenguen los recursos y recaudación efectiva; y en materia de egresos, además del momento en que se causen estos..."*, teniéndose el registro del compromiso como mecanismo para afectar preventivamente la disponibilidad de los créditos presupuestarios¹⁷; y el del pago para reflejar la cancelación de las obligaciones asumidas. Teniéndose como gastado un crédito cuando queda afectado definitivamente al causarse el gasto.

Es importante destacar, tal y como lo señala la LOAFSP en su artículo 22, que *"Ningún pago puede ser ordenado sino para pagar obligaciones válidamente contraídas y causadas"*¹⁸. Lo que quiere decir, que los funcionarios competentes para comprometer recursos con cargo al presupuesto de gastos respectivos, no podrán hacerlo sino para cubrir aquellas obligaciones que el órgano o ente haya adquirido válidamente. En el caso de las

¹⁷ De conformidad con el artículo 41 de la LOAFSP: *Los créditos presupuestarios son las asignaciones previstas para financiar los gastos corrientes, de capital y las aplicaciones financieras, las cuales deben imputarse a las partidas asignadas a cada una de las categorías presupuestarias previstas para el ejercicio económico correspondiente.*

¹⁸ En este caso es oportuno indicar que existen circunstancias en las cuales las obligaciones son válidamente contraídas, pero la emisión del pago se ve supeditada por cuestiones de tiempo, tomando en consideración que la vigencia del presupuesto público equivale a un ejercicio económico financiero, esto es, un año calendario. (Ver artículo 117 del Reglamento Nº 1 de la LOAFSP).



compras públicas, tal y como se explica en el presente estudio, nos encontramos que estas compras proceden siempre y cuando el órgano o ente contratante tenga la disponibilidad presupuestaria para comprometer y luego de generarse la obligación (causado), bien sea por la recepción de los bienes, avalúos de obras o contraprestación de los servicios, para proceder a la emisión del pago.

Al visualizar las etapas de ejecución del presupuesto desde la perspectiva de la contratación de bienes, servicios u obras, tenemos que existe un acto administrativo dictado por la autoridad competente a través del cual se autoriza gestionar o efectuar un gasto con cargo al presupuesto. El compromiso, en la contratación pública, se visualiza como un acto administrativo, en el cual se deja en manos de terceros la ejecución de obras o servicios, y el suministro de bienes. A partir de este momento es cuando se genera una obligación de hacer entre las partes. Posterior a este paso, tenemos en último lugar la etapa de ejecución del presupuesto, precisamente referida al pago, el cual como se ha venido mencionando, se materializa a través de uno de los instrumentos contemplados en la LOAFSP, como lo es la orden de pago, que debe ser librada antes de la materialización del pago, que se verifica con la salida del recurso de la cuenta del tesoro de la entidad.

Además de lo anterior, podemos mencionar que el artículo 141 del DLCP, establece cuales son las condiciones para efectuar el pago, al señalar de manera expresa que: *"El contratante procederá a pagar las obligaciones contraídas con motivo del contrato, cumpliendo con los siguientes: 1. Verificación del cumplimiento del suministro del bien, prestación del servicio, ejecución de la obra o parte de ésta; 2. Recepción y revisión de las facturas presentadas por el*



contratista; 3. Conformación, por parte del supervisor o ingeniero inspector del cumplimiento de las condiciones establecidas. 4. Autorización del pago por parte de las personas competentes.”

La norma antes mencionada, es clara al señalar que a pesar de existir un compromiso presupuestario, el mismo no es pagado hasta tanto se den las circunstancias antes mencionadas. En ese sentido, es importante traer a colación lo establecido en el artículo 132 del RLCP, cuyo contenido es del tenor siguiente: *“Cuando la orden de compra u orden de servicio sean utilizadas como contrato en los procedimientos para la adquisición de bienes o prestación de servicios, estas deben ser firmadas por el representante legal del beneficiario de la adjudicación y deben contener la documentación señalada (...) en tal sentido, los órganos o entes contratantes adecuaran los formularios de órdenes de compra y servicios para que incluyan todos los requerimientos para la formulación de la adjudicación.”* De lo anterior se infiere, que existen diversos trámites legales que se deben cumplir para proceder a la emisión del pago, el cual se materializará a través de una orden de pago o una orden de servicios, previa autorización otorgada por medio de un acto administrativo que afecta las partidas del presupuesto de gastos.

Por último, el control de la ejecución del presupuesto¹⁹ se da a través de acciones internas y externas que tienen

¹⁹ Según el artículo 312 de la CRBV: *“La Ley fijará los límites de endeudamiento público de acuerdo con un nivel prudente en relación con el tamaño de la economía, la inversión reproductiva y la capacidad de generar para cubrir el servicio de la deuda pública”.*



como propósito medir el cumplimiento de las metas y resultados presupuestarios; específicamente, la verificación del logro de esos resultados está vinculada a la comprobación sistemática de la regularidad de cumplimiento de los actos de gestión y el adecuado manejo de los fondos públicos. Este control se manifiesta orgánicamente desde dos vertientes: i. La primera de ellas en el plano interno, y ii. La segunda en el plano externo. El control interno es ejercido fundamentalmente por las Unidades de Auditoría Interna; por otra parte, el control externo es ejecutado por la Contraloría General de la República o las contralorías estatales o municipales respectivas. La actividad de control es muy importante desde el punto de vista preventivo, ya que permite corregir los errores advertidos y ajustar las acciones a las reglas y principios presupuestarios, principalmente a la noción de equilibrio presupuestario.

III. PRINCIPIOS JURIDICOS VINCULADOS AL SISTEMA PRESUPUESTARIO

Como se mencionara antes, todo el proceso presupuestario al cual nos hemos estado refiriendo, se rige de forma concreta por una serie de principios jurídicos que deben ser observados con disciplina²⁰;

²⁰ La ley no es la única fuente del Derecho, existen una serie de reglas, normas, principios y valores, que algunas veces no se encuentran dentro de la concepción formal de la ley, pero que deben considerarse también a la hora de analizar la legitimidad de la actuación de los órganos que ejercen el Poder Público; dentro de ellos se pueden ubicar a los principios y valores superiores que consagra el texto constitucional, que al constituir la base y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, condicionan la actuación de los agentes públicos y la interpretación de las normas que le asignan atribuciones.



parte de ellos mencionados de forma expresa en el texto constitucional, que luego han sido desarrollados, e incluso ampliados, en las disposiciones de la LOAFSP y en su reglamento parcial dedicado al régimen presupuestario. Los principios a los cuales nos referiremos seguidamente son aplicables a toda la actividad de los órganos y entes que ejercen el Poder Público.

En forma general la CRBV contiene una serie de disposiciones que apuntan hacia la consagración y elevación jurídica de los principios y valores fundamentales. Desde los artículos 1 y 2 se comienzan a identificar los principios jurídicos y valores superiores en los que se soporta la República²¹. Por otra parte, en el artículo 141 se definen los principios que deben observar y garantizar los órganos y entes de la Administración Pública, en los siguientes términos: *"La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en*

Estos valores y principios no constituyen simple retórica, como lo expresara García de Enterría: *"...son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación"* (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2006), *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4ta. Edi., Aranzadi, Navarra, pág. 105).

²¹ En el artículo 1 constitucional se determina la vocación de libertad, independencia, igualdad, justicia y paz en la que se inscribe expresamente la República. Mientras que en el artículo 2 se mencionan los valores superiores que inspiran al estado venezolano como democrático y social de Derecho y de Justicia.



el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

Especialmente referido a la Administración Financiera del sector Público, el artículo 311 constitucional determina que la administración económica y financiera del sector público en general, debe regirse por los principios básicos de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal. Vemos cómo el texto constitucional va perfilando un marco principista de acción legítima dentro del cual deben operarse los sistemas encargados de la generación de recursos públicos y su utilización, para garantizar el cumplimiento del interés general.

Por su parte, en el artículo 2 de la LOAFSP, se reiteran expresamente los principios constitucionales antes mencionados, pero se agregan otros más, los principios jurídicos de justicia social, legalidad, honestidad, participación, solidaridad, rendición de cuentas, y coordinación macroeconómica; cuyas orientaciones deben inspirar el tema presupuestario.

En suma, podemos afirmar que los principios generales que disciplinan y condicionan a todos los componentes de la Administración Financiera del Sector Público venezolano son: la legalidad, la eficiencia, la transparencia, la responsabilidad, la honestidad, la justicia social, la solvencia, la participación, la solidaridad, la rendición de cuentas, el equilibrio fiscal y la coordinación macroeconómica. Sin embargo, cada subsistema que integra la Administración Financiera del Sector Público podrá contar con reglas jurídicas especiales y técnicas propias, previstas en el ordenamiento jurídico, a la par de los principios generales antes comentados, y que analizaremos a continuación.



1. El principio de legalidad presupuestaria.

En vista de que los órganos y entes que ejercen el Poder Público se encuentran dentro de la regulación de normas de derecho público y, en consecuencia, sometidos al principio de legalidad general²², sus actuaciones deben estar previamente habilitadas por las normas jurídicas expresas y no deben contrariar las disposiciones legales y constitucionales. Dentro de la noción general del principio de legalidad, se encuentra particularmente el principio de la legalidad presupuestaria, previsto expresamente en el artículo 314 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se lee que: *"No se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto"*²³; esto es, no es

²² Los artículos 137 y 141 del texto fundamental se refieren al principio de legalidad.

²³ Ver sentencia de la Sala Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia Nº 01-337, de 26/07/2001, en la que se determinó: "El recurso interpuesto se fundamenta, entre otras razones, en el principio de legalidad presupuestaria consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que impide a los funcionarios públicos realizar gastos no previstos en la Ley de Presupuesto, tal como lo expresa el artículo 314 del texto constitucional: *"No se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto"*.

Asimismo, de conformidad con la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, a la cual están sujetos los Estados de conformidad con el artículo 1º de dicha Ley, los entes públicos para contraer compromisos están limitados a la disponibilidad crediticia contenida en el presupuesto conforme al artículo 43 que expresa: "No se podrán adquirir compromisos para los cuales no existan créditos presupuestarios, ni disponer de



legalmente aceptable que se adquiriera un compromiso o se ejecute un pago, sin que el gasto esté expresa y previamente previsto en el presupuesto, lo que coloquialmente se identifica en el mundo de la Administración Pública, como: "disponibilidad presupuestaria". Principio especialmente aplicable en materia de contratación pública, ya que, bajo esta premisa, no se podrá contratar válidamente sin la previa disponibilidad de recursos presupuestarios.

En ese sentido, observamos como el constituyente ha establecido un control presupuestario a través de este principio, el cual rige para los órganos y entes que someten su presupuesto a la aprobación legislativa, por lo tanto sus autorizaciones para gastos se encuentran contempladas en la Ley de presupuesto respectiva, en estricta sintonía con lo establecido en el citado artículo 313 del texto constitucional, al señalar que "*La administración económica y financiera del Estado se regirá por un presupuesto aprobado anualmente por ley.*"

Sin embargo, se observa que existe una modulación de la regla general antes mencionada, referida a la previsión presupuestaria previa, y es precisamente cuando se decretan créditos adicionales al presupuesto²⁴ para

créditos para una finalidad distinta a la prevista en esta Ley. (...)"

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Julio/c194-260701-01337.htm> consultada el 25/12/2021.

²⁴ Claro ejemplo lo encontramos en el artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al señalar que "*Son atribuciones y obligaciones del presidente o presidenta de la República (...) 13. Decretar **créditos adicionales** al Presupuesto, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión delegada.*" Concatenado



gastos que son necesarios y que no habían sido previstos o cuyas partidas resultaren sobrevenidamente insuficientes, siempre que el tesoro nacional contare con recursos financieros para atender la respectiva erogación; así como el caso de las rectificaciones presupuestarias y los traspasos presupuestarios de recursos entre partidas. No obstante, expresamente se aclara que, lo planteado no sugiere una excepción a la regla del principio de legalidad presupuestaria, sino todo lo contrario, se trata de una reafirmación de ese principio, debido a que estas fórmulas de ejecución presupuestarias sobrevenidas están previstas y reglamentadas en la ley.

La noción e interpretación del principio de legalidad presupuestaria abraza a la mayoría de los principios jurídicos antes señalados, en virtud de la positivización de nuestro derecho público y la necesidad de cobertura legal para las actuaciones de los órganos y entes que ejercen el Poder Público; por ejemplo, precisamente en cuanto a la premisa mencionada anteriormente sobre *"No se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto"*, que definitivamente pone en evidencia a la legalidad presupuestaria, también

con el artículo 187 constitucional, que señala: *"Corresponde a la Asamblea Nacional: (...) 6. Discutir y **aprobar el presupuesto nacional** y todo proyecto de ley concerniente al **régimen tributario** y al **crédito público**. 7. Autorizar los **créditos adicionales al presupuesto.**"* y con el artículo 50 del Decreto con rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, al señalar *"Quedarán reservadas a la Asamblea Nacional, a solicitud del Ejecutivo Nacional las modificaciones que aumenten el monto total del presupuesto de egresos de la República, para las cuales se tramitarán los respectivos créditos adicionales."* (resaltado añadido)



nos inserta dentro del tema de las finanzas públicas, que tiene como principios fundamentales, no solo la legalidad, sino fundamentalmente la especialidad del gasto, esto quiere decir, que así como no se podrán adquirir compromisos para los cuales no existan créditos presupuestarios previamente definidos, tampoco se podrá disponer de créditos para una finalidad distinta a la expresamente prevista en la ley²⁵, lo que también nos conecta -en relevancia- con el tema de la contratación estatal, y los objetivos que se persigue en toda contratación, esto quiere decir, que el objeto del contrato debe guardar estrecha relación con la finalidad del gasto, la cual viene establecida en el documento presupuestario respectivo.

En ese mismo orden de ideas se presenta el denominado principio de equilibrio fiscal o equilibrio presupuestario, previsto en el también citado artículo 311 constitucional, y que conjuntamente al principio de legalidad y otros principios, son regulados en el artículo 2 de la LOAFSP²⁶. El equilibrio presupuestario es una fórmula de planificación y gestión que brinda seguridad jurídica y

²⁵Artículos 1 y 43 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, publicada en la G.O., Nº 36.916 de 22/03/2000. Así mismo el artículo 21 de la LOAFSP, establece que: "No se podrán adquirir compromisos para los cuales no existan asignaciones presupuestarias, ni disponer de créditos para una finalidad distinta a la prevista".

²⁶ Además, en el artículo 18 del Reglamento Nº 1 de la LOAFSP, sobre el sistema presupuestario, se establece que: "*Para los efectos de la determinación de la regla de equilibrio ordinario, pueden ser excluidos del gasto ordinario, por un periodo determinado en el tiempo, los gastos que atiendan compromisos que se derivan de la deuda por pasivos laborales y seguridad social y cualesquiera otras que expresamente autorice el presidente de la República en Consejo de ministros.*"



que se convierte precisamente en la garantía de que los ingresos ordinarios deberán ser suficientes para cubrir los gastos ordinarios, razón por la cual en los presupuestos anuales de gastos se establecerá de manera clara para cada crédito presupuestario, el objetivo específico a que esté dirigido, los resultados concretos que se esperan obtener y los funcionarios públicos responsables para el logro de tales resultados, los cuales se establecerán en términos cuantitativos, mediante indicadores de desempeño, siempre que sea técnicamente posible²⁷; y todo ello deberá coincidir con la estimación de los recursos con los que se pretende contar.

La característica derivada del equilibrio presupuestario supone que la gestión fiscal se debe ajustar al presupuesto anual y al marco plurianual del presupuesto y, en ese sentido, los gastos ordinarios nunca podrán ser superiores a los recursos ordinarios que se estimen percibir; tal situación genera estabilidad y transparencia.

