

Nº 42
Segundo trimestre 2025

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

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



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 42

Junio 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Número 42. Junio 2025

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^a. Antonia Gómez Díaz-Romo

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

D. Roberto Mayor Gómez

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

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 Beviá



Facultad de Derecho de la UNED. Prof. Derecho
Procesal

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

Doctor en Derecho. Investigador colaborador del
Centro de Investigación para la Gobernanza Global
(CIGG) de la Universidad de Salamanca (USAL) y técnico
superior de administración general de la Comunidad de
Madrid.

D. Javier Mendoza Jiménez

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



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción	11
-------------------------------	----

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

ANÁLISIS DEL REGLAMENTO EUROPEO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL (AIA) D ^a Esther Molina Castañer	15
---	----

EL RECURSO DE CASACIÓN AUTONÓMICO ANTE EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO D ^a María Belén Robleño Mariano	61
---	----

LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS D ^a Almudena Monge González	159
--	-----

EL CARÁCTER PRECEPTIVO DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA D ^a M ^a Teresa Ortega-Villaizan Santiago.....	217
--	-----



DICTAMEN JURÍDICO-CIVIL SOBRE NULIDAD DE
ESCRITURA DE RECONOCIMIENTO DE DEUDA
OTORGADA EN VIRTUD DE PODER DE RUINA

D. Miriam Carralero Valera261

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

VIOLENCIA ECONÓMICA: UNA DIMENSIÓN
INVISIBILIZADA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

D^a. Paloma Cascales Bernabeu.....345

RECENSIÓN

TECNOCRACIA Y BUEN GOBIERNO», UN MANUAL DE
GOBIERNO

D. José Joaquín Jiménez Vacas.....369

BASES DE PUBLICACIÓN378



EDITORIAL

En el número 42 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cinco artículos doctrinales todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D^a. Esther Molina Castañer con el artículo que lleva por título "Análisis del reglamento europeo de inteligencia artificial (AIA)."

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D^a. María Belén Robleño Mariano, con el artículo que lleva por título "El recurso de casación autonómico ante el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo". La autora pone de manifiesto que urge una regulación del recurso de casación autonómico que sea completa y garantice la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho autonómico, esto es, la función del propio recurso.

A continuación, D^a Almudena Monge González analiza con brillantez la incorporación de la perspectiva de género en los contratos públicos como herramienta esencial para lograr una compra pública responsable.

D^a M^a Teresa Ortega-Villaizán Santiago aborda bajo el título "El carácter preceptivo de las cláusulas sociales en



la contratación pública” un interesante trabajo sobre la transversalidad de las cláusulas sociales, en particular las de carácter laboral y cómo pueden introducirse en las distintas fases de la contratación, desde la preparación del contrato hasta su ejecución.

A continuación, D^a. Miriam Carralero Valera en el “Dictamen jurídico-civil sobre nulidad de escritura de reconocimiento de deuda otorgada en virtud de poder de ruina” explica las actuaciones seguidas por el letrado en un procedimiento civil, en un caso de un poder otorgado por una hija a su padre que lo utiliza para autocontratar en perjuicio de ella.

Dentro de la sección Reseña de Jurisprudencia, D^a Paloma Cascales Bernabeu trata bajo el título “Violencia económica: una dimensión invisibilizada de la violencia de género. Análisis jurisprudencial”, el fenómeno de la violencia económica desde una perspectiva jurídico-práctica, con especial atención al artículo 227 del Código Penal y a la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo.

Por último, la Revista se cierra con la Recensión de D. José Joaquín Jiménez Vacas sobre la obra «Tecnocracia y Buen Gobierno», un manual de gobierno, que hará las delicias de los autores.

El Consejo de Redacción



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

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



ANÁLISIS DEL REGLAMENTO EUROPEO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL (AIA)

D^a Esther Molina Castañer

Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado Mixto número 1 de LLiria, prestando servicios en la actualidad en comisión de servicios en los Juzgados Penales 5 y 13 de Valencia en funciones de refuerzo.

Resumen: En este artículo se revisa la regulación europea de la IA a través del Reglamento aprobado el 21 de mayo de 2024. Se hace referencia a los trabajos previos a su aprobación, la entrada en vigor del mismo y los aspectos relevantes que se regulan, como las actividades que comprende el Reglamento según el riesgo que implica para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales; la exclusión de la IA generativa al no considerarla de alto riesgo, la exclusión de la identificación biométrica como regla general, las autoridades encargadas del control de la aplicación o las sanciones que conlleva el incumplimiento de las mismas.

Abstract: This article reviews the European regulation of AI through the Regulation approved on May 21, 2024. Reference is made to the work prior to its approval, its entry into force and the relevant aspects that are



regulated, such as activities covered by the Regulation according to the risk they imply for health, safety and fundamental rights; the exclusion of generative AI as it is not considered high risk, the exclusion of biometric identification as a general rule, the authorities in charge of controlling the application or the sanctions that non-compliance entails.

Palabras clave: Identificación biométrica, autenticación biométrica, categorización biométrica, IA generativa, ChatGPT, proveedor, ciberseguridad.

Keywords: Biometric identification, biometric authentication, biometric categorization, generative AI, ChatGPT, provider, cybersecurity.

Sumario:

1.- Revisión de los trabajos previos a la aprobación del AIA. 1-1.- Fase inicial. 1.2. Fase de negociaciones sobre la Ley de Inteligencia Artificial y primeras propuestas y proyectos. 1.3. Fase de votación y acuerdos. 1.4. Publicación, despliegue y entrada en vigor. 2.- Estructura del Reglamento. 3.-Ámbito de aplicación. 4.- Ciberseguridad. 5.- Elemento subjetivo. 6.- Responsabilidad y sanciones. 7.- Regulación de la IA a nivel mundial. 8.-Conclusiones

1.- Revisión de los trabajos previos a la aprobación del AIA.



1-1.- Fase inicial.

Desde abril de 2021 la intención de la UE ha sido la de unificar en un texto una regulación armonizada que pretenda fijar las líneas a seguir en relación con la IA. Como indica MORENO CATENA “es claro que la Inteligencia Artificial debe regularse”.¹

Existen otros grandes hitos que sirvieron de germen a la necesidad de regulación como la Convención de Budapest de 23 de noviembre de 2001² que pretende proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia o el Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial de 19 de febrero de 2020, que analiza las implicaciones éticas y humanas de la IA. Especialmente relevante es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la «Carta»), en particular la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA en la Unión, así como brindar apoyo a la innovación. El uso de la IA debe dar confianza y ser fiable.

¹ MORENO CATENA, VICTOR, “Los datos en el sistema de justicia y la propuesta del Reglamento UE sobre Inteligencia Artificial en Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la Era Digital” *Edit. Thomson and Reuters-Aranzadi*, 2021.

² El Convenio fue ratificado por España el 3 de junio de 2010 y publicado en el BOE el día 17 de septiembre de 2009, si bien no entró en vigor hasta el día 1 de octubre de 2009.



El 21 de abril de 2021 la Comisión publicó una propuesta para regular la inteligencia artificial en la Unión Europea. Tres meses después, el 20 de julio la Presidencia eslovena del Consejo de la Unión Europea organizó una conferencia virtual sobre la regulación de la inteligencia artificial, la ética y los derechos fundamentales. El 6 de agosto de 2021 se publicó un estudio³ que analizaba el uso de técnicas biométricas desde una perspectiva ética y jurídica y que fue encargado por el Departamento de Política de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo y se abrió el periodo de consulta pública sobre la Ley de AI por parte de la Comisión Europea recibiendo la Comisión⁴ 304 propuestas. Después de verano diversas instituciones y organismos de la UE sin poder legislativo emitieron dictámenes en

³ Este estudio, encargado por el Departamento Temático del Parlamento Europeo para Derechos de Ciudadanía y Asuntos Constitucionales a petición de la JURI y PETI Comités, analiza el uso de técnicas biométricas desde un punto de vista ético y legal perspectiva. Las técnicas biométricas plantean una serie de cuestiones éticas específicas, como un individuo no puede cambiar fácilmente las características biométricas y como estas técnicas tienden a inmiscuirse en el cuerpo humano y, en última instancia, en el yo humano. Más los problemas se asocian más generalmente con la vigilancia a gran escala, algorítmica, toma de decisiones o elaboración de perfiles. El estudio analiza diferentes tipos de biometría técnicas y extrae conclusiones para la legislación de la UE.

⁴ Comisión Europea coordina los esfuerzos de normalización para el AIA, es responsable del proyecto de solicitud de normalización, la propuesta, los anexos y las evaluaciones de impacto ofrecen información sobre el marco regulador y sus posibles repercusiones en diversos sectores de la UE.



los que aportaban su experiencia y conocimientos al AIA, tales el Banco Central Europeo (BCE)⁵, el Comité de las Regiones (CDR)⁶, el Comité Económico y Social Europeo (CESE)⁷ y el Consejo Europeo de Protección de Datos y el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) ofreciendo análisis sobre las implicaciones normativas y sociales del AIA. Posteriormente, el 29 de noviembre de 2021 la Presidencia rotatoria del Consejo de la UE compartió un primer texto de compromiso sobre el proyecto de la Ley de IA con cambios en los ámbitos de la puntuación social, los sistemas de reconocimiento biométrico y las aplicaciones de alto riesgo.

1.2. Fase de negociaciones sobre la Ley de Inteligencia Artificial y primeras propuestas y proyectos.

El 1 de diciembre de 2021 las comisiones de Mercado Interior y Libertades Civiles del Parlamento Europeo dirigen conjuntamente las negociaciones sobre la Ley de la AI. El 25 de enero de 2022 las principales comisiones del Parlamento Europeo, la de Mercado Interior y la de Libertades Civiles, mantuvieron un primer intercambio de puntos de vista conjunto sobre la propuesta de Ley de AI. Solo unos días después, el 2 de febrero de la Comisión Europea presentó una nueva estrategia de normalización en la que expone su enfoque de las normas en el mercado único y a escala mundial. Las normas son la base del mercado único de la UE y de la

⁵ DO C 115 de 11.3.2022, p. 5.

⁶ DO C 97 de 28.2.2022, p. 60.

⁷ DO C 517 de 22.12.2021, p. 56.



competitividad mundial. Un día después la Presidencia francesa del Consejo difundió un texto de compromiso de los artículos 16 a 29 de la propuesta de Ley sobre la IA, relativos a las obligaciones de los usuarios y proveedores de sistemas de alto riesgo. Posteriormente, la Presidencia francesa difundió otro texto transaccional de los artículos 40-52, que se refieren a las normas armonizadas, las evaluaciones de conformidad y las obligaciones de transparencia para determinados sistemas de IA. Un mes después la Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI) del Parlamento Europeo publicó sus enmiendas a la Ley de IA. La Comisión de Industria, Investigación y Energía (ITRE) del Parlamento Europeo publicó su proyecto de opinión sobre la Ley de IA un día después. Un mes después la Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI) del Parlamento Europeo publicaron sus enmiendas a la Ley de IA. La Comisión de Industria, Investigación y Energía (ITRE) del Parlamento Europeo publicó su proyecto de opinión sobre la Ley de IA un día después. El 20 de abril de 2022 Brando Benifei y Dragoş Tudorache, publicaron su proyecto de informe. Solo un mes después, el 13 de mayo de 2022 la Presidencia francesa del Consejo publicó el texto sobre el artículo 4 bis⁸. Hasta el 1 de junio de 2022 cada grupo político del Parlamento Europeo podía presentar enmiendas a la Ley de AI, presentándose miles de ellas. El 15 de junio de 2022 la Presidencia francesa del Consejo de la UE

⁸ El artículo 4 bis propone regular los sistemas de IA de propósito general, que son sistemas de IA capaces de realizar una amplia gama de tareas, como tratar de comprender imágenes y voz, generar audio y vídeos, detectar patrones, responder preguntas y traducir textos.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

difundió su texto de compromiso final antes de que la República Checa asumiera la Presidencia.

Dos días después la Presidencia checa del Consejo de la UE compartió un documento de con otros gobiernos de la UE, en el que se enumeran las principales prioridades de la Ley de AI para ellos. Después de verano, la Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI) del Parlamento Europeo aprobó su dictamen sobre la Ley de AI como última comisión del Parlamento. El día 28 de septiembre la Comisión Europea propuso una armonización específica de las normas nacionales de responsabilidad por IA, con el objetivo de complementar la Ley de IA facilitando las reclamaciones de responsabilidad civil por daños y perjuicios. La última actuación de ese año se llevó a cabo el día 6 de diciembre cuando el Consejo de la UE adoptó su posición común ("orientación general") sobre la Ley de AI

1.3. Fase de votación y acuerdos.

En el año 2023 se realizaron dos actuaciones muy relevantes, la primera el 14 de junio, fecha en la que el Parlamento Europeo adopta suposición negociadora sobre el Acta AI, con 499 votos a favor, 28 en contra y 93 abstenciones y el 9 de diciembre, cuando el Parlamento y el Consejo alcanzan un acuerdo provisional sobre la Ley de AI. Fue ya en el año 2024, en concreto el día 13 de febrero cuando los Comités de Mercado Interior y Libertades Civiles votaron 71-8 (7 abstenciones) para aprobar el resultado de las negociaciones con los Estados miembros sobre la Ley de



AI⁹. Ocho días después se crea la Comisión la Oficina Europea de Inteligencia Artificial, dependiente de la Dirección General de Redes de Comunicación, Contenidos y Tecnología, para apoyar la aplicación de la Ley de Inteligencia Artificial, especialmente para la IA de propósito general. El día 21 de mayo de 2024 el Consejo Europeo adopta formalmente la Ley de AI de la UE.

1.4. Publicación, despliegue y entrada en vigor.

Entre los meses de junio y julio de 2024 la Ley de IA se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea, sirviendo dicha publicación como notificación formal de la nueva ley.

La Ley de IA "entrará en vigor" 20 días después de su publicación en el Diario Oficial. A partir de esta fecha, se sucederán los siguientes hitos según el art. 113:

- **6 meses después** - Se aplicarán el Capítulo I y II (prohibiciones sobre IA de riesgo inaceptable).
- **12 meses después** - Se aplicarán el Capítulo III, sección 4 (autoridades de notificación), Capítulo V (modelos de IA de propósito general), Capítulo VII (gobernanza), Capítulo XII (confidencialidad y sanciones) y el artículo 78 (confidencialidad), a excepción del

⁹ Los 27 Estados miembros de la UE han respaldado unánimemente la Ley de AI, afirmando el acuerdo político alcanzado en diciembre.



artículo 101 (multas para los proveedores de IGPC).

- **24 meses después** - Se aplicará el resto de la Ley de IA, excepto;
- **36 meses después** - Se aplicarán el apartado 1 del artículo 6 y las obligaciones correspondientes del presente Reglamento. Los Códigos de buenas prácticas deben estar listos 9 meses después de su entrada en vigor, según el artículo 56.

2.- Estructura del Reglamento.

El Reglamento consta de doce títulos, 113 artículos, así como 13 anexos.

Título I: Disposiciones generales (art.1) En el título I se define el objeto del Reglamento y el ámbito de aplicación de las nuevas normas que abarcan la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de IA. Además, se establecen las definiciones utilizadas en todo el instrumento.

Título II: Prácticas prohibidas (art.5) En el título II se establece una lista de IA prohibidas. El Reglamento sigue un enfoque basado en los riesgos que distingue entre los usos de la IA que generan i) un riesgo inaceptable, ii) un riesgo alto, y iii) un riesgo bajo o mínimo. La lista de prácticas prohibidas que figura en el título II abarca todos los sistemas de IA cuyo uso se considera



inaceptable por ser contrario a los valores de la Unión, por ejemplo, porque violan derechos fundamentales.

Título III: Sistemas de alto riesgo (art.6) El título III contiene normas específicas para aquellos sistemas de IA que acarreen un alto riesgo para la salud y la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas. En el capítulo 1 del título III se establecen las normas de clasificación y se definen las dos categorías principales de sistemas de IA de alto riesgo:

·los sistemas de IA diseñados para utilizarse como componentes de seguridad de productos sujetos a una evaluación de la conformidad ex ante realizada por terceros; y otros sistemas de IA independientes con implicaciones relacionadas principalmente con los derechos fundamentales, los cuales se indican explícitamente en el anexo III.

1. Clasificación (art.6)

2. Requisitos (art.8) Gestión de riesgos (art.9) Datos y su gobernanza (art.10) Documentación técnica (art.11) Registros de operación (art.12) Transparencia (art.13) Supervisión (art.14) Precisión, robustez y ciberseguridad (art.15)

3. Obligaciones de proveedores, usuarios y otros (art.16)

4. Autoridades notificantes y entidades notificadas (art.30)

5. Normas y conformidad (art. 40)



Título IV: Obligaciones de transparencia (art.52) El título IV se centra en determinados sistemas de IA para tener en cuenta los riesgos específicos de manipulación que conllevan. Se aplicarán obligaciones de transparencia a los sistemas que i) interactúen con seres humanos, ii) se utilicen para detectar emociones o determinar la asociación a categorías (sociales) concretas a partir de datos biométricos, o iii) generen o manipulen contenido (ultrafalsificaciones).

Título V: Medidas para fomentar la innovación (art.53) El título V contribuye al objetivo de crear un marco jurídico que favorezca la innovación, resista el paso del tiempo y sea resiliente a las perturbaciones.

Título VI: Gobernanza (art.56) En el título VI se establecen los sistemas de gobernanza nacionales y a escala de la Unión. En la Unión, la propuesta establece un Comité Europeo de Inteligencia Artificial («el Comité»), integrado por representantes de los Estados miembros y la Comisión.

- Consejo Europeo de IA
- Directrices de la Comisión
- Autoridades nacionales

Título VII: Base de datos europea de sistemas de alto riesgo (art.60) El título VII tiene por objeto facilitar la labor de seguimiento de la Comisión y las autoridades nacionales mediante el establecimiento de una base de



datos para toda la UE donde figuren los sistemas de IA de alto riesgo independientes con implicaciones principalmente para los derechos fundamentales.

Título VIII: Monitorización post-comercialización (art.61-68) En el título VIII se definen las obligaciones de seguimiento y presentación de información que deben cumplir los proveedores de sistemas de IA en relación con el seguimiento posterior a la comercialización y la comunicación e investigación de incidentes y defectos de funcionamientos relacionados con la IA. Las autoridades de vigilancia del mercado controlarían también el mercado e investigarían el cumplimiento de las obligaciones y los requisitos aplicables a todos los sistemas de IA de alto riesgo que ya se han introducido en el mercado

Título IX: Códigos de conducta (art.69) El título IX crea un marco para la elaboración de códigos de conducta, cuyo objetivo es fomentar que los proveedores de sistemas de IA que no son de alto riesgo cumplan de manera voluntaria los requisitos que son obligatorios para los sistemas de IA de alto riesgo

Título X: Confidencialidad (art.70) El título X hace hincapié en la obligación de todas las partes de respetar la confidencialidad de la información y los datos, y establece normas para el intercambio de la información que se obtenga durante la aplicación del Reglamento.

Título XI: Delegación de poderes y procedimientos del comité (art.73) En el título XI se establecen las normas para el ejercicio de las competencias de delegación y de ejecución. Se remite a los anexos I a VII.



Título XII: Disposiciones finales (art.75-113) En el título XII se recoge la obligación de la Comisión de evaluar regularmente la necesidad de actualizar el anexo III y preparar informes periódicos sobre la evaluación y el examen del Reglamento. Asimismo, establece las disposiciones finales, entre ellas un período transitorio.

3.-Ámbito de aplicación.

Es interesante recordar el objeto del presente Reglamento definido en el art. 1: “El objetivo del presente Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior y promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales, en particular la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de inteligencia artificial («sistemas de IA») en la Unión, así como brindar apoyo a la innovación”

La nueva normativa establece obligaciones para proveedores y usuarios en función del nivel de riesgo de la IA. Aunque muchos sistemas de IA plantean un riesgo mínimo, es necesario evaluarlos todos. El art. 6 de Reglamento establece la clasificación de los riesgos y regula los considerados de alto riesgo.

Riesgo inaceptable



Los sistemas de IA de riesgo inaceptable son los que se consideran una amenaza para las personas y serán prohibidos. Incluyen:

- manipulación cognitiva del comportamiento de personas o grupos vulnerables específicos: por ejemplo, juguetes activados por voz que fomentan comportamientos peligrosos en los niños
- puntuación social: clasificación de personas en función de su comportamiento, estatus socioeconómico o características personales
- sistemas de identificación biométrica en tiempo real y a distancia, como el reconocimiento facial.

Aunque existen algunas excepciones a esta calificación. Por ejemplo, los sistemas de identificación biométrica a distancia "a posteriori", en los que la identificación se produce tras un retraso significativo, se permitirán para perseguir delitos graves y sólo cuando haya previa aprobación judicial, no estando autorizada la identificación biométrica remota en tiempo real.

La definición de «datos biométricos» se encuentra en el artículo 4, punto 14, del Reglamento (UE) 2016/679¹⁰ como los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una

¹⁰ REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos.

También se definen en el artículo 3, punto 18, del Reglamento (UE) 2018/1725, y en el artículo 3, punto 13, de la Directiva (UE) 2016/680¹¹ con la misma definición.

Es especialmente reseñable a nivel nacional el caso de Mercadona donde instaló, en junio de 2020, como parte de un proyecto piloto, un sistema de identificación mediante reconocimiento facial en cuarenta de sus establecimientos, es decir un sistema biométrico de identificación en tiempo real. El objetivo era reconocer si la persona identificada era alguna de las personas que tenía vigente una sentencia o una orden de alejamiento de Mercadona o sus trabajadores¹². Dicha actuación fue

¹¹ DIRECTIVA (UE) 2016/680 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

¹²<https://facua.org/noticias/mercadona-paga-una-multa-de-25-millones-por-el-sistema-de-reconocimiento-facial-denunciado-por-facua/>.



condenada y se confirmó por la AAP Barcelona en auto 72/2021, 15 de Febrero de 2021¹³.

El Informe 36/2020, la AEPD diferencia entre identificación biométrica y autenticación o verificación biométrica.

"En lo que se refiere al reconocimiento facial, por «identificación» se entiende que la plantilla de la imagen facial de una persona se compara con otras muchas plantillas almacenadas en una base de datos para averiguar si su imagen está almacenada en ella. La «autenticación» (o «verificación»), por su parte, se refiere habitualmente a la búsqueda de correspondencias entre dos plantillas concretas. Permite la comparación de dos plantillas biométricas que, en principio, se supone que pertenecen a la misma persona; así, las dos plantillas se comparan para determinar si la persona de las dos imágenes es la misma."

La AEPD concluía que:

"Atendiendo a la citada distinción, puede interpretarse que, de acuerdo con el artículo 4 del RGPD, el concepto de dato biométrico incluiría ambos supuestos, tanto la identificación como la verificación/autenticación. Sin embargo, y con carácter general, los datos biométricos únicamente tendrán la consideración de categoría especial de datos en los supuestos en que se sometan a tratamiento técnico dirigido a la identificación biométrica

¹³ Roj: SAP B 2184/2021 - ECLI:ES:APB:2021:2184



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

(uno-a-varios) y no en el caso de verificación/autenticación biométrica (uno-a-uno)."

El Reglamento europeo aclara en los Considerandos 14 a 17 que se excluye los sistemas de IA destinados a la verificación biométrica, que comprende la autenticación, cuyo único propósito es confirmar que una persona física concreta es la persona que dice ser, así como la identidad de una persona física con la finalidad exclusiva de que tenga acceso a un servicio, desbloquee un dispositivo o tenga acceso de seguridad a un local¹⁴; en

¹⁴Por el contraposición a espacio cerrado se considera espacio de acceso público según el Considerando 19 «espacio de acceso público» se refiere a cualquier lugar físico al que pueda acceder un número indeterminado de personas físicas y con independencia de si es de propiedad privada o pública y de la actividad para la que pueda utilizarse el lugar, ya sean actividades comerciales (por ejemplo, tiendas, restaurantes, cafeterías), de prestación de servicios (por ejemplo, bancos, actividades profesionales, hostelería), deportivas (por ejemplo, piscinas, gimnasios, estadios), de transporte (por ejemplo, estaciones de autobús, metro y ferrocarril, aeropuertos, medios de transporte), de entretenimiento (por ejemplo, cines, teatros, museos, salas de conciertos, salas de conferencias), de ocio o de otro tipo (por ejemplo, vías y plazas públicas, parques, bosques, parques infantiles). Asimismo, debe considerarse que un lugar es de acceso público si, con independencia de posibles restricciones de capacidad o de seguridad, el acceso está sujeto a determinadas condiciones previamente definidas que puede satisfacer un número indeterminado de personas, como la adquisición de una entrada o un título de transporte, el registro previo o tener una determinada edad. Por el contrario, un lugar no debe considerarse de acceso público si únicamente



cambio sí que ampara y reconoce la identificación biométrica, a fin de determinar la identidad de una persona comparando sus datos biométricos con los datos biométricos de personas almacenados en una base de datos de referencia, independientemente de que la persona haya dado o no su consentimiento.

En cuanto a la «categorización biométrica» a que hace referencia el Reglamento, se define como la inclusión de personas físicas en categorías específicas en función de sus datos biométricos. No se incluyen los sistemas de categorización biométrica que sean una característica

pueden acceder a él determinadas personas físicas definidas, ya sea en virtud del Derecho de la Unión o del Derecho nacional directamente relacionado con la seguridad pública o en virtud de una clara manifestación de voluntad de la persona que ejerza la autoridad pertinente en dicho lugar. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona SAP B 8002/2020 - ECLI:ES:APB:2020:8002 que reproduce la línea ya asentada por la SAP de Madrid, Sección 15ª, de fecha 03/05/2020 que ampara la captación de imágenes por los agentes policiales actuantes en el seno de una investigación policial, pese a tratarse de un espacio cerrado de titularidad privada pero público en cuanto a su uso, aunque de acceso restringido y sin que en el mismo, por su naturaleza se desarrollen actos que afecten al núcleo duro del derecho fundamental a la intimidad personal concernido, sin que dicha autorización judicial esté prevista en la transcrita norma ad hoc, al no presumirse que en dicho espacio se sugiera que en el mismo se puedan realizarse actos de desarrollo de vida privada en el sentido de la protección personal que se le dispensa a la inviolabilidad domiciliaria o en menor espectro que la jurisprudencia del TS o TC ha otorgado a la autorización judicial para la injerencia en el derecho fundamental a la intimidad personal por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.



meramente accesoria intrínsecamente vinculada a otro servicio comercial, lo que significa que la característica no puede utilizarse, por razones técnicas objetivas, sin el servicio principal y que la integración de dicha característica o funcionalidad no es un medio para eludir la aplicabilidad de las normas del presente Reglamento. La categorización biométrica puede contribuir a la discriminación y vulnerar derechos fundamentales, por ello como establece el Considerando 30 deben prohibirse los sistemas de categorización biométrica basados en datos biométricos de las personas físicas, como la cara o las impresiones dactilares de una persona física, para deducir o inferir las opiniones políticas, la afiliación sindical, las convicciones religiosas o filosóficas, la raza, la vida sexual o la orientación sexual de una persona física. Dicha prohibición no debe aplicarse al etiquetado, al filtrado ni a la categorización lícitos de conjuntos de datos biométricos adquiridos de conformidad con el Derecho nacional o de la Unión en función de datos biométricos, como la clasificación de imágenes en función del color del pelo o del color de ojos, que pueden utilizarse, por ejemplo, en el ámbito de la aplicación de la ley¹⁵.

Alto riesgo

¹⁵ El artículo 9, apartado 1, del Reglamento (UE) 2016/679 y el artículo 10, apartado 1, del Reglamento (UE) 2018/1725 prohíben el tratamiento de datos biométricos con fines distintos de la aplicación de la ley, con las excepciones limitadas previstas en dichos artículos.



Los sistemas de IA que afecten negativamente a la seguridad o a los derechos fundamentales¹⁶ se considerarán de alto riesgo y se dividirán en dos categorías.

1. Los sistemas de IA que se utilicen en productos sujetos a la legislación de la UE sobre la seguridad de los productos¹⁷. Esto incluye juguetes, aviación, automóviles, dispositivos médicos y ascensores.
2. Los sistemas de IA pertenecientes a ocho ámbitos específicos que deberán registrarse en una base de datos de la UE:
 - identificación biométrica y categorización de personas físicas

¹⁶ Los derechos fundamentales que pueden estar en riesgo según el Considerando 48 del Reglamento Europeo de IA son el derecho a la dignidad humana, el respeto de la vida privada y familiar, la protección de datos de carácter personal, la libertad de expresión y de información, la libertad de reunión y de asociación, la no discriminación, el derecho a la educación, la protección de los consumidores, los derechos de los trabajadores, los derechos de las personas discapacitadas, la igualdad entre hombres y mujeres, los derechos de propiedad intelectual, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, los derechos de la defensa y la presunción de inocencia, y el derecho a una buena administración.

¹⁷ La «Guía azul» sobre la aplicación de la normativa europea relativa a los productos, de 2022» establece que la norma general es que la legislación de armonización de la Unión puede ser aplicable a un producto, ya que la comercialización o la puesta en servicio solamente puede producirse cuando el producto cumple toda la legislación de armonización de la Unión aplicable.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- gestión y explotación de infraestructuras críticas
- educación y formación profesional
- empleo, gestión de trabajadores y acceso al autoempleo
- acceso y disfrute de servicios privados esenciales y servicios y prestaciones públicas
- aplicación de la ley
- gestión de la migración, el asilo y el control de fronteras
- asistencia en la interpretación jurídica y aplicación de la ley¹⁸.

Todos los sistemas de IA de alto riesgo serán evaluados antes de su comercialización y a lo largo de su ciclo de vida. Los ciudadanos y las ciudadanas tendrán derecho a presentar reclamaciones sobre los sistemas de IA a autoridades nacionales específicas.

Establece el considerando 22 del Reglamento que para evitar la elusión del mismo y garantizar la protección efectiva de las personas físicas ubicadas en la Unión, el

¹⁸ También deben considerarse de alto riesgo los sistemas de IA destinados a ser utilizados por los organismos de resolución alternativa de litigios con esos fines, cuando los resultados de los procedimientos de resolución alternativa de litigios surtan efectos jurídicos para las partes. La utilización de herramientas de IA puede apoyar el poder de decisión de los jueces o la independencia judicial, pero no debe sustituirlas: la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad humana.



presente Reglamento también debe aplicarse a los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA establecidos en un tercer país, en la medida en que se pretenda que la información de salida generada por dichos sistemas se utilice en la Unión.

Requisitos de transparencia

La IA generativa¹⁹, como ChatGPT²⁰, no se considera de alto riesgo, pero tendrá que cumplir requisitos de transparencia²¹ y con la legislación de la UE en materia de derechos de autor:

¹⁹ El debate parlamentario sobre la IA generativa fue uno de los motivos en la demora de la aprobación del Reglamento Europeo de IA.

<https://www.elperiodico.com/es/internacional/20240313/eur-opa-parlamento-europeo-aprueba-ley-inteligencia-artificial-regulacion-ia-chatgpt-bruselas-union-europea-99388849>

²⁰ ChatGPT (acrónimo del inglés *Chat Generative Pre-Trained Transformer*) es una aplicación de chatbot de inteligencia artificial desarrollado en 2022 por OpenAI que se especializa en el diálogo. El *chatbot* es un modelo de lenguaje ajustado con técnicas de aprendizaje tanto supervisadas como de refuerzo. Está compuesto por los modelos GPT-4 y GPT-3.5 de OpenAI.

²¹ Son muchas las garantías que se exigen en esta actividad por las implicaciones que conlleva. Para garantizar la detección y corrección de los sesgos asociados a los sistemas de IA de alto riesgo, con sujeción a las garantías adecuadas para los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y tras la aplicación de todas las condiciones aplicables establecidas en el presente Reglamento, además de las



- revelar que el contenido ha sido generado por IA
- diseñar el modelo para evitar que genere contenidos ilegales
- publicar resúmenes de los datos protegidos por derechos de autor utilizados para el entrenamiento

Los modelos de IA de uso general que cuenten con un alto impacto y que pudieran plantear un riesgo sistémico, como el modelo de IA más avanzado GPT-4, tendrán que someterse a evaluaciones exhaustivas e informar a la Comisión de cualquier incidente grave.

El contenido que haya sido generado o modificado con la ayuda de la IA, como imágenes, audio o vídeos (por ejemplo, las «ultrafalsificaciones»), tendrá que etiquetarse claramente como tal.

Riesgo mínimo o nulo

Esta categoría abarca la mayoría de las aplicaciones de IA utilizados actualmente en la Unión Europea como pueden ser los algoritmos de recomendación, videojuegos habilitados para IA o filtros de spam. Se respalda el uso libre de la inteligencia artificial de riesgo

condiciones establecidas en los Reglamentos (UE) 2016/679 y (UE) 2018/1725 y la Directiva (UE) 2016/680— ser capaces de tratar también categorías especiales de datos personales, como cuestión de interés público esencial en el sentido del artículo 9, apartado 2, letra g), del Reglamento (UE) 2016/679 y del artículo 10, apartado 2, letra g), del Reglamento (UE) 2018/1725



mínimo. En este contexto, se reconoce que estos sistemas no presentan riesgos significativos para la salud, seguridad o derechos fundamentales de las personas físicas.

La inclusión de las categorías de riesgo limitado y mínimo refleja la normativa mantiene una evaluación equilibrada y proporcionada del impacto de la IA como principio general, permitiendo la innovación y el desarrollo tecnológico sin imponer restricciones innecesarias.

4.- Ciberseguridad.

El control humano de la IA es esencial, no se puede dejar todo al algoritmo y en todo caso el Reglamento IA regula la posibilidad de los sistemas de IA de alto riesgo incluyan mecanismos orienten e informen a las personas físicas a las que se haya asignado la supervisión humana para que tomen decisiones con conocimiento de causa acerca de si intervenir, cuándo hacerlo y de qué manera, a fin de evitar consecuencias negativas o riesgos, o de detener el sistema si no funciona según lo previsto²².

²² Según el Considerando 75 la solidez técnica es un requisito clave para los sistemas de IA de alto riesgo, que deben ser resilientes en relación con los comportamientos perjudiciales o indeseables por otros motivos que puedan derivarse de limitaciones en los sistemas o del entorno en el que estos funcionan (p. ej., errores, fallos, incoherencias o situaciones inesperadas). Por consiguiente, deben adoptarse medidas técnicas y organizativas para garantizar la solidez de los sistemas de IA de alto riesgo, por ejemplo, mediante el diseño y desarrollo de soluciones técnicas adecuadas para prevenir o



La ciberseguridad²³ es fundamental para garantizar que los sistemas de IA resistan a las actuaciones de terceros maliciosos que, aprovechando las vulnerabilidades del sistema, traten de alterar su uso, comportamiento o funcionamiento o de poner en peligro sus propiedades de seguridad. Pueden ser objetivo de los ataques las vulnerabilidades de los activos digitales del sistema de IA o la infraestructura de TIC, por ello deben crearse y practicarse controles de seguridad. Los riesgos para la ciberresiliencia de un sistema de IA por lo que respecta a los intentos de terceros no autorizados de alterar su uso, comportamiento o funcionamiento, incluidas las vulnerabilidades específicas de la IA, como el

minimizar ese comportamiento perjudicial o indeseable. Estas soluciones técnicas pueden incluir, por ejemplo, mecanismos que permitan al sistema interrumpir de forma segura su funcionamiento (planes de prevención contra fallos) en presencia de determinadas anomalías o cuando el funcionamiento tenga lugar fuera de determinados límites predeterminados.

²³La protección en materia de ciberseguridad relacionada con los riesgos sistémicos asociados al uso malintencionado o a los ataques debe tener debidamente en cuenta las fugas accidentales de modelos, las divulgaciones no autorizadas, la elusión de las medidas de seguridad y la defensa contra los ciberataques, el acceso no autorizado o el robo de modelos. Esta protección podría facilitarse asegurando los pesos, los algoritmos, los servidores y los conjuntos de datos del modelo, por ejemplo, mediante medidas de seguridad operativa para la seguridad de la información, medidas específicas en materia de ciberseguridad, soluciones técnicas adecuadas y establecidas y controles de acceso cibernéticos y físicos, en función de las circunstancias pertinentes y los riesgos existentes.



envenenamiento de datos o los ataques adversarios, así como, los riesgos para los derechos fundamentales.

Por la experiencia de ENISA²⁴ en materia de política de ciberseguridad y las tareas que se le encomiendan en virtud del Reglamento (UE) 2019/1020, la Comisión debe cooperar con ENISA en las cuestiones relacionadas con la ciberseguridad de los sistemas de IA²⁵.

5.- Elemento subjetivo.

Son diversas las personas que se mencionan en el Reglamento europeo de IA.

El Considerando 84 del Reglamento incluye en la categoría de proveedor²⁶ de sistema de alto riesgo a riesgo a cualquier distribuidor, importador, responsable del despliegue u otro tercero que debe asumir todas las obligaciones pertinentes. Se incluye la responsabilidad de esos sujetos cuando se modifica la finalidad prevista de un sistema de IA partiendo de un sistema de IA de

²⁴ <https://www.enisa.europa.eu/about-enisa/about/es>. Es la Agencia europea de ciberseguridad.

²⁵ El procedimiento de evaluación de la conformidad fundamentado en un control interno que se establece en un anexo VI del presente Reglamento.

²⁶ El art. 3 del Reglamento en su apartado tercero define al «proveedor» como una persona física o jurídica o autoridad, órgano u organismo de otra índole públicos que desarrolle un sistema de IA o un modelo de IA de uso general o para el que se desarrolle un sistema de IA o un modelo de IA de uso general y lo introduzca en el mercado o ponga en servicio el sistema de IA con su propio nombre o marca comercial, previo pago o gratuitamente.



uso general, que ya se haya introducido en el mercado o puesto en servicio y que no esté clasificado como sistema de alto riesgo y posteriormente pase a ser un sistema de IA de alto riesgo de conformidad con el Reglamento.

A su vez, el fabricante del producto debe cumplir las obligaciones que el presente Reglamento impone al proveedor y, en particular, debe garantizar que el sistema de IA integrado en el producto final cumpla los requisitos del presente Reglamento según el Considerando 87.

A los terceros²⁷ que ponen a disposición del público herramientas, servicios, procesos o componentes de IA que no sean modelos de IA de uso general no se les debe imponer la obligación de cumplir los requisitos relativos a las responsabilidades a lo largo de la cadena de valor de la IA, en particular por lo que respecta al proveedor que haya utilizado o integrado dichas herramientas, servicios, procesos o componentes de IA, cuando el acceso a dichas herramientas, servicios, procesos o

²⁷ Según el Reglamento se debe animar a los desarrolladores de herramientas, servicios, procesos o componentes de IA libres y de código abierto que no sean modelos de IA de uso general a que apliquen prácticas de documentación ampliamente adoptadas, como tarjetas de modelo y hojas de datos, como una forma de acelerar el intercambio de información a lo largo de la cadena de valor de la inteligencia artificial, permitiendo la promoción en la Unión de sistemas de IA fiables. Se intenta potenciar la creación de un sistema seguro.



componentes de IA esté sujeto a una licencia libre y de código abierto como establece el Considerando 89.

Los responsables del despliegue deben adoptar las medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar que se utilizan los sistemas de IA de alto riesgo conforme a las instrucciones de uso, así como que las personas que ponen en práctica las instrucciones de uso y la supervisión humana establecidas en el presente Reglamento tengan las competencias necesarias, en particular un nivel adecuado de alfabetización, formación y autoridad en materia de IA para desempeñar adecuadamente dichas tareas.

Los empleadores tienen la obligación de informar y consultar a los trabajadores o a sus representantes sobre la decisión de poner en servicio o utilizar sistemas de IA²⁸, Los responsables del despliegue de un sistema de IA de alto riesgo desempeñan un papel fundamental a la hora de garantizar la protección de los derechos fundamentales, como complemento de las obligaciones del proveedor al desarrollar el sistema de IA. Dentro de la información que se debe facilitar²⁹ debe incluirse la

²⁸Existe un derecho a la información que es accesorio y necesario para el objetivo de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

²⁹ Es preciso notificar a las personas físicas cuando estén expuestas a sistemas que, mediante el tratamiento de sus datos biométricos, puedan determinar o inferir sus emociones o intenciones o incluirlas en categorías específicas. Estas categorías específicas pueden referirse a aspectos como el sexo, la edad, el color del pelo, el color de ojos, los tatuajes, los rasgos personales, el origen étnico o las preferencias e intereses personales. Esta información y estas notificaciones



finalidad prevista y el tipo de decisiones que se toman por medio del sistema de IA.

Los responsables del despliegue de sistemas de IA de alto riesgo que sean organismos de Derecho público o los operadores privados que presten servicios públicos y los operadores que desplieguen determinados sistemas de IA de alto riesgo enumerados en un anexo III del Reglamento, como las entidades bancarias o de seguros, deben llevar a cabo una evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales antes de su puesta en funcionamiento.

La evaluación de impacto³⁰ debe aplicarse al primer uso del sistema de IA de alto riesgo y debe actualizarse cuando el responsable del despliegue considere que alguno de los factores pertinentes ha cambiado.

deben facilitarse en formatos accesibles a las personas con discapacidad.

³⁰Para evaluar el impacto, los responsables del despliegue de un sistema de IA de alto riesgo, en particular cuando el sistema de IA se utilice en el sector público, pueden contar con la participación de las partes interesadas pertinentes, como los representantes de grupos de personas que probablemente se vean afectados por el sistema de IA, expertos independientes u organizaciones de la sociedad civil, tanto en la realización de dichas evaluaciones de impacto y en el diseño de las medidas que deben adoptarse en caso de materialización de los riesgos.