2. Otros principios jurídicos vinculados al sistema presupuestario.

Adicional al análisis del principio de legalidad dentro de los presupuestos públicos, es menester destacar otros principios más específicos, relacionados íntimamente con el principio de legalidad y vinculados al sistema presupuestario, a saber: i. Principio de universalidad o de integridad; ii. Principio de exclusividad iii. Principio de la especificidad o especificación del gasto; y, iv. Principio

²⁷ Vid. Artículo 315 de la CRBV.



de la no afectación del gasto; todos ellos determinantes para el tema de las compras públicas.

A) Principio de universalidad.

El principio de universalidad o de integralidad presupuestaria, se encuentra previsto en el artículo 11 de la LOAFSP, que consiste en comprender la dimensión integral del presupuesto público, como un universo dentro del que se encuentran integrados varios elementos necesarios para otorgarle esencia y operatividad, de forma autónoma. Para entender el principio de universalidad presupuestaria se deben visualizar a los presupuestos públicos en su dimensión integral, esto es, como un verdadero documento programático compuesto por los recursos, los egresos y las operaciones de financiamiento, sin compensaciones entre sí, para el ejercicio financiero que corresponda.

B) Principio de exclusividad.

El principio de exclusividad o no inclusión, relacionado con el anterior principio de universalidad, consiste en la cualidad que poseen las leyes anuales de presupuesto de no aceptar en su cuerpo normativo, asuntos que no son inherentes a la materia presupuestaria que se regula. La manifestación del principio de exclusividad se encuentra prevista en el artículo 34 de la LOAFSP, que expresamente señala: *"...las disposiciones generales de la Ley de Presupuesto constituirán normas (...) que regirán para cada ejercicio presupuestario y contendrán normas que se relacionen directa y exclusivamente con la aprobación, ejecución y evaluación del presupuesto"*



del que forman parte. En consecuencia, no podrán contener disposiciones de carácter permanente, ni reformar o derogar leyes vigentes, o crear, modificar o suprimir tributos u otros ingresos salvo que se trate de modificaciones autorizadas por las leyes creadoras de los respectivos tributos.”

C) Principio de especificidad del gasto.

El principio de especificidad del gasto se encuentra previsto en el artículo 315 de la CRBV, en el artículo 13 de la LOAFSP y en el artículo 18 del Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra la Corrupción²⁸; en las citadas normas se detallan la necesaria correspondencia entre los créditos presupuestarios y los objetivos a los cuales están dirigidos programáticamente, por lo que debe existir una exacta vinculación entre el crédito y el objetivo para el cual fue destinado. Evidentemente que estas disposiciones guardan estrecha relación con la disposición contenida en el artículo 21 *eiusdem*, antes citada, al prohibir que se adquieran compromisos para los cuales no existan asignaciones presupuestarias, así como la prohibición de disponer de créditos para una finalidad distinta a la prevista originalmente en el presupuesto respectivo.

Las citadas disposiciones normativas concuerdan en determinar que para cada crédito presupuestario se debe establecer el objetivo específico a que está dirigido, así como los resultados concretos que se esperan obtener,

²⁸ Artículo 18: *“Los funcionarios y empleados públicos deberán utilizar los bienes y recursos públicos para los fines previstos en el presupuesto correspondiente”.*



en términos cuantitativos; ya que el cumplimiento de los objetivos deberá ser medido a través de indicadores técnicos de desempeño, tal y como se desprende del contenido del artículo 35.2 del Reglamento Parcial Nº 1 de la LOAFSP, el cual destaca que a los fines de la estructura y contenido del Título III de la Ley de Presupuesto, deberá presentarse a la Asamblea Nacional, lo siguiente: “(...) 2. *Relación de las principales metas, cuando la estructura presupuestaria tenga esencia cuantificable.*”

En resumen, el principio de la especificidad del gasto implica un mandato sobre las autoridades públicas, para que sean muy precisos y detallados a la hora de presentar los gastos dentro de la formulación de la ley de presupuesto, y en ese sentido, resulta conveniente tomar en consideración el contenido del clasificador presupuestario dictado por el organismo técnico nacional, que es la Oficina Nacional de Presupuesto (ONAPRE); ya que precisamente la autorización parlamentaria establecida en la ley de presupuesto, se da en función del detalle del gasto, lo que trae consigo que los referidos recursos solo pueden ser usados para el fin autorizado expresa y legalmente. Este principio resulta de suma importancia a la hora de desarrollar cualquier procedimiento de contratación pública, en virtud de que el objeto de la contratación debe estar vinculado al objeto del crédito presupuestario por medio del cual se pagará la contraprestación.

No obstante, lo anterior, es posible efectuar excepcionalmente modificaciones presupuestarias, de forma extraordinaria, en el curso de la ejecución de un presupuesto público, por la vía de los traslados, transferencias y créditos adicionales, previo cumplimiento de las formalidades, y en los supuestos que la norma lo permita.



D) Principio de la no afectación de los recursos.

El principio de la no afectación específica de los recursos consiste en la regla general mediante la cual los recursos previstos en la ley de presupuesto respectiva, deben ser destinados para el financiamiento de todas las erogaciones enunciadas en la programación presupuestaria de forma general, sin que puedan limitarse o ser utilizados individualmente para cubrir gastos determinados; se prohíbe en principio que tengan una afectación especial y desconectados del resto del programa presupuestario.

Este principio lo encontramos en la disposición del artículo 36 de la LOAFSP, cuando establece: *“No se podrá destinar específicamente el producto de ningún ramo de ingreso con el fin de atender el pago de determinados gastos, ni predeterminarse asignaciones presupuestarias para atender gastos de entes o funciones estatales específicas, salvo las afectaciones constitucionales. (...)”*

Cabe destacar que en la propia norma se regulan excepciones concretas a la referida prohibición, estableciendo los supuestos en los que se pueden destinar determinados recursos a fines específicos, como serían los siguientes casos: *i. Los recursos provenientes de donaciones, herencias o legados a favor de la República o sus entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, con destino específico; ii. Los recursos provenientes de operaciones de crédito público; iii. Los que resulten de la gestión de los servicios desconcentrados; y, iv. El producto de las contribuciones especiales.”*



Concluye la norma haciendo la advertencia que ni siquiera en los supuestos de excepción, se pueden realizar gastos extrapresupuestarios; esto quiere decir que siempre el gasto debe estar previsto en la ley de presupuesto o tener cobertura a través de alguna forma válida de modificación presupuestaria.

E) Principio de periodicidad o anualidad del presupuesto.

El principio de la periodicidad presupuestaria indica que efectivamente las leyes de presupuestos tienen una duración ordinaria determinada de un año, ajustada al año fiscal; esto es lo que se denomina como la temporalidad o vigencia anual del presupuesto; esta anualidad se corresponde a su vez con la duración del ejercicio fiscal oficial que corre por año calendario, como lo regula expresamente el artículo 7 de la LOAFSP, cuando señala: "*...el ejercicio económico financiero comenzará el primero (1º) de enero y terminará el treinta y uno (31) de diciembre de cada año*".

El carácter anual de las leyes de presupuesto encuentra como base jurídica principal de legitimación el artículo 313 de la CRBV, en el que se determina con meridiana claridad que: "*La administración económica y financiera del Estado se regirá por un presupuesto aprobado anualmente por ley*"; esto quiere decir que cada año se debe preparar, formular y presentar un proyecto de presupuesto al órgano legislativo correspondiente para que lo apruebe y entre en vigor.

Por último, la misma disposición constitucional regula una excepción a la vigencia anual de una ley de presupuesto, al tratar el caso de la falta de aprobación



del proyecto de ley de presupuesto, porque no se hubiera presentado en el lapso legal o porque hubiere sido rechazado por el órgano legislativo; en cuyo caso el presupuesto del año anterior seguiría vigente, con algunas particularidades. Esto sería lo que en el ordenamiento jurídico venezolano se denomina "presupuesto reconducido".

F) Principio de racionalidad del gasto.

Finalmente consideramos importante referirnos al principio de racionalidad del gasto, que implica la formulación y ejecución de presupuestos racionales, es decir, no prever ni realizar gastos superfluos, desarrollando una ejecución presupuestaria con criterios de economía, racionalidad y eficiencia; pero siempre garantizando la satisfacción de las necesidades colectivas y el cumplimiento de los fines del estado²⁹. Este principio se desprende de la correcta interpretación del artículo 17 del Decreto Con rango, Valor y fuerza de Ley Contra la Corrupción.³⁰

En conclusión, todos los mencionados principios se consideran -en la actualidad- elementos fundamentales

²⁹ PAREDES, F. (2006) Presupuesto Público. Aspectos teóricos y prácticos. Editorial Venezolana, pág. 38. Disponible en: <http://www.serbi.ula.ve/serbiula/librose/pva/Libros%20de%20PVA%20para%20libro%20digital/presupuesto%20publico.pdf> consultado el 20/12/2021.

³⁰ Artículo 17. "Los funcionarios y empleados públicos deberán administrar los bienes y recursos públicos con criterios de racionalidad y eficiencia, procurando la disminución del gasto y la mejor utilización de los recursos disponibles en atención a los fines públicos."



y estructurales dentro del ordenamiento jurídico aplicable a los órganos y entes que ejercen el Poder Público, de lo que no escapa el sector de las contrataciones públicas, sirviendo como fundamento a las normas que rigen en esta especial materia, y manifestando su carácter transversal, en virtud de que penetran en todas las fases procedimentales del presupuesto y, por ende, de la contratación pública, desde la planificación y preparación, pasando por la selección del contratista, la adjudicación y la ejecución del contrato. Con la importante salvedad que los principios se aplican siempre, y a todos los contratos públicos, sin reparar en la modalidad, tipo u objeto.

IV. APLICACIÓN DE LAS NORMAS PRESUPUESTARIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

1. Planificación y presupuesto.

En el artículo 2 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas se establecen los principios jurídicos básicos que soportan esta especial materia³¹, constituyendo uno de ellos el principio de planificación, que según la norma contribuye a

³¹ Artículo 2. "Las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y fuerza de ley se desarrollarán respetando los principios de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad y simplificación de trámites; y deberán promover la participación popular a través de cualquier forma asociativa de producción." (...)



garantizar una oportuna y certera contratación pública. Sin embargo, la planificación, antes que principio, es una técnica de gestión administrativa, y en materia de contrataciones públicas, no sólo se circunscribe al cumplimiento de las actividades previas específicas que contribuyan a la selección del contratista, sino que además debe garantizarse desde la concepción inicial, cuando se exige una planificación estratégica, económica y financiera previa a la ejecución de los cometidos públicos en general³², que consiste en la necesaria realización de una serie de actividades preliminares para cumplir -a su vez- con los principios de eficiencia, transparencia, oportunidad, legalidad y responsabilidad en los procesos de contrataciones públicas.

Precisamente, la planificación supone anticiparse, prever y programar, para evitar incurrir en improvisaciones, que pudieran resultar perjudiciales al interés general. Es por ello que las normas que rigen a las contrataciones públicas en el país obligan a los órganos o entes contratantes a elaborar su programación anual de las adquisiciones de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras a contratar para el ejercicio fiscal siguiente.³³

³² Artículo 11, planes de desarrollo económico con medidas temporales para las contrataciones públicas; Artículos 15.11 y 49.7, 96.3, 99, 101.8, 166.9, planes excepcionales de contratación; Artículo 37.1, planes especiales del SNC, todos del DLCP.

³³ *Vid.* Artículos 38 y 39 del DLCP, referidos a la programación anual de las compras del estado. La programación anual de las compras del estado resulta adicionalmente útil para organizar encuentros de oferta y demanda, con lo que pudiera contribuir al desarrollo del estado y a la participación de las pequeñas y medianas empresas (artículo 40 DLCP y artículos 11, 57 y 58



La programación anual de compras públicas consiste en un documento elaborado por los funcionarios del contratante, donde debe constar la proyección de los contratos que se pretenden celebrar durante el próximo ejercicio fiscal, específicamente se deberá determinar la estimación de las adquisiciones de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras que se tiene previsto ejecutar. Evidentemente que esta programación anual deberá estar relacionada rigurosamente con el proyecto de presupuesto que se elaborará para el año correspondiente; esto es, las adquisiciones, los servicios y las obras proyectadas deberán contar con una previsión de recursos presupuestarios básicos en el proyecto de presupuesto para generar coherencia con el sistema público y para garantizar su ejecución³⁴; adicionalmente la referida programación deberá estar relacionada con el proyecto de Plan Operativo Anual del órgano o ente correspondiente. Desde este momento, de forma preliminar, se observa una estrecha y determinante vinculación entre los procedimientos de contrataciones públicas y el presupuesto público.

En virtud de que la correspondencia entre la programación anual de compras públicas y el proyecto

RLCP). Así mismo, en este apartado cobra relevancia la reciente entrada en vigor de la Ley para el Fomento y Desarrollo de Nuevos Emprendimientos (G.O. Nº E-6.656, de 15 de octubre de 2021), donde se reconoce al emprendimiento como fuente de ofertas potenciales en las compras públicas, por lo cual, ordena al Estado a adoptar medidas para promover la participación de los nuevos emprendimientos en ese sector.

³⁴ El proyecto de presupuesto de inversión deberá ser aprobado previamente por los respectivos Consejos de Planificación de Políticas Públicas, bien sean estatales (artículo 10.4 de la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas) o municipales (artículo 38 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública).



de presupuesto respectivo, se hace con base a estimación y proyectos; si a la hora de aprobar la ley de presupuesto anual para el año correspondiente, se produce algún cambio en la estimación original que incida en la organización de las contrataciones públicas, se deberá ajustar dicha programación y notificarla al Servicio Nacional de Contrataciones (SNC), dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de la vigencia de la ley de presupuesto aprobada.

Cabe destacar que el contratante debe remitir la programación anual de adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras al SNC, dentro de los últimos tres meses del año anterior al que va a regir la planificación (octubre, noviembre y diciembre), así como cualquier modificación que se produzca sobre lo originalmente programado, que deberá ser notificado dentro de los quince días hábiles siguientes a la aprobación de la modificación. La remisión de la programación y sus modificaciones al SNC, tienen solo carácter informativo, sin que implique un compromiso para la contratación de lo allí previsto; realmente lo que se persigue con el suministro de la información es garantizar el cumplimiento cabal de los principios de publicidad y transparencia.³⁵

³⁵ Con relación al deber de informar que tiene el contratante, resulta ilustrativo manifestar que el SNC, en fecha 22/10/2015, emitió un comunicado dirigido a los órganos y entes del estado, en el cual señaló: *"El Servicio Nacional de Contrataciones (SNC), actuando como autoridad técnica en materia de contrataciones públicas, en ejercicio de la atribución establecida en el numeral 2, del artículo 37, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 38 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, cumple en recordarles a todos los*



En ese orden de ideas, le corresponderá al Registro Nacional de Contrataciones del Estado (RNC), recabar, sistematizar y consolidar la información de la programación anual de las compras del estado, a los fines de que dicha información se encuentre a disposición de cualquier interesado cuando la requiera.³⁶

2. Actividades preparatorias en la contratación pública.

Con base en la necesaria planificación, y según lo dispuesto expresamente en el artículo 7 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (RLCP)³⁷, los

órganos y entes de la Administración Pública Nacional, Estatal, Municipal, Central y Descentralizada, así como a los demás sujetos señalados en el artículo 3 del referido Decreto, la obligación que tienen de rendir a este órgano rector, dentro de los primeros quince (15) días continuos siguientes al vencimiento de cada trimestre de este ejercicio fiscal, la información correspondiente a las contrataciones que en ejecución de su programación anual de compras hayan celebrado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras.

Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el numeral 1 del citado artículo 38 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, se les recuerda a todos los sujetos señalados en el artículo 3 del prenombrado Decreto Ley, la obligación que tienen de remitir al Servicio Nacional de Contrataciones (SNC), en el transcurso de este último trimestre del año 2015, la programación de la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras a contratar para el próximo ejercicio fiscal correspondiente al año 2016."

³⁶ Vid. Artículo 53.1 del DLCP y el artículo 76 del RLCP

³⁷ Artículo 7. "Para todas las modalidades de selección de Contratistas previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, así



contratantes están en la obligación de definir y elaborar la estrategia de contratación, y en ese sentido, deberán efectuar las actividades previas o preparatorias requeridas para cualquier procedimiento de contratación pública que se pretenda celebrar.³⁸

En tal sentido, la realización de las actividades previas garantizará una adecuada selección del contratista, al determinar con exactitud el requerimiento o necesidad del órgano o ente contratante, el objeto de lo que se pretende contratar, las especificaciones técnicas, el presupuesto base como parámetro económico de la

*como en los procedimientos excluidos de la aplicación de estas modalidades, el órgano o ente contratante deberá efectuar actividades previas que garanticen una adecuada selección, además de preparar el presupuesto base indicado en la mencionada Ley. Asimismo, se debe contar con: **programación presupuestaria**, especificaciones técnicas, determinación de las ventajas económicas y técnicas de la contratación, **la previsión en la programación anual de compras**, si es aplicable, modelo del contrato, si el procedimiento tiene carácter plurianual efectuar la notificación al órgano competente en la planificación central, evaluar la recurrencia de la contratación y determinar si es viable agruparla en un solo procedimiento o bajo la modalidad de contrato marco, estimando las cantidades de bienes servicios u obras a contratar.*

En las modalidades de Concurso Cerrado, Consulta de Precios y Contratación Directa los participantes deben ser previamente seleccionados según su capacidad legal, financiera y técnica.” (resaltado añadido)

³⁸ El profesor José Araujo identifica a las actividades previas dentro de la etapa técnico-jurídica denominada preparatoria, la cual tiene por objeto garantizar una adecuada selección del contratista. En: ARAUJO JUÁREZ, J. (2011) *Derecho Administrativo General. Acto y contrato administrativo*, Caracas, Paredes, pág. 314.



contratación, las ventajas técnicas y económicas de la contratación y la programación presupuestaria proyectada para ese momento. Todo lo cual permitirá elaborar las condiciones específicas de la contratación que se esté llevando a cabo.

Observamos entonces, que a los fines de garantizar la oportuna, transparente y certera contratación y con base en el principio de planificación, el contratante deberá realizar las actividades previas a la selección de los contratistas, no sólo en los procedimientos o modalidades competitivas, sino también y de manera obligatoria, en los procedimientos excluidos de las modalidades ordinarias de selección de contratistas. Una de las actividades más relevantes, en esa fase preparatoria, resulta ser la elaboración del presupuesto base, en virtud de que dicho valor servirá para establecer el monto de la contratación, para determinar la modalidad de contratación a aplicar, que de alguna forma condiciona la sucesiva tramitación administrativa, y especialmente, de dicha fijación se determinarán las consecuencias económicas y financieras del procedimiento de contratación pública respectiva.

Dentro de la organización administrativa del contratante, le corresponde específicamente a la Unidad Usuaria³⁹ realizar las citadas actividades preparatorias para la contratación, en las que se encuentran: la formulación del requerimiento, la precisión de las especificaciones técnicas de los productos o servicios, la preparación del presupuesto base⁴⁰ o determinación del valor o monto para contratar⁴¹, la redacción del modelo de contrato, y por supuesto, la definición de la modalidad de la

³⁹ Vid. Artículo 6.2 del DLCP

⁴⁰ Vid. Artículo 59 del DLCP

⁴¹ Vid. Artículo 58 del DLCP



contratación⁴², entre otros aspectos. Colocándose de inmediato en primer orden, como órgano responsable directo de la definición del procedimiento de contratación a utilizar y por lo tanto, responsable a su vez, si en él se observara algún elemento que induzca a concluir en un fraccionamiento indebido del contrato público. Lo mismo le ocurrirá a la Unidad Contratante, cuando desempeñe las atribuciones antes señaladas.⁴³

Dentro de ese orden de ideas, tenemos que el presupuesto base lo elaborará la unidad asignada dentro de la estructura organizativa del contratante, en él se consideraran las regulaciones existentes para los precios de materiales o insumos, establecidos en la Ley que regula la materia de precios justos, o en las condiciones del mercado, además de los tributos aplicables al caso concreto. El presupuesto base deberá formar parte del pliego de condiciones⁴⁴ o de las condiciones de la contratación, y ese será el vehículo a través del cual se le informará a los participantes su estimación, pudiendo mantenerse en reserva sólo la estructura de costos que sirvió para su elaboración.

Como se adelantara antes, el presupuesto base más los tributos correspondientes, servirán para estimar el monto de la contratación o el precio general de la contratación, que se convertirá en una referencia importante para la presentación de las ofertas por los

⁴² *Vid.* Artículo 6.25 del DLCP

⁴³ *Vid.* Artículo 99 del DLCP

⁴⁴ El pliego de condiciones contendrá las reglas, condiciones y criterios aplicables a cada contratación, los cuales deben ser objetivos, de posible verificación y revisión; y allí debe estar el presupuesto base. *Vid* artículos 65 y 66.2 del DLCP.



participantes⁴⁵. Dicho monto, convertido en unidades tributarias (Unidades para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo)⁴⁶, servirá para definir la modalidad de selección de los contratistas a ser aplicada conforme al modo de la contratación⁴⁷. Por lo tanto, si el contratante omite la elaboración del presupuesto base, incumple con los principios de planificación, publicidad y transparencia.

Cabe destacar que el presupuesto base no se elabora necesariamente en función de la disponibilidad de recursos presupuestarios con que cuenta el órgano o ente del sector público para contratar la adquisición, la prestación del servicio o la obra en cuestión; este parámetro de valor se elabora sobre la base de las referencias de precios de los artículos, materiales,

⁴⁵ El presupuesto base deberá formar parte del pliego de condiciones o condiciones de la contratación, y podrá establecerse como criterio para el rechazo de las ofertas. Ver art. 66.2 del DLCP.

⁴⁶ La unidad tributaria (UT) es una variable que se utiliza para establecer un valor monetario de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor. No obstante, mediante la Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente Venezolana, publicada en la G.O. Nº 41.318 de 11/01/2018; la UT fue sustituida por la Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU), para ser aplicada conjuntamente con las normas de contrataciones públicas.

⁴⁷ Según el artículo 93 del RLCP, el presupuesto base se debe utilizar a la hora de la evaluación de las ofertas presentadas, para determinar la razonabilidad de las ofertas, mediante la comparación de los precios unitarios por rubros o partidas; *"...sin embargo, no se debe utilizar a los efectos de otorgar valoración a las ofertas por comparación de precios, ni como causa de rechazo de la misma,..."*.



insumos, partidas, obras o servicios, que además se convertirán en las condiciones necesarias para garantizar la adquisición del bien, la prestación del servicio o la ejecución de la obra, que requiere el contratante. En función de lo anterior, en la fase preliminar o de actividades previas, no será necesario certificar la disponibilidad presupuestaria específica con referencia en el presupuesto base, para iniciar el procedimiento de contratación pública, debido a que este valor referencial no tendría que ser el que en definitiva se convierta en el precio definitivo del contrato, ya que el precio final se determinará en relación a la oferta que presente la mejor relación calidad precio, y que por ende resulte adjudicada.

Adicionalmente resulta conveniente aclarar que la norma reglamentaria sólo exige la determinación de la programación presupuestaria y, si es aplicable, la previsión en la programación anual de compras del estado, a la hora de cumplir con las actividades previas; ratificando el criterio fijado en el párrafo anterior, en el sentido de que no es necesario certificar la disponibilidad presupuestaria específica en esta etapa del procedimiento, debido a que aún no se fijará el compromiso presupuestario, ni se causará la obligación, sólo debe verificarse que en el presupuesto de gastos del contratante exista una partida o crédito presupuestario, a través de cual se pueda cumplir con la obligación que se pretende contraer⁴⁸.

⁴⁸ Efectivamente la disponibilidad presupuestaria no representa un presupuesto de validez para el inicio del procedimiento de selección del contratista, sin embargo es un aspecto referencial y de racionalidad, se supone que el contratante inicia el procedimiento de contratación pública



No obstante, sobre el requerimiento previo de la determinación de la programación presupuestaria y la previsión en el programa anual de compras, el primer aparte del artículo 74 del DLCP, establece una excepción al señalar que *"...los contratantes pueden iniciar los procedimientos de contratación, seis meses antes de que se inicie el ejercicio presupuestario del año fiscal, pudiendo otorgar la adjudicación y firmando el contrato, solamente cuando se cuente con la disponibilidad presupuestaria correspondiente,..."*. Lo anterior pone en evidencia que en determinadas circunstancias se puede comenzar el procedimiento de contratación y, por su supuesto, cumplir con las actividades previas, antes del inicio del ejercicio presupuestario del año fiscal, en cuyo caso sería muy difícil exigir la determinación presupuestaria, debido a que no se encuentra en vigor la ley de presupuesto del año siguiente, y en muchos casos, ni siquiera estaría formado el anteproyecto de presupuesto del próximo año. Evidentemente, de darse el señalado supuesto, esto es, iniciar anticipadamente un procedimiento de contratación pública, el contratante estaría en la obligación legal y moral, de incluir la previsión presupuestaria en el anteproyecto de presupuesto, para que en definitiva se apruebe dentro del presupuesto del año en el cual se ejecutará el objeto del contrato, para poder adjudicar y suscribir el contrato respectivo.

Por otra parte, para los efectos de la actividad de control interno que se desarrolla dentro de los órganos y entes

porque conoce que cuenta con recursos suficientes en la partida presupuestaria correspondiente, al punto que se puede convertir en una causal de suspensión del curso del procedimiento de contratación, si se observa que han disminuido los recursos en la correspondiente partida presupuestaria, tal y como lo señalan los artículos 106 del DLCP y 123.3 del RLCP.



que ejercen el Poder Público, la elaboración del presupuesto base y las definiciones de los términos de la contratación son muy importantes. Es por ello que se puede afirmar que la función de control se ejerce desde la etapa de la preparación del contrato, esto es, en la fase de las actividades preparatorias, debido a que allí el contratante determina formas, premisas o parámetros que sirven para el control fiscal o administrativo, constituyéndose en determinante la formulación del presupuesto base⁴⁹, que se convierte en el precio o valor general de la contratación. En consecuencia, el contratante estaría estableciendo parámetros certeros y preceptivos para el control, cuando: i. Estima los montos de la contratación (artículo 58 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas); ii. Fija el presupuesto base (artículo 59 *eiusdem*), y iii. Formula el pliego de condiciones o las condiciones generales de contratación, donde se encuentran contenidas las reglas, requisitos y criterios aplicables a la contratación en particular (artículos 65 y 66 *lex cit.*).

Con base en los anteriores parámetros se podrá desarrollar toda la actividad de fiscalización, supervisión, evaluación, y verificación, propias de la noción de control, a los fines de determinar el cumplimiento efectivo del procedimiento de contratación y del propio contrato celebrado. Todas estas exigencias formales están vinculadas con la fijación de valores que arrojen seguridad jurídica a la contratación, y que en definitiva permitan garantizar el principio de transparencia y la

⁴⁹ La falta de elaboración del presupuesto base es una causal de determinación de responsabilidad administrativa, ver artículo 166.4 de este DLCP.



posibilidad de control sobre la actuación de los contratantes.

3. Disponibilidad presupuestaria para contratar.

En sintonía con los principios de legalidad presupuestaria y de especificidad del gasto (artículos 314 y 315 de la CRBV), que obligan a no hacer ningún tipo de gasto que no esté previsto en la Ley de presupuesto, por una parte, y por la otra, a la exacta correspondencia entre el crédito presupuestario, el objetivo al cual está dirigido programáticamente y el gasto, ambos analizados antes; el encabezado del artículo 74 del DLCP, establece de forma inequívoca y categórica *"...que a los fines de la formalización del contrato, los contratantes deberán contar con la respectiva disponibilidad presupuestaria"*. Esto quiere decir que resulta obligatorio contar con la disponibilidad presupuestaria (en el presupuesto de gastos), antes de la suscripción del contrato respectivo.

En ese mismo orden argumentativo, resulta conveniente tener en cuenta la disposición normativa contenida en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRYSNCF)⁵⁰, que al regular el sistema de control interno que deberá implementarse en los distintos órganos y entes que ejercen el Poder Público, especialmente en los casos de procedimientos de contrataciones públicas, establece la obligación expresa de cumplir con una serie de requisitos, antes de proceder a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de otros contratos que impliquen compromisos financieros; en consecuencia, de conformidad con la

⁵⁰ G.O. Nº6.013, de 23/12/2010.



citada norma, los responsables deben cumplir con lo siguiente: i. Verificar que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales que se hayan aprobados; ii. Certificar la disponibilidad presupuestaria para ese crédito; iii. Constatar que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista; iv. Cerciorarse que los precios sean justos y razonables; y v. Que se hubiere cumplido con los términos de las normas de la contratación pública.⁵¹

De acuerdo a las normas antes mencionadas, la regla general indica que antes de formalizar el contrato debe verificarse la disponibilidad presupuestaria necesaria para asumir el compromiso, para que se cause la obligación adecuadamente y para que posteriormente se pueda realizar el pago conforme a la legalidad. Ahora bien, según las reglas de la contratación pública la contratación se perfecciona o formaliza con la suscripción del documento contractual entre las partes, tal y como se desprende de la interpretación de los artículos 116 y 117 del DLCP; en las citadas normas se establece que la firma del contrato deberá realizarse en un lapso máximo de ocho días hábiles, contados a partir

⁵¹ El artículo 3 del RLCP, indica que los sujetos vinculados en la contratación están en la obligación de velar porque el gasto en el que se incurra se encuentre correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales, que exista disponibilidad presupuestaria, que los precios sean justos y razonables, que se establezcan los controles y mecanismos para responder por las obligaciones que ha de asumir el órgano o ente con el contratista. El incumplimiento de estas obligaciones se constituye en supuesto de responsabilidad administrativa, según el artículo 91.12 de la LOCRYSNCF.



de la adjudicación del contrato, y para poder formalizarse la convención se deben cumplir con una serie de requisitos o documentación, que se describen a continuación: 1. presentar los documentos legales de la persona natural o jurídica, como actas constitutivas o estatutarias para las personas jurídicas, cédula de identidad para las personas físicas, constancia del registro de información fiscal, entre otros; 2. El pliego de condiciones y la oferta, que formará parte integrante del contrato; 3. Solvencias y garantías requeridas, como la solvencia del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales o el contrato de fianza de fiel cumplimiento, cuando proceda; 4. Cronograma de desembolso de la contratación, de ser necesario; y 5. Certificados que establezcan las garantías respectivas y sus condiciones.

Los contratos del sector público que se suscriban bajo la cobertura jurídica de las normas de las contrataciones públicas, no están sujetos a la formalidad de autenticación ante Notario Público u otro funcionario con competencia para dar fe pública, salvo que se determine lo contrario expresamente en una ley especial⁵². No obstante, la formalización del contrato o su perfeccionamiento, es una condición obligatoria para su ejecución. Todo lo anterior, nos lleva a concluir *a priori*, con base en el encabezado del artículo 74 del DLCP, y las demás disposiciones normativas citadas, que para poder formalizar o suscribir el contrato público, se deberá contar, previa y obligatoriamente, con la disponibilidad de recursos presupuestarios, en el presupuesto de gastos, a los fines de cumplir con el objeto de la contratación de forma válida y transparente.