Cuando el proveedor de un modelo de IA³¹ de uso general integre un modelo propio en un sistema de IA propio que se comercialice o ponga en servicio, se debe considerar que dicho modelo se ha introducido en el mercado y, por tanto, se deben seguir aplicando las obligaciones establecidas en el presente Reglamento en relación con los modelos, además de las establecidas en relación con los sistemas de IA. Su responsabilidad es particular a lo largo de la cadena de valor de la IA, ya que los modelos que suministran pueden constituir la base de diversos sistemas de etapas posteriores, que a menudo son suministrados por proveedores posteriores que necesitan entender bien los modelos y sus capacidades, tanto para permitir la integración de dichos modelos en sus productos como para cumplir sus obligaciones en virtud del presente Reglamento o de otras normas³².

³¹Los modelos de IA de uso general permiten la generación flexible de contenidos, por ejemplo, en formato de texto, audio, imágenes o vídeo, que pueden adaptarse fácilmente a una amplia gama de tareas diferenciadas por ello son según el Considerando 99 de Reglamento los grandes modelos de IA generativa.

³²Existe la obligación de presentar un resumen del contenido utilizado para el entrenamiento del modelo y la obligación de adoptar directrices para el cumplimiento del Derecho de la Unión en materia de derechos de autor. Según el estado de la técnica en el momento de la entrada en vigor del presente Reglamento, la cantidad acumulada de cálculos utilizados para el entrenamiento del modelo de IA de uso general, medida en operaciones de coma flotante (FLOPS), es una de las aproximaciones de las capacidades del modelo. Este umbral será deberá ir ajustando para reflejar los cambios tecnológicos e industriales, como las mejoras algorítmicas o el aumento de



La Oficina de IA debe supervisar si el proveedor ha cumplido dichas obligaciones, fomentar y facilitar la elaboración, revisión y adaptación de códigos de buenas prácticas, teniendo en cuenta los enfoques internacionales. Los códigos de buenas prácticas deben centrarse en medidas específicas de evaluación y reducción de riesgos. Los proveedores deben poder basarse en códigos de buenas prácticas para demostrar el cumplimiento de las obligaciones. Debe presumirse que se han cumplido las obligaciones correspondientes del presente Reglamento a menos que surjan riesgos sistémicos significativos no cubiertos por el Reglamento (UE) 2022/2065³³ y se detecten en dichos modelos. Dichos prestadores también están obligados a adoptar las medidas de reducción de riesgos adecuadas respetando los derechos fundamentales. Cuando un proveedor indica que un sistema de IA es conforme con los requisitos establecidos en el capítulo II, sección 2, y con otros actos aplicables de la legislación de armonización de la Unión enumerados en el anexo I se debe poner la marca CE en el producto. El distribuir debe comprobar la existencia de dicha marca.

La Comisión debe poder establecer, mediante actos de ejecución y previa consulta al foro consultivo,

la eficiencia del hardware, y debe complementarse con parámetros de referencia e indicadores de la capacidad de los modelos.

³³Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).



especificaciones comunes para determinados requisitos previstos en el presente Reglamento.

Sin perjuicio del uso de normas armonizadas y especificaciones comunes debe presumirse que los proveedores de un sistema de IA de alto riesgo han entrenado y probado con datos que reflejan el entorno geográfico, conductual, contextual o funcional específico en el que esté previsto que se utilice el sistema de IA cumplen la medida pertinente prevista en el requisito en materia de gobernanza de datos establecido en el presente Reglamento.

Para poder realizar las evaluaciones externas de la conformidad³⁴, las autoridades nacionales competentes deben notificar, a los organismos notificados, siempre que cumplan una serie de requisitos³⁵. Las autoridades nacionales competentes deben enviar la notificación³⁶ de

³⁴ Si el sistema de IA se considera un sistema de IA nuevo debe someterse a una nueva evaluación de la conformidad. Sin embargo, los cambios que se produzcan en el algoritmo y en el funcionamiento de los sistemas de IA que sigan «aprendiendo» después de su introducción en el mercado o su puesta en servicio no deben constituir una modificación sustancial, siempre que dichos cambios hayan sido predeterminados por el proveedor y se hayan evaluado en el momento de la evaluación de la conformidad.

³⁵ Los requisitos se refieren a independencia, sus competencias y la ausencia de conflictos de intereses, así como requisitos adecuados de ciberseguridad.

³⁶ El art. 3 del Reglamento en su apartado 19 define la «autoridad notificante» como la autoridad nacional responsable de establecer y llevar a cabo los procedimientos necesarios para la evaluación, designación y notificación de



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

dichos organismos a la Comisión y a los demás Estados miembros a través del sistema de notificación electrónica desarrollado y gestionado por la Comisión con arreglo a lo dispuesto en el artículo R23 del anexo I de la Decisión n.º 768/2008/CE³⁷.

Se regulan también las autoridades de vigilancia de mercado³⁸. Su función es muy relevante dado que por motivos de seguridad pública o con vistas a proteger la vida y la salud de personas físicas, el medio ambiente y activos fundamentales de la industria y de las infraestructuras pueden autorizar la introducción en el mercado o la puesta en servicio de sistemas de IA que no hayan sido sometidos a una evaluación de la conformidad.

los organismos de evaluación de la conformidad, así como de su supervisión.

³⁷El Comité debe establecer dos subgrupos permanentes a fin de proporcionar una plataforma de cooperación e intercambio entre las autoridades de vigilancia del mercado y las autoridades notificantes sobre cuestiones relacionadas, respectivamente, con la vigilancia del mercado y los organismos notificados.

³⁸Cada Estado miembro debe designar al menos una autoridad notificante y al menos una autoridad de vigilancia del mercado como autoridades nacionales competentes que se encarguen de supervisar su aplicación y ejecución. Los Estados miembros pueden decidir designar cualquier tipo de entidad pública para que desempeñe las tareas de las autoridades nacionales competentes en el sentido del presente Reglamento, de conformidad con sus características y necesidades organizativas nacionales específicas.



Previo acuerdo entre las autoridades nacionales competentes y los participantes en el espacio controlado de pruebas para la IA, las pruebas en condiciones reales también podrán gestionarse y supervisarse en el marco del espacio controlado de pruebas para la IA.

Los Estados miembros deben utilizar los canales existentes y establecer, cuando proceda, nuevos canales de comunicación específicos con las pymes, las empresas emergentes, los responsables del despliegue, otros innovadores y, cuando proceda, las autoridades públicas locales, para apoyar a las pymes durante toda su trayectoria de desarrollo ofreciendo orientaciones y respondiendo a las preguntas sobre la aplicación del presente Reglamento.

Organismos europeos en el desarrollo del presente Reglamento son Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad (ENISA), el Comité Europeo de Normalización (CEN)³⁹, el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (Cenelec) y el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones (ETSI).

Se creará un foro consultivo para proporcionar conocimientos técnicos y asesorar al Comité y a la Comisión, así como para contribuir a las funciones de estos en virtud del presente Reglamento según el art. 67 del Reglamento.

³⁹<https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/postal/actividad-internacional/comite-europeo-de-normalizacion>



6.- Responsabilidad y sanciones.

El Considerando 168 establece que se debe poder exigir el cumplimiento del presente Reglamento mediante la imposición de sanciones y otras medidas de ejecución respetando el principio de *non bis in idem*. Deben establecerse los límites máximos para la imposición de las multas administrativas en el caso de ciertas infracciones concretas. A la hora de determinar la cuantía de las multas, los Estados miembros deben tener en cuenta todas las circunstancias pertinentes de la situación en cuestión, considerando especialmente la naturaleza, gravedad y duración de la infracción y de sus consecuencias, así como el tamaño del proveedor, en particular si este es una pyme o una empresa emergente.

Deben establecerse multas de una cuantía apropiada en caso de incumplimiento de las obligaciones del Reglamento con sujeción a los plazos de prescripción pertinentes de conformidad con el principio de proporcionalidad.

Todas las decisiones adoptadas por la Comisión en virtud del presente Reglamento están sujetas al control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con lo dispuesto en el TFUE.

Las personas físicas y jurídicas cuyos derechos y libertades se vean perjudicados por el uso de sistemas de IA tiene el derecho a presentar una reclamación ante



la correspondiente autoridad de vigilancia del mercado o el pertinente recurso.

Igualmente, las personas afectadas deben tener derecho a obtener una explicación clara y significativa de un responsable del despliegue cuando dicha decisión produzca efectos jurídicos o afecte significativamente de modo similar a dichas personas, de manera que consideren que tiene un efecto negativo en su salud, su seguridad o sus derechos fundamentales.

7.- Regulación de la IA a nivel mundial.

En EEUU el presidente Joe Biden emitió una orden ejecutiva el día 30 de octubre de 2023, la Executive Order on Safe, Secure, and Trustworthy Artificial Intelligence ⁴⁰para el desarrollo de una IA segura, la protección de la privacidad de los estadounidenses, la promoción de la equidad y los derechos civiles, la defensa de los consumidores y trabajadores, la promoción de la innovación y la competencia, promover el liderazgo estadounidense en materia de IA y garantizar el uso gubernamental responsable y eficaz de la IA. Se pretende provechar la IA para siempre y aprovechar sus innumerables beneficios y para ello se requiere mitigar sus riesgos sustanciales.

Se reseña la rápida velocidad a la que avanzan las capacidades de IA y que impulsa la necesidad de regulación en materia de IA en dicha nación para tomar

⁴⁰<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/>



la delantera por el bien su seguridad, economía y sociedad. Para fijar dicha regulación debe tenerse en cuenta las opiniones de otras agencias, la industria, los miembros de Academia, sociedad civil, sindicatos, aliados y socios internacionales y otras organizaciones relevantes.

Tanto en el desempeño como en la posterior a la implementación debe garantizarse el uso indebido de la IA, la eliminación de modificaciones peligrosas y un desarrollo ético, seguro y en el que se cumpla con las leyes y políticas federales aplicables. Al igual que en la UE por la Administración se pretende desarrollar mecanismos efectivos de etiquetado y procedencia del contenido, para que los estadounidenses puedan determinar cuándo el contenido se genera utilizando IA y cuándo no.

El desarrollo y uso responsable de la IA requiere un compromiso de apoyar a los trabajadores estadounidenses. La IA no debe implementarse de manera que socave los derechos, empeore la calidad del empleo, fomente una vigilancia indebida de los trabajadores, reduzca la competencia en el mercado, introduzca nuevos riesgos para la salud y la seguridad o cause perturbaciones perjudiciales en la fuerza laboral.

Los sistemas de Inteligencia Artificial implementados de manera irresponsable han reproducido e intensificado las desigualdades existentes, han causado nuevos tipos de discriminación dañina y han exacerbado los daños físicos y en línea por ello debe evitarse implementar de una manera inadecuada. Para ello ya se han emitido el



Plan para una Declaración de Derechos de la IA, el Marco de Gestión de Riesgos de la IA y la Orden Ejecutiva 14091 del 16 de febrero de 2023 (Avanzando aún más en la equidad racial y el apoyo a las personas desatendidas).

También hay que destacar que EEUU ha alcanzado un acuerdo con las grandes empresas tecnológicas OpenAI, Alphabet, Meta Platforms, Anthropic, Inflection, Amazon y Microsoft⁴¹.

En el caso de la República Popular China⁴² en el año 2017 el Consejo de Estado publicó el Plan de Desarrollo de la IA de Próxima Generación (Plan 2017), que propone una visión general de la futura política de IA y articula las consideraciones clave que los funcionarios chinos deberían adoptar al llevar a cabo tareas departamentales. Para implementar el Plan 2017, el gobierno chino estableció dos instituciones: el Comité Asesor Estratégico de IA (Comité y la Oficina de Planificación y Promoción de IA. Liderados por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, estos organismos se convirtieron en las primeras instituciones responsables exclusivamente de supervisar la política de IA a nivel nacional. En 2019, el Comité creó un organismo especializado adicional para fortalecer la investigación sobre cuestiones legales, éticas y sociales relacionadas con las tecnologías de inteligencia artificial de próxima

⁴¹<https://elpais.com/internacional/2023-07-21/estados-unidos-lanza-nuevas-reglas-para-la-inteligencia-artificial.html#>

⁴²<https://www.twobirds.com/en/insights/2024/china/ai-governance-in-china-strategies-initiatives-and-key-considerations>



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

generación, así como profundizar la cooperación internacional.

Se han promulgado rápidamente regulaciones obligatorias y específicas de tecnología que han cambiado drásticamente el panorama de la gobernanza de la IA en China. Los tres más importantes son:

Disposiciones sobre gestión de recomendaciones algorítmicas del Servicio de información de Internet de 2021 (Disposiciones sobre algoritmos de recomendación de 2021, vigentes a partir del 1 de marzo de 2022).

Disposiciones de gestión de síntesis profunda del servicio de información de Internet 2022 (Disposiciones de síntesis profunda de 2022, vigentes a partir del 1 de enero de 2023).

Las Medidas para la Gestión de Servicios de Inteligencia Artificial Generativa 2023 (Medidas de IA Generativa de 2023, en vigor desde el 15 de agosto de 2023).

Existe un creciente número de documentos regulatorios de IA desarrollados por los gobiernos provinciales. Ciudades piloto como Shenzhen y Shanghai han tomado la iniciativa en la emisión de regulaciones para promover el desarrollo de la IA y crear experimentos administrativos a nivel local para atraer inversiones en IA y la aprobación política del gobierno central. Existe un Plan de Trabajo Legislativo 2023 del Consejo de Estado que formularán una ley general de IA en los próximos años, a pesar de ello en la actualidad cuenta con una



regulación muy fragmentada. Los objetivos principales son los contenidos e información generados y difundidos en línea, la protección y seguridad de los datos personales y el uso de algoritmos para tomar decisiones sobre individuos. Como consecuencia del XX Congreso Nacional del Partido Comunista de China, celebrado del 16 al 22 de octubre de 2022.

El Plan de Trabajo Legislativo 2023 ⁴³crea una norma compuesta por 73 artículos y estructurados en siete capítulos. En su art. 2 se establece que el ámbito de aplicación es la investigación y desarrollo, suministro y uso de la IA, así como a la regulación de la IA, dentro de las fronteras de la República Popular de China (RPC). Sin embargo, añade una previsión de extraterritorialidad al establecer que “Las actividades relacionadas con la investigación y el desarrollo, el suministro y el uso de la IA realizadas fuera del territorio de la RPC que afecten o puedan afectar a la seguridad nacional, los intereses públicos o los derechos e intereses legítimos de personas u organizaciones de la RPC, están sujetas a ésta.

Reino Unido es el país donde se encuentra la sede de Google DeepMind⁴⁴, ha dicho que no tiene la intención de regular la IA a corto plazo. Sin embargo, cualquier empresa de fuera de la UE, la segunda economía más

⁴³<https://diariolaley.laleynext.es/dll/2023/09/01/china-aprueba-una-regulacion-de-la-inteligencia-artificial-y-de-la-inteligencia-artificial-generativa>

⁴⁴ Google DeepMind es una compañía inglesa de investigación y desarrollo de inteligencia artificial inglesa adquirida en 2014 por Alphabet Inc, empresa matriz de Google.



grande del mundo tendrá que cumplir la Ley de IA si quiere hacer negocios en el bloque comercial.

Anu Bradford, catedrática de Derecho de la Universidad de Columbia, ha llamado a esto el "efecto Bruselas"⁴⁵: al ser la primera en regular, la UE puede establecer la norma mundial *de facto*, configurando la forma en que el mundo hace negocios y desarrolla la tecnología. La UE lo consiguió con su estricto régimen de protección de datos, el RGPD, que se ha copiado en todos los países. Se espera el mismo efecto respecto de la regulación la IA.

En África⁴⁶ el Instituto Africano de las Ciencias Matemáticas⁴⁷ lanzó una maestría en inteligencia artificial, patrocinada por Facebook y Google. En Lagos, el centro *Data Science Nigeria* se ha fijado el objetivo de formar un millón de nigerianos/as en ciencias de datos para el 2027 y de crear un ecosistema pujante para hacer del país un socio ideal a escala internacional. En 2020 se creó el Instituto Etíope de Inteligencia Artificial⁴⁸ que tiene como objetivo ser el principal centro africano de investigación y desarrollo de IA para 2030 y

⁴⁵ Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, 2020.

⁴⁶ <https://idrc-crدي.ca/es/historias/inteligencia-artificial-la-africana>

⁴⁷ <https://idrc-crدي.ca/es/iniciativa/instituto-africano-de-ciencias-matematicas>

⁴⁸ <https://www.aii.et/>



desempeñar un papel clave en la creación de soluciones innovadoras basadas en IA.

Ruanda ⁴⁹ tiene en su capital Kigali la Noorsken Kigali House, impulsada por una fundación sueca homónima, un centro de emprendimiento digital más grande del continente. A través de *start-up*, incuban o aceleran ideas innovadoras para concretarlas en negocios viables. En Ruanda se encuentra la sede de Smart África una colaboración intergubernamental entre más de 30 países para mejorar la conectividad e impulsar transformaciones digitales.

En Sudáfrica⁵⁰ existen 5 centros de investigación y 1.000 investigadores dedicados a áreas como aprendizaje automático, procesamiento del lenguaje natural y visión artificial. Las aplicaciones de IA se extienden a sectores como finanzas, salud, agricultura, minería y manufactura, con ejemplos que van desde la detección de fraude hasta la automatización de procesos. A través de la IA se ve un fuerte potencial para el desarrollo económico y social en África.

8.-Conclusiones

Efectuar una regulación de los sistemas de IA es prever a ciegas como avanzará el estado de la tecnología y los posibles problemas que puedan existir en el futuro con la aplicación de los mismos. Por ello es comprensible que la regulación sea parca, abierta e indefinida en algunos aspectos. Este Reglamento supone el esqueleto sobre el

⁴⁹<https://elpais.com/planeta-futuro/2022-10-06/ruanda-aspira-a-convertirse-en-el-silicon-valley-africano.html>

⁵⁰ [FS Inteligencia artificial en Sudáfrica 2024 REV.pdf](#)



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

que empezar a trabajar de forma armonizada en el futuro, establece unas premisas y unos mínimos a cumplir en aras al respecto de los derechos de los ciudadanos y tratando de evitar las formas de discriminación, vulneraciones indeseadas y proteger en la medida de lo posible los datos de los usuarios.

Existe una falta de concreción de las autoridades nacionales que se encargarán de la notificación, vigilancia de mercado, sus requisitos, su forma de actuar y las funciones concretas que desempeñarán.

La exclusión de la IA generativa como sistema de alto riesgo es una cuestión no pacífica pero posiblemente necesaria para la aprobación del Reglamento debido a su complejidad y la extensa regulación que conllevaría.

Considero que a la larga se irá revisando la inclusión de algunas actividades dentro del sistema de alto riesgo y se irán recalificando los niveles de riesgo de otras tantas. La práctica y el uso de los sistemas de IA serán los indicadores de esa necesidad de calificación. Está prevista la necesidad de revisión por parte de la Comisión y la comunicación al Parlamento y al Consejo en principio a los dos años de la entrada en vigor del Reglamento y posteriormente cada cuatro años debe efectuarse una revisión. Me parece más acertado el periodo de dos años que el de cuatro dado que los cambios y evolución de la tecnología pueden ser muy repentinos.



Es fundamental el reconocimiento del derecho de los ciudadanos al conocimiento de las situaciones en las que se están utilizando sistemas de IA. Son esenciales las tareas de supervisión humana y notificación al ciudadano de la información sobre la información del funcionamiento de los sistemas de IA que deben tender a alcanzar el máximo nivel de seguridad y transparencia.

Recuerda a la carrera espacial que se inició en 1955 la prisa que tienen los países por efectuar una regulación sobre sistemas que utilizan IA⁵¹, cuando de la lectura de sus propuestas se deduce que se tiende a unas mismas premisas y sistemas de mínimos donde se respeten los derechos de los ciudadanos. Por ello, tal vez sería más interesante el establecimiento de unos estándares uniformes a nivel mundial máxime cuando el uso de las nuevas tecnologías traspasa fronteras en el mundo globalizado actual en el que vivimos. La otra opción es esperar a que el efecto Bruselas sea efectivo también en materia de IA tras la regulación efectuada por la UE.

BIBLIOGRAFÍA:

BARONA VILAR, SILVIA., "La digitalización y la algoritmización, claves del nuevo paradigma de justicia eficiente y sostenible" en *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la Era Digital*. Edit. Thomson and Reuters-Aranzadi, 2021.

CONDE FUENTES JESÚS., y SERRANO HOYO, GREGORIO., (Dir.), *La justicia digital en España y la*

⁵¹ <https://www.technologyreview.es//s/16069/vuelta-al-mundo-por-las-regulaciones-de-la-ia-en-2024>



Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro. Edit. Atelier libros jurídicos. 2019.

FERNANDEZ HERNÁNDEZ, CARLOS., "Aproximación al futuro marco normativo europeo de la inteligencia artificial", núm. 23 (julio-septiembre de 2021) *Revista de Privacidad y Derecho Digital*.

MORENO CATENA, VICTOR., "Los datos en el sistema de justicia y la propuesta del Reglamento UE sobre Inteligencia Artificial en Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la Era Digital" *Edit. Thomson and Reuters-Aranzadi*, 2021.

O'NEIL CATHY., *Armas de destrucción matemática: como el Big data aumenta la desigualdad y la amenaza de la democracia.* Editorial Capitán Swing, 2018.

VELASCO NÚÑEZ, ELOY., *Marco normativo de la UE para la transformación digital.* Edit. La Ley. 2023.

VIGURI CODERO, JORGE AGUSTÍN., *La implementación del Reglamento General de Protección de Datos en España y el impacto de sus cláusulas abiertas.* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.



EL RECURSO DE CASACIÓN AUTONÓMICO ANTE EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO

D^a. María Belén Robleño Mariano

Letrada de la Abogacía General de la Junta de
Extremadura

Resumen: Este Trabajo de Fin de Máster tiene por objeto el recurso de casación autonómica. Fue introducido por la LO 7/2015, de 21 de julio y su régimen jurídico consta de dos párrafos en el apartado tercero del art. 86 de la LJCA. Sobre este artículo, se han planteado cuestiones de inconstitucionalidad y recursos de amparo, si bien éstos no han sido suficientes para resolver las dudas que origina el recurso.

Algunos aspectos esenciales de su regulación siguen siendo objeto de controversia en la doctrina y en los propios Tribunales Superiores de Justicia, cuestiones que hemos abordado en este trabajo de investigación a fin de sintetizar dichas problemáticas y las posturas doctrinales sobre las mismas.



Con este estudio hemos querido poner de manifiesto que urge una regulación del recurso de casación autonómico que sea completa y garantice la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho autonómico, esto es, la función del propio recurso.

Abstract: The purpose of this Master's Final Project is to appeal for regional cassation. This was introduced by LO 7/2015, of July 21 and it's legal regime consists of two paragraphs in the third section of art. 86 of the LJCA. Concerning this article, questions of unconstitutionality and amparo appeals have been raised, although these have not been sufficient to resolve the doubts raised by the appeal.

Some essential aspects of it's regulation continue to be the subject of controversy in the doctrine and in the Superior Courts of Justice themselves, issues that we have addressed in this research work in order to synthesize these problems and the doctrinal positions on them.

With this study we wanted to show that there is an urgent need for a regulation of the regional appeal that is complete and guarantees uniformity in the interpretation and application of regional law, that is, the function of the appeal itself.

Palabras clave: recurso de casación autonómico, resoluciones recurribles, Sección Casacional, Tribunales Superiores de Justicia, Tribunal Constitucional.



Key words: regional appeal, appealable resolutions, Cassation Section, Superior Courts of Justice, Constitutional Court.

Sumario:

Índice de abreviaturas

I. Introducción y objetivos

1. Introducción

2. Objetivos

3. Metodología

4. Estructura

II. Antecedentes y el régimen jurídico actual del recurso de casación autonómico en el orden contencioso administrativo.

A. Antecedentes

B. El régimen jurídico actual

- i. La escasa regulación del recurso de casación autonómico.
- ii. Problemas que plantea el marco jurídico



1. Composición de la Sección que debe resolver el recurso
2. Casos en que procede
3. Procedimiento

III. Estudio de la doctrina y jurisprudencia sobre el recurso de casación autonómico.

A. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y análisis de la doctrina sobre la misma.

- i. Regulación del recurso en norma ordinaria u orgánica
- ii. Principio de seguridad jurídica
- iii. Principio de igualdad y derecho a la tutela judicial efectiva

B. Análisis de la postura de los distintos Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas

IV. Conclusiones

V. Referencias

A. Bibliografía

B. Doctrina administrativa

Índice de abreviaturas

TS: Tribunal Supremo.



TC: Tribunal Constitucional.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

Art.: Artículo.

CCAA: Comunidades Autónomas.

CE: Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

FJ: Fundamento Jurídico.



I. Introducción y objetivos

1. Introducción

La finalidad de este trabajo de investigación es determinar los aspectos del recurso de casación autonómico en el orden jurisdiccional contencioso administrativo. Concretamente, si este recurso, cuya competencia corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia, es un mecanismo que garantiza la uniformidad de la interpretación y aplicación del derecho autonómico. Así como, los problemas que plantea su regulación.

Este recurso se reguló en nuestro país, a raíz de la reformada operada en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, a través de la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

El preámbulo de la LO 7/2015 estipula que la sociedad actual exige un alto grado de eficiencia y agilidad en el sistema judicial, es decir una justicia eficaz que garantice el respeto a los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y la paz social, contribuyendo así, de forma inmediata al reforzamiento de la seguridad jurídica y a la reducción de la litigiosidad.

Con este fin, se estipulan una serie de medidas, tanto estructurales como organizativas, destinadas a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos reconocido en el art. 24 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.



Dentro de éstas, se incluye una nueva regulación del recurso de casación, de la cual podemos destacar, la necesidad de acreditar el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia cuando se presenta el recurso.

Además, LO 7/2015 introdujo el recurso de casación autonómico en el art. 86.3 LJCA. Este recurso, tiene su origen en los arts. 99 y 101 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa previa a la reforma de 2015. En estos preceptos, se regulaba el recurso de casación para la unificación de doctrina contra las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia, que debía de fundamentarse únicamente en normas emanadas por la propia Comunidad Autónoma. Por otro lado, el art. 101 establecía el recurso de casación en interés de la ley autonómica, de ambos conocía la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia. Sin embargo, estos recursos fueron sustituidos por el actual recurso de casación autonómico, el cual estudiaremos con detalle en este trabajo.

Centrándonos, en el recurso de casación autonómico, realizaremos un análisis de los problemas que plantea su escasa regulación, concretamente dos párrafos del apartado tercero del art. 86 LJCA. Entre los conflictos que genera su régimen jurídico, abordaremos los relativos a la composición de la Sala que debe resolver el recurso. Así como, su compatibilidad con el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.



Asimismo, hay que tener presente, que nuestro país está constituido por 17 Comunidades Autónomas y 2 Ciudades Autónomas, lo cual se ha traducido en una diversidad de posturas, de las cuales también realizaremos un análisis, junto con las distintas líneas doctrinales.

No obstante, no podemos dejar de mencionar las Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 128/2018, 98/2020, entre otras) que han garantizado el derecho a la tutela judicial efectiva, interpretando el art. 86 LJCA, como veremos más detalladamente.

Expuesta la normativa del recurso de casación autonómico, los problemas que ha planteado y la postura jurisprudencial, nos plantearemos si este recurso cumple con la finalidad para alcanzar la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho autonómico, tal y como fue la intención del legislador.

2. Objetivos

La finalidad del presente trabajo ha sido mostrar un fiel reflejo de la situación actual del recurso de casación autonómica. Hemos intentado plasmar los problemas que plantea su regulación jurídica, así como las distintas posturas de la doctrina sobre los mismos. Asimismo, hemos estudiado, la postura del TC sobre el art. 86.3 LJCA y la que han mantenido los distintos TSJ de las CCAA, en algunos casos ha sido enmendada. Preguntándonos siempre si el recurso de casación autonómico configurado por la LO 7/2015 ha cumplido el objetivo previsto en la exposición de motivos de la



referida norma, de garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho autonómico.

Por último, hemos querido dejar patente la necesidad que se realice una nueva regulación del recurso de casación autonómico que salve las diferencias que actualmente existen entre algunas de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ de las CCAA, y de este modo, poder subsanar las lagunas de la vigente regulación.

3. Metodología

La metodología empleada en este Trabajo de Fin de Máster ha consistido en realizar una ardua investigación, en primer lugar, de la legislación, en segundo lugar, de la doctrina jurisprudencial del TC. Posteriormente de la doctrina científica y, por último, de la postura de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

Una vez obtenida la información, la analizábamos y la clasificábamos con la finalidad de poder sintetizarla en las diferentes líneas doctrinales expuestas a lo largo del trabajo, y así ser capaces de conocer los problemas que ha planteado el régimen jurídico del recurso de casación autonómico, y consecuentemente, manifestar nuestra opinión.



4. Estructura

El estudio comienza con una breve referencia a los antecedentes del recurso de casación autonómico, que son el recurso de casación autonómico para la unificación de doctrina y el recurso de casación en interés de la ley autonómica.

Posteriormente, nos centramos en el régimen jurídico del recurso de casación autonómico, analizando los problemas que plantea en relación con la composición de la Sección Casacional, las resoluciones que pueden ser objeto del mismo y el procedimiento, en el cual existe una remisión implícita al recurso de casación ante el TS.

Expuesta la regulación actual, hemos considerado oportuno incluir en cada una de estas cuestiones las corrientes doctrinales existentes sobre ello.

También, hemos realizado un profundo estudio de la jurisprudencia del TC, la cual nosotros entendemos que es fundamental comprender, para poder situar las posturas de los distintos TSJ. A mayor abundamiento sobre estas últimas, hemos llevado a cabo un arduo análisis de la misma, pero hemos considerado que su exposición resulta más clara y comprensible si la agrupábamos en posturas, como hemos elaborado.



II. Antecedentes y el régimen jurídico actual del recurso de casación autonómico en el orden contencioso administrativo

A. Antecedentes del recurso de casación autonómico¹

El recurso de casación tiene su origen en la Revolución Francesa de 1789. Este recurso fue concebido para la defensa de la Ley, con la finalidad de evitar una interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico que vulnerase los principios de igualdad, de

¹ En primer lugar, la denominación del recurso de casación autonómico ha sido objeto de estudio por la doctrina. Así, consideran, acertadamente, desde nuestro punto de vista, que la designación correcta debería ser recurso de casación autonómica. Puesto que el recurso es un medio de impugnación de resoluciones judiciales, que solo puede ser estatal, ya que el Estado es el único competente en materia procesal (art. 149.1.6 CE). En este sentido se han pronunciado ÁLEGRE ÁVILA, Juan Manuel (2020): "El recurso de casación autonómica: déficit legislativo, vigencia constitucional y tutela judicial efectiva". Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Págs. 1-31. QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro (2017): "El recurso de casación autonómica del orden contencioso-administrativo: su asimétrica e insatisfactoria configuración", en *El Derecho: Noticias Jurídicas y Actualidad Jurídica*, Tribuna, 3 de noviembre de 2017. CANCIO FERNÁNDEZ, R. C. (2020). 20.000 recursos de viaje casacional. Tirant lo Blanch.



jerarquía y de legalidad, sobre los cuales se apoya, en gran medida, junto con la división de poderes, el sistema democrático.

En este sentido, lo vemos reflejado en el artículo 123 de la Constitución Española de 1978 que establece que el Tribunal Supremo *"es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes"*. Por ende, el legislador le atribuyó el conocimiento del recurso de casación.

Centrándonos, brevemente, en el origen del recurso de casación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Hay que recordar que este orden se introduce en España a través de la Ley 2 de abril de 1845, de los Consejos Provinciales y la Ley 6 de junio de 1845, del Consejo Real. Sendas leyes establecieron en nuestro país un sistema administrativo de influencia francesa, en el cual se atribuía la resolución de las reclamaciones de los ciudadanos frente a la actuación de los órganos de la Administración a otros órganos puramente administrativos.

Si bien, posteriormente, los Decretos de 1868, trasunto de la ideología revolucionaria, acabaron con este sistema administrativo, atribuyendo el conocimiento de la materia contenciosa administrativa a órganos jurisdiccionales ordinarios. Sin embargo, La Restauración, en 1875, trajo consigo el sistema anterior.

La labor legislativa de Santa María Paredes trajo consigo un sistema mixto, o también llamado *"armónico"*. Fue a través de las leyes de 1888 y 1894, las cuales crearon Tribunales con plazas de provisión mixta, que estaban compuestos por miembros de la



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

carrera judicial y administrativa. Este sistema fue ratificado en el Texto Refundido de la Ley de la jurisdicción contenciosa-administrativa de 1952 que perduró hasta la Ley de 1956.

La ley reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa de 27 de diciembre de 1956 instauró un sistema judicial de jurisdicción propia, en el que se atribuye definitivamente a órganos jurisdiccionales, compuestos por miembros de la carrera judicial especializados en la materia, el conocimiento de lo contencioso-administrativo. Concibiendo así, el recurso contencioso administrativo como un auténtico proceso jurisdiccional.

Tras la aprobación de la Constitución Española de 1978 se produjo en el orden contencioso administrativo, una paulatina adaptación, por vía básicamente jurisprudencial, a los postulados de la Carta Magna. No obstante, parecía necesario dictar una nueva ley que sustituyera a la ley de 1956.

Después de diversos intentos, se aprueba la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la cual consolida el sistema estrictamente judicial de control y garantiza los postulados constitucionales, en especial los artículos 9, 24, 103, 106 y 117 de la Constitución Española.

La vigente LJCA ha sido reformada en numerosas ocasiones, pero si hay una reforma que destaca es la que se llevo a cabo a través de la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. Esta



ley orgánica suprimió el recurso de casación para la unificación de doctrina, el cual se regulaba en el anterior artículo 99 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. También, se eliminó el recurso de casación en interés de la ley autonómica, cuyo régimen jurídico se hallaba en el artículo 101 de dicho texto legal. En ambos casos, correspondía conocer del recurso a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma.

El régimen jurídico del anterior recurso de casación autonómico para la unificación de doctrina establecía que eran susceptibles *“las sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, si existen varias de estas Salas o la Sala o Salas tienen varias secciones, cuando respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiera llegado a pronunciamientos distintos. Este recurso solo podrá fundarse en infracción de normas emanadas por la Comunidad Autónoma”* (art. 99 anterior a la LO 7/2015).

Además, una sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ era el órgano competente para conocer de este recurso. El objetivo del mismo, al igual que del recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, era garantizar una jurisprudencia uniforme o coherente en defensa del principio de seguridad jurídica.



Actualmente, me pregunto a través de este trabajo de investigación, si con la nueva regulación del recurso de casación autonómico dicha finalidad se sigue manteniendo. Es decir, si la actual legislación sirve al fin de garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho autonómico, o si, por el contrario, la regulación vigente es un escollo para lograr el propósito al que me referido. Esta cuestión, será ampliamente abordada en el siguiente epígrafe.

Por otro lado, el antiguo artículo 101 LJCA (anterior a la LO 7/2015), que regulaba el recurso de casación en interés de la ley, estipulando en su apartado primero que *“las sentencias dictadas en única instancia por los Jueces de lo Contencioso-administrativo contra las que no se puede interponer el recurso previsto en el artículo anterior podrán ser impugnadas (...), en interés de la ley mediante recurso de casación, cuando estimen gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada”*, y en su apartado segundo aclara que *“únicamente podrá enjuiciarse a través de este recurso la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas de la Comunidad Autónoma que hayan sido determinantes para el fallo recurrido”*. Mediante esta regulación, se podía interponer el recurso de casación frente a sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, las cuales no se incluían, como hemos visto, en los supuestos previstos en el artículo 99 de la anterior ley de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

No obstante, en la vigente regulación del recurso de casación autonómico ha dado lugar, a que la doctrina se



discuta si se consideran incluidas o no en el ámbito del propio recurso las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, a lo que nos referimos en profundidad, más adelante.

Éstos han sido los antecedentes legislativos del actual régimen jurídico del recurso de casación autonómico. Si bien, la norma jurídica anterior también fue objeto de crítica, no es igualable a la existente disconformidad de los autores con la vigente regulación argumentando que esta es escueta o insuficiente, como veremos a continuación.

B. El regimen jurídico actual

i. La escasa regulación del recurso de casación autonómico

El régimen jurídico actual del recurso de casación autonómico se halla comprendido en el apartado tercero del art. 86 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, LJCA, que estipula,

"3. Las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.



Cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma será competente una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia compuesta por el Presidente de dicha Sala, que la presidirá, por el Presidente o Presidentes de las demás Salas de lo Contencioso-administrativo y, en su caso, de las Secciones de las mismas, en número no superior a dos, y por los Magistrados de la referida Sala o Salas que fueran necesarios para completar un total de cinco miembros.

Si la Sala o Salas de lo Contencioso-administrativo tuviesen más de una Sección, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia establecerá para cada año judicial el turno con arreglo al cual los Presidentes de Sección ocuparán los puestos de la regulada en este apartado. También lo establecerá entre todos los Magistrados que presten servicio en la Sala o Salas”.

El recurso de casación autonómico es un recurso extraordinario que tiene la finalidad de mantener la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho autonómico, tal y como consta en la exposición de motivos de la LO 7/2015. De esta manera, el legislador constituye un recurso que tiene la misma finalidad que el recurso de casación ante el TS, pero a nivel autonómico.



Además, podemos extraer de la breve regulación del recurso de casación autonómico que se trata de un recurso no devolutivo, como señala Cancio Fernandez².

Sin embargo, las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo también pueden ser objeto de este recurso, siempre que se cumplan los requisitos exigidos. También, hay que traer a colación que sobre esta posibilidad la doctrina no es unánime, como estudiaremos más adelante. Pero baste ser para decir, que en tal caso, al conocer del recurso de casación autonómico la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ, nos encontraríamos ante un recurso devolutivo, ya que compete a otro órgano judicial superior.

Desde nuestro punto de vista, consideremos que, el recurso de casación autonómico es un recurso devolutivo, si el objeto es una resolución de un Juzgado, pero si se pronuncia sobre una resolución emanada por la Sala, se trataría de un recurso no devolutivo³.

² CANCIO FERNÁNDEZ, R. C. (2020). 20.000 recursos de viaje casacional.op.cit.

³ En este sentido se ha pronunciado RAZQUIN LIZARRAGA, entiende que cuando el recurso de casación autonómico se interpone frente a un STSJ sería una especie de recurso de reforma o de reposición. RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2016): "El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativo tras la Ley Orgánica 7/2015", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-1, págs. 135-178. Asimismo, CASADO CASADO, L. entiende que el recurso no puede calificarse como plenamente devolutivo. CASADO CASADO, Lucía (2019). Restricciones en los recursos de los procesos contencioso-administrativos. En 20 años de la Ley de lo Contencioso-administrativo: actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo.



Asimismo, matizamos, que si bien esta cuestión no es trascendental, es una muestra de la deficiente regulación del recurso objeto de este estudio, que da lugar a que un mismo recurso pueda ser devolutivo o no, según la resolución susceptible de recurso. Siendo lo cual contrario al propio concepto del recurso de casación que, por definición, es un recurso devolutivo.

El régimen jurídico expuesto anteriormente es insuficiente, lo cual es una opinión unánime en la doctrina (en este sentido autores como Cancio Fernández⁴, Rodríguez Puñal⁵, Quintana Carretero⁶,

Murcia, 8-9 de febrero de 2019 / coord. por Fernando LÓPEZ RAMÓN, Julián VALERO TORRIJOS, 2019, ISBN 9788473516808. (pág. 180).

⁴ CANCIO FERNÁNDEZ, R. C. (2020). 20.000 recursos de viaje casacional. Op.cit.

⁵ RODRIGUEZ PUÑAL, Elicia (2017): "La imprecisa regulación del recurso de casación autonómico", en *Actualidad Jurídica de Aranzadi*, núm. 926, 27 de enero.

⁶ QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro (2017): "El recurso de casación autonómica del orden contencioso-administrativo: su asimétrica e insatisfactoria configuración", op. cit.



Casado Casado⁷, Sospedra Navas⁸, entre otros⁹) e incluso en la propia jurisprudencia. En esta línea, podemos mencionar que la propia Sala tercera del TS¹⁰ ya manifestó que la regulación del recurso de casación autonómico “*contenía unas previsiones inadecuadas e incluso en algunos aspectos inviables*”, e instaba a la modificación del precepto proponiendo dos nuevos preceptos relativos al citado recurso.

Desde nuestro punto de vista, no es discutible que la regulación es escueta, ya que consta, básicamente, de dos párrafos en un apartado. Pero, entendemos que no hay que confundir una norma breve o escueta con

⁷ CASADO CASADO, Lucia (2019). Los Recursos en el Proceso Contencioso-Administrativo: Restricciones y Limitaciones. Tirant lo Blanch. Pág. 349 (conclusión novena)

⁸ SOSPEDRA NAVAS, Francisco Javier (2017): “El controvertido ámbito de las resoluciones recurribles en el recurso de casación contencioso-administrativo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3. El magistrado en sus conclusiones considera que “el papel del recurso autonómico es el de simple comparsa”.

⁹ En este sentido, también se han pronunciado; APARICIO, Emilio (2020): “La casación autonómica. Actualización”, en *Almacen de Derecho*, de 27 de agosto de 2020; CHAVES GARCÍA, José Ramón (2017): “El recurso de casación autonómico reinterpretado por la Sala Madrileña”, entrada en el Blog “*delajusticia.com*. El rincón jurídico de José R. Chaves”, de día 2 de junio de 2017 (www.delajusticia.com); SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2017): “Pero, ¿qué ocurre con la casación autonómica?”, *Diario La Ley*, núm. 9027, Sección Tribuna, 24 de julio.

¹⁰ Problemas interpretativos de la nueva regulación de la casación contenciosa administrativa. Documento de trabajo de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.



una norma deficiente. Una norma breve no tiene por qué ser incompleta, por ejemplo el art. 138 CP define el homicidio como *"el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio"*, es por tanto una norma breve, pero ésta es suficiente, porque además, se complementa con la regulación del propio CP. Salvando las distancias, esto no puede ser trasladado al art. 86.3 LJCA, el cual es una disposición normativa breve, pero no concurren normas adicionales que sirvan al objeto de concretar el objeto recurso de casación autonómico o la composición de la sección que le corresponde su enjuiciamiento, como se verá a continuación.

ii. Problemas que plantea el marco jurídico

El marco jurídico expuesto, como se ha destacado debido a su insuficiencia plantea problemas que los Tribunales han tenido que salvar a través de una interpretación de los mismos.