Lo anterior no impide que se inicie el procedimiento de selección de contratistas con un máximo de seis (6)

⁵² Vid. Artículos 117, 65 *in fine*, 122 y 125 del DLCP.



meses de antelación al comienzo del ejercicio presupuestario, como se comentara antes, esto es, se podrá iniciar el procedimiento -sin contar con la disponibilidad presupuestaria previa- antes del 1 de enero del año siguiente; sin embargo, sólo se podrá otorgar la adjudicación y firmar el contrato, cuando se cuente con la disponibilidad de los recursos presupuestarios, que será -por lo menos- al inicio del nuevo año, si se incorporaron los créditos presupuestarios en el presupuesto ordinario de gastos o a través de la provisión de fondos, por vía de créditos adicionales.

Esta fórmula de tramitación del procedimiento de contratación, mediante la cual se permite sustanciar el procedimiento de selección de contratista anticipadamente, se justifica en los casos donde se programe la materialización de contratos cuya prestación amerite iniciar con prontitud la ejecución del objeto de la contratación, en el año siguiente; constituyendo una excepción a la regla general, solo en lo que respecta al cumplimiento de las actividades previas referidas a la determinación presupuestaria preliminar y a la verificación de dicha contratación en la programación anual de las compras públicas.

4. Adjudicación del contrato sin disponibilidad presupuestaria.

En el segundo aparte del citado artículo 74 del DLCP se regula el supuesto por el que se establece la posibilidad de adjudicar la contratación, sin contar con la totalidad



de la disponibilidad presupuestaria previamente, dentro del mismo ejercicio fiscal⁵³, de la siguiente forma:

"De igual manera, en el ejercicio fiscal vigente, los contratantes podrán adjudicar el requerimiento, sin contar con la totalidad de la disponibilidad presupuestaria, suscribiendo el contrato por el monto disponible y el resto quedará sujeto a la disponibilidad presupuestaria una vez obtenida, previa formalización de los contratos o adendas respectivas, sin que la no suscripción genere obligaciones para el contratante."

En primer lugar consideramos que, si bien se aprecia la intención del legislador al prever el supuesto de hecho contenido en la citada norma jurídica, resulta necesario indicar que la redacción presenta un error de origen y, en consecuencia, pudiera generar confusiones a los ejecutores de la misma o a los órganos de control fiscal; específicamente cuando señala que: *"...el resto quedará sujeto a la disponibilidad presupuestaria una vez obtenida, previa formalización de los contratos o adendas respectivas,.."* (resaltado añadido).

El error radica en colocar la formalización de los contratos o adendas antes de la obtención de la disponibilidad presupuestaria, la formalización del contrato no puede ser previo a la disponibilidad, ya que es evidente que no se podrá suscribir el contrato o adenda por el resto del monto de la contratación, sin que

⁵³ Este supuesto se encuentra reglamentado en el artículo 94 del RLCP. Así mismo, la citada norma aparecía en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones Públicas, publicada en la G.O. 39.503, de 6/09/2010; previamente en la Ley de Contrataciones Públicas, publicada en la G.O. Nº 39.165, de 24/04/2009; y antes el Decreto Nº 5.929, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la G.O. Nº 38.895, de 25/03/2008.



exista la disponibilidad presupuestaria, esto es, primero debe obtenerse la disponibilidad presupuestaria y luego se formaliza el contrato, debido a que deberá incorporarse y mencionarse dentro del texto del contrato que la relación contractual se originó de un procedimiento de contratación pública inicial, con un monto mayor, sin contar con la disponibilidad presupuestaria suficiente para contratar la totalidad del monto del contrato, pero que luego de obtener los recursos, y ahora, contar con la disponibilidad en el presupuesto de gastos, se procede a contratar la porción que corresponde. En fin, lo importante es aclarar que antes de suscribir o formalizar el contrato, el órgano o ente contratante debe contar con la disponibilidad presupuestaria para cubrir la prestación específica que se pretenda ejecutar, del contrato o adenda respectiva.

La razón del error de redacción de la cuestionada norma, obedece al indebido traslado que se hizo del artículo 52 de la Ley de Contrataciones Públicas del año 2010, al vigente artículo 74 del DLCP de 2014. La redacción del citado artículo 52 de la ley derogada se presentaba un tanto distinta, ya que el dispositivo señalaba que: *"...el resto quedará condicionado a la obtención de los recursos presupuestarios necesarios para la culminación del resto de la actividad adjudicada, previa suscripción de los contratos respectivos"*. Se observa en este caso que la condición de la previa suscripción de los contratos respectivos no se antepone a la obtención de la disponibilidad presupuestaria, sino como condición previa para la culminación del resto de la actividad adjudicada, constituyendo un presupuesto de la ejecución del contrato y no de la disponibilidad de recursos; manteniendo la obligación coherente y anticipada de lograr, en primer lugar, la disponibilidad presupuestaria previa, para luego suscribir el contrato



que correspondía, y por último, ejecutarlo y, con ello, se culminaría con la actividad o prestación objeto de la contratación.

Al margen del detalle de redacción advertido en los párrafos anteriores, el supuesto de hecho comentado permite celebrar un procedimiento de selección de contratistas sobre una adquisición, un servicio o una obra, dentro de un mismo ejercicio fiscal, y adjudicar la totalidad del monto del contrato, aun cuando no se cuente con la disponibilidad presupuestaria total, pudiendo celebrarse un contrato para una ejecución parcial, sólo por el monto de la disponibilidad presupuestaria con que se cuente para ese momento.

El monto de referencia para aplicar la modalidad de selección del contratista que corresponda, será la cantidad de la totalidad de la actividad a contratar, adjudicando el monto total, pero contratando y ejecutando únicamente la porción de esa totalidad que cuente con disponibilidad presupuestaria, quedando condicionada la ejecución de las prestaciones restantes a la obtención de recursos presupuestarios, que deberá garantizar la disponibilidad presupuestaria, debiendo documentarse posteriormente con la celebración del contrato o de la adenda que corresponda. Cabe destacar que en caso de que el contratante no obtenga los recursos para formalizar la contratación por el resto de la actividad adjudicada, no se generará ningún derecho a favor del beneficiario de la adjudicación. Somos del criterio que esta condición debe ser advertida en el pliego de condiciones de la contratación, para que los oferentes estén en conocimiento de la fórmula de contratación adoptada, lo que les permitirá organizarse y planificar, y, en definitiva, servirá para cumplir con el principio de transparencia en la gestión pública.



Este supuesto de contratación encuentra justificación en aquellos proyectos de contrataciones públicas que en virtud de la planificación de los contratantes, deban celebrarse, cuyas prestaciones se puedan ir ejecutando parcialmente, por sectores, lotes o partes, pero que de forma integral no puedan separarse en diferentes contrataciones, debido que -al margen de que se ejecute de forma parcial- se trata de un solo proyecto o una sola contratación pública, la cual no se podrá fraccionar para su adjudicación.⁵⁴

Sin embargo, aun cuando esta contratación supone un proyecto integral, el contratante inicialmente no cuenta con la disponibilidad presupuestaria total, pero teniendo en cuenta que previsible y razonablemente se pudieran obtener los recursos durante el curso del ejercicio fiscal correspondiente, o de lo contrario se ubicaría fuera del supuesto de contratación que prevee la norma.

En consecuencia, la ley autoriza excepcionalmente a los contratantes a instruir el procedimiento de contratación, seleccionar al contratista o contratistas y adjudicar la contratación sobre el objeto o la prestación total de la contratación. Aunque se redactará y suscribirá el contrato solo por lo que respecta al monto de la disponibilidad presupuestaria, el cual se corresponderá específica y determinadamente con alguna de las prestaciones parciales de la contratación; lo que podrá y

⁵⁴ Para ampliar el estudio sobre el fraccionamiento prohibido en la contratación pública se recomienda consultar nuestro trabajo denominado: *El problema del fraccionamiento prohibido en la contratación pública venezolana*. Cuadernos de Mariñan. 2016. IX Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano. Contratación, ordenación del territorio y buena administración, Deputación Provincial Da Coruña, A Coruña, 2018, pág. 257-278.



deberá ser ejecutado de forma inmediata y sin estar supeditada al resto de las obligaciones y de su disponibilidad presupuestaria.

Por último, el resto de las prestaciones no incluidas en el contrato formalizado, pero que están perfectamente determinadas en los instrumentos de contratación, quedarán sujetas a la disponibilidad de recursos presupuestarios. En el momento que se obtenga el resto de la disponibilidad presupuestaria, ya sea total o parcial, se suscribirá otro contrato o adenda por la porción que se pretenda ejecutar, en función a dicha disponibilidad, sin necesidad de realizar un nuevo procedimiento de contratación pública por la porción restante, y sin que se entienda que se trata de una nueva adjudicación, directa y aislada, debido a que la totalidad de la contratación ya se encuentra adjudicada en el procedimiento de contratación original.

Ahora bien, para que efectivamente pueda darse tal supuesto, el procedimiento de contratación pública debe celebrarse de manera adecuada; esto quiere decir que el objeto del procedimiento de contratación debe estar obligatoria y perfectamente determinado, y esa es precisamente la diferencia que se presenta con un contrato marco, en el que la característica fundamental es la imposibilidad de determinación específica *a priori* de la prestación total del contrato⁵⁵. En los instrumentos de contratación: pliego, presupuesto base, condiciones

⁵⁵ El artículo 6.33 del DLCP define el contrato marco, como el: *"...Contrato suscrito entre los contratantes y contratistas para regular la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras que por sus características o recurrencia dificulten establecer la contratación por cantidades fijas. Para ello, los contratantes deberán aplicar el procedimiento de selección correspondiente, con una estimación global máxima de precio y cantidades."* (...)



generales de contratación, entre otros, debe determinarse cuál es la prestación específica que se va a contratar (objeto del contrato), cuál es el monto total de la contratación, y cuanto es la disponibilidad presupuestaria con la que se cuenta para suscribir el contrato inicial y comenzar su ejecución parcial; quedando por lo tanto determinado el objeto del contrato que quedará pendiente de ejecución, solo esperando la disponibilidad presupuestaria.

Por último, se reitera que la no suscripción del resto del contrato, no generará compromisos ni obligaciones para el contratante con respecto al contratista o frente a terceros. La contratación se formaliza o perfecciona con la suscripción del documento contractual entre las partes, y para poder formalizar el contrato se deben cumplir con una serie de requisitos y recaudos indispensables, como se comentó suficientemente en párrafos anteriores.

Sobre el comentado supuesto de contratación pública se pronunció la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia Nº 1135, de 27 de octubre de 2016, en el expediente Nº 2015-0837⁵⁶, en la que se ratifica la conclusión del sentido de la referida modalidad contractual, pero con un razonamiento equivocado. Indica la sentencia:

"Conforme se aprecia, la norma contempla la posibilidad que determinado contrato se suscriba solo respecto al período con el que se cuenta con disponibilidad presupuestaria, no obstante que la voluntad hubiere sido

⁵⁶ Para consultar la sentencia se puede ingresar en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/191485-01135-271016-2016-2015-0837.HTML>



"adjudicar la totalidad de la actividad", dejando supeditada la posibilidad de contratar el resto del lapso, una vez que se cuenten con los recursos indispensables para ello. En tal sentido y al haberse establecido (como fue anteriormente referido), que el contrato celebrado entre la sociedad mercantil Seguros Constitución, C.A. y la Contraloría Municipal del Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital, con vigencia entre el 1º de septiembre y el 1º de diciembre de 2008, es una continuación del que suscribieran las mismas partes con vencimiento el 1º de septiembre de ese año, solo correspondía verificar si a los efectos de suscribir el segundo contrato se contaba con la disponibilidad presupuestaria, lo cual fue exhaustivamente verificado por el tribunal de la causa, conforme se indicó en párrafos precedentes.

*De manera que la posibilidad de suscribir el segundo contrato por parte del Órgano Contralor por el resto del período anual originalmente concebido y al contar con la disponibilidad presupuestaria, **no estaba sometido al procedimiento licitatorio al que alude la apelante, sino que por el contrario constituye un supuesto de excepción permitido por el legislador con relación al cumplimiento de dicha formalidad.**" (...)*
(Resaltado añadido).

En el anterior fragmento del fallo jurisdiccional se observa que el sentenciador considera que la forma de contratación que nos encontramos analizando, constituye un supuesto de excepción permitido por el legislador, a través del cual se exime de licitación o de someter a un procedimiento de selección de contratistas, al segundo o sucesivos contratos; pero esto no es estrictamente así. El segundo o los sucesivos contratos no se encuentran exentos de pasar por un nuevo procedimiento de contratación, sino que simplemente ya



fueron licitados, debido a que el procedimiento de selección de contratistas que originalmente se instruyó los abarca completamente con la adjudicación total de la contratación, sólo quedó diferida la suscripción y ejecución parcial del contrato, por la disponibilidad presupuestaria necesaria. En todo caso, la supuesta excepción sería el no contar con la disponibilidad presupuestaria total para celebrar el procedimiento de contratación pública; sin embargo, a lo largo de este trabajo ha quedado claro que ésta sería necesaria sólo antes de la formalización del contrato.

Luego, en el citado fallo judicial se afirma que la conclusión a la que se arriba corrobora la sentencia Nº 2135, de 9 de octubre de 2001, de la propia Sala del máximo tribunal, y en consecuencia cita expresamente un extracto de aquel pronunciamiento, donde se observa que no guarda relación con el objeto debatido en el referido proceso judicial, ni con la disposición del artículo 74 del DLCP. Aquel proceso trató del análisis de los supuestos de adjudicación directa, esto es, de los casos en los cuales la ley exime de celebrar un procedimiento licitatorio o de selección de contratistas, y en consecuencia permite que se adjudique directamente el contrato a un contratista, situación que no se corresponde con el supuesto de hecho que prevé el artículo 74 del DLCP (antes artículo 52 de la LCP), donde no se procede excepcionalmente por la vía de la adjudicación directa; ocurriendo todo lo contrario, se tramita un procedimiento de selección de contratistas, del que se adjudica la totalidad del contrato, derivando contratos o adendas parciales, condicionados a la obtención de la disponibilidad presupuestaria.

En consecuencia, no se trata de un supuesto cualitativo de excepción por el cual resulte facultada la autoridad



competente para contratar de forma directa, ni mucho menos se le exime de celebrar el procedimiento de contratación pública que corresponda, debido a que el supuesto de hecho en cuestión exige que se realice el procedimiento de licitación o de contratación pública al que está obligado el contratante, formándose la voluntad de contratar de la autoridad pública mediante el referido procedimiento, al punto de ordenar la adjudicación total del contrato, sólo quedando diferida la ejecución parcial de dicha contratación, en proporción a la disponibilidad presupuestaria con que se cuente; situación que dista absolutamente de los supuestos de la modalidad de contratación basada en la adjudicación directa.

5. Las modificaciones de las condiciones contractuales y la disponibilidad presupuestaria.

Lo normal sería que el contrato se ejecute como se diseñó originalmente y en las condiciones que se suscribió; sin embargo, pudiera ocurrir que -por determinadas circunstancias- sea necesario modificar algunas condiciones originales, para garantizar el cumplimiento integral del objeto del contrato; esto es más común de lo que pudiéramos pensar. Efectivamente, la posibilidad de modificación de las condiciones originales del contrato, está prevista en las normas que rigen las contrataciones públicas, y que además derivan de la teoría general del contrato, ya que su justificación general obedece a razones absolutamente lógicas; no obstante, las modificaciones del contrato no deberían ser de una magnitud tan importante, que suponga una nueva y distinta contratación.



En el ámbito de las contrataciones del estado, las modificaciones contractuales se inscriben dentro de la teoría del *ius variandi* o de la potestad *variandi* del contratante, que encuentran además fundamento en la naturaleza de las funciones que desarrolla la Administración pública, atendiendo al interés general, a la par, del interés individual o los derechos del contratista, que también son tomados en cuenta, para que en el ejercicio del *ius variandi* se evite vulnerar sus derechos fundamentales, ya que en caso de alteración, la Administración estaría en la obligación de compensar los desbalances o las pérdidas producidas.⁵⁷ Lo cierto es que para modificar las condiciones del contrato se deben cumplir una serie de exigencias normativas, como veremos a continuación.

En el artículo 130 del DLCP⁵⁸ se regula la potestad *variandi* de la Administración en la contratación pública general, entendiéndose por la facultad del contratante para introducir –de manera unilateral– modificaciones a las condiciones originales de la contratación, antes o después de iniciada la ejecución del contrato, esto es, el suministro de los bienes, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra de que trate, para alterar o variar determinadas condiciones de los contratos, aumentando o disminuyendo el objeto de la ejecución de forma parcial, cambiando las reglas iniciales, las características

⁵⁷ CANÓNICO SARABIA, A. "Reflexiones sobre el debido proceso administrativo y la potestad de rescisión de los contratos de concesión", AA.VV. (Coord. R. Ghazzaoui), en XVII Jornadas Centenarias Internacionales. Constitución, Derecho Administrativo y Proceso: Vigencia, Reforma e Innovación, FUNEDA, Caracas, 2014, pág. 483

⁵⁸ En concordancia con lo establecido en el artículo 131 del RLCP.



de los bienes a adquirir, o las condiciones de los servicios a prestar.⁵⁹

La misma disposición normativa, también regula la potestad del contratante para autorizar las modificaciones o cambios en el suministro de bienes y servicios, o en la ejecución de la obra contratada, solicitadas por el contratista. Determina la norma que esta solicitud deberá ir acompañada de un estudio o informe técnico-económico y presupuestario, para la consideración de la Administración, quien deberá dar respuesta oportuna a la solicitud, debido a que se constituirá en condición indispensable para que el contratante reconozca y pague las modificaciones o cambios en el suministro de los bienes, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra.⁶⁰

⁵⁹ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. "La evolución de la contratación pública y las potestades de la administración", AA.VV., en Ley de Contrataciones Públicas, Editorial Jurídica Venezolana, 4ta. Edición, Caracas, 2014, pág. 222

⁶⁰ Esta facultad de autorización está vinculada con la potestad de control del contratante en la ejecución del contrato, y a propósito de la cual deberá verificar los siguientes aspectos: i. El cumplimiento de la fecha de inicio de la obra o suministro del bien o el servicio; ii. El otorgamiento del anticipo respectivo; iii. Cumplimiento del compromiso de responsabilidad social; iv. Cumplimiento de la fecha de terminación de la obra o entrega de los bienes o finalización de la prestación del servicio; v. Hacer supervisiones e inspecciones a la ejecución de obras o suministro de bienes y prestación de servicios; vi. Aprobar modificaciones en el alcance original y prórrogas durante la ejecución del contrato; vii. Suscribir finiquitos, hacer pagos parciales o finales y evaluaciones de actuación o desempeño del contratista; viii. Autorizar las cesiones del contrato; y ix. Declarar la nulidad de los contratos (Vid. artículos 118, 120, 121 y 136 DLCP).



En todo caso, las modificaciones de las condiciones originales del contrato, se pueden verificar en los siguientes supuestos: i. Por el incremento o reducción en la cantidad de obra, bienes o servicios originalmente contratados;⁶¹ ii. Por surgir nuevas partidas o renglones a los contemplados en el contrato; iii. Porque se modifique la fecha de entrega del bien, obra o servicio; iv. Por la variación en los montos previamente establecidos en el presupuesto original del contrato;⁶² v. Por la promulgación de leyes, reglamentos, decretos y contratos colectivos de trabajo celebrados por parte de la República de obligatoria aplicación, que por su contenido afecten las condiciones del contrato original, específicamente referidos a beneficios laborales a los trabajadores.⁶³

⁶¹ Este supuesto guarda estrecha relación con el dispositivo contenido en la parte in fine del artículo 132 del DLCP, que expresamente establece: "*En el caso de contratos para la ejecución de obras, también se considerarán variaciones los aumentos o disminuciones de las cantidades originalmente contratadas; así como las obras adicionales.*" (ver artículo 143 del RLCP). Principalmente referido a los cambios en las cantidades –en más o en menos– de obras, bienes o servicio, lo cual impactaría en los valores finales.

⁶² A diferencia del primer supuesto, en este caso se trata de la alteración de los montos o valores de los bienes, obras o servicios, previamente establecidos en el presupuesto. Lo complementa el encabezado del artículo 132 del DLCP, donde de manera clara se define a las variaciones del presupuesto original como aquellas alteraciones fundamentadas por el contratista, por hechos posteriores imprevisibles a la fecha de la presentación de la oferta, debidamente aprobadas por el contratante; y se desarrolla seguidamente en los artículos 133 y 134 del DLCP.

⁶³ *Vid.* Artículo 140 del RLCP.



Observamos que las modificaciones pueden presentarse en cualquiera de las modalidades contractuales, tanto en los contratos de suministro, los contratos de servicios y principalmente en los contratos de obras, regulados por el DLCP. Con base en el principio de transparencia, las modificaciones propuestas directamente por el contratante, deberán ser consultadas y notificadas al contratista. Cabe destacar que en los contratos, cuya adjudicación hubiere sido recomendada por una comisión de contrataciones, si las variaciones contractuales representan un aumento superior al diez por ciento (10%) del monto original del contrato, esta comisión de contrataciones deberá emitir una opinión -no vinculante- sobre la procedencia del ajuste o variación, para luego ser sometida a la aprobación de la máxima autoridad del contratante.⁶⁴

Lo anterior aplica también a las variaciones que se presenten a solicitud del contratista, pero que además, en este caso, generará la sustanciación de un procedimiento administrativo, dentro del cual el contratante podrá exigir al contratista la presentación de las pruebas adicionales que estime convenientes, y decidirá la procedencia o no, de la solicitud, en un lapso no mayor de quince (15) días hábiles, con base en las pruebas que éste presente y las que el contratante hubiera obtenido, mediante las investigaciones necesarias para verificar la veracidad de la información suministrada en las solicitudes o reclamaciones formuladas por el contratista o sobre cualquier otro hecho relacionado con el contrato. El contratista siempre mantendrá la obligación de permitir que se practiquen las revisiones, inspecciones o auditorías que se estimen convenientes en sus libros y demás documentos

⁶⁴ *Vid.* Numerales 13 y 14 del artículo 15 del DLCP y el artículo 147 del RLCP.



administrativos de contabilidad. Por último, toda modificación contractual, incluida la variación de precios del contrato, debe ser notificada a los garantes, si los hubiere.

Ahora bien, antes de aprobarse la ejecución de cualquier modificación que implique aumento del valor del contrato, bien sea por ajustes de precios unitarios, obras adicionales, aumentos de obras u obras complementarias, el contratante debe certificar que cuenta con la disponibilidad presupuestaria suficiente, en el presupuesto de egresos, para cubrir el reconocimiento efectuado y poder establecer válidamente el compromiso presupuestario para pagar las prestaciones adicionales. Por otra parte, si el contratante no cuenta con la disponibilidad presupuestaria para cubrir las variaciones, ni cuenta con la posibilidad o la disposición de gestionar créditos adicionales para tales fines, no podrá aprobar las modificaciones propuestas o solicitadas; en cuyo caso, el contratista deberá presentar al contratante una solicitud conjuntamente con un presupuesto de disminución que refleje una reducción de la meta física establecida en el contrato, de ser procedente, con el objeto de que el contratante evalúe la situación y se adopten las medidas consensuadas que sean más adecuadas para el interés general y para garantizar el equilibrio económico de la contratación.⁶⁵

6. Contrataciones con ejecución superior a un año.

De acuerdo a lo contenido en la LOAFSP, el presupuesto público es formulado para regir durante un ejercicio

⁶⁵ *Vid.* Artículo 145 del RLCP.



económico financiero⁶⁶, entendiéndose por tal aquel que inicia el 1º de enero y culmina el 31 de diciembre de cada año, es decir, una vez aprobado por el órgano legislativo correspondiente, su vigencia es de un (1) año. Sin embargo, existen algunos gastos que por su naturaleza no pueden ejecutarse íntegramente en un solo ejercicio económico financiero, a este tipo de gastos se les concibe como gastos plurianuales.

Estos gastos plurianuales están ligados directamente a las prestaciones de los contratos públicos, y se encuentran regulados de forma expresa y coherente en el artículo 18 de la LOAFSP, de la siguiente forma:

“Cuando en los presupuestos públicos se incluyan créditos para obras, bienes, o servicios cuya ejecución exceda del ejercicio económico financiero, se incluirá también la información correspondiente a su monto total, el cronograma de ejecución, los recursos erogados en ejercicios precedentes, los que se erogaran en el futuro y la respectiva autorización para gastar en el ejercicio correspondiente. Si el financiamiento tuviere diferentes fuentes, se señalará, además, si se trata de ingresos corrientes, de capital o de fuentes financieras. La información a que se refiere este artículo se desagregará en el proyecto de Ley de Presupuesto y se evaluará su impacto en el marco plurianual del presupuesto.”

Es oportuno e importante destacar que el carácter plurianual del presupuesto y en este caso de las compras públicas se constituye en nuestro ordenamiento jurídico, así como en diversos ordenamientos jurídicos como una excepción al principio de anualidad antes desarrollado, toda vez que el mismo lo que denota es el carácter

⁶⁶ Vid. Artículo 7 de la LOAFSP.



temporal que tiene el presupuesto, el cual, de acuerdo a lo establecido en la LOAFSP, se corresponde con su ejecución dentro de un ejercicio fiscal económico-financiero. Lo que es alterado por vía de excepción cuando el legislador prevé dentro de la ley de presupuesto, que se pueden incluir créditos para obras, bienes o servicios cuya ejecución exceda del ejercicio económico financiero corriente.

Por su parte, en las normas que regulan las contrataciones públicas, se les define desde la acción de la adjudicación de los contratos, considerando que se entiende como adjudicación plurianual a la: *“Adjudicación de obras, prestación de servicios o adquisición de bienes, cuya ejecución se estipule realizar en el transcurso de dos o más ejercicios fiscales.”* (Artículo 6.37 del DLCP).

Luego cuando se desarrolla el supuesto en comentario, en el artículo 75 del DLCP, a nuestro criterio, el legislador subvierte la figura en estudio, al otorgarle el mismo tratamiento que a los casos previstos en el artículo 74 *eiusdem*, sin observar la disposición de la LOAFSP, antes citada. Veamos la redacción de la norma:

“Artículo 75. En los procedimientos de selección de contratistas establecidos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, que superen más de un ejercicio fiscal, los contratantes podrán adjudicar la totalidad de los requerimientos, pero sólo procederán a suscribir el contrato por el monto disponible para el primer ejercicio fiscal y el resto quedará sujeto a la disponibilidad presupuestaria para cada ejercicio subsiguiente, previa formalización de los contratos o adendas



respectivas, sin que la no suscripción genere obligaciones para el contratante.

La evaluación de desempeño de los contratistas se realizará sobre cada contrato o adendas que integren la adjudicación.”

De conformidad con el texto de la norma, se establece la posibilidad de diseñar e instruir un procedimiento de selección de contratistas para la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, cuya ejecución supere más de un ejercicio fiscal; sin embargo, el contratante podrá adjudicar la totalidad de la prestación del contrato a uno o varios contratistas, dependiendo del objeto del mismo, pero sólo podrá suscribir el contrato para la ejecución y por el monto disponible para el primer ejercicio fiscal, quedando el resto sujeto al momento y a la disponibilidad presupuestaria para cada ejercicio fiscal subsiguiente, pero sin que la no suscripción de los restantes contratos o adendas genere obligaciones para el contratante.

Lo anterior quiere decir que, luego de haber efectuado una supuesta adjudicación plurianual, en donde se celebró un compromiso contractual con un contratista que se preparó para ejecutar un contrato por más de un año, si el contratante no obtiene la disponibilidad presupuestaria para los años subsiguientes o simplemente decide no celebrar los contratos o adendas que correspondían al siguiente o siguientes años, según el procedimiento de contratación, se extingue la obligación sin ninguna justificación. Consideramos que el planteamiento de la norma se distancia de la figura de la contratación plurianual, debido a que no resulta un capricho realizar una contratación de este tipo. La contratación plurianual debe obedecer a ciertos criterios técnicos o estratégicos de determinada contratación, por



cuanto la prestación integral del contrato realmente no se pueda ejecutar en el curso de un ejercicio fiscal, requiere de por lo menos dos ejercicios fiscales, en cuyo caso el compromiso del contratante debe ser firme para garantizar que el contrato se cumpla como inicialmente se planificó.

Según las reglas de la administración financiera, la contratación plurianual no sólo se entiende bajo la premisa de un solo procedimiento de selección de contratista que genera una adjudicación plurianual, sino también se trata de un solo contrato que tendrá vigencia por más de un ejercicio fiscal, sin necesidad de suscribir varios contratos o adendas en función de la disponibilidad presupuestaria. En el mismo contrato se deberá indicar que se trata de un contrato pluriannual, en qué consiste el objeto del contrato, cuál es el monto total proyectado, cuál es el monto que se pretende ejecutar en el ejercicio fiscal en curso, para el cual deberá contar con la correspondiente disponibilidad presupuestaria, o cómo se tiene previsto financiar el resto, las fórmulas de ajuste de valores, entre otros aspectos relevantes -como lo indica el citado artículo 18 de la LOAFSP-, y que además contribuye al cumplimiento del principio de transparencia.

No se trata tampoco de la práctica de colocar en algunos contratos del sector público cláusulas de prórrogas automáticas y sucesivas, ya que efectivamente no se trata de contratos prorrogados. Estamos frente a un supuesto de un contrato plurianual, esto es, un contrato cuya ejecución supera un ejercicio fiscal, que genera el compromiso para el contratista de cumplir y mantener la prestación del servicio o de la obra más allá del 31 de diciembre del año en que se suscribe el contrato, y por su parte, genera la obligación del contratante de



garantizar las condiciones para que se cumpla con la prestación contractual, cuya principal obligación es el pago de la contraprestación. En consecuencia, cuando estamos al frente de adjudicaciones plurianuales estamos ante una circunstancia excepcional a la ejecución presupuestaria corriente, toda vez que se autoriza y compromete un gasto que ha de ser ejecutado a lo largo de varios ejercicios económicos, sin que el contratante pueda librarse de su responsabilidad en obtener los recursos presupuestarios para garantizar el cumplimiento del contrato.

El anterior criterio es ratificado por la interpretación del artículo 134 del DLCP, ya que esta norma regula las modificaciones contractuales en caso de adjudicaciones plurianuales, determinando que el contrato plurianual que se suscriba, puede sufrir variaciones, y para resolver esas situaciones que pudieran generar alteraciones a las condiciones originales de la contratación, se deberán establecer e incorporar en el contrato, ciertas reglas, condiciones y/o mecanismos de ajustes, que permitan reducir o minimizar los elementos de incertidumbre o riesgo, generados por la variabilidad de los factores que condicionan la ejecución del contrato con impacto impredecible en las ofertas de los contratistas.