Sin embargo, hay que tener presente en nuestro país esta constituido por 17 Comunidades Autónomas y 2 Ciudades Autónomas, lo cual se traduce en la existencia de 17 Tribunales Superiores de Justicia¹¹, lo que significa que pueden concurrir 17 interpretaciones del art. 86.3 LJCA produciéndose así una pluralidad de criterios.

¹¹ Las ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla se integran en el ámbito territorial del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.



En este sentido, debemos resaltar, que no es posible que el Tribunal Supremo armonice los criterios dispares de los distintos TSJ, ya que en este caso, el objeto es derecho autonómico. Por ende, corresponde conocer del mismo al TSJ de la respectiva Comunidad Autónoma, que el órgano judicial que culmina la organización judicial en dicho territorio en materia de derecho de la Comunidad Autónoma (art. 152 CE).

Los problemas que principalmente plantea el recurso son dos, por un lado, la composición de la Sala que debe resolver el recurso de casación autonómico, y, por otro lado, las sentencias que son susceptibles del mencionado recurso, es decir los casos en que procede la interposición del mismo. Asimismo, ha sido objeto de discusión, si las normas referentes al procedimiento del recurso de casación ante el TS se aplican analógicamente al recurso de casación autonómico.

1. Composición de la Sección que debe resolver el recurso

La composición de la Sala que debe resolver el recurso se regula en el art. 86.3 párrafos segundo y tercero LJCA, los cuales estipulan,

"Cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma será competente una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia compuesta por el Presidente de dicha Sala, que la presidirá, por el Presidente o Presidentes de las demás Salas de lo



Contencioso-administrativo y, en su caso, de las Secciones de las mismas, en número no superior a dos, y por los Magistrados de la referida Sala o Salas que fueran necesarios para completar un total de cinco miembros.

Si la Sala o Salas de lo Contencioso-administrativo tuviesen más de una Sección, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia establecerá para cada año judicial el turno con arreglo al cual los Presidentes de Sección ocuparán los puestos de la regulada en este apartado. También lo establecerá entre todos los Magistrados que presten servicio en la Sala o Salas”.

De conformidad con la norma de jurídica expuesta, podemos encontrarnos con varias interpretaciones de la misma.

A priori, el precepto exige para la constitución de la sección a la que le compete conocer del recurso de casación autonómico que esté formada por un total de cinco magistrados. De los cuales, uno será el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ, que es a su vez el Presidente de la Sección. Asimismo, estará integrada por los presidentes de las demás Salas de lo Contencioso-Administrativo del mismo TSJ, establecidos en virtud del art. 78 LOPJ. Además, en los casos en que la sala tuviera más de una sección corresponde a la Sala de Gobierno del TSJ determinar el presidente y los magistrados que componen la sección cada año judicial.



La regulación de la composición de la sección, en principio es bastante detallada, más si la comparamos con otros aspectos del recurso, como, por ejemplo, las resoluciones susceptibles del mismo, en este sentido se ha pronunciado Núñez Jiménez y Pérez García¹². A pesar de ello si se generan interrogantes, sobre todo en aquellas Salas de lo Contencioso- Administrativo de los TSJ que actúan como Sala Única. Razón por la cual, algunos autores han manifestado que en tales casos, el correcto funcionamiento del recurso de casación autonómico en estos TSJ es inviable (Cancio Fernández¹³, Cudero Blas¹⁴, entre otros).

Centrándonos en los TSJ en que su propia composición no permite la constitución de la sección a la que se refiere el art. 86.3 LJCA, hemos encontrado las siguientes posturas jurisprudenciales y doctrinales.

En primer lugar, los TSJ que actúan como una única sección, en tal caso la Sala de lo Contencioso-Administrativo está compuesta por cinco magistrados. Esto sucede en el TSJ de Extremadura, en el TSJ de La Rioja y en el TSJ de Baleares. La constitución de la

¹² NUÑEZ JIMÉNEZ, Jose Manuel y PÉREZ GARCÍA, Manuel Luis (2017). Estudio sobre el recurso de casación contenciosa-administrativa. Edita: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. págs. 301-310.

¹³ CANCIO FERNÁNDEZ, R. C. (2020). 20.000 recursos de viaje casacional. Op. cit.

¹⁴ CUDERO BLAS, Jesús (2016): "El recurso de casación por infracción de normas autonómicas", en *El Derecho: Noticias Jurídicas y Actualidad Jurídica*, Tribuna, 10 de agosto.



sección regulada en el art. 86.3 LJCA, no es viable en los TSJ enumerados, si bien caben las siguientes soluciones.

Una de ellas sería acudir a magistrados de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, es decir, que la sección se integre por magistrados del propio TSJ y por magistrados que pertenezcan a otro órgano judicial o lo que es lo mismo, a los Juzgados Provinciales.

Esta opción parece que no tiene cabida en nuestro sistema constitucional, ya que el TC, en el auto 41/2018, de 16 de Abril, declaró la inadmisión de un recurso de amparo contra el Auto del TSJ de Extremadura, que ha acordado inadmitir el recurso de casación por infracción de la normativa autonómica. Este Auto, entre los razonamientos en los que basa la inadmisión, tenemos que destacar el siguiente, que por su importancia en este punto reproducimos,

"La sección prevista en el artículo 86.3 LJCA, segundo párrafo, para resolver los recursos de casación tiene que estar formada por cinco magistrados, mismo número que tiene los mismos integrantes de la Sala, que funciona como Sección Única, de modo que la sección prevista en el citado precepto <<es de imposible constitución>> en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura pues el Presidente intervino en la deliberación y fallo y no puede ser sustituido por otro magistrado, pues todos ellos también intervinieron, además de que no existen otras Salas o Secciones cuyos magistrados puedan ser llamados; (iv) la competencia de la



Sala de lo Contencioso-Administrativo no puede ser desarrollada por otras Salas del Tribunal Superior de Justicia ni por cinco magistrados destinados en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo pues esta eventual constitución de la Sala para fijar doctrina sobre la normativa autonómica vulneraría el derecho constitucional al juez predeterminado por la ley del artículo 24.2 CE, el control de la actividad de los órganos de la Comunidad Autónoma que se ejerce por la jurisdicción Contencioso-Administrativa, conforme al artículo 153c. CE y las normas sobre competencia de cada una de las Salas previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

El TC consideró que el TSJ de Extremadura realizaba una interpretación del art. 86.3 LJCA razonable, lógica y coherente. Matizando que la inadmisión del recurso de casación autonómico no era producto de criterios organizativos, sino que la finalidad del recurso, que es asegurar la uniformidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico autonómico, quedó satisfecha con la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura (ATC 41/2018, fundamento jurídico quinto).

Esta resolución judicial del TSJ ha sido criticada en la doctrina. Así, el TC desaprovechó la oportunidad para pronunciarse sobre el recurso de casación autonómico, más concretamente en si la composición de la sección regulada en el art. 86.3 LJCA en aquellos tribunales en los que no es posible su constitución, es conforme a la CE.



En esta línea, Álvarez Menéndez¹⁵ opina que el TC, con este Auto, añadió más incertidumbre al recurso de casación autonómico. Comentando que el razonamiento del TC para declarar la inadmisión del recurso de amparo, por entender que la finalidad del recurso de casación autonómico se consideraba alcanzada, a causa haber dictado la sentencia, la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura. Expone la autora que también podría extenderse al resto de TSJ, con independencia de las Salas o Secciones que compongan el tribunal *“ya que en todos ellos la jurisprudencia se encuentra establecida en el pronunciamiento de instancia”*. Es más, Álvarez Menéndez sostiene que la fundamentación del TSJ extremeño, conociendo los problemas que plantea la composición de la sección del art. 86.3 LJCA, está pensada para aquellos TSJ que tuvieran varias salas o secciones. Respecto de esto, la profesora indica que este fundamento puede ser contrario al propio texto de la LJCA, ya que en el art. 86.3 no diferencia entre los órganos judiciales que disponen de una sala o sección y los que tienen varias de ellas. Por ende, como expresa la autora *“no se excluye expresamente la conformación de dicha sección casacional en los Tribunales Superiores de Justicia de una única sala y sección”*.

¹⁵ ÁLVAREZ MENÉNDEZ, Estefanía. “La disparidad de criterios interpretativos en torno a la casación autonómica y su enjuiciamiento constitucional en el ATC de 16 de abril de 2018 y en la STC de 29 de noviembre de 2018”. Nueva Época- nº 11, Abril-septiembre, 2019. ISSN: 1989-8975 (págs. 75-95).



Por otro lado, a sensu contrario, Sospedra Navas¹⁶ entiende que el art. 86.3 LJCA no plantea dudas en relación con la composición de la sección del recurso de casación autonómico. El magistrado, parte de que las sentencias dictadas por los TSJ, no son susceptibles del recurso de casación por infracción del derecho autonómico, puesto que son resoluciones judiciales que han sido pronunciadas por el mismo órgano judicial, al que le correspondería conocer del recurso mencionado. Por lo consiguiente, considera que la sentencia que en tal caso se dictaría, sería en el mismo sentido que aquella que es objeto del recurso de casación autonómico. Con base a esta premisa, Sospedra Navas concluye que no se produce ninguna incógnita en la composición de la sección, la cual solo conoce de los recursos de casación autonómico interpuestos frente a las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Desde nuestro punto de vista, no apoyamos la teoría del magistrado por los siguientes motivos.

En primer lugar, Sospedra Navas argumenta que entender en el ámbito del recurso de casación autonómico las propias resoluciones judiciales de los TSJ, implicaría la inconstitucionalidad del art. 86.3 LJCA, al atribuir el conocimiento de dicho recurso a los propios magistrados de los TSJ. Como consecuencia de esto, señala el magistrado que solo cabe interpretar que estas

¹⁶ SOSPEDRA NAVAS, Francisco Javier (2017): “El controvertido ámbito de las resoluciones recurribles en el recurso de casación contencioso-administrativo”, op. cit.



resoluciones judiciales no se hayan comprendidas en dicho ámbito, puesto que es la única interpretación que se incluye en el marco constitucional.

Si bien, en nuestra opinión, en el caso de aceptar la tesis de Sospedra Navas, implicaría que determinadas resoluciones judiciales que actualmente tienen acceso a este recurso estuvieran vetadas del mismo. Por ejemplo, las sentencias dictadas en procedimientos ordinarios por el TSJ, vulnerando así el derecho de acceso al recurso (art. 24 CE), lo cual conforme a la jurisprudencia del TC es inconstitucional.

En segundo lugar, el recurso de casación autonómico tiene la finalidad de garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho autonómico. En nuestra opinión, esta función no sería alcanzada si los TSJ únicamente conocen del recurso interpuesto frente a sentencias de los Juzgados Provinciales, lo cual implicaría que las sentencias de los TSJ que recaigan sobre derecho autonómico no estén sujetas a una doble instancia. Lo cual, a su vez, supondría que dichas sentencias de los TSJ, en las que existan varias salas o secciones, puedan pronunciarse de diversas maneras sobre una misma norma del derecho autonómico. En tal supuesto, esta situación de anormalidad que se produciría en nuestro sistema judicial no podría ser salvada, a través del recurso objeto de este trabajo, al no existir ningún otro mecanismo para garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho autonómico, ya que es una potestad que corresponde exclusivamente a los TSJ.



Por todo lo expuesto, apoyamos la tesis mayoritaria que entiende que la sección del art. 86.3 LJCA no es posible de constituir en algunos TSJ, porque éstos conozcan del recurso de casación autonómica, sino ya que a consecuencia de la falta de medios personales no es factible la constitución de la sección. O bien, porque la regulación del citado recurso extraordinario está únicamente pensada para los TSJ que estén integrados por varias salas o secciones, lo que se traduciría en nuestra opinión en una vulneración del principio de igualdad. Así, los ciudadanos de CCAA, como Cataluña o Madrid, tendrían derecho de acceso al mencionado recurso, pero no los ciudadanos de Extremadura, en la que el TSJ actúa en una Sección única.

Por otro lado, también podemos mencionar la posible solución a la problemática de la constitución de la sección del art. 86.3 LJCA, es la ofrecida por el magistrado Rafael Toledano Cantero¹⁷, la cual consiste en formar la sección con solo tres magistrados. Amparándose en que el citado precepto se refiere a la composición orgánica de la sección y no a los magistrados imprescindibles para formar una Sala de Justicia que de acuerdo con la norma jurídica son tres.

2. Casos que en procede

Este epígrafe está dedicado a las resoluciones judiciales que son susceptibles de recurso de casación por infracción del derecho autonómico. Con el fin de facilitar su estudio lo hemos estructurado distinguiendo

¹⁷ Citado por CUDERO BLAS, Jesús (2016): "El recurso de casación por infracción de normas autonómicas", op. cit.



sentencias de los Juzgados de los Contencioso-Administrativo, autos de los TSJ y sentencias de los TSJ.

En primer lugar, comenzamos por las sentencias de los Juzgados Contencioso-Administrativos. La jurisprudencia del TC¹⁸ reconoce la procedencia de este recurso contra las sentencias dictadas por los Juzgados Provinciales, ya que entender lo contrario infringiría el “*paralelismo*” que el TC ha reconocido a este recurso respecto del recurso de casación ante el TS por vulneración de la norma estatal o de la Unión Europea. En esta misma postura jurisprudencial, se sitúan los TSJ que también de forma mayoritaria aceptan que las sentencias de los juzgados son susceptibles del citado recurso.

Siguiendo a Cancio Fernández¹⁹, esgrime que realizando una interpretación literal del art. 86.3 LJCA no cabe que dichas sentencias, que han sido dictadas en única instancia, sean susceptibles del recurso de casación autonómico. Sin embargo, el autor también expresa que mediante una interpretación sistemática del citado precepto, entiende que la limitación anterior, al constar en el primer párrafo del art. 86.3 LJCA hace referencia exclusivamente al recurso de casación ante el TS. Por lo consiguiente, si es posible la casación

¹⁸ *Vid.* Sentencias del Tribunal Constitucional 128/2018, de 29 de noviembre (BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2018); 98/2020, de 22 de julio (BOE núm. 220 de 15 de agosto de 2020).

¹⁹ CANCIO FERNÁNDEZ, R. C. (2020). 20.000 recursos de viaje casacional. Op. cit.



autonómica de las sentencias de los Juzgados de los Contencioso-Administrativo. Asimismo, Cancio Fernández expone una tercera interpretación, fundamentada en la finalidad que persigue tanto el recurso de casación ante el TS como el recurso de casación autonómico, la cual es la misma, por lo que cabría la casación autonómica frente a las mismas resoluciones judiciales que tienen acceso al recurso de casación ante el TS. En esta misma línea doctrinal, también podemos mencionar a Sospedra Navas²⁰, Rodríguez Puñal²¹, quien entiende que las sentencias de los Juzgados Provinciales son susceptibles del recurso de casación autonómico basándose en una interpretación sistemática y teológica. Asimismo, el magistrado Cudero Blas²² se manifiesta realizando esta misma interpretación.

A sensu contrario, Herrera Castillo²³ manifiesta que las sentencias de los Juzgados Provinciales no son susceptibles del recurso de casación autonómica. En postura se seguida por Jiménez Shaw, Navarro

²⁰ SOSPEDRA NAVAS, Francisco Javier (2017): "El controvertido ámbito de las resoluciones recurribles en el recurso de casación contencioso-administrativo", op.cit.

²¹ RODRIGUEZ PUÑAL, Elicia (2017): "La imprecisa regulación del recurso de casación autonómico" op.cit.

²² SOSPEDRA NAVAS, Francisco Javier (2017): "El controvertido ámbito de las resoluciones recurribles en el recurso de casación contencioso-administrativo", op. cit.

²³ HERRERA CASTILLO, Jorge (2018): Capítulo XII "Los recursos contra las resoluciones judiciales. Especial referencia al recurso de casación" en Judith Gfreu Forn (dir.), *Litigación Administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 423-466.



Caballero²⁴, Quintana Carretero, Castillo Badal, Escribano Testaut²⁵ y Razquin Lizarrega²⁶.

En virtud de lo expuesto, podemos destacar que, aunque ha sido discutido en la doctrina, la postura mayoritaria es favorable a entender que las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo son susceptibles del recurso de casación por infracción del derecho autonómico ante los TSJ. Desde nuestra perspectiva, de no aceptar que dichas sentencias son susceptibles del mencionado recurso, supondría que este no alcanzase el fin para el cual se constituyó.

En segundo lugar, nos preguntamos si son susceptibles del recurso los Autos de los TSJ.

El art. 87.1 LJCA establece que,

"1. También son susceptibles de recurso de casación los siguientes autos dictados por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia

²⁴ JIMÉNEZ SHAW, Concepción, NAVARRO CABALLERO, María Teresa (2017): El nuevo recurso de casación contenciosa-administrativa, 2ª Edición, Murcia, Diego Marín, pág 40.

²⁵ QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro (coord.), Castillo Badal, Ramón, Escribano Testaut, Pedro (2016), Guía *Práctica del recurso de casación contencioso-administrativo*, op. cit.

²⁶ RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2016): "El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativo tras la Ley Orgánica 7/2015", en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 104-1, págs. 135-178.



Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, con la misma excepción e igual límite dispuestos en los apartados 2 y 3 del artículo anterior:

a) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.

b) Los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares.

c) Los recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquella o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta.

d) Los dictados en el caso previsto en el artículo 91.

e) Los dictados en aplicación de los artículos 110 y 111”

La interpretación literal del precepto no posibilita el acceso de los autos de los TSJ al recurso de casación autonómico, puesto que las excepciones a que se refiere el artículo transcrito son las que constan en el art. 86.2 LJCA, relativo al procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión y a los procesos contenciosos electorales. Mientras que, el art. 86.3 LJCA que en su primer párrafo establece que, las sentencias de los TSJ serán recurribles en casación ante el TS por infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea, excluyéndose así toda remisión al derecho autonómico, como apunta Sospedra Navas²⁷. En esta

²⁷ SOSPEDRA NAVAS, Francisco Javier (2017): “El controvertido ámbito de las resoluciones recurribles en el recurso de casación contencioso-administrativo”, op. cit.



misma línea, Cudero Blas²⁸, Quintana Carretero²⁹, Escribano Testaut y Castillo Badal, amparándose igualmente en una interpretación literal del precepto que hace referencia únicamente a las sentencias.

Sin embargo, estos juristas también han manifestado que la remisión del art. 87.1 LJCA se podría entender al apartado tercero del art. 86 LJCA, dando lugar a que los autos de los TSJ sean susceptibles del recurso de casación autonómico, cuando interpreten y apliquen el derecho autonómico.

A mayor abundamiento, Quintana Carretero³⁰ entiende que la finalidad del recurso de casación autonómico es garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho autonómico. Por ende, esgrime que esto no sería posible en aquellos casos, en que una misma sala del TSJ fijase ante situaciones sustancialmente iguales una interpretación de la norma autonómica contradictoria. Aunque este supuesto sería excepcional, por ejemplo, no cabe en los TSJ que actúen en una Sala o Sección Única, pero si es

²⁸ CUDERO BLAS, Jesús (2016): "El recurso de casación por infracción de normas autonómicas", op.cit.

²⁹ QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro (coord.), CASTILLO BADAL, Ramón, ESCRIBANO TESTAUT, Pedro (2016), *Guía Práctica del recurso de casación contencioso-administrativo*, Madrid, Dykinson.

³⁰ QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro (2017): "El recurso de casación autonómica del orden contencioso-administrativo: su asimétrica e insatisfactoria configuración", op.cit.



posible que se de en los TSJ que están constituidos por varias Salas o Secciones.

Con el objetivo de garantizar la finalidad del recurso de casación, opina Quintana Carretero que debe ser susceptible del citado recurso los autos de los TSJ, ya que excluirlas no sería conforme a los principios de legalidad, seguridad jurídica y certeza. Puesto que, como manifiesta en jurista, no sería posible "*salvaguardar el interés general en la interpretación y aplicación del ordenamiento*".

No obstante, estos autores consideran que pesa más una interpretación literal del art. 87.1 LJCA, que los argumentos expuestos. Por ello entienden que los autos del TSJ no tienen acceso al mencionado recurso. Por otro lado, existe una corriente doctrinal que sí admite que los autos de los TSJ sean susceptibles del recurso de casación autonómico, la cual ha sido defendida por Ruiz López³¹, si bien destaca el jurista que la mayoría de los autos se amparan en el derecho procesal, el cual es una materia exclusiva del Estado (art. 149.1.6 CE). Por lo consiguiente, el TSJ no aplica derecho autonómico en el auto y no cabría recurso de casación autonómico.

³¹ RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel (2016). La Reforma del Recurso de Casación Contencioso Administrativo. Tirant Lo Blanch. <https://biblioteca-tirant-com.bibliotecauned.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/info/9788491431213>



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

En relación con las posturas de los distintos TSJ, la cual es dispar en este punto, pero entraremos a analizarla en el último epígrafe de este trabajo de fin de máster.

En tercer lugar, nos planteamos si las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por las salas de los TSJ son susceptibles del recurso de casación por vulneración del derecho autonómico. Este punto ha sido objeto de discusión en la doctrina y en la jurisprudencia, como veremos en cuanto a esta última, en el siguiente capítulo de este trabajo de investigación.

Escuetamente, uno de los problemas jurídicos principales que se dan en este punto consiste en si las sentencias del TSJ pueden ser de nuevo enjuiciadas por el mismo órgano judicial. O lo que es lo mismo, si una sentencia dictada en única instancia o en apelación relativa a unos hechos sobre los cuales ya se ha pronunciado el TSJ puede volver a ser objeto de una nueva sentencia promulgada por del mismo órgano judicial.

La jurisprudencia de los distintos TSJ podemos encontrar diversas posiciones sobre esta cuestión, las cuales también serán estudiadas en el siguiente capítulo, al cual nos remitimos. Por lo que pasamos a centrarnos en las diferentes posturas doctrinales.

Una postura doctrinal que podemos denominar negacionista considera que las sentencias de los TSJ no tienen acceso al recurso de casación por infracción del derecho autonómico. Principalmente, argumentan que el



TSJ se ha pronunciado sobre dicho asunto en la sentencia y la propia LOPJ impide que el mismo órgano judicial vuelva a conocer de un asunto sobre el que ya ha decidido al no existir, en la LOPJ una disposición que lo permita. En esta línea, se expone que la sección regulada en el art. 86.3 de LJCA tiene carácter de funcional, de conformidad con la jurisprudencia del TC³², y no cabe que una sección ostente la potestad de pronunciarse sobre una resolución judicial dictada por el mismo órgano judicial, cuando esta correspondería a una sección orgánica que debería estar regulada en la LOPJ. Es este sentido se pronuncia Sospedra Navas³³.

Otra postura doctrinal, en sentido contrario al anterior, es aquella que entiende que únicamente son susceptibles del recurso de casación por infracción de la normativa autonómica las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ. Estos juristas llegan a esta conclusión realizando una interpretación aislada del art. 86.3 LJCA. Es decir, cuando el artículo estipula que *"las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicias solo serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS (...), cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma será competente una Sección..."*.

³² Vid. STC 98/2020, fundamento jurídico cuarto.

³³ SOSPEDRA NAVAS, Francisco Javier (2017): "El controvertido ámbito de las resoluciones recurribles en el recurso de casación contencioso-administrativo" op. cit.



Los defensores de esta tesis doctrinal realizan una interpretación literal del citado precepto, concluyendo que únicamente son recurribles las sentencias de los TSJ, excluyendo del recurso de casación autonómico las sentencias de los Juzgados Contencioso-Administrativo. Esta línea es acogida por Herrera Castillo³⁴, Jiménez Shaw, Navarro Caballero³⁵, Quintana Carretero, Castillo Badal, Escribano Testaut³⁶ y Razquin Lizarrega³⁷.

Una tercera corriente doctrinal, más extensiva que las anteriores, aboga por entender que el recurso de casación autonómico se puede interponer contra las mismas resoluciones judiciales que son susceptibles de casación ante el TS. O lo que es lo mismo que son recurribles aquellas sentencias que infrigiese el derecho autonómico y que sean susceptibles de extensión de efectos, o bien, contengan una doctrina gravemente dañosa y errónea para el interés público. Los autores alcanzan esta conclusión a través de una interpretación teológica y sistemática, al igual que en el caso que

³⁴ HERRERA CASTILLO, Jorge (2018): Capítulo XII "Los recursos contra las resoluciones judiciales. Especial referencia al recurso de casación" op.cit.

³⁵ JIMÉNEZ SHAW, Concepción, NAVARRO CABALLERO, María Teresa (2017): El nuevo recurso de casación contenciosa-administrativa, op.cit.

³⁶ QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro (coord.), Castillo Badal, Ramón, Escribano Testaut, Pedro (2016), *Guía Práctica del recurso de casación contencioso-administrativo*, op. cit.

³⁷ RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2016): "El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativo tras la Ley Orgánica 7/2015", op.cit.



hemos visto anteriormente sobre los autos, entienden que sí el recurso de casación ante el TS y el recurso de casación autonómico tienen la misma función nomofiláctica, ambos deberían recibir un trato igualitario. Lo que conlleva a la necesidad de que tanto las sentencias de los Juzgados Provinciales como de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ tengan acceso al recurso de casación autonómico. A favor de esta tesis se han pronunciado Cudero Blas³⁸ y Fernández Ferrares³⁹.

En nuestra opinión abogamos por esta última tesis, no porque entendamos que es la postura que más nos convence, sino porque consideramos que es la que presenta una respuesta más garantista con los principios y derechos constitucionales. Es decir, la controversia sobre las sentencias recurribles debería de haber sido resuelta por una norma legal, más cuando fue una modalidad de recurso que se instauró en 2015. Por ende, el legislador ha tenido un considerable tiempo para conocer cuáles son los problemas que ha planteado la legislación del recurso de casación autonómico y poder dar solución a los mismos.

Dicho esto, creemos que excluir del citado recurso resoluciones judiciales, como expone las dos primeras

³⁸ CUDERO BLAS, Jesús (2016): "El recurso de casación por infracción de normas autonómicas", op.cit.

³⁹ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2015): "Sobre la eficiencia de la jurisdicción contenciosa administrativa y el nuevo recurso de casación "para la formación de jurisprudencia", en *Revista española de derecho administrativo*. ISSN 0210-8461, nº174, págs. 93-132.



corrientes doctrinales, podrían suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso a los tribunales (art. 24.2 CE). Motivo por el cual, nos situamos en esta tesis más extensiva para así evitar una vulneración de dicho derecho fundamental y también del principio de igualdad.

3. Procedimiento

La escueta regulación del recurso de casación autonómico no incluye la tramitación del mismo, lo cual ha ocasionado la remisión a los arts. 89 a 93 LJCA relativos al recurso de casación ante el TS. Sin embargo, nos tenemos que preguntar hasta que punto se aplican analógicamente el régimen jurídico del recurso de casación común, así como la compatibilidad de sendos recursos.

Primeramente, el art. 86.3 LJCA no contiene ninguna remisión expresa a las normas del recurso de casación común. Sin embargo, el informe explicativo y propuesta de la jurisdicción contenciosa-administrativa de la Sección Especial⁴⁰ si hacía constar una remisión expresa a las normas reguladoras del recurso de

⁴⁰ AA.VV. (2013): VELASCO CABALLERO, Francisco (presidente). Informe explicativo y propuesta de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Ministerio de Justicia. Elaborado por la Sección Especial de la Comisión de Codificación creada por Orden Ministerial de 11 de julio de 2012.



casación común, lo cual, no fue aprobado en el texto definitivo de la LO 7/2015.

La postura doctrinal mayoritaria (en este sentido Quintana Carretero⁴¹, Cancio Fernández⁴², Núñez Jiménez y Pérez García⁴³) apoya la aplicación analógica de las normas del recurso de casación común, si bien adaptándolas al recurso de casación autonómico.

Así las cosas, sino se ajusta la regulación de los art. 89 a 93 LJCA al recurso de casación autonómico, nos podemos encontrar con el siguiente problema. La tramitación del recurso de casación común implica diferenciar la sección de admisión y la sección de enjuiciamiento. Si trasladamos esta distinción a los TSJ, sería difícilmente que se diera su constitución, mas en aquellos TSJ que actúan en una Sección Única. Por ello, la solución sería entender que el art. 86.3 LJCA que regula la sección la cual es, a la vez, sección de admisión y la de enjuiciamiento. En esta línea se encuentran Cancio Fernández⁴⁴ y Cudero Blas⁴⁵.

⁴¹ QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro (2017): "El recurso de casación autonómica del orden contencioso-administrativo: su asimétrica e insatisfactoria configuración", op.cit.

⁴² CANCIO FERNÁNDEZ, R. C. (2020). 20.000 recursos de viaje casacional. Op.cit.

⁴³ NÚÑEZ JIMÉNEZ, Jose Manuel y PÉREZ GARCÍA, Manuel Luis (2017). Op. cit.

⁴⁴ CANCIO FERNÁNDEZ, R. C. (2020). 20.000 recursos de viaje casacional. Op.cit

⁴⁵ CUDERO BLAS, Jesús (2016): "El recurso de casación por infracción de normas autonómicas", op.cit.



En todo caso, el recurso deberá prepararse ante el órgano judicial que dictó la resolución, es decir, el órgano a quo, y en el escrito deberá de respetar lo dispuesto en el art. 89 LJCA⁴⁶ y necesariamente, deben ser alegadas las normas autonómicas que se entienden infringidas o en su caso la jurisprudencia emanada por el órgano judicial que es el máximo intérprete del derecho autonómico, es decir, el TSJ.

Asimismo, se requiere que el recurso de casación autonómico, al igual que el recurso de casación común, presente interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Sobre este último presupuesto el art. 88 LJCA establece las circunstancias en las que se puede apreciar la concurrencia de dicho interés casacional objetivo. Si bien, en todo caso, no hay que olvidar que estos supuestos han de estar enfocados a la infracción de normas del derecho autonómico, esto implica que exista un supuesto que no sea aplicable, que es el que se refiere a "*actuaciones reguladoras o agencias competencia de la Audiencia Nacional*". En este sentido

⁴⁶ El escrito de preparación del recurso de casación autonómico, además de presentar los elementos detallados en el art. 89 al cual nos remitimos. Se ha planteado la posibilidad de que también se apliquen las normas sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera, aprobado por unanimidad por la Sala de Gobierno del TS el 20 de abril de 2016. Publicado en el BOE el 6 de julio de 2016. Sobre esta opción se ha pronunciado RODRIGUEZ PUÑAL, Elicia (2017): "La imprecisa regulación del recurso de casación autonómico" op. cit.



se ha pronunciado Cancio Fernández⁴⁷, quien ha ratificado la importancia de que el recurso autonómico presente interés casacional objetivo, que en sus propias palabras debería de ser la "clave" de su admisión. Además, sobre esta cuestión también se han pronunciado los TSJ. Por ello, nos remitimos al estudio expuesto en el capítulo siguiente de este trabajo.

Por último, podemos resumir lo expuesto en palabras de Cudero Blas⁴⁸ que expresa que *"no existen diferencias relevantes en relación con la admisión, interposición, la deliberación y la sentencia, bien entendido, en todo caso, la limitación a las normas del derecho de la Comunidad Autónoma que preside el enjuiciamiento de la modalidad casacional que nos ocupa"*.

No podemos dejar de mencionar, que el TC⁴⁹ se pronunció también a favor de estimar la existencia de una remisión implícita del recurso de casación autonómico a las normas de recurso de casación ante el TS.

Por otro lado, nos cuestionamos que sucede en los casos que se haya interpuesto un recurso de casación autonómico y paralelamente, un recurso de casación ante el TS. Esta posibilidad se puede dar, en aquellos casos en que la sentencia recurrida infrinja, no solo la

⁴⁷ CANCIO FERNÁNDEZ, R. C. (2020). 20.000 recursos de viaje casacional. Op.cit. pp.56.

⁴⁸ CUDERO BLAS, Jesús (2016): "El recurso de casación por infracción de normas autonómicas", op.cit.

⁴⁹ STC 98/2020, fundamento jurídico cuarto.



normativa autonómica sino también el derecho estatal, procediendo el recurrente a interponer sendos recursos ante el TSJ y el TS.

En primer lugar, nos hemos planteado que sucede en aquellos casos en que la disposición autonómica, que se considera que ha vulnerado el derecho de la Comunidad Autónoma, es una reproducción de la norma estatal. En estos casos, cabe que nos preguntemos que recurso de casación cabría interponer o si sendos recursos extraordinarios serían viables.

En este punto, tenemos que traer a colación la jurisprudencia del TS dictada en relación por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana, sobre el cual, el TC se ha pronunciado en una pluralidad de resoluciones, si bien en el supuesto que nos ocupa fue cuando, a través de la STC 72/2017 declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la norma reguladora del citado tributo. Este pronunciamiento del TC, fue interpretado por los distintos TSJ de las CCAA. Posteriormente, el TS⁵⁰ armonizó las diferentes interpretaciones, llegando incluso a criticar las mismas al exponer *“la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia a la que nos hemos venido refiriendo desconoce o – al menos, lo pasa por alto- el corolario que se desprende de la declaración de inconstitucionalidad”*.

⁵⁰ ATS de 26 de junio de 2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera. Núm. Recurso 295/2017. JUR 2017/186178.



Sin embargo, debemos tener presente que la posibilidad expuesta en el párrafo anterior solo puede producirse en aquellos casos, que de acuerdo con la LJCA, tengan acceso al recurso de casación ante el TS. En esta línea, tenemos que destacar la postura que ha mantenido el Alto Tribunal sobre el recurso de casación común en aquellos supuestos en que la norma autonómica reproduce una norma estatal, la sentencia de casación de 14 de enero 2013 (núm. recurso 1574/2010, ECLI:ES:TS:2015:223), señala en su fundamentación,

“cabe recurso de casación cuando el derecho autonómico (derecho foral, en este caso) invocado infringido reproduzca normativa estatal de carácter básico y cuando se haga valer la vulneración de la jurisprudencia recaída sobre un precepto de derecho estatal que, aunque no tenga carácter básico, su contenido sea idéntico al derecho autonómico aplicado, puesto que el valor de complementar el ordenamiento jurídico que el artículo 1.6 del Código Civil otorga la jurisprudencia no desaparece por la existencia del derecho autonómico”.

Esta postura del Alto Tribunal ha sido también manifestada en la STS del 2 de febrero de 2015 (recurso de casación num. 2062/2013) en la cual se estipula que el recurso de casación contra una sentencia del TSJ, fundado esencialmente en derecho autonómico será viable, en los dos siguientes casos.

En primer lugar, *“cuando el derecho autonómico reproduzca derecho estatal”*, como hemos visto anteriormente.



En segundo lugar, *“cuando se invoque la vulneración de la jurisprudencia recaída sobre un precepto de derecho estatal, aunque no tenga carácter básico, cuyo contenido sea idéntico al derecho autonómico, puesto que el valor de complementar en ordenamiento jurídico que la art. 1.6 del Código Civil otorga a la jurisprudencia no desaparece por la existencia del derecho autonómico, luego si las normas autonómicas transcriben normas estatales, la vulneración de la jurisprudencia recaída sobre estas últimas también podrán ser motivo de casación”*.

Esta jurisprudencia consolidada del TS⁵¹, acredita que en tal caso si se puede interponer el recurso de casación común. Esto no sucede con las sentencias dictadas por los TSJ en los procedimientos de casación autonómica que no tienen acceso al recurso de casación ante el TS, es decir en aquellos casos en que la normativa autonómica vulnerada no se reproduce en una norma estatal. Pues, los TSJ son el máximo órgano judicial en materia del Derecho de la Comunidad Autónoma en su respectivo territorio. En nuestra opinión, no podemos estar más que de acuerdo con esta afirmación. Si bien, actualmente las controversias que se plantean en el recurso de casación autonómico no se producen sobre las normas del propio derecho autonómico sino sobre el art. 86.3 LJCA, o lo que es lo mismo las lagunas surgen de la escasa regulación del

⁵¹ En la misma línea jurisprudencial, ATS de 1 de octubre de 2018, recurso de queja núm. 67/2018, STS de 30 de noviembre de 2020, núm. De recurso 2994/2020.



recurso de casación por infracción del derecho autonómico.

Como consecuencia de esta situación cada TSJ ha interpretado la norma, dando lugar así a diferentes posturas jurisprudenciales, originado, en nuestra opinión inseguridad jurídica, ya que una resolución judicial en un TSJ puede ser susceptible de recurso autonómico, pero el mismo tipo de resolución en otro TSJ no tiene acceso a dicho recurso, como hemos expuesto en el epígrafe anterior.

En esta línea, Álvarez Menéndez⁵², en relación con las sentencias del TSJ sobre la interpretación de la STC 72/2017 ha declarado la inseguridad jurídica que se produce cuando unas tienen acceso al recurso y otras no. En este sentido, también se ha pronunciado Chaves García⁵³.

Asimismo, debemos estudiar la simultaneidad o la sucesiva interposición del recurso de casación común por vulneración del derecho estatal o de la Unión Europea y en recurso de casación por infracción del derecho autonómico. La LJCA guarda silencio también en este punto. Pero, parece que no hay motivos de facto para negar esta posibilidad, sin embargo, habrá que determinar cuál de ellos tienen preferencia o si deben tramitarse simultáneamente.

⁵² ÁLVAREZ MENÉNDEZ, Estefanía. "La disparidad de criterios interpretativos en torno a la casación autonómica y su enjuiciamiento constitucional op. cit.

⁵³ CHAVES GARCÍA, José Ramón (2017): "El recurso de casación autonómico reinterpretado por la Sala Madrileña", op. cit.



A priori parece lógico que deber ser preferente el recurso presentado ante el TS, en virtud de la posición que ostenta en el sistema judicial español de acuerdo con el art.123.1 CE⁵⁴. En tal caso una vez resuelto el recurso ante el TS, el TSJ deberá respetar dicha resolución⁵⁵. La mencionada cuestión ha sido resuelta en el Auto del TS de 17 de Julio de 2017 (núm. de recurso 1271/2017), que en su fundamento jurídico segundo señala,

“Con carácter general puede afirmarse que en los supuestos en los que las infracciones de normas estatales o comunitarias invocadas estén referidas a la pretensión principal y la decisión que pudiera adoptarse por el Tribunal Supremo en el recurso de casación "estatal" condicione el resultado del litigio, y consecuentemente la sentencia que pudiera recaer en el recurso de casación "autonómico", no resulta procedente una tramitación simultánea de ambos recursos, ante el riesgo de poder incurrir en sentencias contradictorias, debiendo concederse preferencia al recurso de casación estatal y dejar en suspenso la admisión del recurso de casación autonómico hasta que exista un pronunciamiento firme del Tribunal Supremo.

⁵⁴ El art. 123.1 CE establece: *“El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”*.

⁵⁵ En este mismo sentido se ha pronunciado QUINTANA CARRETERO, Op. cit.



Puede suceder, sin embargo, que las infracciones de las normas estatales denunciadas no condicionen el resultado del recurso de casación autonómico por estar referidas, como en el caso que nos ocupa, a la pretensión subsidiaria planteada en la instancia (...) el recurrente deberá dejar sentado en su escrito de preparación cuál es su pretensión concreta respecto a la preferente tramitación de uno u otro recurso, pero es al tribunal de instancia, que dictó la resolución recurrida, al que le corresponde resolver valorando las circunstancias del caso (...). En el supuesto en el que el juzgado o tribunal de instancia tenga por no preparado o cuando deje en suspenso el recurso de casación estatal, la parte recurrente, si se muestra disconforme con esta decisión, podrá recurrirla en queja ante el Tribunal Supremo, que finalmente decidirá sobre la preferente tramitación de los recursos entablados".

En virtud de la jurisprudencia expuesta está claro que, salvo excepciones, el recurso de casación ante el TS tiene una tramitación preferente, quedando el recurso autonómico en suspenso hasta la resolución del primero. No obstante, debido a la existencia de los plazos procesales para la interposición de sendos recursos, se declara por el TS, como se ha expuesto en el Auto, que el recurrente debe presentar sendos recursos ante el órgano judicial a quo.

Asimismo, la doctrina se ha pronunciado sobre este punto. Mayoritariamente⁵⁶ defienden la tesis

⁵⁶ En este sentido se han pronunciado, ARROYO, Alfonso, RODRIGUEZ FLORIDO, Iván (2018): "El nuevo recurso de casación en la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa contra las sentencias de los juzgados unipersonales op,cit.; FUENTES



mantenida por el Alto Tribunal, admitiendo que se pueden presentar sendos recursos de casación. En este sentido, Quintana Carretero⁵⁷ destaca la importancia de que el recurrente manifieste cuál de los recursos debe tener una tramitación prioritaria.

III. Estudio de la doctrina y jurisprudencia sobre el recurso de casación autonómico

A. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y análisis de la doctrina

Este capítulo está dedicado al estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el recurso de casación autonómico, la cual consta, principalmente, en dos sentencias del TC (SSTC 128/2018, 98/2020, 146/2021, de 12 de julio de 2021, 11/2021, de 25 de enero y ATC 41/2018, de 16 de abril). Asimismo, he estructurado el análisis en relación con las cuestiones jurídicas que se han planteado sobre el

I GASÓ, Josep Ramón (2019). Aval del Tribunal Constitucional al recurso de casación autonómica. op. cit.; GÓNZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2016): "Comentarios al nuevo recurso de casación (1): artículos 86 y 87 de la LJCA tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio". En *Revista Aranzadi Doctrinal*. Núm. 7/2016; CASADO CASADO, Lucía (2019). Restricciones en los recursos de los procesos contencioso-administrativos. Op cit.