Asimismo, es importante tanto para el contratista como para el contratante tener claro cuáles son los aspectos que deben incluirse o especificarse en los contratos para la ejecución de obras, prestación de servicios o suministro de bienes, a saber: 1. La estructura de costos por renglón o partida; 2. Los mecanismos de ajuste que serán aplicados; 3. La periodicidad de los ajustes; 4. Los precios referenciales o índices seleccionados para los efectos de cálculo, indicando para éste último el órgano competente que los genere o los publique; 5. Que durante el primer ejercicio fiscal de vigencia del contrato



los precios ofertados permanecerán fijos y sin estar sujetos a reconocimiento de ajustes, siempre y cuando no vulnere el equilibrio económico del contrato. Después del primer ejercicio fiscal sólo se reconocerán ajustes a los precios de aquellos renglones o partidas que tengan continuidad; 6. En cada período de ajuste se afectará sólo la porción de obra ejecutada o del bien o servicio suministrado en el mismo, sin afectar las porciones ejecutadas o suministradas con anterioridad y los nuevos renglones o partidas no incluidas en el presupuesto original.

7. Referencias al contrato marco.

Según el artículo 6.33 del DLCP⁶⁷, se entiende por contrato marco, aquel contrato suscrito entre el órgano o ente contratante y el contratista o contratistas para regular la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, que por sus características o recurrencia dificulten establecer una contratación por cantidades fijas. Para ello, el contratante deberá aplicar

⁶⁷ Ver artículo 2 del Reglamento de la ley de Contrataciones Públicas: *"El contrato marco es el contrato mediante el cual se establecen los precios unitarios de las partidas que conforman la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, con un monto total máximo del contrato, el cual se ejecutará por órdenes de trabajo, en las cuales se establecerán las condiciones y términos específicos de las cantidades a ejecutar, no existiendo la obligación por parte del Órgano o Ente contratante de ejecutar una cantidad determinada ni de pagar al Contratista el monto máximo establecido. Los términos y condiciones de este Contrato Marco regirán y se considerarán incorporados a las respectivas órdenes de trabajo."*



el procedimiento de selección de contratista correspondiente, con una estimación global máxima de precio y cantidades, definida en una lista de precios.⁶⁸

En estos casos, la adjudicación establecerá los precios unitarios de los rubros o partidas que conforman la contratación, con un monto total máximo del contrato, que definirá la modalidad de contratación, el cual se ejecutará por órdenes de compra, servicio y valuación de obra, en las cuales se establecerán las condiciones y términos específicos de las cantidades a ejecutar, no existiendo la obligación por parte del contratante de ejecutar una cantidad determinada ni de pagar al contratista el monto máximo establecido. Los términos y condiciones del contrato marco regirán y se considerarán incorporados a las respectivas órdenes de trabajo (compra, servicio o ejecución de obra).⁶⁹

El contrato marco fue una solución práctica, ágil, racional y transparente que surgió para garantizar el suministro de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras

⁶⁸ La lista de precios es la relación de precios unitarios ofertados, por los renglones o posiciones incluidos dentro del alcance de los bienes a adquirir, servicios a prestar u obras a ser ejecutadas, considerados en los pliegos o en las condiciones de la contratación, cuyo resultado será la adjudicación y firma de un contrato marco (Artículo 2 del RLCP).

⁶⁹ Para la Directiva 2014/24UE, dictada por el Parlamento Europeo sobre contrataciones públicas, el contrato marco es: *"Un acuerdo con los proveedores, cuyo propósito es establecer los términos y condiciones de los contratos que se otorguen durante un determinado periodo, en particular con respecto a precio y cantidad. En otras palabras, un acuerdo marco es un término general para los acuerdos con los proveedores que establecen los términos y condiciones en las que las compras específicas pueden hacerse durante el plazo del acuerdo."*



que por sus características o recurrencia dificultaban planificar la modalidad de selección de contratistas o ejecutar la totalidad de las necesidades requeridas por el contratante durante un año en una sola contratación, bien sea por problemas de logística o por falta de disponibilidad presupuestaria o financiera. En ese caso, los contratantes deberán aplicar la modalidad de selección correspondiente, que racionalmente apunta a la modalidad de concurso abierto, con una estimación global máxima de precio y cantidades cuyo resultado será la celebración de un contrato marco bajo el esquema de lista de precios, que consistirá en la relación de los precios unitarios de los bienes, servicios y obras ofertadas.

En este punto resulta interesante conocer lo que la doctrina española ha manifestado sobre el presupuesto en los acuerdos marcos, apoyándonos en Gómez Barrionuevo, quien ha manifestado que: *"...la doctrina es unánime al llegar a la conclusión de que los acuerdos marco no tienen que incluir el presupuesto de los contratos y ello es lógico puesto que no existe un límite de contratos ni de importes a contratar derivados de un acuerdo marco. En este sentido, hay que diferenciar el valor estimado y el presupuesto, puesto que mientras el primero no actúa como límite sino como una mera estimación, el término presupuesto alude al límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de la contratación."*⁷⁰

⁷⁰ GÓMEZ BARRIONUEVO, A. (2018) "Procedimientos de Contratación y de Gestión Económica: Dos caminos paralelos que hay que transitar" Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, XVIII, Zaragoza, pág. 194. Disponible en <https://contratodeobras.com/images/Ana->



En tal sentido, el procedimiento a seguir para la determinación de los precios unitarios que se deben establecer en cada contrato, a los fines de cubrir parcial o totalmente las cantidades estimadas para el suministro de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras requeridas por el contratante, se obtendrá de las listas de precios incluidas en cada una de las ofertas presentadas, y que perfectamente pudo salir de consultas públicas con proveedores. En caso de que en la ejecución del contrato se supere el monto estimado global original se aplicarán los procedimientos de control administrativo para la modificación del contrato, previstos en la norma y en el propio contrato.

Observamos que el contrato marco se constituye en un instrumento o contrato normativo, que permite establecer las condiciones y reglas generales que regularán la relación jurídica contractual entre el contratante y el contratista o contratistas, para adquirir bienes, prestar servicios o ejecutar obras, por un período de tiempo determinado; sin estar vinculado a una materia específica o particular, pudiendo ser moldeable ya que podrá emplearse en distintos escenarios y objetos de contratación. Lo anterior supone que pueda perfectamente utilizarse para instrumentar algunos de los supuestos de excepción previstos en el artículo 5 del DLCP, sin generar incompatibilidades, dentro de los que se incluyen a las alianzas comerciales y estratégicas.

Lo importante a destacar, a los fines del presente trabajo, es que la obligación del contratante de certificar la disponibilidad presupuestaria previa para contratar, no se exige en el momento de iniciar el procedimiento de selección de contratistas, ni siquiera en el momento de

[gomez-Barrionuevo Contratacion-y-gestion-economica.pdf](#)
consultado el 23/03/2022.



adjudicar el contrato marco al contratista o contratistas que hayan resultado favorecidos por presentar la oferta mas conveniente; el contratante tendrá la obligación de certificar la disponibilidad de recursos presupuestarios antes de suscribir la orden de compra o de servicio para cada suministro o servicio que requiera, en el contexto de un procedimiento por la vía de un contrato marco.

V. CONCLUSIONES.

Hemos visto en este trabajo que la inversión pública debe dirigirse adecuadamente a programas que generen bienestar a las personas y que contribuyan al desarrollo sostenible de la nación; y es principalmente a través del presupuesto público que los objetivos concretos del Estado social de derecho, se traducen en cifras que permiten materializar la posibilidad cierta de realización de los derechos sociales fundamentales. El presupuesto público en correspondencia con las contrataciones públicas, se convierten en un sistema integral y estratégico para organizar y garantizar las acciones y programas de gobierno que se estiman realizar en un período determinado, en cumplimiento de los fines del estado.

Con el objeto de asegurar el cumplimiento de aquellos fines, se deben cumplir con los principios que rigen al sistema presupuestario, alineados a las contrataciones públicas. Dentro del elenco de principios jurídicos aplicables a esta materia, sobresale el principio general de legalidad por encima del resto, al otorgarle cobertura en muchos casos. Específicamente relevante se presenta el principio de la legalidad presupuestaria, desde su génesis constitucional, el cual prohíbe expresamente



hacer cualquier tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de presupuesto correspondiente; generando una premisa condicionante para todo el sistema de gestión pública, que se muestra especialmente relevante en materia de contratación pública, ya que bajo esta premisa, en principio, no se podrá contratar válidamente sin la previa disponibilidad de recursos presupuestarios.

A partir de la anterior condición jurídica, se desarrolla todo un análisis interpretativo, entre las normas presupuestarias y las normas especiales de las contrataciones públicas, que nos permitió establecer criterios claros para identificar la aplicación del principio de legalidad presupuestaria y sus modulaciones, en el importante sistema de las compras del sector público. En aquel contexto determinamos especialmente la importancia de la planificación y el cumplimiento de las actividades preliminares para anticiparse y programar adecuadamente, a los fines de evitar incurrir en improvisaciones o errores, que pudieran resultar perjudiciales al interés general. Por último, al tener claridad sobre las reglas presupuestarias aplicadas a las contrataciones públicas, se facilita el control interno y externo de la actividad, así como la verificación del cumplimiento de los principios jurídicos transversales de eficiencia, transparencia e integridad.



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

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA



Gahilex



**LA INUTILIDAD DE LOS RECURSOS
ADMINISTRATIVOS ORDINARIOS
COMO INSTRUMENTO DE DEFENSA
FRENTE A LOS ACTOS EN MATERIA DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA NO
AJUSTADOS A DERECHO**

***THE USELESSNESS OF ORDINARY
ADMINISTRATIVE REMEDIES AS AN
INSTRUMENT OF DEFENSE AGAINST
UNLAWFUL ACTS IN THE AREA OF
PUBLIC CONTRACTING***

Dr. Jaime Pintos Santiago

Socio-Director del Despacho Jaime Pintos Abogados &
Consultores
Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
en UDIMA
Funcionario de Carrera en Excedencia
Orcid: 0000-0002-1622-5162

D^a. María Dolores Fernández Uceda

Abogada Senior en Jaime Pintos Abogados &
Consultores
Especialista en Contratos Públicos



Resumen

Examen amplio de la doctrina relativa a la impugnabilidad de los actos de la Mesa de Contratación, la competencia de este órgano de asistencia en materia de ofertas incursas en presunción de anormalidad, la doctrina generalizada en materia de ofertas temerarias, el asesoramiento técnico externo a la Mesa de Contratación y el informe de valoración de la justificación de las ofertas incursas inicialmente en presunción de anormalidad, con motivo del análisis del Decreto nº 2022/270, de 18 de febrero, dictado por el Diputado del Área de Hacienda, Promoción Económica y Cooperación Municipal de la Excm. Diputación de Ciudad Real, por el que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la exclusión de la licitación de la oferta presentada por la recurrente adoptado por la Mesa de Contratación en el expediente nº DPCR2021/57223.

Abstract

Comprehensive review of the doctrine regarding the impugnability of the acts of the Contracting Committee, the competence of this assistance body in relation to bids that are presumed to be abnormal, the generalized doctrine in relation to reckless bids, the external technical advice to the Contracting Committee and the evaluation report on the justification of the bids that are initially presumed to be abnormal, on the occasion of the analysis of Decree no. 2022/270, dated February 18, issued by the Deputy of the Department of Finance, Economic Promotion and Municipal Cooperation of the Council of Ciudad Real, rejecting the appeal filed against the exclusion from the bidding process of the bid



submitted by the appellant, adopted by the Contracting Committee in case no. DPCR2021/57223.

Palabras clave

Recursos administrativos ordinarios - Mesa de Contratación - Anormalidad - Asesoramiento externo - Informe de valoración

Keywords

Ordinary administrative remedies - Contracting Committee - Abnormality - External advice - Valuation Report

SUMARIO:

- I.- Motivos de la impugnación
- II.- Consideraciones del Tribunal
- III.- Conclusiones: doctrina vinculante

I. MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

El recurso de alzada se interpuso contra el acuerdo de la Mesa de Contratación adoptado en la sesión celebrada el 16 de diciembre de 2021 (nº 35/2021), publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 20 de diciembre de 2021, por la que, asumiendo el informe técnico transcrito, se acordó "*considerar efectivamente desproporcionada y excluir de la licitación a la oferta presentada*" por la recurrente.



La licitadora cuya oferta fue excluida por temeridad, que sostuvo la procedencia del recurso de alzada contra el acuerdo de exclusión de su oferta por temeridad acordado por la Mesa de Contratación y su eficacia desde la interposición del recurso, puesto que no le había sido notificado, sino que fue publicado en el perfil del contratante, alegó distintos motivos de anulabilidad del acuerdo impugnado.

En primer lugar, la incompetencia de la Mesa de Contratación para acordar la exclusión de la oferta, que corresponde al órgano de contratación, ostentando únicamente la Mesa competencia de mera propuesta de rechazo de la oferta, conforme a lo establecido en el artículo 149.6 de la LCSP.

Se argumentó también la falta de motivación suficiente del acto objeto de recurso, que impidió a la recurrente conocer debidamente las razones que fundamentaron la consideración de su oferta como desproporcionada y la exclusión de la misma de la licitación. La Mesa de Contratación se había limitado a asumir, sin más, sin indicar la fecha del informe ni si lo asumía como propio, el informe de valoración de la justificación de las ofertas que hizo un profesional externo al órgano de contratación y a la entidad contratante, concretamente, el Técnico Director de la Obra y redactor del Proyecto Técnico de la misma, y, por tanto, carente de las notas de objetividad e imparcialidad propias de los órganos técnicos de la Administración. A mayor abundamiento, ni en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se hacía mención a la posibilidad de contar con el informe de dicho Técnico para la valoración de la justificación de



la oferta ni su nombramiento como asesor técnico para la valoración de la justificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad aparecía publicado en el perfil del contratante. En cualquier caso, el informe emitido por dicho asesor externo tampoco motivaba el rechazo de la justificación de la oferta ofrecida por la recurrente, ni habría posteriormente un acto administrativo que le diera competencia legal a ese informe.

Por, último, fue alegada asimismo la existencia de errores manifiestos y arbitrariedades en el informe de valoración de la justificación de la oferta emitido por el asesor externo que hacían quebrar la discrecionalidad técnica del mismo. El informe cuestionaba la adecuación de algunos elementos mencionados en la justificación de la oferta al Pliego de Prescripciones Técnicas, adelantando un momento, el de la presentación de una Memoria descriptiva, que los pliegos tenían previsto para una vez adjudicado el contrato y justo antes de dar comienzo a las obras, permitiendo, además, la justificación de la equivalencia de aquellos equipos y materiales propuestos por el contratista que no coincidieran con los referenciados en el Proyecto y en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Es decir, el informe cuestionaba aspectos de la oferta que en ningún momento requieren justificación de acuerdo con el artículo 149 de la LCSP, llegando incluso a objetar el beneficio industrial considerado por la recurrente en la justificación de su oferta, situado por encima del seis por ciento, y sin que en ningún momento se hubieran



solicitado a la recurrente aclaraciones al informe de justificación de la baja anormal.

II. CONSIDERACIONES DEL ÓRGANO QUE RESOLVIÓ EL RECURSO

El recurso fue resuelto y desestimado por el órgano de contratación, en cuanto superior jerárquico de la Mesa de Contratación, autora del acto impugnado. La resolución tiene en cuenta el informe emitido por el Área a la que se destinaba la obra licitada, y no menciona informe ¹alguno emitido la Secretaría de la Entidad Local.