⁵⁷ QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro (2017): "El recurso de casación autonómica del orden contencioso-administrativo: su asimétrica e insatisfactoria configuración", op. cit.



recurso de casación autonómico, centrándonos en las que se han sido objeto de enjuiciamiento por el TC. También, en cada uno de éstos, he considerado exponer la opinión de la doctrina sobre los mismos.

i. Regulación del recurso en norma ordinaria u orgánica

En primer lugar, la regulación del recurso de casación autonómico. Si bien, como se expuso en otro capítulo de este trabajo, es un régimen jurídico insuficiente, lo cual también ha sido reconocido por el TC. Este órgano jurisdiccional se manifestó sobre si el art. 86 LJCA, que regula el recurso de casación autonómico, incluida si composición de la Sección del TSJ que debe de conocer del mencionado recurso, debía de realizarse en una norma con rango orgánico.

En este sentido, se ha esgrimido que el art. 86.3 LJCA vulnera el art. 122.1 CE, el cual establece, "*La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia*".

La controversia jurídica se plantea en si la regulación del recurso de casación autonómico, el cual es un recurso extraordinario, inclusive sus elementos, debe de legislarse en una norma con rango orgánico. En otras palabras, si el recurso objeto de estudio de este trabajo, se halla comprendido en la reserva de ley orgánica que establece el art. 122.1 CE.



El TC en sus pronunciamientos (SSTC 128/2018 y 98/2020) ha declarado que el art. 86 LJCA es conforme a la CE. Por lo consiguiente, el máximo órgano jurisdiccional en materia constitucional ha confirmado que la regulación del recurso de casación autonómico no esta sujeta a la reserva de ley orgánica del art. 122.1 CE. El Tribunal expone, en sus resoluciones judiciales, los siguientes razonamientos jurídicos.

En primer lugar, el Pleno del Tribunal Constitucional recuerda su doctrina sobre el mandato constitucional del art. 122.1 CE destacando que el precepto se refiere al "*diseño básico de la organización judicial*"⁵⁸. Es decir, la norma orgánica del poder judicial debe establecer la estructura de los órganos judiciales, así como sus competencias, o lo que es lo mismo, las materias que tiene atribuidas. A grosso modo, la LOPJ regula un sistema judicial que incluye los aspectos generales, correspondiendo a las leyes ordinarias su desarrollo.

Asimismo, resalta el Tribunal en el fundamento jurídico cuarto de la STC 128/2018, que el límite que impone nuestra Carta Magna al legislador no es un límite al legislador orgánico, sino al legislador ordinario. Como consecuencia, en nuestra opinión, el legislador orgánico goza de un cierto grado de libertad, con ello queremos expresar que cuando se redacta una norma orgánica, además de incluir ese mínimo indispensable, que exige la materia objeto de la regulación, el legislador puede

⁵⁸ Vid. STC 98/2020, fundamento jurídico segundo.



decidir añadir aspectos más específicos, es decir que no sean únicamente las características generales.

Sin embargo, este grado de libertad no lo ostenta el legislador ordinario, que necesariamente tiene que constreñirse a aquellas materias o elementos que no estén reservados a una ley orgánica. En este sentido, destaca el TC que la LOPJ, siguiendo su reiterada jurisprudencia sobre dicha norma jurídica, al ser una ley genérica no es obligatorio que incluya, por imperativo legal, el régimen jurídico de los recursos devolutivos que corresponda conocer a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ de las Comunidades Autónomas.

Además, hay que tener presente que a la sección de casación de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ no se le atribuye competencias por la LJCA que no hayan sido previamente atribuidas al orden jurisdiccional contencioso-administrativo por la LOPJ.

Así, la reserva de ley orgánica será respetada si el desarrollo de la LOPJ que se realiza en una ley ordinaria, en materia procesal, es coherente con el sistema instaurado en dicha ley orgánica. En base a ello, el Tribunal Constitucional considera que el art. 86, concretamente el apartado tercero de la LJCA no vulnera el mandato constitucional del art. 122.1 CE al ser acorde con la LOPJ.

En segundo lugar, el TC ha declarado que las secciones que conocen del recurso de casación autonómico son secciones funcionales, en vez de secciones orgánicas, aunque el Tribunal matiza que la



diferenciación entre sendas secciones es una cuestión complicada, la realiza conforme al fin constitucional de la reserva de ley orgánica del art. 122.1 CE. Si bien, el máximo órgano judicial garante en materia constitucional realiza la siguiente distinción entre sección orgánica y sección funcional.

Como es sabido un órgano judicial, en este caso el TSJ, está integrado por distintas Salas, que, a su vez, pueden estructurarse en distintas secciones, de conformidad con la LOPJ⁵⁹.

Partiendo de estos conceptos, el TC ha diferenciado entre sección orgánica y sección funcional. La sección orgánica es aquella que consta de *“una composición y un ámbito competencial singularizados con respecto a los de las Salas de lo contencioso-administrativo”* (STC 128/2018, FJ cuarto). Mientras que, las secciones funcionales se caracterizan porque están integrados por magistrados del mismo orden jurisdiccional y no se le atribuyen el conocimiento de competencias que no sea propio de ese orden jurisdiccional en el que se integra la sección. O lo que es lo mismo, las secciones orgánicas constituyen un nuevo

⁵⁹ El art. 78 LOPJ establece *“Cuando el número de asuntos procedentes de determinadas provincias u otras circunstancias lo requieran podrán crearse, con carácter excepcional, Salas de lo Contencioso-Administrativo o de lo Social con jurisdicción limitada a una o varias provincias de la misma Comunidad Autónoma, en cuya capital tendrán su sede. Dichas Salas estarán formadas, como mínimo, por su Presidente, y se completarán, en su caso, con Magistrados de la Audiencia Provincial de su sede”*.



órgano judicial, razón que implica que sea preciso que se lleve a cabo por una norma orgánica, a diferencia de las secciones funcionales que son meras divisiones organizativas de un órgano judicial ya creado. Por ende, basta con que su regulación se realice en virtud de una ley ordinaria.

Teniendo esto en cuenta, expone el TC, que la composición de la sección que debe conocer el recurso de casación autonómico no está definida de forma reglada por el art. 86.3 LJCA, sino que el mismo se remite a criterios internos de reparto, al igual que sucede con las secciones reguladas en la LOPJ.

En segundo lugar, también es una característica común en ambas, que están compuestas por magistrados del mismo orden jurisdiccional y de la misma clase. De conformidad con estos argumentos, el TC declaró que las secciones de los TSJ a las que les corresponde conocer del recurso de casación autonómico son secciones funcionales.

Si bien, debemos realizar una breve mención, al supuesto en que la sección regulada en el art. 86.3 LJCA pueda estar compuesta por magistrados de Salas distintas. La LOPJ prevé la posibilidad de que se creen Salas de lo Contencioso-Administrativo del TSJ en una determinada provincia perteneciente a la Comunidad Autónoma con las limitaciones previstas en la normativa.

Pues bien, al constituirse la sección del mencionado art. 86.3 LJCA, con magistrados pertenecientes a distintas Salas daría lugar a un nuevo



órgano judicial, y, por ende, debería de considerarse una sección orgánica.

No obstante, considera el Tribunal Constitucional que en el supuesto de que se hubieran constituido Salas de lo Contencioso-Administrativo en el mismo TSJ, no sería un nuevo órgano judicial la Sala que se establezca, sino que se produce un desdoblamiento de la propia Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ, puesto que la distinción radica en el territorio en el que ejercen su jurisdicción (esto es, distintas provincias), pero el ámbito competencial sigue siendo el idéntico en ambas Salas.

Por ello, el TC no otorga demasiada importancia a este punto, considerándolo un aspecto más formal que sustantivo. Asimismo, en la STC 128/2018, se resalta que no sería coherente que en la LJCA algunas secciones se calificaran como orgánicas, en el caso de que existan varias Salas y otras como funcionales, puesto que dicha coyuntura es externa a la regulación del recurso de casación autonómico, y como destaca el TC, no se puede hacer pender el régimen jurídico del mencionado recurso de las circunstancias que se den en cada Comunidad Autónoma.

Por otro lado, la controversia planteada también ha sido estudiada por la doctrina. No obstante, antes de proceder al análisis de la misma hay que traer a colación los votos particulares de las SSTC 128/2018 y 98/2020.

En este punto, como ya se ha comentado, no podemos dejar de mencionar que el recurso de casación



autonómica fue regulado en virtud la LO 7/2015, la cual no solo modifica la LJCA sino también, la LOPJ, el legislador podía haber aprovechado la oportunidad de modificar dicha norma para incluir el régimen jurídico del recurso de casación autonómico.

Asimismo, favor de esta tesis, el voto particular de Juan Antonio Xiol Ríos (STC 128/2018, cuya opinión también reitera en las SSTC 98/2020 y 11/2021). El magistrado expone que el actual art. 86.3 LJCA vulnera la reserva de ley orgánica que establece el art. 122.1 CE. Concretamente, expresa que las secciones que regula el art. 86.3 LJCA son secciones orgánicas, y por tanto al no estar estipuladas en una ley orgánica no respetan la reserva a ley orgánica que establece el citado precepto de nuestra Carta Magna. El magistrado determina el carácter orgánico de las citadas secciones amparándose en los siguientes argumentos.

En primer lugar, esgrime que dicho carácter no puede determinarse, a diferencia de la postura que sostiene el Pleno del TC, porque su composición no ha sido establecida de forma reglada. Señala el autor del voto particular, que la ley lo que impone a los presidentes de las Salas es el deber de establecer el turno en cada año judicial, no se concede una potestad discrecional para que cada Presidente de la Sala pueda nombrar a los magistrados que integren las secciones.

En segundo lugar, el magistrado se opone a que las secciones reguladas en el art. 86.3 LJCA tengan el carácter funcional. Concretamente, se manifiesta contrario a la opinión sostenida por el Tribunal, la cual justifica, como hemos visto, que son secciones



funcionales al estar compuestas por magistrados del mismo orden jurisdiccional. Sin embargo, Juan Antonio Xiol Ríos explica que su composición no debería de ser lo determinante para clasificar la sección como funcional, sino que estén constituidas por magistrados que pertenezcan al mismo órgano judicial.

De conformidad con lo expuesto, el magistrado concluye que en el supuesto de que la Sala de lo Contencioso-administrativo de un Tribunal Superior de Justicia este integrado por varias Salas, como permite la LOPJ, en tal supuesto, la sección a la que le compete conocer del recurso de casación autonómico, conforme al art. 86.3 LJCA, estaría compuesta por magistrados de distintas Salas y, por tanto, por órganos judiciales diferentes.

Por último, el autor agrega en su voto particular, con la finalidad de fundamentar su decisión, que las secciones que tienen carácter orgánico, ya que tanto su competencia como su composición han sido determinadas por la ley. Destaca, en este sentido, que la competencia para conocer del recurso de casación autonómico no se halla comprendidas en las enumeradas en la propia LJCA para las Salas de los TSJ del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero, en cambio, se atribuyen a una sección.

En virtud de lo expuesto, el magistrado del TC entiende que se ha vulnerado la reserva de ley orgánica del art. 122.1 CE, ya que solo en una ley orgánica se pueden establecer secciones, que constituyan un nuevo órgano judicial.



Continuando con la línea doctrinal explicada, también debemos mencionar el voto particular formulado por el magistrado don Ricardo Enriquez Sancho a la STC 128/2018, el cual es reiterado en la SSTC 98/2020 y 11/2021.

El voto particular argumenta que el fallo de la sentencia debería de ser estimatorio, principalmente porque la regulación objeto de la cuestión de inconstitucionalidad infringe el art. 122.1 CE, por los siguientes motivos.

El magistrado comienza exponiendo el concepto de las secciones, destacando que carecen de autonomía orgánica y funcional. Además, explica brevemente que las secciones conocen de los asuntos que les corresponda, de conformidad con las normas de reparto aprobadas por las Salas de gobierno de los TSJ. Si bien, la sección que constituye el art. 86 LJCA ostenta la competencia exclusiva y excluyente de conocer del recurso de casación autonómico. Además, es competente para conocer de este recurso sobre sentencias dictadas por la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Autónoma. Produciéndose así, como alega Ricardo Enriquez Sancho, que un órgano judicial jerárquicamente inferior, como es la Sección que le compete el enjuiciamiento del recurso de casación autonómico, pueda pronunciarse sobre una resolución judicial emanada por un órgano superior, como es el TSJ. Esto causa que se vacíe de contenido el art. 122.1 CE, ya que, como esgrime el magistrado, vulnera el precepto constitucional porque corresponde a la LOPJ regular la creación de los órganos judiciales, así



como su composición y competencias, y ello no puede realizarse en virtud de una norma ordinaria, como es la LJCA.

Esta postura de los magistrados, la encontramos reflejada en la doctrina. En este mismo sentido, Álvarez Menéndez⁶⁰ sostiene que comparte la tesis de ambos magistrados y muestra su disconformidad con la fundamentación del TC, expresando que *“el TC no solo parte de una premisa errónea al interpretar que la composición de la Sección Casacional no se ha establecido de forma reglada, sino que también lo hace cuando señala que la Sección Casacional estar constituida por Magistrados del mismo orden, en todo caso”*.

Otra postura es la mantenida por Sospedra Navas⁶¹, quien sostiene que la distinción entre sección funcional y sección orgánica, entendiéndose que la sección de casación del TSJ, en el caso de que conociera de los recursos de casación autonómico interpuesto frente a las STSJ debería de ser una sección orgánica, ya que considera del magistrado que el enjuiciamiento del recurso compete a un órgano jerárquicamente superior al que dictó la sentencia, lo cual se produciría en virtud

⁶⁰ ÁLVAREZ MENÉNDEZ, Estefanía. “La disparidad de criterios interpretativos en torno a la casación autonómica y su enjuiciamiento constitucional en el ATC de 16 de abril de 2018 y en la STC de 29 de noviembre de 2018”. Op.cit.

⁶¹ SOSPEDRA NAVAS, Francisco Javier (2017): “El controvertido ámbito de las resoluciones recurribles en el recurso de casación contencioso-administrativo” op.cit.



de una sección orgánica instaurada en virtud de una ley orgánica. No obstante, como se ha expuesto en el capítulo anterior, Sospedra Navas apoya que el recurso autonómico solo puede interponerse frente a las sentencias de los Juzgados Provinciales, para ello es suficiente que conozca del mismo una sección funcional del TSJ.

Una postura que es partidaria de la tesis defendida por el Pleno del TC, es la mantenida por Quintana Carretero⁶², que considera que en nuestra Carta Magna cabe interpretar que la regulación de la Sección del art. 86.3 LJCA no está sujeta a la reserva de la ley orgánica del art. 122.1 CE, alegando el jurista que el recurso de casación autonómico sustituye a los recursos en interés de la ley y unificación de doctrina, los cuales se regulaban en una ley ordinaria.

Desde nuestro punto de vista, estamos de acuerdo con la tesis mantenida por los magistrados en sendos votos particulares y con los argumentos que expresan. Además, y de acuerdo con una interpretación lógica, el recurso de casación es un recurso extraordinario que en su origen francés, se configuró como un medio para la defensa de la ley frente a la arbitrariedad, creando un órgano jurisdiccional superior. Teniendo presente su origen, creemos que el hecho de que sea resuelto por el TSJ cuando el objeto es una resolución del mismo órgano judicial, es contrario a la

⁶² QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro (2017): "El recurso de casación autonómica del orden contencioso-administrativo: su asimétrica op. cit.



esencia del propio recurso de casación. Por ello, consideramos que se debería de constituir una Sección que ostente una jerarquía superior a la Sala o Sección del TSJ que dictó la sentencia recurrida, lo cual, exige nuestra CE que se realice en virtud de una ley orgánica.

ii. Principio de seguridad jurídica

Continuando con el análisis, nos centramos en el principio de seguridad jurídica. La cuestión de inconstitucionalidad sobre la regulación del recurso de casación autonómico se plantea si dicho régimen jurídico vulnera el principio de seguridad jurídica, el cual esta constitucionalmente garantizado en el art. 9.3 de nuestra Carta Magna.

El art. 86 LJCA, como es sabido, es bastante escueto e indeterminado rasgo que ha reconocido el propio TC en sus resoluciones judiciales. Esta característica ha causado que se cuestione si dicho precepto infringe el principio al que nos hemos referido.

El TC, en la STC 128/2018 declaró que el art. 86 LJCA no incurre en vicio de inconstitucionalidad por no ser contrario al principio de seguridad jurídica. En este sentido, entiende el Pleno del TC que, si bien el precepto cuestionado es impreciso, *“se puede realizar una interpretación sistemática del mismo que permite acortar su sentido y determinar las resoluciones judiciales que pueden ser objeto de este recurso y el órgano que ha de resolverlo (STC 128/2020)”*.



Es decir, el TC considera que es factible realizar una interpretación sistemática del precepto que permita concretar las resoluciones frente a las cuales se puede interponer el recurso de casación autonómico, cuestión que ha sido controvertida en la doctrina, a la cual se hizo referencia en el capítulo anterior de este trabajo.

Así como, determinar el órgano judicial al que le corresponde conocer del referido recurso. Además, añade, el TC que las incertidumbres que ocasione la interpretación del art. pueden ser salvadas mediante una "*interpretación perfectamente razonable*" (STC 98/2020, fundamento jurídico segundo), pudiendo acudir el órgano judicial que este conociendo del recurso de casación autonómico a la propia regulación del recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Por lo consiguiente, el TC manifiesta que es perfectamente factible acudir al régimen jurídico de este recurso de casación, con el fin de colmar las lagunas que ofrece la regulación del recurso de casación autonómico. Esta posibilidad se justifica, de conformidad con la exposición de motivos de la LO 7/2015, en la cual, brevemente, señala que la finalidad del recurso de casación autonómico es la misma que el recurso de casación ante el TS, solo que la diferencia radica, en que el primero versa sobre del derecho autonómico, y el segundo sobre el derecho estatal o de la Unión Europea. Por lo tanto, el legislador traslada al ámbito autonómico esa función nomofiláctica que ostenta el recurso de casación ante el TS.

A mayor abundamiento, en relación con la aplicación analógica de las normas del recurso de



casación ante el TS al recurso de casación autonómico, debemos traer a colación que la doctrina defiende mayoritariamente esta tesis como expusimos en el capítulo anterior.

En resumen, el TC declara que el art. 86.3 LJCA no vulnera el principio de seguridad jurídica porque es posible realizar una interpretación sistemática del mismo que permite determinar la composición de la sección casacional y las resoluciones susceptibles del recurso.

No obstante, la inseguridad jurídica que causa el art. 86.3 LJCA se produce en los elementos esenciales del recurso de casación autonómico. Mas detalladamente, en la composición de la sección casacional, en las resoluciones recurribles y, en menor medida, en la tramitación del recurso. Es más, es patente la concurrencia de esta inseguridad jurídica que podemos ver en la diversidad de posturas no solo en la doctrina científica, sino también en los propios TSJ, es decir en el conjunto de los operadores jurídicos⁶³, en el que la unanimidad versa únicamente sobre la insuficiente regulación.

Desarrollando esta cuestión, desde nuestro punto de vista, entendemos que el art. 86.3 LJCA vulnera el principio de seguridad jurídica por los siguientes argumentos.

⁶³ En este sentido, se ha pronunciado el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (sede Albacete) de 3 de mayo de 2018 (recurso núm 279/2015). FFJJ 2º y 4º.



En primer lugar, la composición de la sección regulada en el art 86.3 LJCA, en algunos TSJ, es de imposible constitución, como consecuencia de ello se produce que en dichos Tribunales tengan que acudir a normas de sustitución de magistrados previstas en el art. 199 LOPJ⁶⁴. Sin embargo, en nuestra opinión, esto causaría que para constituir la sección casacional sea necesario recurrir a magistrados de otras Salas, lo que en primer lugar causaría una falta de cualificación objetiva de los magistrados que compondrían la Sección. Por ejemplo, si uno de ellos pertenece a la Sala de lo Civil y Penal no goza de la especialización que ostentan los magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Además, hay que tener en cuenta que el recurso de casación autonómico es un recurso extraordinario, que produce una resolución firme, por ello consideramos que la resolución del mismo debe realizarse por magistrados especializados en la materia.

En segundo lugar, el art. 86.3 LJCA no estipula cuáles son las resoluciones recurribles, lo cual ha generado incertidumbre tanto en los propios TSJ que tenían que interpretar que las sentencias o autos que eran susceptibles del recurso, como en los propios recurrentes, que desconocen si tienen derecho o no a este recurso.

⁶⁴ A la aplicación del art. 199 LOPJ también se refiere QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro (2017): "El recurso de casación autonómica del orden contencioso-administrativo: su asimétrica e insatisfactoria configuración", op.cit.



Toda esta situación, desde nuestro punto de vista, ha generado una incertidumbre, que ha sido originada por la parca regulación, como consecuencia de lo expuesto entendemos que ésta infringe el principio de seguridad jurídica.

iii. Principio de igualdad y derecho a la tutela judicial efectiva

En tercer lugar, nos centramos en el principio de igualdad, reconocido constitucionalmente en el art. 14 CE. La Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha que promueve la cuestión de inconstitucionalidad, sostiene la posibilidad de que el art. 86 LJCA vulnere el principio de igualdad, ya que las dudas que plantea el precepto pueden ocasionar criterios dispares entre los TSJ de las distintas CCAA. La consecuencia de esto sería que los ciudadanos recibirían un trato diferente en función de la Comunidad Autónoma en la que residan. En este punto, el TC, en el fundamento jurídico sexto de la STC 128/2018 considera que el principio de igualdad tampoco ha sido infringido, esgrimiendo dos razonamientos.

En primer lugar, el vicio de inconstitucionalidad, en tal supuesto, no recae en la norma jurídica cuestionada, sino en su propia aplicación. Lo cual se salvaría, señala el TC, a través del recurso de amparo.

El segundo argumento, se fundamenta en la independencia judicial. Es decir, cada juez goza de independencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, siempre que ésta sea razonable y



dentro del marco constitucional. Por lo consiguiente, no se produce una desigualdad por interpretar o aplicar la misma ley de manera distinta a similares hechos, sino que cada órgano judicial, dentro de su independencia, interpreta y aplica el art. 86 LJCA, pero necesariamente ha de cumplir con el criterio de la razonabilidad.

A sensu contrario, existe una postura doctrinal⁶⁵ que entiende que el art. 86.3 LJCA vulnera el principio de igualdad. El principal argumento es que el TC manifestó que se debe realizar una interpretación sistemática del mencionado precepto. Si bien esto se traduce en que cada TSJ realice su propia interpretación, produciéndose así la existencia de interpretaciones bastantes dispares sobre el art. 86.3 LJCA que causa en los ciudadanos una discriminación, ya que en algunas CCAA el recurso puede prosperar y en otras no. La continuación del procedimiento del recurso en tales casos no depende de si el mismo cumple con los presupuestos exigidos, sino que procederá su inadmisión por causas ajenas al mismo, es decir, porque su régimen jurídico no es viable que se acate en algunos TSJ como en el extremeño, en el cual no es posible la constitución de la Sección Casacional.

En nuestra opinión, no podemos estar más de acuerdo con esta tesis. Además, si consideramos que el recurso de casación autonómico está pensado para los TSJ con varias Salas o Secciones⁶⁶ supondría excluir de

⁶⁵ Defendida por FUENTES I GASÓ, Josep Ramón (2019). Aval del Tribunal Constitucional al recurso de casación autonómica. Op. cit.

⁶⁶ Este planteamiento fue manifestado por el TSJ Extremeño, y sobre el cual se pronuncia igualmente HUERTA GARICANO,



la posibilidad de conocer de estos recursos a los TSJ de una Sala o Sección única, lo que, a su vez, entendemos que causaría vetar a los ciudadanos de dichas CCAA de su derecho de acceso al recurso, ocasionando asimismo una discriminación entre los ciudadanos. Así, en función de la CCAA en la que reside el ciudadano tendrá o no acceso al recurso de casación autonómico lo que, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) de los ciudadanos que no tendrían la posibilidad de interponer el mencionado recurso.

En estos casos, en que un TSJ inadmite un recurso de casación autonómico, el TC expone que el ciudadano tiene a su disposición el recurso de amparo, como mecanismo para garantizar sus derechos fundamentales, en el caso que nos ocupa el derecho a la tutela judicial efectiva.

No obstante, es nuestro parecer entender que imponer a ciudadanos la carga de acudir a otro procedimiento judicial, cuando la causa de la decisión del TSJ se debe a la insuficiente regulación del art 86.3 LJCA es desproporcionada. Cuando el TC, ha tenido ocasiones para realizar una interpretación sistemática del precepto clara que garantizase la uniformidad en la interpretación del mismo, y el TC ha desaprovechado dichas oportunidades. Por los motivos expuestos creemos que

Inés (2019). La doctrina jurisprudencial en materia de admisión en el nuevo recurso de casación. En V jornadas sobre el control jurisdiccional de las administraciones públicas. Palma 21 de marzo de 2019.



urge una nueva regulación del recurso de casación autonómico que resuelva las lagunas que ha generado la actual⁶⁷.

Por último, la cuestión de inconstitucionalidad también plantea que el art. 86 LJCA incurra en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 CE. Concretamente, se señala una posible infracción de derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y del derecho de acceso al recurso. En cuanto a este segundo, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del TC, es un derecho que se halla embebido en el derecho a la tutela judicial efectiva, es decir que se incluye en el mismo. No obstante, es un derecho de configuración legal, por lo que compete al legislador determinar su alcance, o lo que es lo mismo los casos en que procede y los requisitos o criterios que se deben cumplir. Por ende, la escasa regulación del recurso de casación autonómico no afecta, o mejor dicho no produce una vulneración del derecho de acceso al recurso, puesto que ambos son de configuración legal.

⁶⁷ En este sentido se han posicionado numerosos juristas, como FUENTES I GASÓ, Josep Ramón (2019). Aval del Tribunal Constitucional al recurso de casación autonómica. Op. cit. HUERTA GARICANO, Inés (2019). La doctrina jurisprudencial en materia de admisión en el nuevo recurso de casación. Op. cit. QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro (2017): "El recurso de casación autonómica del orden contencioso-administrativo: su asimétrica e insatisfactoria configuración", op.cit; CASADO CASADO, Lucía (2019). Restricciones en los recursos de los procesos contencioso-administrativos. En 20 años de la Ley op. cit.



Por otro lado, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, se esgrime su vulneración por la composición de la sección que debe resolver el recurso de casación ante el TSJ, la cual tiene que realizarse en virtud de una ley. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha que promueve la cuestión alega que cuando concurren varias secciones que integren la misma la Sala, el art. 86 LJCA establece que corresponde a la Sala de Gobierno determinar los magistrados que integraran esta sección. Sin embargo, el TC entiende que la composición de la sección se realiza en virtud de una norma con rango de ley, como es la LJCA, por ello, no tiene cabida esta cuestión. Por todo ello, el TC ha declarado que no hay una violación del art. 14 CE.

Además, como expone el propio TC⁶⁸, la creación del recurso de casación autonómico puede considerarse como un medio útil para alcanzar la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho autonómico, siendo coherente que competa a los TSJ de las CCAA.

En este sentido, debemos traer a colación la STC 146/2021, de 31 de julio de 2021. Brevemente, es un recurso de amparo interpuesto frente a auto que deniega el recurso de queja, el cual trae causa, en un auto del TSJ de Cataluña que inadmite un recurso de casación autonómico. El recurso de amparo alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al recurso. El TC remite a las SSTC 128/2018 y 98/2020 y declara la estimación del recurso

⁶⁸ STC 128/2018, fundamento jurídico séptimo.



de amparo. Concretamente, fundamenta su decisión en su doctrina, en la que se ha manifestado que no es posible entender que las sentencias dictadas por la Sala o Secciones de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ no sean susceptibles de recurso de casación autonómico, puesto que, en tal caso, el resultado de ello sería contrario a la finalidad que persigue el art. 86 LJCA, la cual es garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho autonómico. De manera análoga, a la que tiene el TS sobre el derecho estatal o el derecho de Unión Europea a través del recurso de casación.

B. Análisis de las posturas de los distintos Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas

La CE de 1978 garantiza el derecho a la autonomía de acuerdo con el art. 2 de nuestra Carta Magna. A nivel judicial, se ha traducido en la existencia de los TSJ, los cuales culminan la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma (art. 152 CE) y a los que les corresponden ser el máximo intérprete de su respectivo derecho autonómico. Esta situación se ha traducido en la existencia de 17 TSJ, que en relación con el art. 86.3 LJCA, dado las dudas que presenta el precepto, ha originado diversas posturas jurisprudenciales entre los mismos.

Por ende, pasamos a realizar un análisis de los distintos pronunciamientos de los TSJ. Podemos diferenciar las siguientes posturas, al igual que han realizados otros autores.



En primer lugar, la postura más extremista era la de los TSJ de Extremadura y el TSJ de La Rioja⁶⁹. El TSJ extremeño, inadmitió un recurso de casación autonómico interpuesto contra una sentencia del mismo propio TSJ. Los argumentos son los siguientes.

Primeramente, que la LOPJ no atribuye a las Salas de lo Contencioso-administrativo la competencia para conocer de este recurso, en segundo lugar, que la finalidad del recurso de casación autonómica de garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas autonómicas se cumple con la sentencia recurrida que fue dictada por el Pleno de TSJ extremeño, por lo tanto, el recurso, en este caso, carece de sentido.

En tercer lugar, se expone la imposible constitución de la sección casacional que se regula en el art. 86.3 LJCA, la cual exige cinco miembros para su constitución. El TSJ extremeño actúa en una Sección Única, por lo consiguiente los magistrados que habían dictado la sentencia recurrida, serían los mismos que deberían conocer del recurso de casación autonómico y no cabía la posibilidad de acudir a la sustitución de los magistrados, porque en tal caso habría que reemplazar

⁶⁹ Los Autos del TSJ de Extremadura y del TSJ de la La Rioja no hemos podido encontrarlos, si bien conocemos los argumentos expresados a través de artículos doctrinales y en el caso del TSJ a través del ATC 41/2018. Sin embargo, tenemos que descartar el cambio de postura de este último, de acuerdo con las Sentencias del TSJ Extremeño que hemos analizado.



a todos los integrantes de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura.

A colación de lo anterior, el TSJ extremeño considera que la competencia de la Sala no puede ser desarrollada por otras Salas del TSJ ni por magistrados de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, puesto que esto vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Concluye el órgano judicial extremeño que el recurso de casación autonómico está pensado para TSJ que esté integrados por varias Salas de lo contencioso-administrativo o varias secciones.

Con base en estos argumentos, el TSJ extremeño inadmitió el recurso de casación autonómico haciendo patente su inviabilidad en los TSJ con una composición de la Sala de lo Contencioso-Administrativo inferior a cinco magistrados.

La Junta de Extremadura presentó un recurso de amparo ante el TC interpuesto contra el ATSJ Extremadura, el cual fue inadmitido por el TC en el auto 41/2018, al que ya nos referimos al estudiar los problemas que plantea la composición de la sección casacional. El TC inadmitió el recurso de amparo al entender que el TSJ extremeño realiza una interpretación del art. 86.3 LJCA razonable y coherente. En otras palabras, el TC considera que es constitucional la inadmisión del recurso de casación autonómico porque la finalidad del recurso "*que en palabras del propio TC*", quedó ya satisfecha en la Sentencia dictada por el Pleno de esa Sala de lo Contencioso-Administrativo.



Sin embargo, a mayor abundamiento en la postura del TSJ extremeño⁷⁰ ha declarado que las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que contengan una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales y susceptibles de extensión de efectos, tampoco es viable interponer el recurso de casación autonómico.

El órgano judicial extremeño lleva a cabo una interpretación literal del art. 86.1 LJCA, entendiendo que la Sala Tercera del TS es el único competente para conocer del recurso de casación interpuesto contra las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados Provinciales. Además, alega que si la LOPJ le atribuye competencia para enjuiciar el recurso de casación debe ser en virtud de una ley orgánica. Por último, señala el TSJ extremeño que la norma que no regula la tramitación del recurso de casación autonómico.

Esta resolución judicial también fue objeto de un pronunciamiento del TC, la Junta de Extremadura interpuso un recurso de amparo, estimado en la STC 99/2020⁷¹ de 22 julio. El TC declara que el TSJ de Extremadura realiza una interpretación literal del art. 86.3 LJCA causa un resultado que es contrario al derecho

⁷¹ En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 144/2020, de 19 de octubre de 2020, publicada en el BOE núm. 305 de 20 de noviembre de 2020 (pág. 103041 a 103049). Con los votos particulares del XIOL RÍOS, J. A. y ENRÍQUEZ SANCHO, R. ECLI:ES:TC:2020:144.



de acceso al recurso (art. 24.1 CE), y no se ha tenido presente la remisión implícita a la regulación del recurso de casación ante el TS. Por lo consiguiente, al inadmitir el recurso sin que concurra una causa legal, se vulnera el art. 24 CE.

Como consecuencia de la STC, el TSJ extremeño⁷² ha emendado su postura, admitiendo el recurso de casación autonómico interpuesto contra las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, siempre que acredite el cumplimiento de los demás presupuestos legales exigidos. Desde nuestro punto de vista, este cambio de doctrina implica que el TSJ extremeño se situó en la misma situación que el TSJ catalán.

En esta misma postura, anterior al mencionado cambio, nos encontramos con el TSJ de La Rioja, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal está compuesta por dos magistrados, y un magistrado suplente adscrito a otro orden jurisdiccional. Por ende, es absolutamente inviable la constitución de la sección casacional del art. 86.3 LJCA. A pesar de los intentos de dicha sala por constituir la Sección⁷³, con magistrados de Salas de lo Contencioso-Administrativo de otros TSJ

⁷² *Vid.* Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura 1018/2020, de 10 de diciembre de 2020, nº recurso 2/2018 ECLI:ES:TSJEXT:2020:1018; 1016/2020, de 10 de diciembre de 2020, nº recurso 3/2020 ECLI:ES:TSJEXT:2020:1016; 1015/2020, 10 de diciembre de 2020, nº recurso 1/2020 ECLI:ES:TSJEXT:2020:1015.

⁷³ Acta 2/2018 de la Sala de Gobierno del TSJ La Rioja celebrada el 22 de febrero de 2018 (expediente 189/2016).



en comisión de servicios por el CGPJ rechazó esta posibilidad.

Desde nuestro punto de vista, en estos casos consideramos que el art. 86.3 LJCA vulnera los principios de seguridad jurídica, de igualdad, así como el derecho a la tutela judicial efectiva. En primer lugar, el legislador no tuvo en cuenta que la sección casacional no iba a poder constituirse en TSJ, como de la Rioja o Extremadura, produciéndose así, a nuestro entender una vulneración del principio de igualdad que gozan todos los españoles, en algunos territorios si tienen acceso al recurso de casación y en otro no. Causando, además, la infracción del derecho de acceso al recurso, es decir del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). En segundo lugar, con los casos de estos TSJ queda patente que la insuficiencia de la regulación origina inseguridad jurídica en los propios pareceres jurídicos, de ahí la necesidad de una nueva regulación.

En segundo lugar, la postura mantenida por el TSJ de Cataluña, este órgano judicial admite el recurso de casación autonómico, ya que si es posible la constitución de la Sección Casacional. Sin embargo, no es admisible en relación con las propias sentencias, únicamente lo ha admitido contra sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que contengan una doctrina gravemente perjudicial para los intereses generales y que sean susceptibles de extensión de efectos⁷⁴.

⁷⁴ *Vid.* Autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 694/2017, de 18 de julio de 2017, núm. de recurso 11/2017.



El TSJ catalán argumenta (auto del TSJ de Cataluña 18/2017, de 28 noviembre) lo siguiente. Primeramente, esgrime que la Sección Casacional al resolver el recurso de casación autonómico interpuesto frente una sentencia del propio TSJ Cataluña implicaría que la sección casacional se situase jerárquicamente por encima del propio TSJ, lo cual, exigiría que la Sección se hubiera constituido por una norma orgánica, de acuerdo con el art. 122.1 CE.

En esta línea, el TSJ catalán alega que en su sala existe un reparto de asuntos especializados por materias, por lo que pretender que sobre una de sus resoluciones vuelva a pronunciarse otra sección del mismo Tribunal la cual esta compuesta por magistrados no especializados. Es probable que se produzca una contradicción en la Sección Casacional (magistrados no especializados) y la sección especializada que ha dictado la sentencia objeto del recurso de casación autonómico, considerado el TSJ catalán que esta situación es contraria a los principios de organización judicial, más cuando la Sección de la Sala especializada de lo Contencioso-Administrativo está garantizando la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho autonómico. O lo que es lo mismo, está cumpliendo la finalidad del recurso de casación autonómico.

En segundo lugar, el TSJ catalán manifiesta que el art. 86 LJCA no delimita expresamente el recurso de

ECLI:ES:TSJCAT:2017:694A; 678/2017, de 28 de noviembre de 2017, núm. de recurso 1/2017, nº resolución 18/2017 ECLI:ES:TSJCAT:2017:678A.



casación autonómico por lo que no puede entenderse incluidas las sentencias de los TSJ como resoluciones recurribles. En último lugar, el TSJ de Cataluña también expone que a su juicio, la *“sección de casación con prevalencia funcional sobre las demás Salas y Secciones del mismo Tribunal no solo carece de soporte en la legislación orgánica judicial, sino que sería contradictoria con la nueva regulación introducida por el art. 264 LOPJ”*⁷⁵.

Con todo ello el TSJ catalán expone la insuficiente regulación del recurso de casación autonómico, la cual ha generado contradicciones en la organización judicial vulnerando así los principios esenciales de la organización judicial. Esta postura reiterada del TSJ Catalán, ha sido objeto de pronunciamientos del TC⁷⁶. El TC ha declarado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art 24 CE), concretamente del derecho de acceso al recurso. El TC recordando su doctrina, que expusimos en el epígrafe anterior, considera que el TSJ catalán realiza una interpretación errónea del art 86 LJCA, la cual se apoya en un conjunto de argumentos que son contrarios a la propia finalidad del recurso de casación autonómico, que de acuerdo con el mismo TC

⁷⁵ Vid. Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 678/2017, de 28 de noviembre de 2017, recurso de queja 1/2017. JUR 2018/109757. ECLI:ES:TSJCAT:2017:678A. FJ 4.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2021, de 25 de Enero de 2021. ECLI:ES:TC: 2021:11. En el mismo sentido, Sentencia Tribunal Constitucional 163/2021, de 4 de octubre de 2021. ECLI:ES:TC: 2021:163.



“esta modalidad de impugnación es el instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho, en este caso del derecho autonómico” (STC 11/2021). Asimismo, el TC pone de relieve que el TSJ catalán no ha cumplido con las exigencias de remisión implícita y configuración paralela. Así las cosas, el TC declaró que la postura mantenida por el TSJ catalán es inconstitucional.

Actualmente, el TSJ catalán ha cambiado su postura acogiendo íntegramente la tesis del TC lo cual queda patente como se muestra en las recientes resoluciones judiciales⁷⁷.

En tercer lugar, la postura mayoritaria en los TSJ de las CCAA es aquella que admite el recurso de casación autonómico frente a sentencias de los Juzgados Provinciales y Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del TSJ, en este último en dos circunstancias. El primer caso, cuando concurren sentencias contradictorias entre las sentencias de las Salas o Secciones de lo contencioso-administrativo del TSJ en la interpretación de normas del derecho autonómico. O bien, en el segundo supuesto, cuando la sentencia del TSJ se apartase deliberadamente de la postura mantenida sobre la normativa autonómica existente.

⁷⁷ *Vid.* Autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 946/2022, 7 de noviembre de 2022 nº recurso 27/2022 ECLI:ES: TSJCAT:2022:946A; 758/2022, 28 de septiembre de 2022 nº recurso 21/2022. ECLI:ES: TSJCAT: 2022:758A; 285/2023, 16 de mayo 2023, recurso número 4/2023 ECLI:ES: TSJCAT:2023:285A



Esta tesis fue asumida por el TSJ de Madrid, en el Auto de 17 de Mayo 2017 (nº recurso 10/2017)⁷⁸, en el cual declara la existencia del recurso de casación autonómica a pesar de su insuficiente regulación legal. En relación con las sentencias recurribles en casación autonómica, el TSJ madrileño destaca que no tiene ningún obstáculo para admitir que las sentencias de los Juzgados Provinciales son recurribles en los mismos casos y mismas condiciones que se exigen en el recurso de casación ante el TS. Por otra parte, le TSJ madrileño también reconoce la recurribilidad de las sentencias del propio TSJ, en supuestos en que las distintas Salas o Secciones dicten resoluciones que fijen una interpretación de la normativa autonómica contradictoria ante situaciones sustancialmente iguales, en aras que de estas contradicciones sean subsanadas y así "salvaguardar el interés general en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico conforme a los principios de legalidad, certeza y seguridad jurídica.

Además, el TSJ de Madrid en el mencionado Auto también expuso la necesidad de que el recurso de casación autonómico presente interés casacional, con remisión implícita a las normas que regulan el recurso de casación ante el TS.

⁷⁸ En el mismo sentido, *vid.* Autos del Tribunal Superior de Madrid 535/2022, de 14 de noviembre de 2022, nº recurso 11/2022 ECLI:ES: TSJM:2022:535A; 528/2022, 21 de julio 2022 nº recurso 8/2022 ECLI:ES: TSJM:2022:528A.



Esta misma postura que el TSJ Madrileño ha defendido, también ha sido adoptada por los siguientes; el TSJ del País Vasco⁷⁹, el TSJ de la Comunidad Valenciana⁸⁰, el TSJ de Galicia⁸¹, el TSJ de Castilla y León⁸², el TSJ de Castilla La Mancha⁸³, el TSJ de

⁷⁹ *Vid.* Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 9/2018, de 2 de marzo de 2018, nº de recurso 5/2018. ECLI:ES: TSJPV: 2018:9A. Sobre la necesidad de que concurra el interés casacional objetivo Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 308/2020, de 1 de diciembre de 2020, nº recurso 43/2020. ECLI:ES: TSJPV: 2020:308A. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1252/2021, de 28 de abril de 2021, nº recurso 36/2020. ECLI:ES: TSJPV:2021:1252.