El informe que sustenta la resolución desestimatoria, que no se pronuncia sobre todas las cuestiones planteadas por la recurrente y que por lo tanto de manera manifiesta deja de ser congruente conforme exige en este sentido la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (arts. 88 y 119), se limita a señalar que procede a indicar “los motivos por los que se justifica la no validez de la oferta técnica aportada en el anterior recurso”, manifestación que cuanto menos deja “ojiplático” a cualquier lector por cuanto el recurso no aportaba oferta técnica alguna sino que ponía de manifiesto los vicios de anulabilidad el acuerdo de la Mesa por el que excluía la oferta de la recurrente por temeridad.

¹ Artículo 3.3.d).4º del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.



Además, señala el informe que se centrará únicamente en la alegación relativa a la existencia de errores manifiestos y arbitrariedades en el informe de valoración de la justificación de la oferta emitido por el asesor externo y, limitándose a apoyar escuetamente el informe de dicho asesor externo, concluye que uno de los equipos mencionados en la justificación de la baja “no se considera admisible para la función que se plantea en el proyecto”.

La resolución del recurso de alzada tuvo en cuenta también un informe jurídico emitido por el Servicio de Contratación, a cuyo tenor no existía incompetencia de la Mesa de Contratación para excluir ofertas y que, “en todo caso, dicha exclusión habría sido convalidada por los posteriores actos del órgano de contratación”. Por otro lado, el informe se pronunció en relación a la alegación relativa a la falta de motivación de la decisión de exclusión y, lejos de pronunciarse sobre lo alegado por la recurrente en relación al informe emitido por el asesor externo o a la incompetencia de la Mesa de Contratación para adoptar la decisión de exclusión, reprodujo el contenido de dicho informe cuestionando la adecuación de algunos elementos mencionados en la justificación de la oferta al Pliego de Prescripciones Técnicas.

De acuerdo con lo anterior, la resolución desestimó el recurso de alzada interpuesto, declarando definitivamente desproporcionada la oferta de la recurrente, excluyéndola de la licitación y adjudicando el



lote correspondiente a la siguiente oferta mejor clasificada no incurso en temeridad.

III. CONCLUSIONES: DOCTRINA VINCULANTE

Desafortunadamente, en la mayoría de casos los recursos administrativos ordinarios, configurados legalmente como mecanismo de defensa del ciudadano frente a las irregularidades o arbitrariedades de la Administración, pierden su razón de ser. Como ocurre en el supuesto analizado, la Administración se limita a resolver desestimatoriamente sin ni siquiera decidir cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantea el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados, como prescribe la ley procedimental administrativa, abocando al interesado a acudir a la vía judicial.

Por este motivo, pasaremos a analizar algunas cuestiones que, a nuestro juicio, planteaba el supuesto, sobre las que existe doctrina vinculante.

Así, en primer lugar, sobre la **procedencia del recurso de alzada**, debemos señalar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 48/08, de 29 de enero de 2009 analizó el tratamiento jurídico que debe darse a los actos realizados por las Mesas de contratación con anterioridad a la adjudicación definitiva del contrato. Entre sus consideraciones la Junta señalaba:



"(...) en cuanto al régimen jurídico de los recursos que pueden interponerse contra los actos de trámite previos a la adjudicación provisional del contrato, fuera de aquellos casos en que se admite la interposición del recurso especial del artículo 37 de la Ley, procede señalar que serán los indicados en el artículo 107 de la Ley 30/1992 antes mencionado (actualmente artículo 112 Ley 39/2015). Ello supone que el plazo de interposición de los recursos que tal artículo contempla será el de un mes (artículos 115.1 y 117.1) sin que por el mero hecho de interponerlos se suspenda la ejecución del acto administrativo impugnado. Como consecuencia es posible, desde el punto de vista legal, que la resolución del recurso se dicte después de haber concluido el procedimiento de adjudicación del contrato e incluso, podría ocurrir que el contrato se encontrase al menos parcialmente ejecutado. Esta es una situación que sólo se puede evitar si el recurrente solicita la suspensión y el órgano de contratación encargado de resolver el recurso acordase concederla antes de resolver sobre el fondo.

Ello nos lleva a la cuestión relativa a la competencia para resolver el recurso y consiguientemente a la clase de recurso que puede interponerse: alzada o reposición. A este respecto, tanto si los actos de trámite anteriores a la adjudicación provisional son dictados por la Junta de Contratación, cuando la haya, como sí lo son por la Mesa de contratación, se trata de actos que no agotan la vía administrativa, por lo que deberán ser objeto de recurso de alzada ante el órgano (Alcalde o Pleno, según los



casos) que sea el superior jerárquico de la Mesa por estar ésta adscrita a él (artículo 114 de la Ley 30/1992)."

En segundo lugar, una cuestión destacable desde el punto de vista práctico e incuestionable desde el punto de vista legal y doctrinal es la incompetencia de la Mesa de Contratación para acordar la exclusión del licitador cuya oferta incurre en presunción de anormalidad (pese a la existencia de un posterior informe jurídico que avale dicha actuación, como ocurrió en el caso que objeto de estudio). Sobre esta cuestión se manifestó el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en los siguientes términos (Resolución nº 1761/2021, de 2 de diciembre):

<< Tanto el PCAP (letra G) y la LCSP en su artículo 149 delimitan la función de la mesa de contratación en relación a los licitadores incursos en bajas anormales o desproporcionadas a la de propuesta al órgano de contratación:

"6. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la



información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150”.

Lo que significa, que la mesa de contratación no tiene competencia para excluir sino sólo para evaluar la información y documentación presentada por el licitador en justificación de la anormalidad de su oferta y proponer, siempre motivadamente, su aceptación o exclusión, pero, a tenor del citado precepto, debe ser siempre el órgano de contratación, sin vinculación estricta a la propuesta de la Mesa de Contratación, el que adopte, en un momento posterior, la decisión de exclusión o aceptación de la justificación.

De la lectura del acta de la Mesa de Contratación de 22 de septiembre de 2021, se constata que la voluntad de la Mesa fue la de excluir la proposición del recurrente:

“Por todo lo expuesto, la Mesa de Contratación por unanimidad acuerda la exclusión del licitador FCC AQUALIA S.A. con CIF: (...) La justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios porque se fundamenta en una práctica



inadecuada desde el punto de vista técnico y económico”.

(..)

La Mesa, por unanimidad ACUERDA:

PRIMERO .- Excluir de la Contratación al Licitador FCC AQUALIA S.A con CIF A 26019992 por no haber justificado suficientemente la situación de Baja Temeraria.

SEGUNDO.- Proponer al órgano de contratación la adjudicación del Contrato de Servicios de Explotación de Estaciones Depuradoras 2021 a la proposición presentada por la empresa AQLARA CICLO INTEGRAL DEL AGUA, S.A. con CIF A96859137 por el siguiente importe...”

Por lo tanto, no se trató de una propuesta de exclusión dirigida al órgano de contratación, como así dispone el artículo 149.6 LCSP, sino un verdadero acuerdo de exclusión, como lo prueba el hecho no sólo de que en el propio acta, por una parte, acuerda excluir y, por otra, propone la adjudicación a otro licitador, sino que con posterioridad, sin contar con la aceptación o convalidación de dicho órgano de su decisión de excluir, continuó con el procedimiento de contratación y requirió de documentación, al amparo del artículo 150.2, al que proponía como adjudicatario, en contra de lo que dispone el citado precepto:



"2. Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiere recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa..."

Bien es verdad, que no existió un acuerdo expreso de exclusión notificado individualmente a la recurrente, sino que la actuación de la Mesa de Contratación se limitó a dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 63.3 e) LCSP, en cuanto a la obligatoriedad de publicar en la Plataforma de Contratación del Sector Público, todas las actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación. Ahora bien, conocido por la recurrente el acta referida y su contenido, dados los términos categóricos de la misma acerca de la exclusión de su proposición, no es reprochable que, para salvaguardar sus derechos e intereses, haya impugnado, aunque hubiera sido de forma cautelar, el acuerdo de la mesa que adoptó una decisión, aunque sea de manera incompetente, una decisión tan trascendental que la aparta del procedimiento de contratación.

La mesa de contratación alega el recurrente, se ha excedido en su función al excluir por sí misma de la licitación al licitador incurso en valores anormales. El órgano de contratación en su informe sostiene que se trata de una cuestión semántica, pero lo cierto es que no



es así, por cuanto la mesa acordó la exclusión y no caben interpretaciones en este asertivo por su claridad. Tampoco puede entenderse que el recurrente ha creado una apariencia de incompetencia de la mesa formulando un recurso prematuro sin esperar a la resolución de adjudicación y exclusión que debería dictar en un futuro el órgano de contratación por entender que ya se ha dictado el acuerdo de exclusión>>

Es decir, "más claro agua"². Por ello ponemos de manifiesto en no pocos casos la inutilidad de los recursos administrativos ordinarios como instrumento de defensa frente a los actos en materia de contratación pública no ajustados a derecho o lo que sería lo mismo en términos más coloquiales de trabajo "*pues que acudan a la jurisdicción contencioso-administrativa*", obviando por completo la finalidad y el concepto de servicio público.

² Significado: Es un dicho que se usa como para decir (con redundancia) que algo es tan pero tan claro que no necesita más explicaciones.



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

RECENSIONES



LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DESARROLLO HUMANO Y SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Pintos, Santiago, J. (2017). *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*. Colección monografías, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). (Recesión/Errezentsioa: Bernabé Palacín Sáenz)

D. Bernabé Palacín Sáenz

Doctor en Derecho y funcionario de la Administración Local

Director General de Alcaldía del Ayuntamiento de Logroño.

Miembro del Grupo de Investigación "Contratación Pública e-estratégica i-ntegral", perteneciente a la UDIMA.

Tras la interesante lectura del libro de Jaime Pintos Santiago, *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*, y justo antes de realizar un breve recorrido analítico por su contenido, anticipo ya que la obra destaca por su precisión conceptual, combinada con un lenguaje fresco y directo, fruto de la experiencia del autor como docente.



Perfiles académico y de gestión pública se dan cita en la misma y arrojan un resultado altamente positivo para mejorar la experiencia de los gestores y las empresas.

La obra se estructura en cuatro partes siguiendo un orden lógico, de macro a foco, en el que se sitúan los derechos globales administrativo y de la contratación pública, en general y en la Unión Europea, los principios generales de la contratación pública, entre los cuales ubica los de promoción del desarrollo humano y de promoción de la sostenibilidad ambiental, vertebrales, informadores y causa de la obra, y una parte final de conclusiones, reivindicativa de la inclusión y existencia de los mismos.

Pues bien, comienza el autor interrogándose, en el Capítulo I, sobre si la contratación pública puede considerarse parte del derecho administrativo global, y si de aquí se infiere la posibilidad de referirnos a un derecho global de los contratos públicos. La pregunta es casi retórica, pues seguidamente se adivina una respuesta afirmativa. No obstante, efectúa una construcción conceptual muy gráfica, utilizando una figura geométrica como es la pirámide, para avanzar en el grado de desagregación del derecho administrativo global. A partir de aquí, coloca en distintas gradas o estadios dependientes, el derecho global de la contratación pública y los principios generales como "pegamento" del marco globalizado de la contratación pública. Culminan esta imaginaria pirámide, los principios del desarrollo humano, como garantes de la satisfacción de las necesidades de la población y de la cooperación entre naciones, y de promoción de la sostenibilidad ambiental, anticipando el uso del concepto, generalizado hoy en día, de ciclo de vida.



Se apresura el autor a matizar que no se refiere a las cláusulas sociales y ambientales, sino a verdaderos principios generales y obligatorios, subrayando su compatibilidad con el carácter económico que se busca dar a la contratación pública. Concluye afirmando que el derecho administrativo global debe estar enfocado al respeto de los derechos del ser humano, en su doble vertiente de derechos de la persona y de derecho a un medioambiente sano y sostenible.

Prosigue en el Capítulo II, en un claro afán didáctico, en este empeño de desgranar el derecho global administrativo y de la contratación pública, refiriéndose al derecho de la Unión Europea originario como fuente primaria, señalando el carácter constitucional de sus normas. A continuación, invoca fuentes derivadas, clasificando entre actos típicos, tales como los reglamentos, las directivas, las decisiones, las recomendaciones y los dictámenes, y actos atípicos, como los principios generales del derecho. Igualmente, se refiere al efecto directo de las Directivas, fijando su atención en las de contratación pública, así como en la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho interno, desgranando las diferentes situaciones de conflicto que pueden darse. Y, finalmente, hace un recorrido por las diferentes instituciones europeas, reflejando en su creación el derecho de la contratación pública. Sin duda, interesantes páginas que ayudan a comprender la evolución de fuentes primarias y derivadas, y sirven, tanto el erudito como al gestor de la contratación pública, para contextualizar, y diría que para interpretar con mayores garantías de acierto, las innumerables dudas que la casuística plantea.

Conectado a este último planteamiento, el Capítulo III nos descubre el ordenamiento jurídico europeo como



fundamento de la Unión Europea, caracterizada como comunidad de derecho. Ordenamiento basado en el objetivo de preservar la paz y la libertad, sustituyendo la clásica fórmula de la violencia para resolver conflictos. Normativa que, en el ámbito de la contratación pública, se fundamenta en los principios generales clásicos, así como en los avanzados principios de promoción del desarrollo humano y de la sostenibilidad, manifestados en criterios sociales y medioambientales. El Capítulo nos recuerda el de un libro de texto de las instituciones europeas, pero es más que eso, pues en un avezado ejercicio didáctico va tejiendo el fundamento y origen de un derecho derivado de la contratación pública, que nos sirve para fijar la correcta desagregación de otro más amplio, el denominado derecho global de la contratación pública, que aquí se mantiene.

Sigue avanzando el autor, a través del Capítulo IV, en el acercamiento a las compras públicas desde ese derecho global de la Unión Europea, enfocando el estudio y aplicación de la contratación pública desde un punto de vista sociolaboral y medioambiental como herramienta en manos de los poderes públicos y al servicio de los ciudadanos, con el objetivo de promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos, teniendo presentes la economía social de mercado, el pleno empleo y el progreso social. A partir de aquí, se concretan los principios de la Unión Europea y su vínculo con la contratación pública. Principios vertebrales, tales como la consecución de una paz duradera, la unidad, la igualdad, la libertad, la solidaridad, la seguridad y la protección de los derechos y libertades fundamentales, que son analizados con rigor y en detalle. Llama, especialmente, la atención el principio de libertad en sus variantes de libertad de circulación a través de las fronteras nacionales, tanto de personas y trabajadores, de mercancías y capitales, como de establecimiento y de



prestación de servicios, garantiza todas ellas del citado principio fundamental de libertad. En este sentido, los derechos y libertades fundamentales, tributarios de los llamados principios vertebrales citados, revisten una importancia capital en el derecho de la Unión Europea y, por supuesto, en la contratación pública, ya que *"tienden a facilitar la injerencia de las normas y disposiciones de su derecho positivo a cada caso en particular, colman lagunas que en ellos siempre existe, y ayudan a encontrar nuevas soluciones a los nuevos y variados problemas que la realidad y el mundo actual nos presenta [...]"*¹

Cita aparte merecen los principios generales que ha ido tejiendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tales como los de igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima y proporcionalidad, principios que, junto a los generales del derecho, son aplicables al ámbito de la contratación pública y a los procedimientos administrativos de adjudicación. El capítulo concluye refiriéndose a la estructura del sistema judicial en la Unión Europea y al ordenamiento jurídico comunitario como protectores de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Sin solución de continuidad, el Capítulo V discurre a través de lo que podemos denominar una visión contrapuesta entre el constitucionalismo económico de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales, cuyo paradigma es el Tratado de Lisboa,

¹ Véase LICO, M.A. (2012), "Principios generales del Derecho aplicables al Derecho Administrativo y principios generales del Derecho surgidos del Derecho Administrativo", Revista de Derecho Administrativo, núm. 83, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pág. 1532.



que supuso, según nos dice el autor, *"un cierto giro en las políticas de la Unión, buscando unas políticas más sociales y democráticas que las pretendidas por el anterior texto de la Constitución europea"*, fórmulas que le sirven para justificar la finalidad y objeto de este trabajo, y según confiesa para socialización y humanización de las herramientas jurídicas, como si de una prosopopeya se tratara, en beneficio de la sociedad. Se recogen conceptos tales como la huida del derecho de la contratación pública, a través de las privatizaciones de las empresas públicas, y las políticas sectoriales, como la política agraria común (PAC), como coadyuvantes del carácter social y medioambiental de la contratación pública. Y se valora el impacto de esta última, de las subvenciones, los convenios de colaboración y las encomiendas de gestión, como herramientas jurídicas de ejecución de políticas públicas, representativas de un 25% del PIB, bajo una gobernanza económica bien trabada. Finalmente, no falta una mirada a la proyección económica de la Constitución Española de 1978, bajo el prisma de la necesaria armonización de las legislaciones internas de los Estados miembros de la Unión Europea.