⁸⁰ *Vid.* Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 70/2017, de 30 de noviembre de 2017, nº de recurso 403/2017. ECLI:ES: TSJCV: 2017:70A. Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 76/2023, de 17 de julio de 2023, recurso 260/2023. ECLI:ES: TSJCV:2023:76A. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 796/2023, de 16 de mayo de 2023, nº recurso 513/2022 ECLI:ES: TSJCV:2023:796.

⁸¹ *Vid.* Autos del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 275/2017, de 5 de julio de 2017, nº de recurso 4184/2017 ECLI:ES: TSJGAL:2017:275A. y 53/2021, de 8 de marzo de 2021, nº de recurso 4304/2020 ECLI:ES: TSJGAL:2021:53A.

⁸² *Vid.* Autos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 111/2017, 1 marzo de 2017, nº de recurso 1/2016 ECLI:ES:TSJCL:2017:111A y 92/2017, 11 de octubre de 2017, nº recurso 106/2017 ECLI:ES:TSJCL:2017:92A.

⁸³ *Vid.* Auto del Tribunal Superior de Castilla La Mancha 121/2019, de 20 de diciembre de 2019 nº recurso 4/2019 ECLI:ES:TSJCLA:2019:121A



Navarra⁸⁴, el TSJ de Andalucía⁸⁵, el TSJ de las Islas Baleares⁸⁶ y el TSJ de Canarias⁸⁷. Además, tenemos que traer a colación el cambio de postura que ha realizado el TSJ de Asturias⁸⁸, el cual a través del Acuerdo del Pleno

⁸⁴ *Vid.* Autos del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 20/2018, de 9 de marzo de 2018, nº recurso 513/2018 ECLI:ES:TSJNA:2018:20A (cita el ATSJM 170/2017); 21/2022, de 8 de abril de 2022, nº recurso 41/2022 ECLI:ES:TSJNA:2022:21A; 26/2020, de 3 de mayo de 2022, nº de recurso 85/2022 ECLI:ES:TSJNA:2022:26A.

⁸⁵ *Vid.* Autos del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 215/2018, de 5 de febrero de 2018 nº recurso 10/2017 ECLI:ES:TSJAND:2018:215A; 216/2018, 5 de febrero de 2018 nº recurso 13/2017 ECLI:ES:TSJAND:2018:216A; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 9447/2020, 9 de julio 2020, nº recurso 1/2018 ECLI:ES:TSJAND:2020:9447.

⁸⁶ *Vid.* Autos del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares 1/2019, de 19 de febrero de 2019 nº recurso 408/2018 ECLI:ES:TSJBAL:2019:1A; 7/2023, 2 de marzo de 2023 nº recurso 5/2022 ECLI:ES:TSJBAL:2023:7A, en el FJ 1ª "en definitiva, el recurso de casación autonómico queda ceñido a los casos de contradicciones que pudieran darse entre una y otra de esas secciones funcionales". Quedando así el recurso de casación autonómico contra las STSJ limitado a los casos en que se acrediten contradicciones entre las Secciones, al igual que su homóloga madrileña.

⁸⁷ *Vid.* Auto del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias 8/2019, de 14 de mayo de 2019 nº recurso 1/2019 ECLI:ES:TSJICAN:2019: 1ª, el Auto admite el recurso de casación autonómico y se resuelve en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias 3906/2020, de 28 de febrero de 2020 ECLI:ES:TSJICAN:2020:3906.

⁸⁸ *Vid.* Auto del Tribunal Superior de Asturias 3/2022, de 7 de enero nº recurso 6/2021 ECLI:ES:TSJAS:2022:3A, el cual



modificó su posición, siguiendo actualmente, la tesis de TSJ madrileño.

La postura minoritaria es aquella que se pronuncia a favor de no limitar el objeto del recurso de casación autonómico. Es decir, consideran que este recurso es análogo al recurso de casación ante el TS, lo cual implica que se admitirá el recurso de casación autonómico siempre que el mismo acredite los requisitos que se exigen al recurso de casación común. Por lo consiguiente, se podrá interponer contra las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y los autos y sentencias de los propios TSJ, sin la limitación que se ha establecido en el TSJ de Madrid para éstas

aplica la postura asentada por el TSJ de Asturias en el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 15 de julio de 2021, de unificación de criterios sobre el recurso de casación autonómica.



últimas. En esta postura nos encontramos con el TSJ de Cantabria⁸⁹ y el TSJ de Aragón⁹⁰.

Como punto común entre los TSJ, podemos destacar la necesidad de que el recurso de casación autonómico presente interés casacional objetivo, es una característica que hemos apreciado reiteradamente en

⁸⁹ *Vid.* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 6/2018, 23 de noviembre de 2018 nº recurso 79/2018 ELCI:ES:TSJCAN:2018:6A, consta el Voto particular de la magistrada CASTANEDO GARCÍA, ESTHER, que manifiesta que la regulación contenida en el 86.3 LJCA es insuficiente y produce lagunas. Además, entiende que la composición exigida en el precepto es de imposible constitución en los TSJ que actúen en una Sala o Sección Única y en aquellos los magistrados sean reducidos, puesto que el recurso de casación autonómico interpuesto contra Sentencias del propio TSJ sería difícilmente que pueda conocer el recurso cinco magistrados que no hubieran formado parte de la resolución objeto del mismo. Por todo ello, la magistrada aboga por no admitir el recurso de casación autonómico contra las sentencias del TSJ. El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 7/2018, de 3 de diciembre de 2018 nº recurso 162/2018 ELCI:ES:TSJCAN:2018:7A, consta el Voto Particular de la magistrada PENIN ALEGRE, Clara, que expone los mismos razonamientos que CASTANEDO GARCÍA, concluyendo que, si las STS no son susceptibles de casación, análogamente las STSJ tampoco debería de serlo.

⁹⁰ *Vid.* Autos del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 1/2018, de 15 de febrero de 2018, nº recurso 241/2017 ECLI:TSJAR:2018:1A; 270/2022, 21 de diciembre de 2022 nº recurso 4/2020 ECLI:TSJAR:2022:270A; 271/2022, 21 de diciembre de 2022 nº recurso 5/2020 ECLI:TSJAR:2022:271A.



los Autos de los TSJ⁹¹, la cual, en bastantes casos, la no concurrencia del mismo ha dado lugar a la inadmisión del recurso. Asimismo, con carácter general, se acude a la propia jurisprudencia del TS sobre su interpretación de los supuestos en que concurre el interés casacional objetivo con la finalidad de aplicarlo, adaptándolo previamente, al recurso de casación autonómico. Puesto que hay casos que no se pueden dar, como, por ejemplo, el previsto en el art. 88.3. d LJCA.

Como conclusión, en nuestra opinión, destacamos la importante labor de los TSJ, que han intentado arrojar luz a las incertidumbres que ha originado la parca regulación del recurso de casación autonómico. En esta línea, se ha seguido mayoritariamente la postura del TSJ de Madrid, la cual creemos que es la tesis que intenta conjugar la jurisprudencia del TC sobre la norma jurídica y su aplicación efectiva, siempre con la finalidad de garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho autonómico, o lo que es lo mismo, acatando el objetivo que estableció el legislador cuando regulo el recurso de casación autonómico. Por ello, esperamos que los TSJ que aún no abogan por esta postura cambien su parecer. En este sentido, la aplicación de la jurisprudencia del TC en los TSJ de Extremadura y Cataluña⁹² parece que los ha conducido a mantener una postura similar al TSJ madrileño.

Por último, realizamos una breve mención a la ausencia de resoluciones judiciales sobre el recurso de

⁹¹ *Vid.* En los Autos citados previamente.

⁹² En este sentido se pronuncia también APARICIO, Emilio (2020): "La casación autonómica. Actualización", op. cit.



casación autonómico del TSJ de Murcia, lo cual nos resulta, cuanto menos, llamativo.

IV. Conclusiones

1ª) La regulación del recurso de casación por infracción del derecho autonómico es escueta y absolutamente insuficiente, como ha sostenido la doctrina unánimemente. Lo cual, también se ha reflejado notoriamente en las sentencias de los distintos TSJ. Motivo, por el cual creemos que es necesario que se realice una reforma del art. 86.3 LJCA, como ya lo puso de manifiesto la propia Sala Tercera del TS y numerosos juristas, como hemos expuesto.

2º) La composición de la Sección que debe conocer del recurso de casación autonómico ha originado dudas en la doctrina y en los propios TSJ. También, destacamos que sobre esta cuestión el TC no ha dado una interpretación clara del art. 86.3 LJCA. Tenemos que diferenciar los TSJ en los que esta Sección si es posible que se forme y en los que no. En cuanto a los primeros, no nos plantea duda alguna, como, por ejemplo, en el TSJ de Madrid, cuya Sala de lo Contencioso-Administrativo esta integrada por 50 magistrados, aproximadamente. En relación con los segundos, en nuestra opinión, entendemos que se debería de abogar por el criterio de sustitución de magistrados, como prevé el ar. 199 LOPJ. Aunque, no es una solución que nos satisfaga plenamente, si consideramos que un remedio transitorio, mientras se realice una nueva regulación del recurso de casación autonómico.



La sustitución de magistrados creemos que es un “mal” preferible a que en dichos TSJ no se pueda conocer del recurso de casación autonómico, lo cual causaría una quiebra en el principio de igualdad entre los españoles, desde nuestro punto de vista.

3º) Las resoluciones susceptibles del recurso de casación autonómico:

- En primer lugar, nosotros nos situamos en la postura mayoritaria que considera que las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo son susceptibles del mencionado recurso, al igual que la postura del TSJ de Madrid. Básicamente, entendemos que excluir estas resoluciones sería contrario a la propia finalidad del recurso.
- En segundo lugar, los autos de los TSJ, al igual que Ruiz López también estamos a favor de que sean susceptibles del recurso.
- En tercer lugar, las sentencias de los TSJ. Nosotros abogamos considerar que éstas pueden ser objeto del estudiado recurso, pero únicamente en aquellos casos que contengan una doctrina gravemente perjudicial para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos, o bien exista una jurisprudencia contradictoria entre las Salas o Secciones del mismo TSJ.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

4º) El procedimiento del recurso de casación sobre el cual realizamos las siguientes consideraciones:

- En nuestro parecer, entendemos que hay una remisión implícita al recurso de casación ante el TS, siempre y cuando, se adapten las mismas a las circunstancias del recurso de casación autonómico. Por lo consiguiente, nos posicionamos, en este punto a favor de la tesis mantenida por el TC.
- En relación con la simultaneidad del recurso de casación ante el TS y el recurso de casación autonómico. Optamos por considerar que uno de ellos tiene que ostentar preferencia en la tramitación. Aunque por razón de los plazos procesales deban presentarse juntamente. En cuanto a la preferencia, creemos que debe ser el recurrente quien decida, con el beneplácito del órgano judicial que haya dictado la resolución objeto del recurso, que en su defecto, será quien declare cual tiene una tramitación preferente.

5º) La constitucionalidad del art. 86.3 LJCA, realizamos las siguientes conclusiones:

- El rango de ley ordinaria del precepto opinamos que vulnera el principio de reserva de ley orgánica del art. 122.1 CE. Principalmente, en aquellos casos en que se recurre en casación una sentencia de un TSJ que actúa en una Sala o Sección Única,



ya que para constituir la Sección Casacional sería necesario acudir a magistrados de otros órganos judiciales, y, además, esta sección se sitúa en un plano jerárquicamente superior al TSJ que dictó la sentencia recurrida, lo cual debería de realizarse en virtud de una norma orgánica.

- El principio de seguridad jurídica entendemos que ha sido vulnerado por el art. 86.3 LJCA. Como hemos manifestado, la regulación del recurso de casación tan breve, que no ha fijado claramente la composición de la sección casacional, ni tampoco las resoluciones recurribles o la tramitación del procedimiento. Todo ello, ha generado una incertidumbre en los operadores jurídicos, lo cual es patente en las distintas posturas de los TSJ.
- El principio de igualdad, en nuestra opinión también ha sido infringido. Respetamos profundamente la independencia judicial, pero entendemos que la diversidad de interpretaciones de los TSJ relativas al art. 86.3 LJCA, no a la normativa autonómica, no permite garantizar la igualdad de todos los ciudadanos. Puesto que, en algunas CCAA si gozan del recurso de casación autonómico mientras que en otras las resoluciones del mismo órgano judicial no tienen ese acceso. Esta situación, a su vez, produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.



5º) Las posturas de los TSJ expuestas, desde nuestro punto de vista, nos acercamos más a la del TSJ madrileño.

6º) Como conclusión, creemos que el recurso de casación autonómico necesita un urgente y necesaria reforma para poder garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho autonómico en todas las CCAA.

V. Referencias

A. Bibliografía

ÁLEGRE ÁVILA, Juan Manuel (2020): "El recurso de casación autonómica: déficit legislativo, vigencia constitucional y tutela judicial efectiva". Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Págs. 1-31

ÁLEGRE ÁVILA, Juan Manuel (2019): "El recurso de casación autonómica: déficit legislativo, vigencia constitucional e incertidumbre aplicativa (a propósito de la Sentencia Del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2018, con una referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 10 de diciembre de 2018)", Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, págs. 1-65.

ÁLVAREZ MENÉNDEZ, Estefanía. (2019). "La disparidad de criterios interpretativos en torno a la casación



autonómica y su enjuiciamiento constitucional en el ATC de 16 de abril de 2018 y en la STC de 29 de noviembre de 2018". *Nueva Época- nº 11*, Abril-septiembre, 2019. ISSN: 1989-8975 (págs. 75-95).

APARICIO, Emilio (2020): "La casación autonómica. Actualización", en Almacén de Derecho, de 27 de agosto de 2020. <https://almacenederecho.org/la-casacion-autonomica-actualizacion> Consultada el 23 de septiembre de 2023.

APARICIO, Emilio (2018): "La casación autonómica", en Almacén de Derecho, 30 de agosto de 2018 (ww.almacenederecho.org). <https://almacenederecho.org/la-casacion-autonomica> Consultada el 23 de septiembre de 2023

ARROYO, Alfonso, RODRIGUEZ FLORIDO, Iván (2018): "El nuevo recurso de casación en la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa contra las sentencias de los juzgados unipersonales: una visión practica tras más de un año desde su entrada en vigor", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1

CANCIO FERNÁNDEZ, R. C. (2020). 20.000 recursos de viaje casacional. Tirant lo Blanch.

CASADO CASADO, Lucía (2019). Los recursos en el Proceso Contencioso-Administrativo: restricciones y limitaciones. Tirant lo Blanch.

CASADO CASADO, Lucía (2019). Restricciones en los recursos de los procesos contencioso-administrativos. En 20 años de la Ley de lo Contencioso-



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

administrativo: actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Murcia, 8-9 de febrero de 2019 / coord. por Fernando López Ramón, Julián Valero Torrijos, 2019, ISBN 9788473516808.

CHAVES GARCÍA, José Ramón (2017): "El recurso de casación autonómico reinterpretado por la Sala Madrileña", entrada en el Blog "de la Justicia.com. El rincón jurídico de José R. Chaves", de día 2 de junio de 2017 (www.delajusticia.com). Consultada 23/09/23.

CUDERO BLAS, Jesús (2016): "El recurso de casación por infracción de normas autonómicas", en *El Derecho: Noticias Jurídicas y Actualidad Jurídica*, Tribuna, 10/08/16.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2015): "Sobre la eficiencia de la jurisdicción contenciosa administrativa y el nuevo recurso de casación "para la formación de jurisprudencia", en *Revista española de derecho administrativo*. ISSN 0210-8461, nº174, págs. 93-132.

FUENTES I GASÓ, Josep Ramón (2019). Aval del Tribunal Constitucional al recurso de casación autonómica. En 20 años de la Ley de lo Contencioso-administrativo: actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Murcia, 8-9 de febrero de 2019 / coord. por Fernando López Ramón, Julián Valero Torrijos, 2019, ISBN 9788473516808.

GÓNZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2016): "Comentarios al nuevo recurso de casación (1): artículos



86 y 87 de la LJCA tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio". En *Revista Aranzadi Doctrinal*. Núm. 7/2016.

HERRERA CASTILLO, Jorge (2018): Capítulo XII "Los recursos contra las resoluciones judiciales. Especial referencia al recurso de casación" en Judith Gfreu Forn (dir.), *Ligitación Administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 423-466.

HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo (2016): El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, Barcelona, Bosch.

HUERTA GARICANO, Inés (2019). La doctrina jurisprudencial en materia de admisión en el nuevo recurso de casación. En V jornadas sobre el control jurisdiccional de las administraciones públicas. Palma 21 de marzo de 2019.

JIMÉNEZ SHAW, Concepción, NAVARRO CABALLERO, María Teresa (2017): El nuevo recurso de casación contenciosa-administrativa, 2ª Edición, Murcia, Diego Marín.

LOZANO CUTANDA, Blanca, BLAS GALBETE, Ander (2020): "El recurso de casación autonómico tras las Sentencias del Tribunal Constitucional 98/2020 y 99/2020". *Diario La Ley*. Nº 9718

PENÍN ALEGRE, Clara (2017): "Las competencias del tribunal de instancia ante la preparación del recurso de casación (o de las cookies informáticas), en Mª Belén Navarro Vega (coord.), Recientes reformas de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. El recurso de



casación y la ejecución de las sentencias de derribo. XV. Curso sobre la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 115-150.

QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro (2018): "El recurso de casación autonómica del orden contencioso-administrativo", en Raúl César Cancio Fernández, Luis María Cazorla Prieto (dirs.), *El interés Casacional Objetivo en su Interpretación Auténtica. Pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación contenciosa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, págs. 293-323.

QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro (2017): "El recurso de casación autonómica del orden contencioso-administrativo: su asimétrica e insatisfactoria configuración", en *El Derecho: Noticias Jurídicas y Actualidad Jurídica*, Tribuna, 3 de noviembre de 2017.

QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro (coord.), CASTILLO BADAL, Ramón, ESCRIBANO TESTAUT, Pedro (2016), *Guía Práctica del recurso de casación contencioso-administrativo*, Madrid, Dykinson.

RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2018): "Primer balance del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo", en *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 110-1, págs. 239-282.

RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2016): "El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativo tras la Ley Orgánica 7/2015", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-1, págs. 135-178.



RODRIGUEZ PUÑAL, Elicia (2017): "La imprecisa regulación del recurso de casación autonómico", en *Actualidad Jurídica de Aranzadi*, núm. 926, 27 de enero.

RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel (2016). La Reforma del Recurso de Casación Contencioso Administrativo. Tirant Lo Blanch.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2017): "Pero, ¿qué ocurre con la casación autonómica?", *Diario La Ley*, núm. 9027, Sección Tribuna, 24 de julio.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco Javier (2017): "El controvertido ámbito de las resoluciones recurribles en el recurso de casación contencioso-administrativo", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3

B. Doctrina administrativa

Problemas interpretativos de la nueva regulación de la casación contenciosa administrativa. Documento de trabajo de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

AA.VV. (2013): Velasco Caballero, Francisco (presidente). Informe explicativo y propuesta de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Ministerio de Justicia. Elaborado por la Sección Especial de la Comisión de Codificación creada por Orden Ministerial de 11 de julio de 2012.



LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

D^a Almudena Monge González

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

Resumen: La incorporación de la perspectiva de género en los contratos públicos es una herramienta esencial para lograr una compra pública responsable, resultando crucial en el contexto de la Unión Europea, toda vez que produce un aumento en la capacidad productiva y mejor relación calidad-precio, permite aprovechar el gasto público y una asignación más justa de los recursos económicos, ayuda a cumplir los objetivos de la estrategia de la UE para 2020-2025, garantiza unos salarios legales y permite la integración profesional y social de mujeres con discriminación múltiple.

El presente estudio comienza con acercarse al concepto de perspectiva de género, lleva a cabo un diagnóstico de situación en relación a la existencia de desigualdad entre hombres y mujeres, se introduce en el estudio de la Unión Europea del caso de España, indicando cuáles son las dificultades para la implantación de una compra pública responsable con perspectiva de género (GRPP) y analiza las fases del procedimiento de contratación en



las que cabe incluir cláusulas de género, permitiendo llegar a unas conclusiones al respecto.

Palabras claves: Contratación pública, perspectiva de género, economía social, igualdad efectiva, inserción laboral, compra pública estratégica, transversalidad, cláusulas de género.

Abstract: The incorporation of the gender perspective in public contracts is an essential tool to achieve responsible public purchasing, being crucial in the context of the European Union, since it produces an increase in productive capacity and a better quality-price ratio, allows Taking advantage of public spending and a fairer allocation of economic resources helps to meet the objectives of the EU strategy for 2020-2025, guarantees legal salaries and allows the professional and social integration of women with multiple discrimination.

The present study begins by approaching the concept of gender perspective, carries out a diagnosis of the situation in relation to the existence of inequality between men and women, is introduced into the study of the European Union in the case of Spain, indicating what the difficulties for the implementation of responsible public procurement with a gender perspective (GRPP) and analyzes the phases of the contracting procedure in which gender clauses can be included, allowing conclusions to be reached in this regard.

Keywords: Public procurement, gender perspective, social economy, effective equality, job placement,



strategic public purchasing, transversality, gender clauses.

Sumario: I. PRESENTACION. II. MARCO LEGAL. III. PERO, ¿QUE ES LA PERSPECTIVA DE GENERO? IV. EXISTENCIA DE DESIGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN NUESTRA SOCIEDAD. DIAGNOSTICO DE SITUACION. V. RAZONES POR LAS QUE LA CONTRATACION PUBLICA SENSIBLE AL GENERO ES CRUCIAL EN EL CONTEXTO DE LA UNION EUROPEA. VI. CONTRATACION PUBLICA Y PERSPECTIVA DE GENERO EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE DE CONTRATOS DE SECTOR PUBLICO: 1.- ESTUDIO EN LA UNION EUROPEA DEL CASO DE ESPAÑA. 1.1 Marco legal favorable. 1.2 No desarrollo de la inclusión de la perspectiva de género en la contratación pública por la Administración estatal. 1.3 Comunidades Autónomas y capitales de provincia. 1.4 Ventajas del modelo de la transversalidad de género adoptado por las CCAA, Diputaciones y Ayuntamientos. 1.5 Dificultades para la implantación de la GRPP en España. 2.- BREVES COMENTARIOS AL ART. 1 DE LA LCSP (OBJETO Y FINALIDAD) EN RELACION CON LA INCORPORACION DE CLAUSULAS DE GENERO. 3.- FASES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACION EN LAS QUE CABE INCLUIR CLAUSULAS DE GENERO. 3.1 FASE DE PRE-CONTRATACION: PREPARACION DE PLIEGOS. 3.1.1 Análisis de la prestación contractual. 3.1.2 Descripción del objeto del contrato con perspectiva de género (art. 99 LCSP).3.1.3 Justificación del expediente y necesidades a satisfacer con perspectiva de género.



3.1.4. Etiquetas sociales, de género y ecológicas y certificaciones de igualdad. 3.2 FASE DE ADMISION. 3.2.1 Prohibiciones para contratar. 3.2.2 Solvencia Técnica con perspectiva de género. 3.3. FASE DE LICITACION. 3.3.1 Criterios de adjudicación. 3.3.2 Criterios de preferencia o desempate. 3.3.3. Condiciones especiales de ejecución. 3.4. FASE DE EJECUCION: VERIFICACION. 3.4.1. Calificación de criterios relacionados con la igualdad como obligaciones contractuales esenciales. 3.4.2 Establecimiento de penalidades y opción de resolución en caso de incumplimiento. 3.4.3 Establecimiento de verificadores específicos para cada cláusula de género. 3.4.4 Asignación de la responsabilidad de comprobación y control a la persona responsable del contrato o la unidad de seguimiento. 3.4.5 La carga de la prueba y la obligación de acreditar el cumplimiento de las cláusulas de igualdad. VII. CONCLUSION. VIII. BIBLIOGRAFIA. IX. ABREVIATURA.

I. PRESENTACION

El presente documento ha sido elaborado como Trabajo Fin de Master dentro de la última etapa del Master de Contratación Pública llevado a cabo por la Universidad de Castilla-La Mancha y que me ha permitido indagar, con datos concretos, sobre la situación real en la que nos encontramos y hacia donde nos tenemos que dirigir.



Efectivamente, afronto el marco legal, a fin de despejar si es favorable y propicio para la incorporación de la perspectiva de género en la contratación pública, si bien, para entender, es necesario reflexionar sobre el concepto de perspectiva de género y contrastar o llevar a cabo un diagnóstico de situación sobre la existencia o no de desigualdad entre mujeres y hombres en nuestra sociedad, así como plantearnos si dicha incorporación es o no beneficiosa, en definitiva, si resulta útil.

Finalmente, es importante destacar todas y cada una de las fases del proceso de contratación en que dicha perspectiva de género ha de ser introducida para que se obtengan los resultados pretendidos y que sea real y efectiva.

II. MARCO LEGAL

Es antigua la discusión sobre la legalidad de la integración de la perspectiva de género en los contratos públicos, resuelto por la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, como del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aplicando la llamada discriminación positiva o acción positiva.

Efectivamente, dichos Tribunales resuelven la cuestión sobre dos bases importantes: la **"Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer"** aprobada el 18 de diciembre de 1.979, que establece que *"no deben entenderse discriminatorias aquellas medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre*



hombres y mujeres"; y la "**Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**" que señala que *"el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado"*.

A nivel normativo español, el punto de arranque lo constituye **Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (LOIEMH)**, mediante la cual, los poderes públicos promueven la incorporación de criterios de igualdad en los procesos de contratación. Dicha normativa acoge de forma explícita acciones positivas a favor de las mujeres con la finalidad de hacer efectivo el "derecho constitucional de igualdad" corrigiendo "situaciones patentes de desigualdad de hecho" respecto de los hombres, aspiración que concreta su art. 42, no tratándose de un mecanismo neutro, sino que resulta un instrumento que utiliza el sexo como criterio de diferenciación, favoreciendo a un colectivo en detrimento del alternativo. Por ello, se trata de un mecanismo de corrección excepcional y es necesario que la necesidad de su aplicación se encuentre justificada, superando el examen de razonabilidad y proporcionalidad¹. Dicho esto, es necesario destacar dos de sus artículos:

¹ CABALLERO SANCHEZ, R: "La integración del principio de igualdad en las distintas políticas públicas sectoriales", en AA.VV (MONTROYA MELGAR, A., Dir.) Igualdad de mujeres y hombres (Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres). Madrid (Civitas), 2007, pág. 241



a) De un lado, **el artículo 33**, relativo a los contratos de las Administraciones públicas que permite establecer condiciones especiales en la ejecución de los contratos que celebren con el fin de promover la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público.

b) De otro, **el artículo 34**, relativo a los contratos de la Administración General del Estado que ordena un mandato anual al Consejo de Ministros a fin de que, a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determine los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos, que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.

Dicha normativa, si bien pionera, resultaba poco avanzada, toda vez que solo se refiere a condiciones de ejecución, por lo que ha sido desarrollada por las administraciones públicas autonómicas y locales, estableciendo procedimientos o redactando guías específicas para la incorporación del principio de igualdad en los contratos públicos, pudiendo indicar que, al momento actual, todas han legislado sobre la materia, a excepción de **Galicia y Murcia** que no hacen ninguna referencia en sus leyes de igualdad a la incorporación de



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

criterios de género en contratos, así como **Madrid y la Rioja** que ni siquiera disponen de ley autonómica sobre igualdad entre mujeres y hombres, así, tenemos

COMUNIDAD AUTONOMA	CONTRATOS PUBLICOS
ANDALUCIA. Ley 12/2007, de 26 de noviembre	Art. 12 Carácter preceptivo
ARAGON. Ley 7/2018, de 28 de junio	Art.25. Carácter preceptivo
ASTURIAS. Ley 2/2011, de 11 de marzo	
BALEARES. LEY 11/2016, de 28 de julio	Art.24. Carácter preceptivo
CANARIAS. LEY 1/2010, de 26 de febrero	Art. 13. Carácter optativo
CANTABRIA. Ley 2/2019, de 7 de marzo	Art. 25. Carácter optativo
CASTILLA-LA MANCHA. Ley 12/2010, de 18 noviembre	Art. 38 Carácter optativo
CASTILLA Y LEON. Ley 1/2003, de 3 de marzo	Arts. 14 y 16. Mera referencia
CATALUÑA. Ley 17/2015, de 21 de julio.	Art. 10. Carácter preceptivo
C.VALENCIANA. Ley 9/2003, de 2 de abril	Art. 46. Criterio de desempate
EXTREMADURA. Ley 8/2011, de 23 de marzo	Art. 30. Carácter preceptivo



NAVARRA. Ley Foral 17/2019, de 4 de abril	Art. 17. Carácter preceptivo
PAIS VASCO. Ley 4/2005, de 18 de febrero	Art. 21. Carácter preceptivo

Al momento actual, **la referida normativa y discusión se encuentra superada con la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), mediante la cual se transpone al ordenamiento español la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero**, incidiendo en el deber de que toda contratación pública incorpore criterios sociales, como la igualdad de género y medioambientales, así, señala la referida Directiva expresamente en su considerando segundo que >>*la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada "Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador" como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos*<<. Cabe destacar entre los objetivos principales de dicha Directiva, la introducción de medidas tendentes a la garantía social de las condiciones laborales de las personas trabajadoras al servicio de las empresas contratistas o concesionarias, buscando una mejor adecuación del parámetro calidad-precio a la hora de prestar el servicio público, dedicando especial atención a la inserción laboral igualitaria y la mejora de



la calidad del trabajo de las mujeres en nuestro país, intentando corregir una situación de partida desfavorable.²

Dicha normativa se complementa con otras disposiciones sobre contratación pública que también resultan relevantes para la GRPP (siglas en inglés de Gender Responsive Public Procurement; en castellano, compra pública responsable con perspectiva de género), señalando, entre otras:

- El RD 94/2018, que desarrolla el art. 22 de la ley de contratos del sector público mediante la creación de una Comisión Interministerial para la inclusión de criterios o cláusulas sociales en la contratación pública.
- El plan para impulsar la compra pública estratégica y compras socialmente responsables, establecido mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2.019.
- El Real Decreto 901/2020 que exige a las empresas con más de 50 trabajadores en plantilla disponer de un Plan de Igualdad para contratar con las administraciones públicas.
- El Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2020, por el que se aprueba el III

² FERRANDO GARCIA, F y RODRIGUEZ ECIO, M.M: "Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: un ejemplo de la controversia entre las libertades económicas y la protección frente al *dumping social*" en AAVV. (GARCIA ROMERO B. y PARDO LÓPEZ, M.M., Dirs.): *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*. Pamplona (Aranzadi), 2017.



Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado que incluye el uso eficiente de los fondos públicos mediante la inclusión de cláusulas para garantizar el cumplimiento del principio de igualdad en la contratación pública.

Finalmente, no hay que olvidar la aprobación por la UE de los Fondos de Recuperación Next Generation, como instrumento para paliar la crisis ocasionada por la pandemia Covid-19, que va a permitir a España movilizar un volumen de inversión en los próximos años de hasta 160.000 millones de euros entre transferencias y créditos. Así, tenemos los casi 70.000 millones de euros en transferencias movilizados en la primera fase del Plan, mediante la asignación definitiva realizada el 30 de Junio de 2022, a los que se suman los 7.700 millones de euros más en transferencias, otros 2.600 millones de euros para inversiones en el ámbito energético a través del programa RePowerEU y 84.000 millones de euros en préstamos³.

Dichos fondos tienen como núcleo o eje la igualdad de género para llevar a cabo tanto las reformas estructurales como de inversión, resultando decisivo la inclusión de cláusulas relativas a igualdad de género en la contratación pública para reducir las desigualdades sociales y de género, resultando necesario la inclusión de las mismas.

³ Informe de ejecución del Plan de recuperación. Febrero 2023. Agenda 2030. Gobierno de España



III. PERO, ¿QUE ES LA PERSPECTIVA DE GENERO?

La **LOIEMH** no da un concepto de perspectiva de género, por lo que tenemos que acudir a las leyes autonómicas, entre ellas, la **Ley 2/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha** (LOIMHCLM) donde se indica, en lo que aquí interesa que

1.- A efectos de esta Ley, se entenderá por perspectiva de género el análisis de la realidad social que surge al considerar las diferentes situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de las mujeres y de los hombres, atendiendo a los distintos modos y valores en los que han sido socializados

2. El resultado de aplicar la perspectiva de género a una actuación normativa se denomina informe de impacto de género.

3. Todos los anteproyectos de ley, disposiciones de carácter general y planes que se sometan a la aprobación del Gobierno de Castilla-La Mancha deberán incorporar un informe sobre impacto por razón de género que analice los posibles efectos negativos sobre las mujeres y hombres y establezca medidas que desarrollen el principio de igualdad.

4.- Para garantizar la eficacia en la incorporación de la perspectiva de género los poderes públicos incluirán sistemáticamente la variable sexo en las estadísticas, encuestas y registros públicos autonómicos.



5.- Las Administraciones públicas castellano-manchegas incluirán en las estadísticas indicadores de género que posibiliten un mayor conocimiento de las diferencias en los valores, roles, situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de las mujeres y los hombres y la influencia de estos indicadores en la realidad a analizar, como establece el artículo 20 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

6.- La transversalidad de género es la incorporación de la perspectiva de género, integrando el principio de igualdad de género en todas las políticas y programas, a todos los niveles, y en la planificación, ejecución y evaluación de la acción pública.

La razón de ser de esta ausencia de definición podríamos atribuirla a que la ley estatal es legislación básica, regula los mínimos que han de ser garantizados a todas las personas con independencia de donde residan, facultando a las Comunidades Autónomas para que, de forma potestativa, amplíen dichos derechos reconocidos.

Su origen lo encontramos en el marco de la Organización de Naciones Unidas, destacando la **Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres de 1979** y las **cuatro conferencias mundiales sobre la mujer, concretamente la Cuarta, celebrada en Pekín en 1.995**, que fue la que perfiló el principio de transversalidad de género como estrategia para hacer efectivo el principio de igualdad, resultando también necesario tener en cuenta que el **Consejo Económico y**



Social (ECOSOC) de las Naciones Unidas aprobó las conclusiones convenidas 1997/2 sobre la incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas y programas del sistema de las Naciones Unidas en sus sesiones de coordinación el 18 de julio de 1997.

La importancia de la estrategia de incorporación de la perspectiva de género fue reiterada por la Asamblea General en su vigésimo tercer período extraordinario de junio de 2000, y en resoluciones posteriores. En 2004, el Consejo examinó la aplicación de las conclusiones convenidas 1997/2. La **resolución más reciente sobre la integración de la perspectiva de género fue aprobada en la sesión sustantivo de 2006 del ECOSOC (resolución 2006/36).**

En el ámbito de la Unión Europea hay que hacer referencia, como punto de partida, a **las Directivas 2002/73 CE de reforma de la Directiva 76/207/CEE** relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional de las condiciones de trabajo; la **Directiva 96/97/CEE** sobre inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón del sexo; la **Directiva 2004/113/CE** sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro; y la **Directiva 2006/54/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y educación.



Sentado lo anterior, la perspectiva de género es una categoría analítica que acoge todos aquellos métodos destinados al estudio de las construcciones culturales y sociales propias para las mujeres y hombres, e *"implica tomar en consideración las diferencias de condiciones, necesidades, índices de participación, acceso a los recursos y desarrollo, control de la riqueza, poder y toma de decisiones etc... entre hombres y mujeres debidas a los roles que tradicionalmente se les han asignado"* ⁴ la perspectiva de género en la contratación pública consiste en integrar la visión de género en todos los estadios del proceso de contratación con el fin de utilizar la contratación pública para promover la igualdad de las mujeres y hombres lo que implica la recogida de información sobre la situación social de las mujeres y hombres en el ámbito en el que la política debe desplegar sus efectos⁵ .

Los poderes públicos, por mandato constitucional, tienen el deber de actuar, remover los obstáculos existentes y promover la igualdad en todas sus actuaciones, para su incorporación en la contratación pública, debiendo aplicar dos principios establecidos en la LOIEMH:

- a) De un lado, **la acción positiva**, previsto en el art. 11, y que supone la aplicación de una

⁴ Fuente: Instituto de las Mujeres. Escuela virtual de igualdad. Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres: conceptos fundamentales y situación general en España. Pag. 19

⁵ Guía para la incorporación de la perspectiva de género en los contratos públicos 2018. Generalitat de Catalunya. Institut Català de les Dones. Pag. 6



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

medida diferenciadora de carácter temporal encaminada a paliar la desigualdad previa de un colectivo discriminado o desfavorecido.

b) De otro, **la transversalidad o mainstreaming**, previsto en el art. 15, que constituye una metodología de actuación, situando la igualdad de oportunidades para ambos sexos como objetivo prioritario que ha de ser incorporado en todas las políticas y en todos los niveles de decisión.

IV. EXISTENCIA DE DESIGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN NUESTRA SOCIEDAD. DIAGNOSTICO DE SITUACION.

Algunos datos a tener en cuenta

CONCEPTO	TOTAL	HOMBRES	MUJERES
1,- TASA DE ACTIVIDAD⁶	58,55	63,18	54,18

⁶ Primer trimestre 2023. Encuesta de población activa. INE. La tasa de actividad se refiere al porcentaje de población activa, es decir, a quienes tienen un empleo remunerado o lo están buscando, pero no computa a todas aquellas que no buscan empleo.



2,- TASA DE PARO⁷	13,26	11,57	15,13
3,- TASA DE EMPLEO DE LA POBLACION⁸	50,78	55,87	45,99
4,- AFILIADOS A LA SEG.SOCIAL⁹	20.815.399,00	10.992.516,00	9.822.883,00
5,- JORNADA PARCIAL¹⁰	2805,3	714,9	2.090,4
5,1. ENSEÑANZAS		136,3	193,7
5,2 INCAPACIDAD		16,9	25,8
5,3. CUIDADO DE NIÑOS Y ENFERMOS		24,6	352,9
5,4 OTRAS OBLIGACIONES FAMIL.O PERS		39,1	148,5
5,5. NO ENCUENTRAN TRABAJO A JORNADA COMPLETA		359,2	1027
5,6 NO QUIEREN TRABAJO A JORNADA		44,7	174,2

⁷ Primer trimestre 2023. INE. La tasa de paro expresa la proporción de personas desempleadas respecto al total de las personas activas.

⁸ Primer trimestre 2023 INE

⁹ Ministerio de inclusión Social y Migraciones. Mayo 2023

¹⁰ EPA Primer trimestre 2.023



COMPLETA			
5,7. OTROS MOTIVOS		92,4	162,8
5,8 NO SABE EL MOTIVO		1,7	5,6
6. CONTRATACION INDEFINIDA¹¹		7.600	6.750,4
7. CONTRATACION TEMPORAL¹²		1.325	1.672,6

Además, señalar otros, tales como:

1.- La brecha salarial en España entre hombres y mujeres es de 4.915 €¹³

2.- España es el segundo país de la Unión Europea con mayor tasa de paro femenino.¹⁴

3.- Más de 500.000 mujeres españolas no buscan empleo ni trabajan por estar al cuidado de niños, adultos, enfermos, incapacitados o mayores, mientras que el número de hombres sólo alcanza los 48.700.¹⁵

¹¹ Instituto Nacional de Estadística. Primer trimestre 2023.

¹² Instituto Nacional de Estadística. Primer trimestre 2023

¹³ Datos del personal técnico del Ministerio de Hacienda (Gestha)

¹⁴ Junio 2022. Eurostat. Estadística de la Unión Europea.

¹⁵ Estudio Covid-19 y desigualdad de género en España. Esade 2021.



4.- España se encuentra a la cola de Europa en la implantación de medidas de conciliación.¹⁶

5.- El 70 % de las horas dedicadas al trabajo doméstico no remunerado recae en las mujeres.

6.- La pobreza afecta más a las mujeres que a los hombres, pues en España hay 640.000 mujeres más que hombres en situación de exclusión social.¹⁷

7.- La tasa de riesgo de pobreza de los hogares monoparentales encabezados por mujeres alcanza el 52 %, frente al 25 % de los encabezados por hombres.¹⁸

8.- Dentro de las personas discapacitadas con empleo el 60 % son hombres y el 40 % mujeres.¹⁹

9.- Las mujeres perciben de media una pensión por jubilación un 40 % más baja que la de los hombres, así, 877 €/mes frente a 1.332 €/mes que perciben los hombres.²⁰

10.- Sólo un 26 % de cargos de gerencia de las empresas contratistas son mujeres y sólo el 16,5% de

¹⁶ Informe de Unicef: ¿Son los países ricos más favorables a las familias? 2020.

¹⁷ Décimo informe de la Red Europea de Lucha contra la pobreza y la Exclusión Social en el Estado Español.2020.

¹⁸ Instituto de las Mujeres. Estudio. "Las familias monoparentales en España. Una retrospectiva".2021.

¹⁹ INE. Empleo de personas con discapacidad. 2020.

²⁰ Datos de la Seguridad Social. Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones.2022



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

los contratos de gran importe económico tienen en sus equipos a una mayoría de mujeres.²¹

11.-España ocupa el sexto puesto en el índice de igualdad de género de la Unión Europea.²²

12.- La brecha de género²³ en el uso de internet se ha ido reduciendo progresivamente en los últimos años, si bien, hay áreas donde persisten, siendo relevante tomar en cuenta:²⁴

- El 92,8 % de las mujeres españolas de 14 a 74 años usan internet, al menos, una vez a la semana, dos décimas por debajo de los hombres, si bien, pese a esta casi paridad en la frecuencia del uso, se detecta distancia en las actividades desarrolladas, pues los hombres superan a las mujeres en 6,9 puntos porcentuales en videojuegos y en 4,4 en música, mientras que las mujeres superan a los hombres en actividades relacionadas con la salud, así, 6,4 puntos porcentuales más en concertación de citas con el

²¹ Informe para documentar los desafíos y oportunidades para empoderar a las empresas dirigidas por mujeres de Value for Women y Open Contracting Partnership (OCP).