A punto de terminar el Capítulo, anticipando la parte nuclear del trabajo que lo releva, se centra de nuevo en el Tratado de Lisboa, haciéndose eco de los importantes objetivos que persigue, tales como el fomento de la justicia, la protección social y la lucha contra la exclusión social y la discriminación. A partir de aquí, da por sentada la inclusión de los principios generales de promoción del desarrollo humano y de la promoción de la sostenibilidad ambiental en el marco normativo de la contratación pública en la Unión Europea.

Se estrena la parte segunda del libro con los principios generales de la contratación pública. Su Capítulo VI introduce un recopilatorio del derecho global de la



contratación pública en el marco de un ordenamiento jurídico global de la Unión Europea, sin el cual el primero no podría explicarse. Se traen a colación las cuatro generaciones de directivas sobre contratación pública, y se recoge asimismo el sistema nacional de contratación pública español, haciendo hincapié en el entonces proyecto de ley de contratos del sector público. Después de resaltar, en el primer considerando de la nueva directiva clásica -se refiere a la 2014/24/UE- la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación de los contratos públicos, entre ellos la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y de los principios derivados de ella, tales como el de la igualdad de trato, no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia y libre concurrencia; se lamenta de lo inhabitual de la inclusión entre ellos de los principios que se tratan en la obra, esto es, los de promoción del desarrollo humano y de promoción de la sostenibilidad ambiental.

Siendo consciente, como es el autor, de la irrupción en las directivas y en el derecho de desarrollo interno, de las cláusulas sociales y medioambientales, considera que su aplicabilidad real es más bien escasa y de poco rendimiento en el conjunto de la práctica de la contratación pública española. Y sin dudar sobre el impulso de las mismas a través de la cuarta generación de directivas, augura problemas prácticos de la nueva regulación, lo que parece poner en evidencia los propósitos del legislador europeo. A su juicio, podrían incluirse, expresamente, los principios generales de desarrollo humano y de sostenibilidad ambiental como verdaderos principios-guía del marco normativo de la contratación pública, a nivel jurídico, interpretativo y dogmático, toda vez que de conformidad con el TJUE,



entre los principios generales se encuentran los derechos fundamentales de las personas, y estos forman parte de ambos ordenamientos jurídicos, el europeo y el español. Lo que aboca al autor a considerarlos legales, obligatorios, necesarios y, por supuesto, rentables² a corto, medio y largo plazo. Un buen ejemplo de esta necesidad, anticipada por PINTOS hace años, se positiviza con la reciente modificación de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, del País Vasco, cuyo artículo 21, ha sido modificado por Ley 1/2022, de 3 de marzo, de segunda modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres, que contempla la observancia del principio general relativo al deber de incorporar criterios sociales en el ámbito específico de la igualdad de mujeres y hombres.

Sobre la rentabilidad, como la mayor parte de la doctrina, el autor, pese a mantener su justificación en el desarrollo sostenible y económico de los pueblos y Estados, difiere un análisis que esperamos con interés en próximas obras. Y es que, al igual que los beneficios de las cláusulas sociales y medioambientales, los procedentes de los principios de promoción del desarrollo humano y de promoción de la sostenibilidad ambiental, se intuyen, aunque esta percepción sea insuficiente, al menos a priori, para sumarnos a la convicción del artículo

² Véase ALGUACIL MARÍ, M^a Pilar y FELIP TORRENT, Vanesa. «La economía del bien común en la contratación pública». Universitat de València. Cátedra Economía del Bien Común/UV". Págs. 22 y ss. Dicen las autoras, «*que el consumidor, ya sea privado o público, pague por los productos y servicios el precio que tiene producirlas (la negrita es nuestra) en condiciones social, éticas y medioambientalmente favorables para todos los implicados*».



primero de la LCSP 2017, de que su inclusión proporciona una mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos³. Quizá no sea tanto el cuestionamiento

³ Véase DÍEZ SASTRE, S., en «Contratación pública socialmente responsable», VV.AA. Cap. III del libro *Contratación, Competencia y Sostenibilidad: últimas aportaciones desde el derecho administrativo*, directores: GUILLÉN CARAMÉS, J. y HERNANDO RYDINGS, M., Ed. CIVITAS THONSON REUTERS, primera edición 2017, Págs. 263-287; OCHSENIUS ROBINSON, I., «*Qué es necesario recordar de la eficiencia y eficacia en la contratación pública exigida hoy en día. Conceptualización y diferencias*», *Contratación Administrativa Práctica* n. 152, noviembre-diciembre, 2017, pág.3, Editorial Wolters Kluwer; y PALACÍN SÁENZ, B., *A la responsabilidad social por la Contratación Pública*, Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Administrativo, 2022, pág. 112.

Como modulación de esta visión de la rentabilidad, más empírica, aunque no contrapuesta, tengamos en cuenta igualmente que el considerando núm. 93 de la Directiva 2014/24/UE consagra la doctrina del TJUE, especialmente Concordia Bus Finland, sobre la posibilidad de evaluar la rentabilidad no solo desde el punto de vista económico (precio o remuneración de la prestación), sino basándose en otros factores, considerados cualitativos, como la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables, entre las personas asignadas a la ejecución del contrato. A continuación, el considerando núm. 99, establece que las medidas destinadas a favorecer la integración social de estas personas, podrán estar sujetas a criterios de adjudicación o a condiciones de ejecución de un contrato, a condición de que se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo del contrato en cuestión, esto es, vinculadas al objeto del contrato y no a una determinada política de responsabilidad social de la empresa (Considerando núm. 97).



de la inclusión de estos principios en el pórtico de la LCSP, como dice el autor, sino más bien, la aproximación de los mismos hacia otro tipo de rentabilidad, la social, y también medioambiental que, en el campo de la contratación pública, debe justificarse en la memoria de necesidad del contrato, de modo directo, claro y proporcional, como prevé el vigente artículo 116.4. e) de aquélla.

El siguiente Capítulo, el VII, continúa el desarrollo de los principios generales de la contratación pública, fijando especial atención en el principio vertebral de transparencia, aludiendo a las Directivas de contratación y pública y su reflejo en la ley de transposición. Partiendo de la importancia que revisten los principios generales como instrumento idóneo para resolver el caso concreto, dada la inseguridad jurídica procedente de la denominada por el autor *enorme corriente modificadora de las normas*, realiza una interesante clasificación en función de su aceptación. Así, sitúa en primer lugar aquellos principios con un mayor grado de antigüedad y de aceptación pacífica, entre los que se encuentran, los de libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios, la no discriminación y la igualdad de trato, la transparencia, la proporcionalidad, el reconocimiento mutuo, la publicidad y la concurrencia competitiva; en segundo lugar, aquéllos de nacimiento más reciente y de fácil aceptación como el de vigencia tecnológica, y en último lugar los que inician su andadura con pretensiones de generalizarse, tales como los principios de promoción del desarrollo humano y de promoción de la sostenibilidad ambiental. A continuación, en un esforzado ejercicio de exhaustividad, desgrana el principio vertebral de la transparencia en el derecho de la Unión Europea y en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno, lo que le



permite deducir la estrecha relación existente con los principios de igualdad, publicidad, concurrencia, no discriminación y prohibición de la arbitrariedad de la Administración contratante, para conseguir una mayor participación de los licitadores y, por ende, mejorar sus ofertas. En segunda derivada, el principio se transforma en herramienta con la que combatir la corrupción, el fraude o el conflicto de interés.

Es en el Capítulo VIII, donde se recoge la relación directa entre los principios generales de promoción del desarrollo humano y de promoción de la sostenibilidad ambiental con la utilización de aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública, fijando una mirada específica a la igualdad de género. El autor analiza, con gran profusión, el reconocimiento que de ellos hace el TJUE en las sentencias *Beentjes, Comisión/Francia* y *Concordia Bus Finland*, en las que se establece que los criterios que se implanten deben observar todos los principios fundamentales del Derecho de la Unión Europea y, en particular, el principio de no discriminación, estar vinculados al objeto contractual, y estar ligados a las necesidades propias del destino o destinatarios de las prestaciones a contratar; visión limitada de las posibilidades de establecimiento, previstas en el artículo 150.1 del TRLCSP, afortunadamente superada por esa mirada interna, hacia el contrato y sus factores de producción, que contiene el vigente artículo 145.6 de la LCSP, pero que a día de hoy la doctrina vinculante del Derecho aplicado no ha superado de forma pacífica y unánime, sino sólo muy recientemente con puntuales y aislados pronunciamientos que todavía no conforman, ni de lejos, una doctrina consolidada. A continuación, nos remite a la positivización de estos aspectos en la normativa de la Unión Europea y en la española, deteniéndose en el



principio de igualdad de género cuya aplicabilidad demuestra, siempre que se asocie al objeto del contrato. Finaliza el Capítulo con abundantes ejemplos, de amigable interpretación, basados en este principio, que aplica a todas las fases del procedimiento de contratación, ya sea como criterios de admisión, de valoración, o condiciones de ejecución, subrayando a modo de resumen, que los criterios medioambientales y sociales no están reñidos con el carácter marcadamente económico de la contratación pública, al no afectar a la búsqueda del precio más bajo. Aunque, como vengo insistiendo, este sea un aspecto no suficientemente evidenciado por la doctrina, si bien no es referible lo anterior al aspecto concreto del capítulo tratado por cuanto la mencionada no afectación del precio más bajo se concreta por el autor en la posibilidad de uso de esos principios en fases diferenciadas de la adjudicación del contrato.

Sigue el desarrollo de la obra, en su Capítulo IX, con un principio de reciente adopción y alta aceptación, más allá de singulares resistencias al cambio protagonizadas por algunas personas y organizaciones, como señala el autor. Se trata del principio general de vigencia tecnológica, en su doble vertiente, la intrínseca, que afecta a los bienes, servicios o la ejecución de obras en condiciones de calidad y modernidad tecnológicas para cumplir con efectividad los fines que le son propios, durante la ejecución del contrato y, si cabe, durante su período de garantía o mantenimiento; y la formal o normativa, incidiendo en los procedimientos de la contratación pública vinculados a la contratación electrónica, en un exhaustivo despliegue calendarizado de hitos temporales y contenidos, del derecho europeo e interno, que concluye en las nuevas Directivas relativas a la contratación pública. De especial valor son las palabras finales que recoge el Capítulo, sobre los



beneficios, decía entonces el autor, que va a reportar la contratación pública electrónica, tales como la centralización de la información, y la automatización, simplificación, documentación y control de los procedimientos, optimizando la detección de alertas, la eliminación de barreras geográficas y físicas, para conseguir ofertas más competitivas y, por ende, más ventajosas para el órgano de contratación, para el operador económico, que ahorra en logística, papel, archivo, etc., y para el ciudadano beneficiario que ve mejorados sus servicios.

Pero el camino no es sencillo, el autor, constata la no consecución del objetivo de la introducción material del principio, pese a su establecimiento en el TRLCSP que le da cobertura, al conferir el mandato a los entes, organismos y entidades del sector público de velar por la eficiencia y el mantenimiento de los procesos de contratación pública, lo que debe traducirse en agilización de trámites, innovación e incorporación de la alta tecnología. Sin embargo, no pierde el optimismo, *la contratación electrónica ha venido para quedarse*, dice, dada su aportación en la optimización del uso de recursos públicos.

Y llegamos a la conclusión reflexiva. El Capítulo X y último de la obra de PINTOS demanda la inclusión en nuestro derecho positivo, concretamente en la nueva LCSP, de estos principios de promoción del desarrollo humano y de promoción de la sostenibilidad ambiental, haciéndolos depender de las personas que tienen la capacidad de decidir e influir en las normas de contratación pública, apelando a la retórica igualdad con los principios clásicos de eficiencia en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y de control del gasto, dada su imposición por nuestros ordenamientos



jurídicos y la demostración, más deseada que acabada, de que son rentablesⁱ para el conjunto de la sociedad.

Es justo pues reconocer que PINTOS se adelanta en el tiempo a demandar esa igualdad con los principios más económicos, solo bastante más tarde reconocida por el TJUE, en su sentencia de 30 de enero de 2020, asunto C395/2018⁴, en la que el Tribunal interpreta el artículo 18 de la Directiva 2014/24 ("Principios de la contratación"), diciendo que quiso erigir este requisito (se refiere a las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral) en principio, al igual que los demás principios contemplados en el apartado 1 del citado artículo, esto es, los de igualdad de trato, de no discriminación, de transparencia y de proporcionalidad, o de prohibición de restringir artificialmente la competencia⁵. Adelanto temporal igualmente predicable de la positivización del principio general de la igualdad entre hombres y mujeres, demandada por el autor en su obra.

⁴ Así lo había destacado y reconocido ya con anterioridad también MORENO MOLINA, J., "Principios Generales de la planificación y racionalización de la compra pública", en AAVV AA.VV. (dir. PINTOS SANTIAGO, J.), *Planificación y racionalización de la compra pública*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, Pag. 95, nota al pie nº 37.

⁵ Véase MORENO MOLINA, José Antonio, "Criterios sociales de adjudicación en el marco de la contratación pública estratégica y sostenible post-COVID 19", *Revista española de Derecho Administrativo num.210/2021*, Editorial Civitas, SA.: "De ello se deduce para el TJUE que los requisitos sociales y ambientales constituyen, en la configuración general de la Directiva sobre contratación pública, un valor cardinal por cuyo respeto deben velar los Estados miembros en virtud del propio tenor literal del artículo 18, apartado 2, de la misma norma."



En resumen, excelente texto el de PINTOS, muy útil, especialmente para estudiosos, gestores públicos y empresas que ponen el foco en la perspectiva social y medioambiental de la compra pública, porque al margen del elenco de ejemplos, ya conocidos, integrados habitualmente en los pliegos a través de todas las fases del procedimiento, nos explica y justifica su contexto y origen productivo, lo que a la postre cumple la importante tarea, de ir más allá, como si de una responsabilidad social se tratara, cuando la norma no se adecúa a las necesidades reales de los operadores, jurídico y económico.



**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@iccm.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 Verdana⁶. El cuerpo del texto principal

⁶ 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 discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.



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.

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 notal al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

A) *Tercer nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

a) *Cuarto nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

ⁱ Véase ALGUACIL MARÍ, M^a Pilar y FELIP TORRENT, Vanesa. «La economía del bien común en la contratación pública». Universitat de València. Cátedra Economía del Bien Común/UV". Págs. 22 y ss. Dicen las autoras, «*que el consumidor, ya sea privado o público, pague por los productos y servicios el precio que tiene producirlas (la negrita es nuestra) en condiciones social, éticas y medioambientalmente favorables para todos los implicados*».