²² Instituto Europeo de la Igualdad de Género. (Eige)

²³ Brecha de género: Concepto que hace referencia a las diferentes posiciones de mujeres y hombres y a la desigual distribución de recursos, acceso y poder en un determinado contexto.

²⁴ Informe de la brecha digital de género 2023 del Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (ONTSI). Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.



médico o 5,4 puntos en el acceso a registros médicos personales.

- En la compra de bienes físicos con medios electrónicos es similar con un 54,3% de mujeres y un 54% de hombres.

- La diferencia a favor de los hombres es mayor en competencias digitales por encima de las básicas, así de 2,5 puntos en España y 3,8 en toda la UE.

- Sólo el 17,8 % de las mujeres susceptibles de trabajar tienen formación en ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas, siendo de señalar que en el año 2.020 había 12,3 graduadas en estas materias por cada mil habitantes de ese intervalo de edad frente al 29,2 graduados, resultando una mayor diferencia por género en las ramas de Informática (13,5 %) e Ingeniería (27,9 %).

- Sólo un 19,4 % de especialistas en tecnologías digitales son mujeres, siendo los hombres los que cuentan un mayor salario en este sector, si bien, esta brecha es más grande en el resto de la UE que en España.

- De los delitos sexuales cometidos en Internet el 70,3 % tuvieron como víctimas a mujeres.

Planteadas así estas premisas, basadas en datos objetivos, resulta evidente la existencia brecha de género (brecha digital de género y brecha salarial de género, entre otras) en nuestra sociedad, desigualdades entre hombres y mujeres en la distribución de recursos, acceso y poder, constituyendo la discriminación salarial



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

una de las manifestaciones de segregación del mercado laboral en nuestro país, pues

a) De un lado, tenemos **la segregación vertical**, que se manifiesta en el llamado techo de cristal, que dificulta el acceso y permanencia de las mujeres en puestos cualificados, así como en el llamado suelo pegajoso, pues las mujeres son empleadas mayoritariamente en puestos de baja cualificación.

b) De otro, **la segregación horizontal o discriminación sectorial**, pues los hombres se emplean de forma mayoritaria en sectores tradicionalmente masculinizados, con salarios más elevados, mientras que a las mujeres se las reserva, igualmente de forma mayoritaria, empleos tradicionalmente feminizados, que poseen salarios más bajos y condiciones más precarias.

Son los poderes públicos los que han de potenciar políticas públicas que eliminen dichas desigualdades, siendo una excelente oportunidad la contratación pública toda vez que las administraciones públicas, a través de ella, conforman el primer agente económico (invierten el 15 % del PIB), generando dicho presupuesto cientos de miles de empleos, afectando a las condiciones laborales, a las personas beneficiarias, a la ciudadanía y a la sociedad en general, otorgándolas la legislación de contratos públicos capacidad para que incorporen criterios, exigencias y objetivos de género en los pliegos.



V. RAZONES POR LAS QUE LA CONTRATACION PUBLICA SENSIBLE AL GENERO ES CRUCIAL EN EL CONTEXTO DE LA UNION EUROPEA

Los contratos públicos desempeñan una importante función en las economías de los Estados miembros y constituyen uno de los principales vectores del crecimiento económico, creación de empleo e innovación, siendo de señalar que en España, en el año 2021, el nivel de gasto en contratación pública alcanzó el 11,49 % del PIB y el 22,71 % del total del gasto público²⁵ y a nivel de la Unión Europea representa el 16 % de su PIB²⁶, estando reconocido que la igualdad de género es un importante motor de crecimiento económico²⁷, señalando la Estrategia de Igualdad de Género de la Comisión para 2020-2025²⁸, sobre la base de un estudio del Instituto Europeo de Igualdad de Género (EIGE)²⁹, que " *la igualdad de género propicia la creación de puestos de trabajo y productividad*".

²⁵ Informe Anual de la Supervisión de la Contratación Pública en 2021, publicado en Octubre 2022. Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

²⁶ Parlamento Europeo. Ficha temática sobre la UE. Area de economía.

²⁷ FMI. Las mujeres, el trabajo y la economía. Beneficios macroeconómicos de la equidad de género, diciembre de 2.013

²⁸ COM (2020) 152 final.

²⁹ EIGE. Economic, benefits of Gender Equality in the European Union



Así, dicho estudio estima que la mejora en igualdad de género podría dar lugar para el año 2050, a un aumento del PIB per cápita de la UE del 6,1 al 9,6 %, lo que supondría un impacto potencial en el PIB de algunos Estados de hasta el 12 % del PIB. **Véase Ilustración 1 al final del epígrafe.**³⁰

Sobre este estudio y el publicado en Diciembre de 2021 el Instituto Europeo para la Igualdad de Género señala hasta *"cinco razones por las que la contratación pública sensible al género es crucial en el contexto de la UE"*, los cuales exponemos de forma resumida³¹

1.- El GRPP produce un aumento en la capacidad productiva y una mejor relación calidad-precio, de forma que la UE podría producir a nivel nacional más bienes y servicios y sería más competitiva en los mercados internacionales.

2.- Permite aprovechar el gasto público y lograr una asignación más justa de los recursos económicos, mejorando el nivel de vida tanto de mujeres como de hombres.

³⁰ FUENTE EIGE. Economic, benefits of Gender Equality in the European Union. En el índice de igualdad publicado por este Instituto los Estados miembros se han agrupado en función de su nivel de igualdad de género en el ámbito laboral. El impacto elevado se cifra alrededor del 12 % y el reducido alrededor del 4 %

³¹ <https://eige.europa.eu>



3.- Ayuda a cumplir los objetivos de la estrategia de igualdad de género de la UE para 2020-2025, así como el objetivo 5 de desarrollo sostenible de la ONU.

4.- Permite garantizar que los salarios pagados sobre la base de los contratos públicos sean legales y adecuados, evitando que los licitadores eludan sus obligaciones sociales, cuestión relevante en sectores de salarios bajos como la limpieza, restauración, centros de atención telefónica y cuidado de menores, en los que la fuerza principal está representada por mujeres, así como en aquellos contratos que se ejecutarán en países en vías de desarrollo o sectores con desigualdades significativas en materia de género.

5.- Permite la integración profesional y social de mujeres con discriminación múltiple, estamos hablando de mujeres con discapacidad, inmigrantes y desempleadas de larga duración.

6.- Permite a los compradores públicos que influyan en el mercado para alcanzar prácticas laborales aceptables, así como que promuevan de forma más inclusiva las oportunidades de contratación, capacitación y promoción, permitiendo que los organismos públicos garanticen que los contratos subcontratados dispongan de estándares de empleo similares a los de los trabajos del sector público, toda vez que el sector privado tiene una brecha salarial mayor que el del sector público.

7.- Apoya los esfuerzos hacia la contratación socialmente responsable y sostenible, dando cumplimiento a la meta 12.7 de la agenda 2030 de las Naciones Unidas, cuyo objetivo es promover prácticas

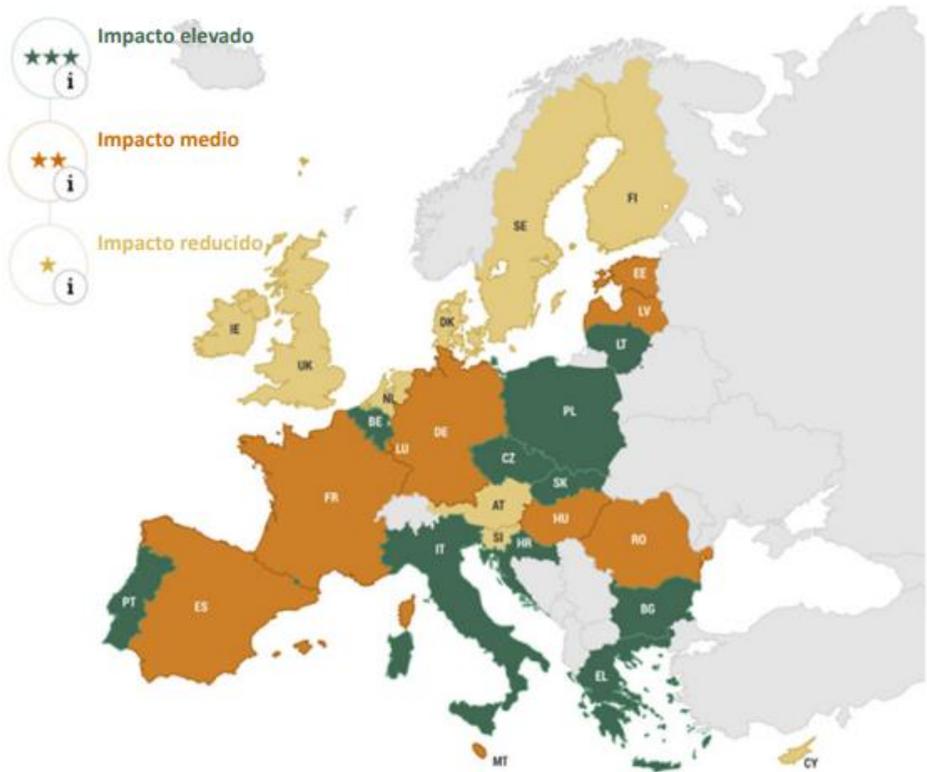


sostenibles en el área de la contratación pública, así, por ejemplo, las autoridades contratantes pueden buscar GRPP como parte de una política más amplia sobre adquisiciones estratégicas, que abarque objetivos sociales y ambientales, pues existen sinergias entre los objetivos ambientales y la igualdad de género y la integración, dado que si bien es cierto que los problemas ambientales (véase el cambio climático o la biodiversidad), afectan a todos, tienen un impacto de género.

8.- Contribuye a fortalecer la institucionalización de la transversalización de género, pues requiere una colaboración entre los organismos de igualdad de género y los compradores públicos, que puede extenderse a otras áreas como la presupuestación con perspectiva de género, que consiste en aplicar la perspectiva de género en todos los niveles del proceso presupuestario, introduciéndose cambios en el gasto público y los ingresos para adaptarse a las desigualdades.



Ilustración 1 – Impacto de la mejora de la igualdad de género en el PIB de los Estados miembros de la UE en 2050





VI. CONTRATACION PUBLICA Y PERSPECTIVA DE GENERO EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE DE CONTRATOS DEL SECTOR PUBLICO

1.- ESTUDIO EN LA UNION EUROPEA DEL CASO DE ESPAÑA³²

La Comisión Europea, a través del Instituto Europeo para la Igualdad de Género publicó , en agosto de 2022, el estudio titulado " *Contratación pública con perspectiva de género en la UE*", analizando de forma pormenorizada las mejores prácticas y los sistemas normativos de los 27 países que integran la Unión Europea, llevando a cabo un análisis legal, un informe de síntesis, estudios de caso y recomendaciones sobre institucionalización de la compra pública con perspectiva de género, indicando que, de los resultados de la investigación, España es el ecosistema más favorable para GRPP, siendo de destacar:

1.1 Cuenta con un marco legal favorable, pues la ley española 9/2017, contiene las siguientes disposiciones relevantes

- La inclusión criterios sociales en todos los contratos públicos, no específicamente de género, es obligatorio y transversal.
- El describir el objeto del contrato con criterios sociales es una opción.

32

https://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/gender-sensitive_public_procurement_in_the_eu.pdf



- El presupuesto de la licitación se ha de desglosar por sexo.
 - La posibilidad de solicitar etiquetas o certificaciones relativas a la igualdad de género.
 - La prohibición de contratar con empresas que, teniendo más de 50 personas trabajadoras en plantilla, incumplan la obligación de tener un plan de igualdad.
 - Solvencia técnica en materia social, permitiendo establecer requisitos en materia de género que determinan la admisión o no a la licitación.
 - Criterios de adjudicación con perspectiva de género, que determinan el resultado de una licitación, además de constituir una herramienta clave para el abordaje de cuestiones de género en la prestación de los contratos públicos.
- Criterios de desempate relativos a la igualdad de género,
 - Condiciones especiales de ejecución relativas a la igualdad de género, señalando obligaciones que se han de cumplir durante la ejecución del contrato.

1.2 Pese al marco legal y político favorable la administración central no ha desarrollado la inclusión de la perspectiva de género en la contratación pública, toda vez que:

- No existe un plan estratégico para el GRPP.
 - Los criterios de género se encuentran ausentes de las licitaciones de la administración estatal.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- Las páginas web de la administración central sobre contratación pública no hacen ninguna referencia a la perspectiva de género, es más, ni siquiera la página web del Ministerio de Igualdad tiene contenidos sobre perspectiva de género en la contratación pública.
- El personal funcional no recibe formación en igualdad de género en la contratación pública.

1.3 En relación a las Comunidades Autónomas y capitales de provincias, al contrario de lo que ocurre con la administración estatal, la mayoría de las CCAA regulan la contratación pública con perspectiva de género utilizando una doble estrategia, de un lado, su normativa se refiere a la inclusión de la perspectiva de género en la contratación pública; de otro, su normativa sobre contratación pública regula y explicita la inclusión de la perspectiva de género. Por su parte, casi la mitad de las capitales de provincia incorporan la perspectiva de género en sus contratos públicos, y alguna de ellas lo hacen de forma obligatoria y estratégica, así como utilizan los sitios web para ofrecer información, apoyo, orientación y materiales sobre cómo incorporar la perspectiva de género en la contratación pública, haciendo mención expresa en que son los organismos de igualdad de género los que mejores prácticas de GRPP han llevado a cabo.

1.4. Ventajas del modelo de la transversalidad de género adoptado por las CCAA, Diputaciones y Ayuntamientos:

- Su obligatoriedad en algunas administraciones permite abordar cada contrato



sin que sea necesario decidir sobre la idoneidad o no de decidir sobre criterios sociales o de género.

- Exige un informe previo favorable, por lo que ofrece plenas garantías legales.
 - Coordinación de trabajo entre las áreas de igualdad y los servicios jurídicos de contratación en la redacción de los pliegos.
 - Elaboración de un listado de cláusulas de género que permiten que sean utilizadas de forma estandarizada.
 - Tanto el personal técnico como jurídico reciben capacitación periódica, lo que conlleva que la sensibilidad sobre igualdad de género se haya incrementado.

1.5 Dificultades para la implantación de la GRPP en España:

- Falta de voluntad política y compromiso real en las políticas y procesos.
- Resistencia al cambio e inercia en las administraciones públicas.
 - Dificultad de los organismos de igualdad de género para influir en ciertas áreas, como hacienda o contratación.
 - La inseguridad jurídica sobre la legalidad de ciertas cláusulas de género proveniente de sentencias desfavorables, dictámenes o informes

2.-BREVES COMENTARIOS AL ART. 1 DE LA LCSP (OBJETO Y FINALIDAD) EN RELACION CON LA INCORPORACION DE CLAUSULAS DE GENERO



Conforme a lo dispuesto en el art.1.3 LCSP *“En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medio ambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato...proporciona una mejor relación calidad-precio y una mayor y mejor eficacia en la utilización de los fondos públicos”* de forma que:

a) Toda aquella licitación que no incluyera criterios sociales vulneraría el referido artículo, como así refuerza el art.28.2 LCSP.

b) Se trata de un contenido dispositivo y de plena aplicación, estructurándose como un mandato expreso, pues, obsérvese, que no se encuentra en la Exposición de Motivos, sino en su articulado.

c) La inclusión de criterios sociales se configura como un principio de contratación, al mismo nivel jerárquico que los principios de igualdad o no discriminación.

d) Su incorporación es obligatoria y preceptiva, matizando, que se refiere a los criterios sociales, por lo que no existe una obligación concreta de incluir criterios de género, que va a depender de la sensibilidad y voluntad de los órganos de contratación y de los cargos públicos.

e) La incorporación, obligatoriamente, ha de ser *“transversal”*, es decir, que no basta con incluir cláusulas de género en contratos que se dirijan a un determinado colectivo de mujeres, sino que se deben incorporar los objetivos sociales, en



cualquier contrato, con independencia de su objeto contractual y su ámbito de actividad.

f) Ha de declararse a favor de su incorporación no sólo desde una perspectiva ético o de justicia social, sino porque posibilita el mejor uso del presupuesto público desde una perspectiva economicista de rentabilidad, eficiencia e interés público.

g) Han de guardar relación con el objeto del contrato, es decir, con la prestación, por lo que a título ejemplificativo hemos de señalar que no existe esa relación

- Cuando se trata de criterios relacionados con la plantilla de la empresa ajena a la prestación del contrato.

- No cabe valorar que una empresa, en el marco de su responsabilidad social corporativa, haga donaciones a asociaciones de mujeres de países en desarrollo, toda vez que dicha acción no guarda relación alguna con la prestación contractual.

- No cabe exigir a una empresa políticas de igualdad en su conjunto, sino sólo aquellas acciones en materia de igualdad relacionadas directamente con la ejecución del contrato.

- No cabe valorar las políticas de igualdad de una empresa que hubiera llevado a cabo con anterioridad a la prestación del contrato, pues no están relacionadas con su ejecución.

- No cabe valorar la composición de la junta de accionistas o junta directiva, aunque la misma estuviera integrada en su totalidad por mujeres,



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

pues dicho criterio no está vinculado a la prestación contractual.

Podríamos exponer más supuestos, pero baste estos a título ilustrativo.

No podemos finalizar este apartado sin un dato interesante: la vigente LCSP se refiere ocho veces a "*mujer*" o "*mujeres*" y seis veces a "*género*", concepto que en las anteriores legislaciones no aparecía ni una sola vez.

3.-FASES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACION EN LAS QUE CABE INCLUIR CLAUSULAS DE GENERO.

Partiendo de la base de que un contrato público se compone de cuatro fases principales, cuales son, preparación, admisión, licitación y adjudicación y, finalmente, su ejecución y extinción, la cuestión a dilucidar es en qué fase de todo el proceso se han de incorporar las cláusulas de género, pues resulta habitual que se obvie su incorporación en las fases de preparación y ejecución, lo que redundaría en la ineficacia de aquellas cláusulas de género que se incluyan en los pliegos.

Por ello, vamos a exponer de la forma más sintética que podamos cómo se han de incorporar en cada una de las fases descritas:

3.1.- FASE DE PRE-CONTRATACION: PREPARACION DE PLIEGOS



3.1.1.- En primer lugar, se ha de analizar la prestación contractual, es decir, se ha de analizar su contenido para introducir posteriormente la cláusula más adecuada y todo ello con carácter previo a la redacción de los pliegos, lo que significa tomar en consideración su valor estimado, su duración, el objeto contractual, su sector de actividad, la plantilla necesaria y su cuantificación, las condiciones y costes laborales, la oferta del mercado, la existencia o no del deber de subrogación, el nivel de responsabilidad social y sensibilización en materia de género que exista en el ámbito de que se trate. Todo este análisis será útil y necesario para introducir posteriormente criterios de género idóneos y adaptados a las características del contrato.³³

3.1.2.- Se ha de describir el objeto del contrato con perspectiva de género (art. 99 LCSP), es decir, lo que se va a contratar, resultando preciso conectar la cuestión con los principios de acción positiva y transversalidad, es decir, de un lado, objetos contractuales con perspectiva de género que implementan una acción positiva; y de otro, aquellos contratos en los que la igualdad entre hombres y mujeres no constituyen su objeto principal o su finalidad específica, sino que se incorpora en los pliegos conforme

³³ Por ejemplo, constituiría una mala praxis e implicaría no haber llevado a cabo análisis previo alguno aplicar los mismos criterios relacionados con la igualdad a un contrato de 5.000 € que a un contrato de 500.000 €, o copiar y pegar la misma cláusula para un contrato de duración de 5 meses, que para otro que con las prórrogas alcanzara los 5 años.



al principio de transversalidad del art. 15 de la Ley Orgánica 3/2007.

El art. 99.1 de la LCSP señala que cabe definir el objeto del contrato sin cerrarlo a una única solución, añadiendo que, en particular, se definirán aquellas prestaciones que puedan incorporar innovaciones sociales o ambientales, refiriéndose su art. 35 al contenido mínimo de los mismos, reiterando que en su formalización se indicarán las consideraciones sociales. Ahora bien:

- Para que sean legales los criterios que luego se señalarán en los pliegos no es obligatorio ni constituye un requisito necesario realizar una mención expresa en el objeto del contrato a la perspectiva de género, pues con la nueva normativa del 2.017 la vinculación al objeto del contrato se establece en los términos previstos en el art. 145.6 LCSP, superándose la interpretación restrictiva de normativas anteriores.
- Esta cuestión ha sido resuelta de forma definitiva con la vigente normativa y así se recoge en el Informe 16/2015, de 4 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón, toda vez que los criterios de género conforman una prioridad social que han de integrarse en la contratación pública de forma transversal, pues atienden al interés público e implican una mayor eficiencia del uso de fondos públicos, por lo que se consideran vinculados al



objeto del contrato siempre que se cumplan los requisitos del art. 145.6 LCSP.

- Ahora bien, si resulta aconsejable su mención toda vez que añade transparencia al procedimiento, proporciona mayor fuerza y valor a las cláusulas de género y materializa y visibiliza la voluntad de la Administración de contratar con criterios de igualdad entre mujeres y hombres.

3.1.3.- Justificación del expediente y necesidades a satisfacer con perspectiva de género (arts. 1.1 y 28.1 LCSP). Así es, con base en el art. 28.1 referente a la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación, resulta recomendable que se realice una breve explicación del valor añadido y de la voluntad de contratar con perspectiva de género, describiendo con precisión los objetivos concretos que se persiguen **en la memoria explicativa** del expediente de contratación, toda vez que la justificación del expediente permite relacionar el contenido de contrato con las desigualdades específicas entre mujeres y hombres de la propia prestación.³⁴

3.1.4.- Aspectos laborales (arts. 100, 101 y 116 LCSP). La nueva regulación de contratación pública no sólo aboga por la búsqueda de fines sociales, sino que tiene como objetivo primordial garantizar empleos

³⁴ Ejemplo, el Ayuntamiento de Vitoria justifica un contrato de mejora de alumbrado público en que una zona oscura o mal iluminada afecta de forma muy diferente a los riesgos, actividades o sensaciones de las mujeres y de los hombres



públicos y de calidad para aquellas personas trabajadoras que prestan los contratos públicos, lo que conlleva a plantearse las desigualdades en el mercado laboral entre ambos sexos³⁵, resultando necesario incluir la perspectiva de género y la problemática y necesidades de las mujeres en el marco de las relaciones laborales, resultando necesario resaltar:

- Para la inclusión de la perspectiva de género en los pliegos resulta de aplicación lo dispuesto en los artículos 100, relativo al presupuesto base de licitación, que se ha de indicar de forma desglosada y con desagregación de género; el art. 122 relativo al cumplimiento de convenio; el art. 201 relativo a las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; el art. 101 relativo al valor estimado de los contratos; el art. 116 relativo al expediente de contratación y, finalmente, el art. 130, relativo a la subrogación.
- Dicho articulado permite
 - Determinar la plantilla necesaria para ejecutar el contrato, su cualificación, convenio aplicable, costes laborales, así como desglosar el presupuesto de licitación conforme a dichos datos.
 - Con dicha información será posible establecer cláusulas de género adecuadas en relación con las condiciones laborales y la propia plantilla que ejecute el contrato, tales como la

³⁵ Indicadores como, por ejemplo, sectores feminizados, tasa de actividad, mayor desempleo, acumulación de contratos temporales, acumulación de contratos con jornada parcial, discriminación salarial, puestos no cualificados, etc.



estimación de las necesidades de plantilla, el perfil de cualificación requerido, medidas dirigidas a eliminar la brecha salarial, entre otras.

- Si existiera subrogación del personal el beneficio es aún mayor, pues se dispone de datos sobre número de hombres y mujeres y su categoría profesional, condiciones salariales y laborales, permitiendo analizar cuestiones más idóneas susceptibles de ser incorporadas a los pliegos.³⁶

- El artículo 100, sobre el presupuesto base de licitación, determina que si el montante de las retribuciones de las personas empleadas forma parte del precio total, los costes salariales estimados en aplicación del convenio laboral aplicable, se indicarán de forma desglosada y con segregación de género y categoría profesional, lo que supone un paso importante para la tutela de la mano de obra femenina, ello debido a que va a permitir visualizar las compensaciones económicas de ambos sexos, analizarlas en términos cuantitativos y determinar las medidas precisas a aplicar para llegar a la equidad, pues es un dato objetivo que en el contexto sociolaboral actual las mujeres ganan un salario porcentualmente inferior al de sus compañeros varones.³⁷

³⁶ Por ejemplo, ordenación de la jornada laboral, medidas de conciliación, condiciones salariales, categorías profesionales, o necesidades de formación.

³⁷ ARIAS MARTINEZ, M. y PAJARÓ CALVO, M: "El carácter transversal de la perspectiva de género en la nueva Ley de



3.1.5.- Etiquetas sociales, de género y ecológicas y certificaciones de igualdad, reguladas expresamente en el art. 127 LCSP, mencionando expresamente las certificaciones relativas a la igualdad de género, pudiendo utilizarse como prescripciones técnicas, como criterios de valoración o como condiciones especiales de ejecución.

El valor de la inclusión de dichas etiquetas y certificaciones es doble pues, de un lado, es un medio de prueba objetivo y verificable para los órganos de contratación y, de otro, garantiza la igualdad de trato, la libre concurrencia y la no discriminación en el procedimiento para las empresas concurrentes o licitadoras, si bien

- Su concesión ha de basarse en criterios objetivos, verificables y no discriminatorios, accesibles a todas las empresas interesadas y otorgadas por organismos independientes de forma transparente.
- Los requisitos exigidos para su obtención han de estar exclusivamente vinculados al objeto del contrato y ser adecuado para definir la obra, suministro o servicio a contratar.
- Se ha de admitir cualquier etiqueta que tenga requisitos equivalentes a la etiqueta concreta que señalen los pliegos, e incluso

Contratos del Sector Público”. Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 188, 207, pág. 250



aceptarse cualquier otro medio de prueba que demuestre el cumplimiento de los requisitos.

- Pueden referirse no sólo a productos o servicios, sino a procesos y procedimientos, ya sean de fabricación o de organización y gestión.
- Por etiqueta hemos de entender cualquier tipo de documento, certificado o acreditación.

3.2.- FASE DE ADMISION: Dentro de esta fase nos encontramos

3.2.1. Prohibiciones para contratar (art. 71 LCSP) El impedimento se produce en la fase de admisión a la licitación de la que deberán de ser excluidas y, en lo que afecta a la perspectiva de género, hemos de tener en cuenta las modificaciones introducidas al art. **71 LCSP por la Ley 11/2023, de 20 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, así como la Ley 31/2002**, de forma que, en lo que aquí interesa:

a) No podrán contratar aquellas personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave o muy grave en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, cuando se acuerde la prohibición en los términos **previstos en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (Letra redactada de conformidad con la Ley 11/2023)**



b) Tampoco podrán contratar aquellas empresas de 50 o más trabajadores que no cumplan con la obligación de tener un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres (párrafo redactado de conformidad con la Ley 31/2022). Para acreditar el cumplimiento de dicho Plan basta con una declaración responsable, pudiendo el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, establecer una forma alternativa de acreditación que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.

Ahora bien,

- Una declaración responsable no acredita, sólo manifiesta, por lo que en el momento de presentación de ofertas por las empresas licitadoras, sólo cabe exigir y aportar dicha declaración responsable, si bien, tras adjudicar el contrato y con carácter previo a su formalización, se requerirá que la adjudicataria acredite de forma fehaciente su efectivo cumplimiento, mediante una copia del Plan de Igualdad en el que se incluya el diagnóstico de situación, medidas adoptadas, estrategias y prácticas, así como sistema de evaluación y seguimiento, resultando conveniente la inclusión de una cláusula en los pliegos donde se recoja dicha obligación en esta segunda fase.



- Al respecto hemos de tener en cuenta una herramienta útil introducida por el RD 901/2020, cual es el Registro y depósito de convenios colectivos y planes de igualdad obligando a la autoridad laboral a examinar su idoneidad y ordenar su inscripción y publicación, de forma que a los órganos de contratación les basta con acceder a dicho registro público y realizar la búsqueda por NIF, para cotejar si una empresa dispone o no de plan de igualdad.

3.2.2 Solvencia Técnica con perspectiva de género ³⁸ (art. 90 LCSP). El art. 90. LCSP hace referencia a la posibilidad de exigir una solvencia técnica de tipo social en las licitaciones públicas de los contratos de servicios, señalando que los medios para acreditarla son los mismos que en cualquier otra licitación, debiendo señalar que la normativa es restrictiva respecto del establecimiento de límites a la competencia, tratando de evitar la inadmisión de empresas a una licitación, salvo que esté plenamente justificada y resulte coherente con las características y prestación del contrato, por lo que los requisitos de solvencia de tipo social o de género no pueden establecerse para cualquier contrato, sino solo cuando la correcta prestación del objeto del contrato requiera aptitudes específicas y complejas en dicha materia.³⁹ El artículo 91 LCSP enumera los medios para

³⁸ Ejemplo, experiencia y trayectoria acreditada en materia de igualdad a través de la relación de los principales servicios o trabajos de carácter y cuantía similar al objeto del contrato realizado en los dos últimos años

³⁹ Por ejemplo, una licitación cuyo objeto contractual, contenido y finalidad se refieran explícitamente a la igualdad entre hombres y mujeres, resulta coherente y proporcionado



valorar dicha cualidad, entre los cuales se encuentra la obligación del titular de la organización productiva de efectuar una “declaración sobre la plantilla media anual de la empresa” y, como novedad, “ del número de directivos durante los tres últimos años”.⁴⁰

3.3.- FASE DE LICITACION: Siendo necesario señalar los dos apartados más importantes de la contratación pública con perspectiva de género, cuales son

3.3.1 Criterios de adjudicación (arts 145 y 157 LCSP). Son criterios de adjudicación los que establecen qué aspectos serán objeto de valoración en los pliegos y que acabará decidiendo la empresa adjudicataria del contrato, por lo que los órganos de contratación, a la hora de establecer el baremo que determinará la empresa contratista, además de considerar los criterios como el precio, el plazo de ejecución, los materiales a utilizar o la calidad técnica, pueden y deben tener en cuenta la incorporación de la perspectiva de género en la propuesta que se presente, determinando el art. 145 la posibilidad de incorporar criterios de tipo social y de género. Ahora bien,

exigir como solvencia técnica una experiencia de trabajos relacionados con la perspectiva de género.

⁴⁰ MORENO MOLINA, J.A.: *Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*, Albacete, (Bomarzo), 2018



- Este criterio es voluntario, la empresa licitadora decide optar o no a los puntos preestablecidos⁴¹; y el listado de temática y opciones en materia de igualdad de género que género que pueden ser incorporados y previstos en el referido artículo es meramente ejemplificativo y no cerrado.

- Se suprime el anterior concepto de "*oferta económicamente más ventajosa*" por "*la mejor relación calidad-precio*", lo que evita una interpretación restrictiva argumentando que los criterios sociales han de traducirse en ahorro económico y suponer una mejor oferta mensurable en términos económicos.

- La relación calidad-precio se evalúa con arreglo a criterios económicos y cualitativos, señalando entre los cualitativos las características sociales y medioambientales.

- Dentro de la extensa relación de criterios sociales susceptibles de ser valorados cita los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre hombres y mujeres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, si bien, es un listado enunciativo, por lo que cabe incluir otros criterios sociales y de género diferentes.

⁴¹ Por ejemplo, un criterio de adjudicación es otorgar 5 puntos a quienes empleen para la ejecución del contrato a una mujer con grado de discapacidad igual o superior al 33 %, lo que conllevará más o menos puntos y será determinante para resultar o no adjudicataria del contrato



- Los criterios de adjudicación pueden ser **objetivos**, es decir, aquellos que se valoran mediante cifras, escalas, fórmulas o porcentajes; **o bien subjetivos**, aquellos sujetos a juicios de valor, no debiendo confundir y asimilar que las cláusulas sociales conforman criterios subjetivos, pues la casi totalidad de las cláusulas de género son susceptibles de ser redactadas con criterios objetivos⁴². En definitiva, cabe apostar por criterios objetivos, que resultan claros, concretos, fácilmente evaluables y más sencillos de comprobar.

- Si se utilizan una pluralidad de criterios de adjudicación se dará prioridad, siempre que sea posible, a los criterios objetivos (art. 146.2), si bien, la ley no obliga a que los criterios objetivos tengan un porcentaje mínimo determinado ni tampoco que tengan más peso siempre que los subjetivos, como lo que tampoco dice es que la propuesta económica deba tener una ponderación mínima determinada.

- No se exige una vinculación directa de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato, como ocurría en la anterior legislación, sino que lo que expresamente indica es que se puede valorar cualquier cuestión relacionada o integrada en la prestación contractual, en cualquiera de sus aspectos, en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluso cuando no formen parte de su sustancia material, y con especial referencia a las formas

⁴² *Por ejemplo, otorgar puntuación a si se designa o contrata a una persona responsable en materia de igualdad, o si se incluye evaluación con indicadores y memoria final, entre otros*



de producción o comercialización y socialmente sostenibles y justas.

- La igualdad de trato forma parte intrínseca de la prestación, por lo que está vinculada al objeto contractual y el propio art. 145 señala expresamente su validez.

3.3.2 Criterios de preferencia o desempate (art. 147 LCSP). El empate es un supuesto excepcional en la contratación pública, y los criterios de desempate distorsionan y perjudican en lugar de favorecer la incorporación del principio de igualdad entre hombres y mujeres, por lo que sólo indicar que los criterios relacionados con la igualdad de género se mencionan como quinta opción de desempate en el punto primero, y como tercera opción en el caso de que los pliegos no hubieran señalado expresamente ningún criterio de desempate.

3.3.3 Condiciones especiales de ejecución (art. 202 LCSP). Se configuran como verdaderas obligaciones que todas las empresas licitadoras asumen al presentar sus propuestas y que la adjudicataria ha de cumplir de forma preceptiva en la prestación del contrato, no suponiendo un requisito previo, no implica valorar las ofertas, sino una exigencia en la fase de ejecución, que ha de cumplir una vez adjudicado, para lo que es necesario que hayan sido establecidas previamente en los pliegos⁴³. Así pues, mediante las

⁴³ Por ejemplo, resultaría una condición especial de ejecución que la empresa adjudicataria deba emplear para la ejecución del contrato o dos mujeres con discapacidad igual o superior



condiciones especiales de ejecución se establece un listón preceptivo, y mediante los criterios de adjudicación se estimula y valoran las propuestas que superen ese mínimo, de forma que con los primeros se tiene un impacto asegurado, y con los segundos se obtiene un mejor resultado respecto al objetivo en materia de igualdad, debiendo señalar y matizar:

- Posibilidad y validez de incorporar condiciones especiales de ejecución de género, configurándose como verdaderas obligaciones y sin que el listado temático del art. 202 sea exhaustivo, sino que la temática de género, al igual que las sociales, pueden ser ampliadas y adaptadas.

- Han de estar vinculadas al objeto del contrato, lo que no exige una vinculación directa al objeto contractual, al CPV, o al título, **sino que ha de relacionarse con la prestación contractual**, advirtiendo que el referido art. 202 hace referencias a la perspectiva de género cuando indica *"eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular, el que afecta a las mujeres."*

- Es obligatorio señalar, al menos, una condición especial de ejecución, pero no señala que sea relativa a

al 33 %, de forma que, con independencia de quien resulte adjudicataria, se garantiza y conoce de antemano el impacto concreto en materia de género



la igualdad entre hombres y mujeres, sino sólo una obligación genérica, pudiendo incluirse cualquier aspecto social, ambiental o de innovación.

- Se recomienda combinar en los pliegos los criterios de adjudicación con las condiciones de ejecución, de forma que se establezcan obligaciones que garanticen un impacto mínimo en materia de género, pero a la vez se permita a las licitadoras plantear mejores propuestas en materia de igualdad entre mujeres y hombres, pudiendo así lograr un mayor beneficio social.

- En cualquier caso, las condiciones de ejecución son obligatorias para el adjudicatario del contrato, siempre que hayan sido debidamente señaladas en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, pues la empresa, al participar en la licitación, se compromete a cumplir el requisito social si el contrato le resulta adjudicado. Si el licitador ofertante no acepta la obligación no se ajustaría al pliego de condiciones y, en definitiva, no podría ser seleccionada. Es más, el órgano administrativo puede optar por resolver el contrato o imponer penalidades, según disponga el pliego, en el caso de incumplimiento de los requerimientos establecidos, una vez adjudicado el contrato.⁴⁴

3.4.- FASE DE EJECUCION: VERIFICACION, en la cual se verificará su efectivo cumplimiento, constituyendo una fase capital, pues una vez que se han

⁴⁴ LESMES ZABALEGUI, S: "Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el mercado laboral". Lan Harreamanak, núm 13, 2005



incorporado en los pliegos las cláusulas para la igualdad, parece que el objetivo se logra, pero no es así, dado que generalmente los pliegos no prevén sistema alguno de control, no prevén ningún tipo de sanción ni consecuencia en caso de incumplimiento, ni señalan con qué documentación específica se deberá acreditar o verificar el cumplimiento, por lo que para evitarlo es fundamental establecer en los pliegos un procedimiento automático y homogéneo, con asignación de funciones y previsión de sanciones, pudiendo jugar un papel colaborador importante el personal técnico de igualdad, toda vez que el art. 62.1 LCSP prevé que exista una unidad encargada del seguimiento y cumplimiento del contrato, figura que complementa y apoya al responsable del contrato, pudiendo encargarse de comprobar específicamente el cumplimiento de las cláusulas de género.

La normativa nos permite llevarlo a cabo, así

3.4.1 Calificación de criterios relacionados con la igualdad como obligaciones contractuales esenciales (arts. 122.3 y 202.3 LCSP). Se podrá establecer en los pliegos que todas las cláusulas relacionadas con la igualdad constituyen obligaciones esenciales contractuales.

3.4.2 Establecimiento de penalidades y opción de resolución en caso de incumplimiento (arts. 71.1.c), 192.1 y 211 LCSP). Podremos indicar que en caso incumplimiento llevará aparejada sanciones, la posible resolución del contrato, la no renovación en caso



de prórroga o poder incurrir en una futura prohibición de contratar con las administraciones públicas.

3.4.3 Establecimiento de verificadores específicos para cada cláusula de género (arts. 122.2 LCSP). Podemos asociar cada cláusula de género a un verificador, el cual remitirá a un sistema de control y acreditación de cumplimiento estandarizado, cuya descripción ha de incluirse en los propios pliegos. Estos verificadores señalarán la documentación a presentar y bastará con examinarla una o dos veces al año y cotejar su contenido con las obligaciones asumidas en materia de igualdad por la empresa adjudicataria.

3.4.4 Asignación de la responsabilidad de comprobación y control a la persona responsable del contrato o la unidad de seguimiento (arts. 62.1 y 194.1 LCSP), a quienes les corresponde iniciar un expediente de imposición de sanción de resolución contractual.

3.4.5 La carga de la prueba y la obligación de acreditar el cumplimiento de las cláusulas de igualdad corresponde a la empresa adjudicataria, la cual deberá hacerlo siempre y en todo caso, toda vez que la obligación se establece previamente en los pliegos.

VII. CONCLUSION

1.- Tanto la normativa europea como la española permite la incorporación de la perspectiva de género en la contratación pública, superando la antigua discusión sobre la legalidad de su incorporación.



2.-La perspectiva de género es una categoría analítica que implica tomar en consideración las diferencias de condiciones, necesidades, índices de participación, acceso a los recursos y desarrollo, control de la riqueza, poder y toma de posiciones etc... entre hombres y mujeres, atendiendo a los distintos modos y valores en que han sido socializados y su incorporación en la contratación pública consiste en integrar la visión de género en todos los estadios del proceso de contratación con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres.

3.- Existe una real y efectiva brecha de género, es decir, una real y efectiva desigualdad entre hombres y mujeres en la distribución de los recursos, el acceso a dichos recursos y al poder para decidir cómo distribuirlos y cómo acceder a ellos, teniendo el deber los poderes públicos de potenciar políticas que eliminen dichas desigualdades.

4.- La contratación pública es el primer agente económico de las administraciones públicas, constituyendo una oportunidad para que los poderes públicos promuevan la eliminación de las desigualdades a través de ella, pues la legislación de contratos públicos les otorga capacidad para incorporar criterios, exigencias y objetivos de género en los pliegos.

5.- La mejora en la igualdad de género en general y, en concreto, en la contratación pública, podría dar lugar para el año 2.050, a un aumento del PIB per cápita de la Unión Europea, permitiendo el aumento de su capacidad productiva y una mejor relación calidad-precio, lo que le



permitiría ser más competitiva en los mercados internacionales, un mejor aprovechamiento del gasto público y una asignación más justa de los recursos económicos. Además, constituye un elemento de inversión social, pues tiene un efecto indirecto sobre la generación de desigualdades futuras, por lo que constituye una acción preventiva.

6.- Los resultados de las investigaciones muestran que España es el Estado miembro de la Unión Europea con el ecosistema más favorable para la contratación pública con perspectiva de género, pues incorpora de forma consustancial la perspectiva de género.

7.- La perspectiva de género ha de ser incorporada en todas y cada una de las fases de la contratación pública, incluidas la fase de preparación y ejecución, fases que generalmente son olvidadas, e invalida su eficacia, pues convierte en ineficaces las cláusulas de igualdad que se incluyan en los pliegos.

8.- Se valora de forma positiva la promulgación de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que apuesta por una política de contratación pública orientada a conseguir los objetivos de transparencia y eficiencia económica, así como a lograr metas sociales, entre las cuales ocupa un nivel destacado facilitar la inserción profesional de las mujeres y evitar la precarización de sus condiciones de laborales.⁴⁵

⁴⁵ RODRIGUEZ ESCANCIANO, SUSANA.: "Mujer y empleo: perspectiva de género y políticas activas en la contratación



VIII. BILIOGRAFIA

AUTORES

1.- ARIAS MARTINEZ, M. y PAJARO CALVO, M.: El carácter transversal de la perspectiva de género en la nueva Ley de Contratos del Sector Público” *Revista española de derecho administrativo*, núm. 188,2017.

2.- CABALLERO SANCHEZ, R: “La integración del principio de igualdad en las distintas políticas públicas sectoriales”, en AA.VV (MONTROYA MELGAR, A., Dir.) *Igualdad de mujeres y hombres (Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres)*. Madrid (Civitas), 2007, pág. 241

3.- FERRANDO GARCIA, F y RODRIGUEZ ECIO, M.M: “Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: un ejemplo de la controversia entre las libertades económicas y la protección frente al *dumping social*”en AAVV. (GARCIA ROMERO B. y PARDO LÓPEZ, M.M., Dirs.): *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*. Pamplona (Aranzadi), 2017.

4.- LESMES ZABALEGUI, S: “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y

administrativa” *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*”, núm extra 2019 (Ejemplar dedicado a: Mujer en el futuro de trabajo), págs.. 51-78



mujeres en el mercado laboral". Lan Harreamanak, núm 13, 2005

5.- MORENO MOLINA, J.A.: *Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*, Albacete, (Bomarzo), 2018.

6.- RODRIGUEZ ESCANCIANO, SUSANA.: "Mujer y empleo: perspectiva de género y políticas activas en la contratación administrativa" Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social", núm extra 2019 (Ejemplar dedicado a: Mujer en el futuro de trabajo), págs. 51-78

INFORMES

7.- Informe de ejecución del plan de recuperación. Febrero 2.023. Agenda 2.030. Gobierno de España.

8.- Estudio Covid-19 y desigualdad de género en España. Esade 2021.

9.- Informe de Unicef: ¿Son los países ricos más favorables a las familias? 2020.

10.- Décimo informe de la Red Europea de lucha contra la pobreza y exclusión social en el Estado Español.2020.

11.- Informe del Instituto de la Mujer "Las familias monoparentales en España. Una retrospectiva". 2021.

12.- Informe para documentar los desafíos y oportunidades para empoderar a las empresas dirigidas por mujeres de Value for Women y Open Contracting Partnership (OCP).



13.- Informe de brecha digital d género 2.023 del Ibservatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (ONTSI). Ministerio de Asuntos Económicos y Trnasformación Digital.

14.- Informe anual de la Supervisión de la Contratación Pública en 2.021, publicado en Octubre de 2.022.

15.- Informe del FMI. "Las mujeres, el trabajo y la economía. Beneficios macroeconómicos de la equidad de género". Diciembre 2.013.

16.- Informe del Parlamento Europeo. Ficha temática sobre la UE. Área de economía.

17.- Informe del Instituto Europeo de Igualdad de Género (Eige). Economic, benefits of Gender Equality in the European Union.2020.

18.- Informe del Instituto Europeo para la Igualdad de Género: "Contratación pública con perspectiva de género en la UE). 2022

GUIAS

17.- Instituto de la Mujer. Escuela virtual de igualdad. Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres: conceptos fundamentales situación general el España.

18.- Instituto de las Mujeres. Guía para la inclusión de cláusulas para la igualdad de género en los contratos, las subvenciones y los convenios públicos. 2.013.

19.- Instituto andaluz de la mujer. Consejería de la Presidencia e Igualdad. Incorporación de cláusulas de



igualdad en contratos, subvenciones y convenios públicos.2.013

20.- Guía para la incorporación de la perspectiva de género en los contratos públicos 2018. Generalitat de Catalunya. Institut Catalá de les Dones

OTRAS FUENTES

21.- Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de población activa. Tasa de actividad. Tasa de paro. Empleo de personas con discapacidad. Primer trimestre de 2.023

22.- Ministerio de Inclusión Social y Migraciones. Mayo 2023.

23.- Datos del personal técnico del Ministerio de Hacienda (Gestha).

24.- Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones. 2022.

IX. ABREVIATURAS

- **CCAA.**- Comunidades Autónomas.
- **ECOSOC.**- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.
- **GRPP** (siglas en inglés de Gender Responsive Public Procurement; en castellano, compra pública responsable con perspectiva de género.
- **N.I.F.**- Número de identificación fiscal.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- **LCSP.**- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
- **LOIEMH.**- Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres.
- **P.I.B.** Producto interior bruto



EL CARÁCTER PRECEPTIVO DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

D^a M^a Teresa Ortega-Villaizán Santiago

Técnico Superior. Servicio de Régimen Jurídico de la
Función Pública

Resumen: A través del presente Trabajo de Fin de Máster se pretende hacer una breve aproximación a la incorporación de las cláusulas sociales en la contratación. En particular el objeto del presente trabajo es analizar la transversalidad de las cláusulas sociales, en particular las de carácter laboral y cómo pueden introducirse en las distintas fases de la contratación, desde la preparación del contrato hasta su ejecución.

La estructura seguida en el presente trabajo ha consistido en primer lugar en definir la Contratación pública socialmente responsable y a continuación, analizar la transversalidad de las cláusulas sociales y laborales, definiendo qué son los criterios sociales, y el problema competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la regulación de las



condiciones laborales. A continuación, se plantea la incorporación de estos criterios en la preparación del contrato, en la definición del objeto del contrato, en las exigencias de la capacidad para contratar, y en los criterios de solvencia profesional. Seguidamente, se analizan la inclusión en los criterios de adjudicación, haciendo especial referencia a los criterios de desempate y en los casos de ofertas anormalmente bajas. Y, por último, se analiza la inclusión en las condiciones especiales de ejecución, haciendo especial referencia a los centros especiales de empleo. En definitiva, se ha intentado una aproximación a la contratación pública socialmente responsable.

Palabras clave: Ley de Contratos del Sector Público, Contratación pública, cláusulas sociales y laborales, transversalidad en la contratación pública, Instrucción del Consejo de Gobierno de CLM de 18 octubre 2016, condiciones laborales.

Abstract: The aim of this Master's thesis is to provide a brief approach to the incorporation of social clauses in contracts. In particular, the goal of this work is to analyse the transversality of social clauses, in particular those of a job-related nature, and how they can be introduced in the different phases of contracting, from the preparation of the contract to its execution.

The structure followed in this work has consisted firstly of defining socially responsible Public Procurement and then analysing the transversality of social and labour clauses, defining what social criteria are, and the problem of competence between the State and the Autonomous Communities in the regulation of working



conditions. This is followed by the incorporation of these criteria in the preparation of the contract, in the definition of the object of the contract, in the requirements of the capacity to contract, and in the criteria of professional solvency. Next, the inclusion of these criteria in the award criteria is analysed, with special reference to the tie-breaker criteria and in cases of abnormally low bids. Finally, the inclusion in the special performance conditions is analysed, with special reference to special employment centres. In conclusion, an approach to socially responsible public procurement has been attempted.

Keywords: Public Sector Contracts Law, Public procurement, social and labour clauses, transversality in public procurement, CLM Government Council Instruction of October 18, 2016, working conditions.

Sumario:

I.- RESUMEN:

II.- LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE: DEFINICIÓN.

III.- LA TRANSVERSALIDAD DE LAS CLAUSULAS SOCIALES Y LABORALES.

1. DEFINICIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES. EL PROBLEMA COMPETENCIAL EN LA REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES

1.1 La inclusión de cláusulas sociales en los contratos menores.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

2. CLAUSULAS SOCIALES Y LABORALES EN LA PREPARACIÓN DEL CONTRATO

- a) En la definición del objeto del contrato
- b) En la exigencia de capacidad para contratar (prohibiciones para contratar)
- c) Los compromisos sociales en la acreditación de la solvencia técnica o profesional

3. CLAUSULAS SOCIALES Y LABORALES EN LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

4. CLAUSULAS SOCIALES Y LABORALES EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

IV.- CONCLUSIONES

V.- Anexos

VI.- BIBLIOGRAFÍA

VI.1.- WEBGRAFÍA

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española de 1978
CEE	Centros Especiales de Empleo
CPSR	Contratación Pública Socialmente responsable
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOCM	Diario Oficial de Castilla La Mancha
ICG	Instrucción del Consejo de Gobierno de 18/10/2016, sobre la inclusión de



	cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional
LCSP	Ley 9/2017, de 8 noviembre, de Contratos del Sector Público
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PICP	Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 noviembre, de Contratos del Sector Público
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TRLISOS	Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto
TSJCLM	Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha
UE	Unión Europea

II.- LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE: DEFINICIÓN.

Se define la contratación pública socialmente responsable (en adelante CPSR) en el "Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017", en adelante PICP, como " *aquella que hace referencia al proceso a través del cual los órganos de contratación del sector*



público estatal contratan obras, suministros o servicios o celebran contratos de concesión de obras o de concesión de servicios tomando en consideración para el diseño de la licitación, la sustanciación del procedimiento correspondiente y durante la ejecución del contrato resultante de este procedimiento, criterios sociales, de acuerdo con lo dispuesto en la LCSP 9/2017¹⁸⁹ "

A través de la CPSR las autoridades públicas pueden promover oportunidades de empleo, trabajos dignos, inclusión social, accesibilidad, diseño para todos, comercio justo, el cumplimiento de los derechos laborales y sociales de los trabajadores, además de los compromisos más exigentes en el ámbito de la responsabilidad social de la empresa¹⁹⁰.

A través de estos compromisos sociales/laborales las Administraciones públicas pueden influir en el mercado y promover que las empresas adopten una gestión socialmente responsable, de manera directa mediante la adquisición de bienes y servicios con un alto valor "social". Asimismo, en este sentido, la "Estrategia Europa 2020", que tiene por objeto garantizar que la

¹⁸⁹ Artículo Tercero de la Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el Impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo (BOE nº125 de 25 de mayo de 2019).

¹⁹⁰ Párrafo cuarto de la "exposición de motivos" de la Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de ministros de 12 abril de 2019, (BOE nº125 de 25 de mayo de 2019)



recuperación económica de la Unión Europea después de la crisis de la Covid-19, impulsa un marco legislativo, dentro del cual la Contratación Pública se considera un instrumento para alcanzar un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, sin dejar de lado la racionalidad económica de los fondos públicos y desde una perspectiva social y medioambiental.

Los compradores públicos además de buscar comprar al mejor precio posible y obtener la mejor relación calidad-precio, pretenden garantizar que la Contratación Pública genere beneficios sociales a lo largo de todo el proceso de contratación.

La inclusión de cláusulas sociales ha evolucionado del carácter voluntario (Libro Verde de la Contratación 1996) hacia la obligatoriedad en todos los contratos públicos en las Directivas de 4ª generación. Así las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, la ley de Contratos 9/2017, y Estrategia Europa 2020 disponen la obligatoriedad de estos compromisos sociales.

A nivel nacional, la obligatoriedad de inclusión de estos compromisos sociales se contempló por primera vez en la derogada Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas del año 1995¹⁹¹. Aunque algunos autores¹⁹² identifican la exigencia de

¹⁹¹ Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas Art. 20.d), el art. 34.1 d) y en la Disposición Adicional 8ª (BOE nº119, de 19 de mayo de 1995, pág. 14601 a 14644)

¹⁹² BASTARDO YUSTOS, F.M. "*Las condiciones especiales de ejecución en la nueva ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público*", El Consultor de los



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

determinados compromisos sociales a los contratistas en normativa de la década de los 70, mediante la Orden de 8 de marzo de 1972, que desarrolla el Decreto 3854/1970 de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado.

Posteriormente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece en la exposición de motivos, punto IV.3, “[...] *las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental configurando como condiciones especiales de ejecución*”.

Actualmente, en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), destaca el carácter imperativo de la CPSR, así la Exposición de motivos, apartado III, dispone que “*El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en material social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia*”. También señala la transversalidad y obligatoriedad de los aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública, resulta de especial interés el artículo 1.3:

Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 17 (2008), pág. 2911.



“En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad- precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.”

La Ley 9/2017 está repleta de referencias a la inclusión de cláusulas sociales, entre otras, el art. 35.1.c) en la definición del objeto del contrato; el art. 71.1.b) y d); a la hora de determinar el precio (art. 100, 101 y 102); en la elaboración de los pliegos (artículos 122 al 130); en la valoración de ofertas y como criterios de desempate (artículos 145, 147, 148 y 149); como condición especial de ejecución (artículos 201, 202 y 319) ; como causa de resolución en caso de incumplimiento (art. 212); en la obligatoriedad para los subcontratistas (artículos 215.4 y 217).

La contratación pública, además del carácter instrumental para la implantación de políticas públicas, moviliza un enorme volumen de recursos y desempeña un papel clave en el desarrollo económico interno representando un 11,49% del PIB (Producto Interior Bruto) en 2021, porcentaje muy similar a los países de nuestro entorno, Portugal con un 10,31%, Italia con un 11,73% y Francia con 15,34%¹⁹³. Dada la repercusión de

¹⁹³<https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo1.pdf>



la Contratación Pública en el PIB tanto a nivel nacional como europeo, debe ponerse en valor el poder social de la compra pública al servicio de las políticas sociolaborales.

Mediante la CPSR, los compradores públicos pueden impulsar nuevas oportunidades de empleo, trabajos dignos, el cumplimiento de los derechos laborales de manera amplia, además de mejoras voluntarias en el ámbito de la responsabilidad social de las empresas. Todas estas medidas van a contribuir a que las empresas lleven a cabo actuaciones social y laboralmente responsables, mejorando progresivamente las condiciones laborales de los trabajadores. En definitiva, la CPSR redundará en beneficio y en interés de la sociedad, aumentando la calidad en el empleo, mejorando las condiciones de trabajo (salariales y de prevención de riesgos laborales, entre otras) y asegurando el trabajo digno.

En resumen, se trata de que los órganos de contratación incluyan estos criterios sociolaborales, que tratan de implantar en el sector empresarial, para que lleven a cabo determinadas políticas públicas sociales, de integración laboral de personas en riesgo de exclusión social, de inclusión de personas con discapacidad en el mercado laboral, o de estabilidad en el empleo.

III.- LA TRANSVERSALIDAD DE LAS CLAUSULAS SOCIALES Y LABORALES.



El derecho al Trabajo se consagra en el artículo 35 de la Constitución Española, dentro del Título I, Capítulo II, Sección 2ª “de los derechos y deberes de los ciudadanos”. Dicho artículo establece un mandato a los poderes públicos para llevar a cabo políticas que garanticen *“la libre elección de profesión u oficio, la promoción a través del trabajo y una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 23 preceptúa que:

“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.¹⁹⁴”

Por otra parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha establecido que el trabajo digno

¹⁹⁴ La Declaración Universal de Derechos Humanos fue ratificada por el Reino de España el 10 de octubre de 1979 (B.O.E n.º 243 de 10 octubre)



significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para todos, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres¹⁹⁵.

1. DEFINICIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES. EL PROBLEMA COMPETENCIAL EN LA REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES

Concepto de cláusula social, según la Junta Consultiva de Cataluña, cláusula social es "cualquier estipulación que obligue a una empresa adjudicataria de un contrato administrativo a realizar propiamente el objeto contractual – según las prescripciones técnicas definidas en el contrato- y, además, al cumplimiento de determinados objetivos sociales de interés general"¹⁹⁶. Asimismo, se ha definido como "la inclusión de ciertos criterios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social, como requisito previo para participar en la licitación, (criterios de admisión del contratista), como elemento de valoración (criterios de valoración) o

¹⁹⁵ <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm> [última consulta 5 julio 2023]

¹⁹⁶ Informe de la Junta Consultiva de Cataluña, informe 2/2006 de 9 febrero



como obligación a realizar en el contrato (condiciones de ejecución del contrato)”¹⁹⁷.

Con respecto al problema competencial Estado vs Comunidades Autónomas a la hora de fijar las condiciones laborales, se deben respetar las competencias estatales en materia laboral. Así el art. 149.1. 7ª de la Constitución Española, señala como competencia exclusiva del Estado la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas. De modo que las Comunidades Autónomas ejercen competencias de ejecución en materia laboral, sin embargo, en algunos casos han rebasado esa línea competencial.

En el caso de Castilla La Mancha se impulsó la CPSR mediante la Instrucción del Consejo de Gobierno de 18 de octubre de 2016, con la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional¹⁹⁸, sin embargo fue declarada su nulidad por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha¹⁹⁹, puesto que la forma normativa utilizada – Instrucción- no fue adecuada ya que *sus efectos no pueden asumirse*

¹⁹⁷ LESMES ZABALEGUI, S., “Contratación Pública y discriminación positiva. Clausulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”, *Lan Harremanak*, núm.13 (2005) pág.64.

¹⁹⁸ Publicada mediante Resolución de la Secretaría General de Hacienda y Administraciones Públicas (DOCM nº209 de 26 de octubre, pág. 23536-23551)

¹⁹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, de 5 de noviembre de 2018, nº280/2018, Rec.532/2016. ECLI:ES: TSJCLM:2018:2702



*únicamente a efectos internos a modo de reglamentación auto organizativa*²⁰⁰ y además, regulaba ciertos aspectos de contratación laboral entrando en conflicto con la competencia estatal en esta materia, como son los referidos a la subrogación de trabajadores (artículo 12.3.b) de la Instrucción de 18/10/2016) o a la prohibición de celebrar contratos de duración inferior a 20 horas semanales (artículo 12.3 c) de la Instrucción de 18 de octubre 2016), aspectos sobre los que la Comunidad Autónoma carecía de competencia. En resumen, fue anulada por cuestiones formales, adoptar una forma normativa inadecuada, y por cuestiones normativas materiales, excedió el ámbito competencial autonómico, regulando cuestiones laborales, para las cuales la JCCM no tiene competencia.

1.1 La inclusión de cláusulas sociales en los contratos menores.

Respecto a la inclusión de cláusulas sociales o laborales en los contratos menores, aunque en este tipo de contratos no es preceptivo la elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas ni de prescripciones técnicas, en la memoria justificativa del contrato, se pueden introducir consideraciones de carácter social-laboral, porque la LCSP no exceptúa a ese tipo de contratos del mandato imperativo al establecer que *“ en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el*

²⁰⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de CLM, de 5 noviembre de 2018, nº280/2018, Rec.532/2016, pág. 5. ECLI:ES: TSJCLM: 2018:2702



objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual.”. No obstante, cuando no sea posible su incorporación, se debe justificar su no inclusión.

2. CLAUSULAS SOCIALES Y LABORALES EN LA PREPARACIÓN DEL CONTRATO

En este epígrafe se va a analizar cómo se pueden aplicar los criterios de la CPSR durante la fase de preparación, desde la definición del objeto del contrato, hasta en los criterios de solvencia profesional, pasando por su inclusión en las exigencias de capacidad para contratar.

a) En la definición del objeto del contrato

Tanto la Directiva 2014/24/UE como la 2014/25/UE consideran que los criterios están vinculados al objeto del contrato cuando se refieren a obras, servicios, o suministros que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, servicios o suministros, o
- b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida,
incluso cuando dichos factores no formen parte de su contenido material.



La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, dispone que los pliegos del contrato definen el objeto teniendo en cuenta las consideraciones sociales, ambientales y de innovación, art. 35.1.c) de la Ley 9/2017 de Contratos del sector Público y el art. 99.1 se refiere a que *“el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una única solución. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten”*. En ambos artículos el legislador ha querido destacar la importancia de los aspectos sociales y/o medioambientales a la hora de definir las obras, servicios o suministros que van a contratar.

Por su parte, el PICP²⁰¹ en su artículo séptimo, contempla la inclusión de consideraciones sociales en los pliegos, así los órganos de contratación al definir las prescripciones técnicas, en lo que se refiere a las características de un material, producto o servicio, establecerán el impacto social o laboral de dichos materiales, la accesibilidad universal y diseño universal o diseño para todas las personas.

Por otra parte, la Instrucción de 18 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno de Castilla La Mancha, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional, en el artículo 6 referido a la

²⁰¹ BOE nº125, de 25 de mayo de 2019, págs. 55960-55970



“Definición del Objeto” establece la posibilidad de incluir, siempre que su naturaleza lo permita, de forma expresa la perspectiva de género, el valor social o medioambiental de las obras, los productos o los servicios que se vayan a contratar, en el momento de definir el objeto del contrato.

En el art.7, que contempla “Clausulas sociales de obligatoria inclusión”, se establecen en siete apartados las cláusulas sociales de inclusión obligatoria en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en los pliegos de prescripciones técnicas, en el apartado sexto dispone que los pliegos incluirán expresamente, entre otras, las siguientes clausulas socio laborales:

- a) La obligación de que los bienes y servicios objeto del contrato hayan sido producidos respetando las normas sociolaborales vigentes en España y en la Unión Europea o de la O.I.T.
- b) La obligación del contratista de cumplir con la legislación laboral, de seguridad social, de seguridad y salud en el trabajo, de integración laboral, y en materia de prevención de riesgos laborales.
- c) La obligación de garantizar la igualdad entre mujeres y hombres, durante la vigencia del contrato, en el trato, en el acceso al empleo, clasificación profesional, la calidad y estabilidad laboral, las retribuciones, entre otras. Acreditar, cuando estén obligadas por Ley, la existencia de un plan de igualdad.
- d) La obligación de cumplir la normativa en materia de empleo que establece como colectivos prioritarios en el acceso al empleo,



las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con responsabilidades familiares, personas con discapacidad o en situación de exclusión social e inmigrantes.

- e) Que los órganos de contratación utilizarán un lenguaje no sexista en la redacción de toda la documentación que forme parte de los expedientes de contratación.
- f) La obligación del contratista de no tributar en paraísos fiscales, debiendo ejecutar el contrato con criterios de equidad y transparencia fiscal.

Ejemplos de cómo se integran los aspectos laborales en la definición del objeto del contrato: un contrato para la prestación de servicios asistenciales para jóvenes vulnerables, en la definición del objeto, ya tiene un contenido social, además el contrato puede reservarse a entidades u organizaciones con vocación de servicio público asistencial (las ONG, las Entidades sin ánimo de lucro...); otro ejemplo de inclusión de cláusulas sociolaborales sería el suministro de productos alimenticios con certificado Fairtrade



International²⁰² o una certificación de fabricación ética similar²⁰³.

b) En la exigencia de capacidad para contratar (prohibiciones para contratar)

Las prohibiciones para contratar tienen como finalidad impedir que la ejecución del contrato sea encomendada a alguien que carece de suficiente honorabilidad profesional o que haya incurrido en supuesto de incompatibilidad para tal contratación, en definitiva, se trata de evitar que las Administraciones Públicas contraten con entidades que, en atención a su

²⁰² Fairtrade International es una organización internacional que nace en 1977 con el propósito de asegurar medios de vida mejores y sostenibles para todos los agricultores y trabajadores, protegiendo al mismo tiempo la sostenibilidad del planeta. Es la certificación sostenible de productos de Comercio Justo más fiable y reconocida en el mundo. <https://www.fairtrade.es/fairtrade/>

²⁰³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 10 de mayo de 2012 (asunto C-368/10), Contrato público de suministro y mantenimiento máquinas expendedoras de bebidas calientes y de suministro de té, café y otros productos, por la que se condena al Reino de los Países Bajos por incumplimiento al exigir que determinados productos estuvieran provistos de una etiqueta ecológica determinada (EKO Y MAX HAVELAAR), en lugar de utilizar referencias a la mención "o equivalente". ECLI:EU:C:2012:284.



comportamiento, no son merecedoras de la debida confianza²⁰⁴.

Se establecen en el artículo 71 de la LCSP, concretamente en materia laboral, el 71.b) que no podrán contratar con la Administración las personas o empresas que hayan sido condenas con carácter firme entre otras por: *"delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio"* o que hubieran sido sancionadas [...] *por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social [...]"* de manera que las prohibiciones para contratar no se regulan en la LCSP, y debemos remitirnos al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante LISOS). Donde se establecen como infracciones en material laboral, entre otras, el caso de las empresas de 50 trabajadores o más que no cuenten con un plan de igualdad, tal y como dispone el artículo 45 de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; o en el supuesto de

²⁰⁴ RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*, La Ley, Madrid (España), 2012, p. 265



personas o empresas condenadas por el impago y los retrasos reiterados en el pago del salario a los trabajadores; o sancionadas por la cesión ilegal de trabajadores o sancionadas por decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

Por otro lado, la Instrucción de 18 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno de CLM, sobre la capacidad para contratar, el artículo 8 destaca la obligación de los licitadores de presentar una declaración responsable en la que conste que en su plantilla cuentan con un número de personas con discapacidad igual o superior al 2% de la misma, cuando no estuvieran exentos de la citada obligación.

La apreciación por el órgano de contratación si en la persona contratista concurren algunas de las prohibiciones para contratar, cualquiera que sea la naturaleza del contrato (público o privado), conllevará la imposibilidad de contratar con el sector público. Sin embargo, si el contrato se perfecciona, a pesar de que el contratista esté incurso en alguna de las prohibiciones para contratar, implica la nulidad en su grado máximo, tal y como preceptúa el art. 39 de la LCSP, serán nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores cuando el adjudicatario esté incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71 de LCSP.



c) Los compromisos sociales en la acreditación de la solvencia técnica o profesional

Además de capacidad de obrar y no estar incurso en prohibiciones para poder contratar los operadores económicos deben acreditar su solvencia, que es la aptitud para la correcta ejecución de la prestación objeto del contrato. Como señala VICENTE IGLESIAS *“es la necesidad de salvaguardar en todo momento el interés público al que deben atender la ejecución del contrato la que protege la ley al facultar a los órganos de contratación para exigir un mínimo de seriedad profesional a las empresas que pretenden contratar con ellos”*²⁰⁵.

La Directiva 2014/24/UE señala la solvencia económica y financiera, así como la capacidad técnica y profesional, como uno de los criterios de selección del contratista y requisito para la participación en la licitación, siempre que guarde relación con la prestación del contrato.

Los artículos 74 a 95 de la LCSP regulan los requisitos para acreditar las condiciones mínimas de solvencia económica, financiera, profesional o técnica de los empresarios. Estos requisitos de solvencia tienen que estar vinculados al objeto del contrato y deberán publicarse previamente mediante (anuncio de licitación

²⁰⁵ VICENTE IGLESIAS, J.L., *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, Ed. LA LEY, Madrid, 2008



y los pliegos del contrato), no obstante, podrán ser sustituidos por la clasificación del contratista.

Podrán ser considerados requisitos de solvencia aquellos que estén relacionados con la estabilidad de la plantilla de personal, el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido sobre el total de la plantilla, o como la ejecución del contrato mediante nuevas contrataciones de personas desempleadas de larga duración, o la experiencia o cualificación técnica de los trabajadores en determinados sectores productivos.

En cuanto a la inclusión por el órgano de contratación de criterios de solvencia económica financiera, podrá establecerse como requisito el cumplimiento del periodo medio de pago por parte de los empresarios, teniendo en cuenta la normativa sobre morosidad (art. 87.1 c) de LCSP.

La referencia a la solvencia técnica o profesional en la Instrucción del Consejo de Gobierno de CLM, se encuentra en el artículo 8, que dispone la incorporación de cláusulas sociales como requisito de solvencia requiere la inclusión en el objeto del contrato de un fin institucional de carácter específicamente social, ya que, para su correcta ejecución, se requiere que el operador económico tenga aptitudes específicas o experiencia acreditada en relación la materia social recogida en el objeto del contrato y conocimientos técnicos concretos.

Como señala RAMOS PEREZ-OLIVARES, "únicamente cabe encontrar una conexión más directa con las cláusulas sociales cuando el objeto del contrato responda a cuestiones de índole social (v.gr. externalización de la



gestión de prestaciones sociales, contratación de prestación de servicios asistenciales a personas con discapacidad, etc..)²⁰⁶.

3. CLAUSULAS SOCIALES Y LABORALES EN LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

En relación con la inclusión de criterios de adjudicación de carácter sociolaboral, las Directivas europeas mencionan expresamente que en los criterios de adjudicación pueden tenerse en cuenta aspectos sociales²⁰⁷.

En cuanto a la efectividad de su inclusión, es preciso subrayar en cómo se van a plasmar, la ponderación que se aplicará y la manera de evaluarse por el órgano de contratación. A este respecto, la Guía para considerar aspectos sociales en la contratación pública recomienda que, a la hora de formularlos, deben incluirse en el anuncio de licitación o en los pliegos de contratación junto con su ponderación, además deben ser lo suficientemente claros como para que todos los licitadores pueden entenderlos y deben estar vinculados al objeto del contrato, es decir deben referirse a los

²⁰⁶ RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del Sector Público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*, Ed. LA LEY, 2012, pág.279

²⁰⁷ Directiva 2014/24/UE, artículo 67, apartado 2, a); Directiva 2014/25/UE, artículo 82, apartado 2, a); Directiva 2014/23/UE, artículo 41, apartado 2



productos, servicios u obras concretas que vayan a adquirirse ²⁰⁸.

Por otra parte, la LCSP dispone que los contratos públicos se adjudican atendiendo a una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio²⁰⁹. Asimismo, incluye una serie de mejoras, en relación con los Centros Especiales de Empleo, *“cuando la empresa que viniese efectuando la prestación del objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato”*. Es una medida que pretende favorecer la estabilidad en el empleo especialmente en las personas con discapacidad. Además, incluye igualmente una garantía para asegurar el cobro de salarios por parte de los trabajadores, *“el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último.”*

²⁰⁸ Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas-2ª edición, DOUE de 18 de junio de 2021, Serie C, DOUE nº237 (2021/C 237/01)

²⁰⁹ Artículo 131.2 de LCSP



Además de estas medidas de acción positiva, el artículo 145.2 LCSP establece los criterios de adjudicación de orden social, los de carácter cualitativo, entre otros, los siguientes: *"[...] Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas, o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, la inserción sociolaboral de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato."*

Por otro lado, el órgano de contratación podrá establecer criterios de adjudicación específicos para el desempate, en caso de igualdad de proposiciones, estableciendo unos criterios de desempate de carácter social.

Estos criterios podrán estar previstos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (art. 147.1) o en defecto de previsión en los pliegos se aplicarán los



criterios sociales establecidos en el artículo 147.2, entre los que cabe mencionar:

- a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla.
- b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas.
- c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.

Otro aspecto importante es cómo a través de los criterios sociales de adjudicación se determinan las ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas.

En primer lugar, cuando el órgano de contratación identifica una o varias ofertas inviables, deberá requerir al licitador o licitadores para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta.

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes.



En cuanto a la regulación en la Instrucción del Consejo de Gobierno de CLM, se regula en el Capítulo III la "Inclusión de criterios sociales en la fase de adjudicación", artículos 9, 10 y 11.

El órgano de contratación «*podrá*» incluir criterios de adjudicación sociales, medioambientales o basados en la perspectiva de género, siempre que estén vinculados directamente al objeto del contrato y respetando en todo caso los principios de la contratación pública del derecho comunitario, transparencia, no discriminación e igualdad de trato, concurrencia competitiva o libre acceso a la contratación y publicidad.

La referencia a la vinculación al objeto del contrato está regulada en la legislación comunitaria, Directiva 2014/24/UE ²¹⁰, así como en la legislación estatal²¹¹.

Por otro lado, el artículo 10 de la Instrucción regula los criterios de desempate en caso de igualdad de proposiciones, estableciendo que los órganos de contratación podrán establecer, "a su elección" y en función del objeto del contrato, la preferencia en su adjudicación para aquellas proposiciones presentadas por empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2%, y si continua el empate, tendrá preferencia en la adjudicación aquella empresa que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad; empresas de inserción; y en aquellos contratos relativos a prestaciones de carácter social y

²¹⁰ Artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE

²¹¹ Artículo 145.6 de la LCSP



asistencial, tendrán preferencia las presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato.

La Instrucción contempla la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares cualquier otra cláusula que establezca la preferencia en la adjudicación de contratos a favor de determinadas empresas, siempre que la legislación sectorial le habilite para ello. Es importante mencionar el amplio margen de discrecionalidad que otorga a los órganos de contratación, al poder establecer "cualquier otra cláusula", siempre que esté contemplada por la normativa sectorial.

Respecto a las ofertas anormales o desproporcionadas, el artículo 11 de la Instrucción del Consejo de Gobierno de CLM, atribuye a los criterios sociales, en los contratos cuyo componente económico fundamental sea el coste de la mano de obra, el carácter determinante a la hora de calificar las ofertas como anormales o desproporcionadas, si las ofertas son inferiores a los costes salariales mínimos según el convenio laboral sectorial aplicable.

4. CLAUSULAS SOCIALES Y LABORALES EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Las condiciones de ejecución del contrato podrían definirse como las cláusulas establecidas en el Pliego de Cláusulas administrativas que el contratista debe respetar en la ejecución del contrato.



Las Directivas europeas sobre contratación pública, 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, establecen la incorporación de cláusulas medioambientales, sociales o laborales, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato y se recojan en los pliegos del contrato y en el anuncio de licitación²¹². Además, estas condiciones de ejecución deben redactarse de forma clara, ser suficientemente específicas, con plazos y resultados definidos y asignarse a una parte o persona concreta.

Las condiciones de ejecución pueden favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad de género en ámbitos laborales²¹³, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral, el respeto a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, así como contratar un número de personas desfavorecidas superior al que exige la legislación.

La inclusión de los criterios sociolaborales en la fase de ejecución es una garantía de cumplimiento de los compromisos sociales ofrecidos por el licitador en la fase adjudicación y además suponen un plus de transparencia en el ejercicio del poder público, ya que representan auténticas obligaciones y no son meros compromisos voluntarios²¹⁴.

²¹² Artículo 70 Directiva 2014/24/UE y artículo 87 de Directiva 2014/25/UE

²¹³ Representación insuficiente de mujeres en determinados sectores económicos masculinizados y también la subrepresentación de hombres en sectores feminizados, por ejemplo, toda actividad económica vinculada a los cuidados: de la infancia, de personas dependientes, enfermos, etc...

²¹⁴ RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el*



Sin embargo, la inclusión de los criterios sociales o medioambientales en la fase de ejecución es difícil de adaptar en todos los contratos públicos, en este sentido los contratos de obras y los de servicios ofrecen más posibilidades.

Conviene subrayar que el carácter estratégico de la contratación pública en la fase de ejecución del contrato se recoge en los artículos 201 y 202 de la LCSP, que obliga a los órganos de contratación a adoptar medidas necesarias para garantizar que en la ejecución del contrato los adjudicatorios cumplen las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral. Resulta oportuno destacar, que el artículo 202.1 de LCSP establece con carácter imperativo la inclusión “en todo caso” de al menos una de las condiciones especiales de ejecución social, medioambiental o de innovación. Las de tipo social, entre otras, favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, combatir el paro, en especial el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración, favorecer la formación en el lugar de trabajo, garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo, el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables, medidas para prevenir la siniestralidad laboral, y promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción²¹⁵.

Real Decreto Legislativo 3/2011, La Ley, Madrid (España), 2012, pág.388.

²¹⁵ El Real Decreto Ley 1/2023, de 10 enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y



Mención importante es que la obligatoriedad de las condiciones de ejecución se traslada a los subcontratistas, tal y como disponen los artículos 202.4 y 215.4 de LCSP, de modo que todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas a todos los subcontratistas que participen de la ejecución de este, así de esta forma se garantiza la ejecución de las condiciones de tipo social, laboral o medioambiental en el contrato administrativo.

Las consecuencias del incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución podrán ir desde la imposición de penalidades, así como la resolución del contrato, cuando éstas se califiquen como obligaciones contractuales esenciales y si no se considera causa de resolución, podrá considerarse como infracción grave a los efectos del artículo 71.2.c), que regula las prohibiciones para contratar.

Por último, un aspecto importante es la reserva a favor de los centros especiales de empleo de iniciativa social²¹⁶ (en adelante CEE) y de empresas de inserción, que plantea la LCSP, en la disposición adicional 4ª. Las entidades del sector público están obligadas a fijar un

mejora de la protección social de las personas artistas, artículo 6 define los colectivos que deben ser objeto de medidas de fomento del empleo, entre otros: personas con discapacidad, personas en situación o en riesgo de exclusión social, mujeres víctimas de violencia de género, mujeres víctimas de explotación sexual o laboral.

²¹⁶ Resolución del TACRC nº914/2018 de 11 octubre de 2018, el TACRC resuelve que los operadores económicos destinatarios de la reserva de la Disposición Adicional 4ª siguen siendo las empresas de inserción y los centros especiales de empleo de iniciativa social y no empresarial.



porcentaje mínimo de reserva del derecho a participar en favor de los CEE y empresas de inserción. Sólo en el caso de la Administración General del Estado, fija un porcentaje mínimo de reserva a favor de CEE y empresas de inserción del 7%, que se incrementará hasta un 10% a los 4 años de entrada en vigor de la LCSP. No se indica el porcentaje mínimo en el caso de las Entidades Locales y las Comunidades Autónomas, por lo que, dentro de sus competencias de autoorganización, y del Principio de Autonomía Local, éstas deberán aprobar su propio porcentaje mínimo.

Los CEE en España, según el Informe del Observatorio sobre discapacidad y mercado laboral de 2019²¹⁷, dan empleo a 97.653 personas. Es posible que si analizados los datos desde una perspectiva de género, el porcentaje de hombres empleados es muy superior, en torno al 60%, mientras que en el sexo femenino desciende hasta el 39.9%, poniéndose de manifiesto la brecha de género en mujeres con discapacidad.

La disposición adicional 48ª de la LCSP, prevé la posibilidad de reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios sociales, culturales y de salud, a determinadas organizaciones cuyo objetivo sea la realización de una misión de servicio público, cuyos beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización y que la dirección y/o propiedad de la organización se basen en la propiedad de los empleados o exijan la participación activa de las

²¹⁷ <https://odismet.es/node/965> [ultima consulta realizada 7 julio 2023]



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

personas empleadas. Ahora bien, esta posibilidad es de carácter potestativo, y cada Administración determinará en su caso, si realiza la reserva de estos contratos a favor de determinadas organizaciones.

Por otra parte, en **la Instrucción del Consejo de Gobierno**, la inclusión de criterios sociales como condiciones especiales de ejecución del contrato se contemplan en el artículo 12, es un requisito fundamental que estén vinculados al objeto del contrato, ser compatibles con el derecho comunitario e incluirlos en el anuncio de licitación y en el pliego o contrato. Estas condiciones especiales de ejecución podrán estar referidas a consideraciones de tipo social que promuevan el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminen las desigualdades en el ámbito laboral entre el hombre y la mujer, combatan el paro y favorezcan la formación en el lugar de trabajo.

En las condiciones especiales de ejecución se contemplan entre otras las siguientes:

- La obligación de la nueva empresa adjudicataria de subrogarse en los contratos laborales que la empresa que cesa en la prestación del servicio hubiera adscrito a la realización de este, debiendo respetar los derechos económicos y laborales que las mismas tuviesen reconocidos.
- La prohibición a la empresa adjudicataria de celebrar nuevos contratos, que pudieran resultar necesarios, por una duración inferior a 20 horas semanales.



Estas dos condiciones constituyen el principal argumento de la demanda presentada, ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, por la Abogacía del Estado, en la que solicita la nulidad de la Instrucción del Consejo de Gobierno de CLM, argumentando que rebasan el ámbito subjetivo del contrato administrativo, y además que la citada Instrucción regula cuestiones laborales sobre las que no tiene competencia la JCCM, cuestión ya abordada en el epígrafe 2º del presente trabajo de fin de Máster.

No obstante, la Instrucción del Consejo de Gobierno también establece la obligatoriedad de incorporar la perspectiva de género, o la obligación de facilitar cuanta información le requiera el órgano de contratación, sobre las condiciones de trabajo que se apliquen a las personas trabajadoras vinculadas a la ejecución del contrato.

Resulta de interés destacar el artículo 15 de la citada Instrucción que establece de forma clara que será causa de resolución contractual el incumplimiento de la obligación de subrogación de las personas trabajadoras, y la prohibición de nuevas contrataciones laborales por una duración inferior a 20 horas semanales, atribuyendo el carácter de obligación contractual "esencial" a ambas, con la consecuencia que conlleva, es decir, la resolución del contrato.

IV.- CONCLUSIONES

PRIMERO.- La entrada en vigor de la LCSP supuso un impulso para la implementación de las políticas públicas socialmente responsables, que



encuentran en la contratación una importante herramienta. En particular, en el ámbito laboral, se pretende mejorar la estabilidad en el empleo, se afianza un empleo de calidad, que permita conciliar la vida laboral y familiar, estableciendo obligaciones relativas a las retribuciones y a las condiciones de empleo, reforzando el cumplimiento de los convenios sectoriales, facilitando el acceso a un trabajo digno y de calidad a colectivos con dificultades de inserción laboral y eliminando la posibilidad de "dumping" social, sobre todo en aquellos países con condiciones salariales y laborales precarias. En definitiva, la introducción de criterios sociales conlleva beneficios para la sociedad en general, y favorecen la implantación de mejoras en el modelo laboral, y sobre todo en sectores con especiales dificultades como son las personas con discapacidad, los jóvenes, los parados de larga duración, y las mujeres principalmente en aquellos sectores en los que están subrepresentadas. En resumen, la utilización de la CPSR sirve para apoyar las políticas públicas sociales, ambientales y de innovación.

SEGUNDO.- Otro aspecto a destacar es el cambio de modelo en la contratación pública que implicó la aprobación de LCSP, supuso la transformación de un sistema de contratación pública fundamentado sobre todo en el precio y en la oferta más ventajosa económicamente y cuyo objetivo fundamental era el aprovisionamiento de obras, servicios y suministros necesarios para satisfacer el interés general, hacia otro modelo de mercado carácter estratégico al servicio de la cohesión social; es decir se evoluciona a un cambio de paradigma en la contratación pública basado en la mejor relación calidad-precio, y que va a permitir la



implantación de diferentes políticas públicas para prevenir situaciones de desigualdad, promover la incorporación al mercado de trabajo de colectivos con especiales dificultades en el ámbito laboral, la sostenibilidad social, el fomento de la participación de las pymes, así como las políticas medioambientales. Esta transformación del modelo de contratación pública, se plasma en las Directivas 2014/24/UE, 2014/23/UE y 2014/25/UE que se transponen al ordenamiento jurídico español mediante la LCSP. Esa evolución hacia un modelo de contratación pública socialmente responsable se plasma en artículo 1.3 de la LCSP, que es toda una declaración de intenciones, mediante el que se impone la aplicación en toda la contratación pública de “manera transversal y preceptiva” de criterios sociales y medioambientales, debiendo cumplirse el requisito fundamental la vinculación con el objeto del contrato. En resumen, se pasa de un modelo instrumental a otro estratégico.

TERCERO. - La exigencia de la incorporación de las cláusulas sociales como condiciones especiales de ejecución, es una apuesta clara por el carácter estratégico de la contratación pública. Para reforzar el cumplimiento de estos criterios sociales se requiere por un lado su incorporación a los pliegos del contrato y, por otro lado, el control y supervisión en la ejecución de este, para garantizar su efectividad y lo más importante la posibilidad de penalizar sus incumplimientos. El seguimiento y ejecución del contrato se atribuye al responsable del contrato, al que le corresponde supervisar su ejecución, adoptar las decisiones y dictar



las instrucciones necesarias para asegurar la correcta realización del contrato.

La figura del responsable del contrato es absolutamente esencial y necesaria para el control de las cláusulas sociales, como garantía de su cumplimiento y así evitar la posibilidad de corrupción en la contratación y, además, poniendo de manifiesto que los criterios sociales y/o medioambientales deben respetarse.

En cuanto a su incumplimiento, en la mayoría de los casos supone la imposición de penalidades o en algunos casos la resolución del contrato.

CUARTO.- En cuanto a eficacia del mandato relativo a las prohibiciones para contratar, la exigencia del cumplimiento del ordenamiento jurídico configurando sus vulneraciones como delitos o infracciones muy graves o graves, que se convierten en prohibiciones de contratar una vez que son condenadas o sancionadas con carácter firme, hace inoperativa esta prohibición en muchas licitaciones en las que los penados o sancionados participan y aún no se ha obtenido una resolución firme en la vía penal o sancionadora correspondiente, de manera que tales delitos o faltas no pueden apreciarse como prohibiciones de contratar por la necesidad de hacerlas compatibles con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

QUINTO. - Por otro lado, en Castilla La Mancha se ha tratado de incorporar a la contratación pública los criterios sociales, laborales y medioambientales, a través de la Instrucción del Consejo de Gobierno de 18 octubre de 2016, posteriormente anulada por el TSJ de CLM, que supuso un impulso y avance en materia de CPSR puesto



que se dicta antes de la LCSP, y tiene como objetivo establecer una contratación pública responsable en el ámbito autonómico.

SEXO.- Por otra parte, respecto a la implantación de los criterios sociales en la UE, aún queda mucho por avanzar, tal y como se desprende del Informe de la Comisión sobre la aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior, que analiza los informes remitidos por los Estados miembros y donde concluye que los principales problemas para los Estados miembros son:

- la falta de orientaciones claras para una correcta aplicación
- dificultades para calcular las repercusiones sociales y el coste del ciclo de vida
- dificultades para vincular las consideraciones de orden social al objeto del contrato
- la ausencia de una definición generalmente aceptada de CPSR²¹⁸.

En resumen, queda mucho por hacer.

V.- ANEXOS

²¹⁸ INFORME DE LA COMISIÓN "Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior" Bruselas, 20.5.2021COM (2021) 245 final



LAS CIFRAS CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE EN ESPAÑA

Número de contratos formalizados

3C2020		V.2.1.	V.2.2.	V.2.3.	V.2.4.
Global		3.069	9.360	514	11.036
(D+B0) No sujeta a las directivas 23, 24, 25		118	128	6	220
(A) Armonizada		2.216	6.262	368	7.352
(B) Por debajo de umbrales		735	2.970	140	3.464
AGE	(A) Armonizada	461	1.350	109	1.711
	(B) Por debajo de umbrales	139	645	27	754
Autonómico	(A) Armonizada	1.116	2.036	63	2.466
	(B) Por debajo de umbrales	227	607	18	776
Local	(A) Armonizada	639	2.876	196	3.175
	(B) Por debajo de umbrales	369	1.718	95	1.934

Fuente: Junta Consultiva de Contratación del Estado. Informe Trienal de la Contratación Pública en España 2019 y 2020.

- El indicador V.2.1: número de contratos formalizados con reserva del art. 20 Directiva 2014/24/UE y artículo 35 en la Directiva 2014/25/UE²¹⁹.
- El indicador V.2.2: Contratación pública con una o varias condiciones especiales de ejecución de tipo social.

²¹⁹ Traspuestos a nuestro ordenamiento jurídico en la disposición adicional 4ª de la LCSP y en el artículo 65.1 del Real Decreto Ley 3/2020.



- El indicador V.2.3.: Porcentaje en número de contratos formalizados con criterios de adjudicación sociales.
- El indicador V.2.4: Porcentaje en número de CPSR.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

- BASTARDO YUSTOS, F.M., *"Las condiciones especiales de ejecución en la nueva ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público"*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 17 (2008).
- FERRANDO GARCÍA, F. y RODRÍGUEZ ECÍO, M.M.: «Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: un ejemplo de la controversia entre las libertades económicas y la protección frente al dumping social», en AA.VV. *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, (Dir. GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M.M.), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 217 a 238.
- GIMENO FELIÚ, J.M., *"La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española"*, Ed. Civitas, Madrid 2006
- LESMES ZABALEGUI, S., "Contratación Pública y discriminación positiva. Clausulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral", *Lan Harremanak*, núm.13 (2005)
- MORENO MOLINA, J.A., *"Compra pública socialmente responsable. Inclusión de las personas con discapacidad"*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2022.



- PRECIADO DOMENECH, C.H.: *"Los criterios sociales y laborales en la contratación pública bajo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público"*, Ed Bomarzo, Albacete, 2018.
- PUERTA SEGUIDO, F., MORENO MOLINA, J.A. y PUNZÓN MORALEDA, J., *"Buenas prácticas en la contratación pública: transparencia, responsabilidad social y lucha contra la corrupción"*, Ed. Ledoria, Toledo 2019.
- PUERTA SEGUIDO, F. y PUNZÓN MORALEDA, J. "Contratación pública socialmente responsable y discapacidad. Especial referencia a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha", *Revista de Contratación Administrativa Práctica* n.º 159, enero-febrero 2019, Wolters Kluwer.
- RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., *"La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011"*, La Ley, Madrid (España), 2012
- VICENTE IGLESIAS, J.L., *"Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público"*, Ed. LA LEY, Madrid, 2008.
- Comunicación de la Comisión «Adquisiciones sociales: una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas (2.ª edición)» DOUE de 18 de junio de 2021, Serie C, DOUE nº237 (2021/C 237/01).
- Libro Verde de la Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro. Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996.



https://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_es.pdf

VI.1.- WEBGRAFÍA

<https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo1.pdf>

<https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm>

<https://www.fairtrade.es/fairtrade/>

<https://contratacionpublicaresponsable.org/>

https://contratacionpublicaresponsable.org/wp-content/uploads/2022/08/BuenasPracticas_FAMSI.pdf

<https://www.crisisycontratacionpublica.org>

<https://www.obcp.es/>

<https://odismet.es>



DICTAMEN JURÍDICO-CIVIL SOBRE NULIDAD DE ESCRITURA DE RECONOCIMIENTO DE DEUDA OTORGADA EN VIRTUD DE PODER DE RUINA

D^a. Miriam Carralero Valera

Abogada ejerciente ICA Cuenca. Máster Universitario de Acceso a la Abogacía. Máster en Prevención y Tratamiento de la Violencia de Género

Sumario:

1. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA
2. DICTAMEN JURÍDICO-CIVIL
 - I.- ANTECEDENTES DE HECHO
 - II. CUESTIONES JURÍDICAS
 1. VALIDEZ DE LA ESCRITURA DE RECONOCIMIENTO DE DEUDA
 2. ORIGEN Y PROCEDENCIA DE LA DEUDA
 3. LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA DEMANDADA
 - III. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA DE PERTINENTE APLICACIÓN



IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. ABUSO EN EL EJERCICIO DE UN PODER. LA RELEVANCIA DE LA EDAD Y DE LA STS (SALA PRIMERA) 642/2019, DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2019.
2. LA DIFICULTAD PROBATORIA. INTRODUCCIÓN EN EL JUICIO DE MEDIOS DE PRUEBA INADMITIDOS
3. PARTÍCIPES DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA Y SU LEGITIMACIÓN.

V. CONCLUSIONES

3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. **INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA**

En el presente Dictamen¹ se aborda el estudio de un asunto de naturaleza civil que, sustanciado por los trámites del procedimiento ordinario -y, por lo tanto, contando con fase de audiencia previa y fase de juicio oral- abocó a la actora y a su representación letrada a una verdadera “trampa saducea” de la que, sin embargo, salieron victoriosos, tanto en la primera como en la segunda instancia, pues la sentencia del órgano *a quo* fue recurrida en apelación por una de las

¹Se ha de hacer constar *ab initio* que toda referencia a la localidad en la cual transcurrieron los hechos que integran el presente Dictamen y las identidades de las personas implicadas en los mismos han sido suprimidas, o bien alteradas, a través del empleo de pseudónimos, procurando el máximo respeto a la confidencialidad, al secreto profesional y al anonimato.



demandadas. Para la resolución con éxito de este pleito se requirió de un gran esfuerzo por parte de la representación letrada de la parte actora, y que es el mejor exponente de las características cuyo entrenamiento debe procurar el buen abogado: la búsqueda de soluciones imaginativas, la capacidad negocial, la labor indagatoria y cuasi-detectivesca que en ocasiones se debe llevar a cabo y, muy especialmente, el desarrollo de un elevado nivel de oratoria, fundamental para la persuasión en Sala².

A título enunciativo, la materia sometida a la consideración judicial versaba acerca de una escritura de apoderamiento³, en virtud de la cual la demandante atribuía a su padre facultades de representación plenas sobre su persona, que fueron utilizadas por éste de modo abusivo y que, a la postre, supondría una merma en su parte sobre la porción hereditaria que su progenitor le adjudicó, en virtud de disposición testamentaria. Ante el fallecimiento del padre, la actora

² En este sentido de adquisición y desarrollo competencial, y aunque excede del contenido estricto de este Trabajo, resulta especialmente útil la obra de ESTALELLA DEL PINO, J., *“Elabogado eficaz. Cómo convencer, persuadir e influir en los juicios”*, 4ª ed., Ed. La Ley- Wolters Kluwer, 2014, cuya lectura es obligada para todo profesional de la Abogacía, ya sea bisoño o veterano.

³ Para facilitar la comprensión del Informe, en lo sucesivo, ténganse por sinónimas las expresiones “contrato/escritura de mandato”, “contrato/escritura de apoderamiento” y “contrato/escritura de poder”.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

había de demandar a los herederos, a saber, sus dos hermanas, su hermano, y la actual esposa de su padre, casada en segundas nupcias con él. Estos hechos serán desarrollados en profundidad, siguiendo el esquema que se expone a continuación.

El Dictamen se inicia con la exposición de las versiones de los hechos ofrecidas por cada uno de los litigantes. Relatos fácticos que, como se tendrá posibilidad de comprobar, son muy divergentes entre sí.

A continuación, y siendo coherente con el *iter* procedimental, se analizará brevemente el desarrollo de la audiencia previa, fase en la que las partes sientan los presupuestos para la sustanciación del juicio oral.

Seguidamente, se relatará lo acaecido en el plenario, y cuál fue el sentido en el que se pronunció la Sentencia 49/2023, del Juzgado de Primera Instancia. De manera sucinta, se expondrán los motivos que se adujeron tanto el recurso de apelación formulado por una de las demandadas como en el escrito de oposición al mismo, y la Sentencia 291/2023, de 21 de noviembre de 2023, que dictó la Audiencia Provincial.

Una vez realizado el recorrido por el procedimiento, se plantearán los motivos por los que la clienta solicita el Dictamen para, a continuación, llevar a cabo un análisis en profundidad de las cuestiones y fundamentos jurídicos que, habiendo sido destacados en los apartados anteriores de manera casi telegráfica, merecen una especial mención, en atención a su trascendencia.



Finalmente, en el último epígrafe se extraerán una serie de conclusiones, dando respuesta a cuestiones planteadas por la clienta.

Desde un punto de vista metodológico, para la elaboración de este Trabajo, y como corresponde al ámbito jurídico-civil, ha resultado fundamental el estudio de los arts. 1709 y ss. del CC, referentes al contrato de mandato, y aquellos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se invocaron durante el desarrollo de la audiencia previa y el juicio, tanto en primera como en segunda instancia -se citan, *v.g.*, el art. 251 de la LEC, sobre la determinación de la cuantía del procedimiento; el art. 265.3 del mismo cuerpo legal, como excepción a la norma general de la interdicción de la aportación de documentos con carácter posterior a la presentación de la demanda; o el art. 285.2 también de esta disposición normativa, sobre la posibilidad de formular recurso de reposición y subsidiaria protesta ante la denegación de un medio de prueba-. Todo ello, complementado con las aportaciones doctrinales más destacadas y, en su caso, la jurisprudencia más relevante para disipar las dudas en torno a las cuestiones objeto de controversia, en especial la STS (Sala Primera) 642/2019, de 27 de noviembre, Rec. 876/2017, clave para la resolución de la litis.

Para finalizar esta introducción, no resta más que añadir que este artículo ha sido redactado con una clara vocación práctica. Sin olvidar la importancia de los textos normativos y las aportaciones doctrinales, la autora considera que un Trabajo en el que se aborde una controversia jurídica de tal calado como la que



constituye objeto de este Dictamen debe estar imbuido de un enfoque eminentemente práctico. Ello explica la selección de los aspectos a los que se dedica mayor atención en este cuerpo de escritura, así como el hilo conductor sobre el que se articula el Dictamen - planteándolo como un encargo llevado a cabo por la clientela-, determinadas notas a pie de página, en las que se explica el contenido de preceptos de recurrente utilización en el ejercicio profesional, y la mención a ciertos manuales que pueden ser de gran utilidad para el profesional de la Abogacía.

2. DICTAMEN JURÍDICO-CIVIL

Ante mí, Miriam Carralero Valera, colegiada adscrita al Ilustre Colegio de Abogados de Cuenca con el nº xxxx, compareció D^a. Carolina Pérez Suárez, en Diciembre de 2023, cuya defensa letrada asumí en el Procedimiento Ordinario 116/2020, para solicitar la elaboración de un Dictamen, en el que se destaquen los puntos de controversia más relevantes de todos aquellos que se sometieron a la intelección del Juzgado de Primera Instancia, y posteriormente de la Audiencia Provincial.

Para la redacción del presente Informe se han compilado los diferentes hechos alegados por cada una de las partes intervinientes en el proceso, y se han interrelacionado con la Normativa, Doctrina y Jurisprudencia de pertinente aplicación, estando el presente cuerpo de escritura desprovisto de todo elemento subjetivo, y ciñéndose estrictamente a parámetros objetivos y al conocimiento sobre el objeto



de controversia de quien lo suscribe.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Para la completa intelección del presente Dictamen, resulta imprescindible efectuar una aproximación a los hechos primigenios que devinieron en el litigio sometido al conocimiento del órgano jurisdiccional.

-PRELIMINAR.- BREVE APROXIMACIÓN A LA CAUSA *PETENDI* Y CONFIGURACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICO-PROCESAL

En atención a la multitud de intervinientes en este proceso, es conveniente dedicar este epígrafe a la presentación de cada uno de ellos, así como a mostrar al lector cómo quedó articulada la relación jurídico-procesal.

El litigio comenzó con la interposición, por parte de la actora, de demanda de procedimiento ordinario frente a sus tres hermanos, así como también frente a la esposa de su padre, en ejercicio de una acción de impugnación contractual. A través de la misma, pretendía la nulidad de plenoderecho de una escritura pública de reconocimiento de deuda, otorgada en virtud de un poder en el que se conferían amplísimas facultades, entre las que se incluía, de modo muy especial, la de autocontratación. Figura esta que, pese



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

a no contar con un reconocimiento normativo expreso en nuestro ordenamiento jurídico, goza de plena virtualidad y validez, siendo la Doctrina⁴ y la

⁴ Una de las definiciones más acertadas es aquella efectuada por el Magistrado SUÁREZ ROBLEDANO, para el que *"El autocontrato es aquel contrato en el que, existiendo aun formalmente acuerdo libre de voluntades como en cualquier contrato, las voluntades de contratar son manifestadas al exterior por una única persona, aunque ostente distinta condición o calidad al contratar. Por medio de la representación, en el autocontrato surge y se manifiesta una única persona que viene a contratar en su propio nombre y en el del tercero al que representa o lo hace en nombre y representación de dos personas distintas al mismo tiempo"*. Vid. SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., "Apoderamiento para autocontratar. Laautocontratación en sociedades desde el punto de vista registral", *Revista CEFLEGAL*, nº 97, 2009, pág. 24.

En los mismos términos se pronuncia TOMÁS MARTINEZ, que entiende por autocontratación *"el fenómeno por el cual un sujeto celebra un contrato consigo mismo. Es el caso del representante que realiza el negocio en nombre del representado y en el suyo propio. Su sola denominación pugna con la esencia misma de contrato concebido como acuerdo de voluntades, y basado en el consentimiento de dos personas que acercan sus intereses para producir efectos jurídicos"*. Vid. TOMÁS MARTÍNEZ, G., "Tutela y prohibición de autocontratación", en LÓPEZ ROSA, R. y DEL PINO TOSCANO, F.J. (coords.), *El Derecho de Familia: de Roma al Derecho actual*, Ed. Deusto Publicaciones, 2004, págs.779-780.



Jurisprudencia⁵ -especialmente la del TS- las encargadas de delimitar su alcance y contenido.

Sentado ya el objeto del pleito, se procede ahora a presentar a los diferentes intervinientes⁶

⁵ La STS (Sala Primera) de 5 de noviembre de 1956, define la autocontratación como “*un contrato consigo mismo, en la modalidad más genuina (y tachada de más peligrosa por el mayor riesgo de parcialidad) que se da cuando existe una sola voluntad que hace dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente contrapuestas, es decir, cuando una persona cierra consigo misma un contrato actuando a la vez como interesada y como representante de otra*”. En esta definición, ya se pone de relieve el riesgo que entraña un contrato de estas características, ya que faculta a una sola persona a actuar en su propio interés y en el de su representado, lo que suele abocar, como es el caso analizado en el presente dictamen, a supuestos de abuso y perjuicio económico. Se pueden citar también las SSTS (Sala Primera) de 27 octubre de 1966 y de 21 febrero 1968, que reconocen la plena eficacia del autocontrato, como figura no sólo lícita sino, a mayor abundamiento, también simplificadora, del tráfico jurídico.

⁶ Si bien este Dictamen se aborda desde un enfoque práctico, como un Informe elaborado para la cliente, no se puede perder de vista que no deja de ser un Trabajo que será leído por personas ajenas a la controversia. En aras al respeto de los principios de confidencialidad y secreto profesional recogidos en el art. 21.1 del EGAE, se hará uso de seudónimos para referirse a cada uno de los litigantes.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

*En primer lugar, nos hemos de referir a D. Javier Pérez Écija, el finado, y por cuya actuación se generó la intrincada problemática que se expondrá a continuación.

*De otro lado, se encuentra la actora, nuestra clienta, a quien se llamará D^a. Carolina Pérez Suárez, quien vio reducida en 120.000€ su parte sobre la herencia de su padre debido a que en el testamento otorgado por éste, figuraba una escritura de reconocimiento de una deuda por el precitado importe.

*Los codemandados son las personas cuya identidad se consigna a continuación:

- D^a. Isabel Pérez Suárez, hermana de la demandante y heredera.
- D^a. María Pérez Suárez, hermana y heredera.
- D. Daniel Pérez Suárez, hermano y heredero.
- D^a. Úrsula Rodríguez Triguero, casada en segundas nupcias con D. Javier. Fruto de esta segunda unión conyugal no hay descendencia.

*Si bien no era parte, sino testigo, se incluye en este apartado también a D. Pedro Barranco Ayala, exmarido de D^a. Carolina, y conecedor directo de los hechos.

Los codemandados se sirvieron de diferentes representaciones procesales, en atención a la interdicción de la asunción de la defensa letrada de dos o más clientes entre los que existe, o hay riesgo



significativo de que exista, conflicto de intereses⁷. Así las cosas, D^a. Isabel y D^a. María se dotaron del mismo abogado y procurador, D. Daniel contrató los servicios de otros, y la defensa técnica y representación de D^a. Úrsula fue asumida por otros profesionales.

-PRIMERO.- RELATO FÁCTICO DE CADA UNA DE LAS PARTES

Habiéndose descrito ya cómo quedo configurada la relación jurídico- procesal, se procede ahora a relatar los hechos que dieron lugar a la abstrusa problemática que se dedujo frente al órgano judicial. Cada una de las partes ofreció en sus respectivos escritos rectores de la causa una versión diferente, por lo que, a fin de facilitar la intelección de este Dictamen, se tratarán separadamente.

1.La actora planteaba los siguientes fundamentos de hecho: D. Javier, su padre, falleció en Febrero de 2019, habiendo otorgado testamento. El contenido de dicha disposición de última voluntad sólo fue conocido por la demandante de manera simultánea al resto de

⁷ Dicha prohibición se recoge en el art. 51.2 del EGAE, cuyo tenor literal establece que *"El profesional de la Abogacía no podrá intervenir por cuenta de dos o más clientes en un mismo asunto si existe conflicto o riesgo significativo de conflicto entre los intereses de esos clientes, salvo autorización expresa y por escrito de todos ellos, previa y debidamente informados al efecto y siempre que se trate de un asunto o encargo de naturaleza no litigiosa"*.



causahabientes, una vez comparecieron a la apertura del testamento. En dicho acto, D^a. Carolina descubriría, con absoluta sorpresa, que su cuota sobre el caudal hereditario se veía reducida en 120.000€, so pretexto de que mantenía una deuda de este importe en favor de su padre. Para establecer esa minoración sobre el caudal hereditario que su hija percibiría, D. Javier invocó, en el momento de hacer su testamento, una escritura pública de reconocimiento de deuda⁸, rubricada en Mayo de

⁸ Al igual que ocurriera con la autocontratación, la figura del reconocimiento de deuda no goza de reconocimiento expreso en la legislación civil. Ha sido nuestro Alto Tribunal el que ha reconocido su eficacia y configurado sus elementos esenciales. Así, y en atención a la vigencia del art. 1255 del CC -principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes-, entiende que el reconocimiento de deuda es *“es un negocio jurídico unilateral por el que su autor declara o, lo que es lo mismo, reconoce la existencia de una deuda previamente constituida; contiene, pues, la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, se le aplica la presunción de la existencia de causa del art. 1.277 C.c . y el autor, autores, o causahabiente en el presente caso, queda obligado a cumplir la obligación cuya deuda ha reconocido...; a su vez, al reconocimiento de deuda se le atribuye una abstracción procesal, que dispensa de probar la obligación cuya deuda se ha reconocido...”*. Vid. STS de 18 de septiembre de 2006, FJ Segundo. En idéntico sentido, la STS, Sala Primera, de 8 de marzo de 2010, que además admite expresamente que *“el reconocimiento de deuda vincula a quien lo realiza y, en atención a lo prevenido en el art. 1.277 del Código Civil, ha de presumirse que su causa existe y es lícita, en tanto el deudor no demuestre lo contrario”*. Es decir, el TS ha establecido en múltiples sentencias que el reconocimiento debe ser claro, completo y realizado sin vicios del consentimiento como error, dolo o coacción. Además, debe



2016.

Lo llamativo es que, para otorgar la referida escritura de reconocimiento de deuda, compareció ante Notario únicamente D. Javier, quien intervino, de un lado, en su propio nombre y representación y, de otro lado, en nombre y representación de su hija, sirviéndose de un poder con facultades plenas u omnímodo, coloquialmente conocido como "poder de ruina"⁹.

D^a. Carolina no disponía de la referida escritura de apoderamiento, y no recordaba haberla suscrito. Su

ser posible determinar la causa de la deuda, es decir, el origen de la obligación que se reconoce. La relevante STS (Sala Primera) 123/2015, de 3 de marzo, por su parte, recalca que el reconocimiento de deuda no sólo tiene efecto declarativo, sino que también puede tener efecto novatorio, es decir, puede dar lugar a una nueva relación obligatoria que sustituye a la anterior, lo que es especialmente relevante cuando no existe un título ejecutivo previo.

⁹ El apoderamiento es definido legalmente por el art. 1709 del CC en los siguientes términos: "*es el contrato por el que uno se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otro*". Por su parte, el art. 1712 establece las dos clases de mandatos existentes, el general y el especial, siendo el primero aquel que "*comprende todos los negocios del mandante*" y el segundo "*uno o más negocios determinados*". Evidentemente, en el caso que nos ocupa, al tratarse de un poder omnímodo, se está haciendo alusión a un mandato general, que también recibe otras denominaciones, tales como "poder notarial general", "poder omnicomprensivo" o, la que es más sugerente, "poder de ruina".



sospecha de que algo extraño estaba sucediendo se intensificó cuando, tras acudir a la Notaría donde estaba custodiado, no le proporcionaron copia de la misma, debido a que no existía en los archivos ninguna coincidencia entre el número de DNI que le era propio y aquél que figuraba en las escrituras de poder y, consecuentemente, de reconocimiento de deuda. D^a. Carolina quedó, así, en una situación procesal completamente inerme.

Al hecho de que el poder no apareciera por ninguna parte, se sumó que dicha delegación de facultades comportaba que sus intereses se vieran gravísimamente comprometidos, siendo incompatibles en todo punto con aquéllos del mandatario. De nada sirvieron las conversaciones ni los burofaxes enviados a sus familiares buscando una solución extrajudicial, pues todos ellos quedaron sin respuesta, a excepción de D. Daniel, quien sí mostró una actitud cooperadora con su hermana. La actora se vio, así, abocada a la interposición de demanda, en ejercicio de una acción de incumplimiento contractual, en la que alegó que o bien el apoderamiento no existía -al no estar custodiado en la Notaría-, o que, en caso de existir, éste no era válido, por ser manifiesto que, a través del mismo, sus intereses entrarían en una situación de franco detrimento frente a los de su padre. En el suplico, solicitó al Juzgado que se decretara la nulidad de pleno derecho de la escritura de reconocimiento de deuda, por haber sido otorgada a través de un poder omnicomprendivo cuya existencia no podía acreditarse, o de poder hacerse, era abusivo a todas luces, lo que automáticamente comportaba la nulidad de todos los



actos posteriores llevados a cabo en su virtud¹⁰, y por lo tanto, del referido reconocimiento de deuda.

2.El hermano, D. Daniel, quien se mostró igualmente sorprendido ante la deuda de su hermana, contestó allanándose¹¹ al escrito de la actora -tras las

¹⁰ En cuanto al ejercicio abusivo de un derecho, el CC establece lo siguiente en su art. 7: *“Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”*.

¹¹ El allanamiento es una forma de terminación del procedimiento que encuentra su residencia procesal en el art. 21 de la LEC, precepto que si bien hace alusión a esta figura, no la define, siendo nuevamente la Doctrina la encargada de delinear su contenido. Así, MONTERO AROCA, para quien el allanamiento es *“un acto procesal del demandado por el que manifiesta su voluntad de no oponerse a la pretensión del actor, o de abandonar la oposición ya interpuesta, conformándose con la misma, provocando la terminación del proceso con sentencia no contradictoria de fondo, en la que se le condenará”*. Vid. MONTERO AROCA, J., “Terminación anormal del proceso”, en MONTERO AROCA, J., CÓMEZ COLOMER, J.L. *et al.*: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 27ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 402. Por su parte, la STS, Sala Primera, 172/2020 de 11 de marzo, establece que el allanamiento es una manifestación de



negociaciones llevadas a cabo con su representación letrada-, manifestando que nunca había tenido constancia de la existencia de la deuda de 120.000€, así como tampoco de ninguna escritura pública de poder. La razón de su desconocimiento era que había estado durante más de una década viviendo fuera de la ciudad, y por tanto, no le constaba si la relación entre sus familiares era buena o no, o si su hermana adeudaba algo a su padre. Por lo tanto, haciendo suyas las pretensiones de la demandante, solicitó del órgano jurisdiccional que dictase sentencia declarando la nulidad de la escritura de reconocimiento de deuda.

3. Por su parte, la esposa de D. Javier, D^a. Úrsula, trajo a la causa el poder, en el cual, efectivamente, figuraba que tanto la actora como su padre habían comparecido ante Notario, y habían consentido la constitución de este poder a través de la rúbrica del mismo. Del mismo modo, era cierto que entre el amplísimo elenco de facultades cedidas sobre su persona, D^a. Carolina autorizaba a su padre para llevar a término una autocontratación, de tal manera que D. Javier podía autoinvertirse como acreedor de su hija. Ahora bien, en

conformidad con la petición contenida en la demanda, hecha por el demandado. La sentencia subraya que el allanamiento puede comprender todas las materias de carácter privado que sean objeto de pretensión por las partes y que sean disponibles por ellas, ya que no es lícito, dentro del orden jurídico, oponerse a que los interesados hagan de lo suyo lo que a bien tengan. Esta decisión del Tribunal Supremo recalca la importancia del principio dispositivo en el proceso civil.



el poder había varias cuestiones que eran llamativas.

De un lado, la fecha de otorgamiento que figuraba en el mismo era 1984, año en el que la actora tan solo contaba con diez años de edad, toda vez que nació en 1974. Según la versión ofrecida por la viuda, la divergencia de años no se debía a cosa distinta sino a una inocente equivocación en la cifra que el Notario consignó en la escritura. Por lo tanto, la edad que D^a. Carolina tenía en ese momento eran veinte años, y no diez¹². A efectos probatorios, esta representación procesal anexaba a su contestación a la demanda como medio adverbador un escrito de rectificación expedido desde la Notaría. Con ello, daba por saldado este defecto.

Por otra parte, alegaba que si bien es cierto que en el testamento aparece un número de documento nacional de identidad de D^a. Carolina que no se correspondía con el que le era propio, ello sería fruto de -otro- pequeño error cometido por el fedatario público¹³. Este era el

¹² El hecho de que la actora tuviera una u otra edad en el momento otorgar el poder es determinante, pues si era menor, no gozaría de plena capacidad de obrar, en atención al contenido del art. 246 del CC: "*El mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil*". Si D^a. Carolina hubiera tenido diez años, el consentimiento prestado adolecería de un defecto, se entendería viciado, y comportaría la anulabilidad de la escritura de apoderamiento, al faltarle uno de sus elementos esenciales.

¹³ El error en el DNI que figura en el testamento trae causa de la escritura de reconocimiento de deuda, en la que ya se



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

motivo por el cual D^a. Carolina no había podido encontrar el poder en los archivos de la Notaría, pero ello no era óbice para afirmar la existencia del mismo. Para la adveración de este hecho, sin embargo, no se aportaba ninguna escritura de rectificación.

4.Finalmente, D^a. María y D^a. Isabel enrevesaron mucho más este asunto, a través de la aportación de un burofax que su difunto padre envió a su hermana en Junio de 2017, en el cual ponía de manifiesto la existencia de la referida deuda de 120.000€, por lo que ella era perfectamente conocedora de la misma y no podía fingir sorpresa. El tenor literal de esta comunicación fehaciente es el siguiente -se seleccionan los pasajes más relevantes-:

“Sí que era tu padre cuando te doné el solar urbano y así queda reflejado en la escritura de donación (...).

consignaba una identidad que no era la de D^a. Carolina. Y a su vez, el error del DNI que aparece en la escritura de reconocimiento de deuda es una traslación del error sobre los dígitos que el Notario consignó en la escritura de apoderamiento. Por exceder del ámbito de estudio al que se reduce este Dictamen, no se ahondará en ello, pero la eventual responsabilidad civil del Notario por errores de esta índole se recoge en el art. 146 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. Para más información acerca de este particular, resulta interesante la lectura del Fiscal ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I., “La responsabilidad civil de los Notarios. Comentario a la STS de 18 de diciembre de 2019”, *Revista CEFLEGAL*, nº 243, 2021.



Al poco tiempo de efectuarte la donación del solar, me pediste, me rogaste, con el fin de hacerte la casa en ese mismo solar que te regalé, un importe de 90.000 euros más varios palets de ladrillos, más todas las tejas de la casa, más hormigón, más metálico para el coche que te compraste, más dinero para parte de los gastos de tu operación de pechos, etc. Lo que supuso un montante de 30.000€ esta cantidad más los 90.000€ que en metálico suman la cantidad de 120.000€, cantidad que me adeudas (...).

Mis momentos económicos actuales son muy preocupantes, con una pensión de 600 euros no me llega, la cantidad que me queda para comer y para gastos del día a día es mínima (...).

Como quiera la deuda que tú tienes hacia mí es la mencionada de 120.000€, deuda reconocida ante Notario, por lo tanto pública y ejecutiva (...).

Ante mi estado de indigencia me dirijo a ti, no como hija (que tu esposo dice que no lo eres), sino como deudora, para que a partir del mes de octubre, entre los días uno al cinco me ingreses en la cuenta (...).

De la lectura de los párrafos anteriores surgen varios interrogantes:

¿A qué solar se está refiriendo D. Javier? ¿Es que D^a. Carolina construyó una vivienda? ¿Había sido capaz de dejar a su padre en estado de práctica indigencia tras las grandes cifras que este le habría prestado? ¿Cuál era el estado de su relación paternofilial? ¿Por qué se menciona al esposo de D^a. Carolina, tiene alguna trascendencia en este litigio?

Pues bien, la versión que ellas dieron en su escrito de



contestación fue la siguiente: D. Javier transmitió a su hija D^a. Carolina la titularidad de un solar, en virtud de escritura pública de donación¹⁴ que aportan a la causa. Sobre él, D^a Carolina y su en aquel entonces esposo, D. Pedro - posteriormente se divorciaron-, construyeron una vivienda en régimen de autopromoción, para cuya edificación había sido precisa la adquisición de materiales de construcción por importe de 90.000€. He aquí la segunda manifestación de la supuesta magnanimidad del padre: esos 90.000€ se los habría pedido a su progenitor quien, de buen grado, habría accedido. No satisfecha con ello, también le habría pedido 30.000€, para la compra de un coche, y para someterse a una operación estética. Esto es, un total de 120.000€. Es digno de ser destacado que las hermanas no aportaron ni un solo documento justificativo de estos desembolsos.

Como se desprende de la literalidad del burofax, la relación entre padre e hija estaba muy deteriorada, siendo este hecho conocido por toda la familia. Si bien la situación entre ambos ya llevaba años siendo tensa, el verdadero punto de inflexión se produjo con el divorcio de D^a. Carolina.

¹⁴ Aunque parece obvio, ha de recordarse que la donación es un negocio jurídico que se hace a título lucrativo, sin contraprestación a cambio, al tratarse de una liberalidad del propietario del bien, tal como el art. 618 del CC pone de manifiesto. Por lo que, en cuanto a la transmisión del solar se refiere, ello no comportó el surgimiento de derecho de crédito alguno en favor de D. Javier.



-SEGUNDO.- DESARROLLO DE LA AUDIENCIA PREVIA

Una vez recibidos los escritos rectores del procedimiento y la documentación que los acompañaba, se citó a las partes para el desarrollo de la audiencia previa, de la que se reseñarán solo las incidencias acaecidas, en aras a la brevedad.

- Alegación de excepción de falta de legitimación pasiva por D^a. Úrsula, por considerarse legataria de su difunto esposo, y no heredera. Sobre esta cuestión se volverá más adelante, en atención a las consecuencias que se derivan de la misma.
- Alegación de inadecuación de la cuantía del procedimiento, ex. art. 251.8^a de la LEC. D^a. Úrsula entendía que la cuantía del procedimiento debía ser los 120.000€ reclamados. La actora entendía que había de ser de cuantía indeterminada, en atención a que la causa petendi era la declaración de nulidad de una escritura, sin reclamarse cuantía alguna. SS^a entendió que si bien en la demanda se ejercitaba una acción de impugnación contractual -no susceptible de valoración económica-, es lógica consecuencia que de estimarse la pretensión, la actora se vería beneficiada en un crecimiento de su caudal hereditario en 120.000€, por lo que dicha alegación fue estimada.
- Desestimación de la prueba más documental de la actora, compuesta por medios probatorios



fundamentales, a saber, las escrituras públicas de obra nueva y de suscripción de préstamo hipotecario -por importe de 180.000€-. Pese a la formulación de recurso de reposición in voce, estas pruebas no fueron admitidas, por lo que se dejó constancia de la oportuna protesta a efectos de la segunda instancia.

-TERCERO.- DESARROLLO DEL JUICIO Y SENTENCIA

De la práctica de la prueba realizada en el acto de juicio oral -el interrogatorio de D. Daniel, de D^a. Carolina, y de D. Pedro-, se concluyó lo siguiente:

D. Javier era empresario, y llevaba a cabo numerosas operaciones en el tráfico jurídico, lo que entrañaba una serie de riesgos, en cuanto a lo económico se refiere. De hecho, era habitual que se viera involucrado en problemas de índole crematística, llegando, incluso, a cumplir una pena de prisión por delito de estafa, lo que es harto elocuente acerca de la diligencia o, por mejor decir, de la ausencia de la misma, con la que se conducía en sus relaciones con terceros. A mayor abundamiento, D. Javier había intentado, a lo largo de los años, evitar el embargo de sus bienes, a través del cambio de titularidad de los mismos en favor de sus hijos, lo que vuelve a ser muy significativo de la facilidad con la cual hacía partícipes a sus familiares de las consecuencias de sus actos comerciales.

Uno de esos intentos fue fructífero, convenciendo a una jovencísima D^a. Carolina -quien en aquel entonces tenía



tan solo veinte años- para que firmara un poder en su favor, en virtud del cual quedaba autorizado para llevar toda suerte de actos jurídicos en nombre y representación de su hija. Los años pasaron, y el referido poder cayó en el olvido, pues ningún uso se le dio.

Durante ese íterin, D^a. Carolina comenzaría a trabajar, a ganar su propio dinero, y se casaría con D. Pedro. Su padre y ella irían teniendo una cada vez más tensa relación paterno-filial, que cristalizó cuando el matrimonio de D^a. Carolina y D. Pedro llegó a su término, hecho que el padre nunca aceptó, y contra el que reaccionó urdiendo una intrincada trama, que se expone a continuación:

La actora efectivamente recibió un solar de su padre como donación o liberalidad, tal y como afirma éste en su burofax. Sobre dicho terreno, D. Pedro y ella edificaron en régimen de autopromoción la que sería su vivienda habitual durante años. En este momento sería cuando D. Javier vería la oportunidad de perjudicar a su hija: haciendo uso del poder que, en tiempos pretéritos, le había hecho firmar a D^a. Carolina, compareció ante el fedatario público, sin ninguna clase de documentación acreditativa, para otorgar la tan aludida escritura pública de reconocimiento de deuda¹⁵, en base a que,

¹⁵ Cabe destacar que, lógicamente, si no existe regulación legal sobre del reconocimiento de deuda, tampoco la hay acerca de los requisitos necesarios para otorgarla. El reconocimiento de deuda es un acto jurídico por el cual una persona, el deudor, admite ante su acreedor la existencia de una obligación, generalmente monetaria. Como se ha dicho, esta figura no se encuentra regulada de manera explícita, por lo que se rige por los principios generales del derecho de



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

supuestamente, el dinero para la construcción -90.000€- se lo había prestado él, así como también otros 30.000€ para la compra de un vehículo, e incluso para costearle una operación estética.

Una vez establecida la deuda, tan sólo tenía que rematar su plan: así, envió a su hija un burofax, para que quedara constancia de que D^a. Carolina estaba enterada de dicha deuda y de que el intento de llegar a un arreglo extrajudicial no había surtido efectos, y además, hizo su testamento, en el que figuraba la cuantía supuestamente debida -120.000€-. Este segundo hecho, la elaboración del testamento, evidentemente no fue conocido por D^a. Carolina. Pero sí el burofax.

Cuando la asustada hija puso en conocimiento de sus hermanas y de la esposa de su padre el contenido de dicha comunicación fehaciente, le recomendaron que hiciera caso omiso, puesto que si bien D. Javier llevaba tiempo actuando de manera extraña, consideraban que no llegaría a mayores, y que D^a. Carolina debería mantenerse impassible ante estas manifestaciones, para no generar un problema aún más grave, máxime cuando

obligaciones y contratos. Se considera un negocio jurídico unilateral que produce efectos legales por sí solo, usualmente reflejado en un documento privado o público. Este reconocimiento puede servir como prueba en un proceso judicial y tiene relevancia en la interrupción de la prescripción de la acción para exigir el cumplimiento de la deuda. De este modo se explica que para el otorgamiento de dicha escritura, D. Javier no necesitase aportar factura ni documento similar alguno para justificar la cuantía que supuestamente su hija le debía.



el padre ya había protagonizado algún conato violento hacia ella.

Años más tarde, D. Javier murió, y con ello, sus sucesores fueron llamados al acto de apertura del testamento, momento en el que D^a. Carolina cobró conocimiento de la situación, a lo que reaccionó rápidamente, tratando dotarse de las escrituras de reconocimiento de deuda y de poder - cuya copia le denegaron por no ser coincidente el DNI que en ellas figuraban con el que le era propio-, y de buscar una solución extrajudicial, siendo todo intento infructuoso, a excepción de su hermano D. Daniel, quien se prestó para ofrecerle toda la ayuda que estuviera en su mano, lo que demostró allanándose ulteriormente al escrito de demanda. Ello lleva a colegir que D^a. Úrsula, D^a. Isabel y D^a. María también sentían alguna clase de animadversión hacia la demandante.

Así las cosas, D^a Carolina no pudo aportar prácticamente ninguna prueba útil junto con su demanda. Sería solamente tras las respectivas contestaciones de D^a. Úrsula y de sus hermanas que tendría acceso a ambas escrituras públicas, frente a las que trató de defenderse a través de la incorporación, en la audiencia previa, de prueba más documental, consistente en las escrituras de obra nueva y de préstamo hipotecario que demostraban que la obra había sido sufragada con su propio dinero. Ambos medios probatorios serían desestimados, pese a la formulación de recurso de reposición y protesta.

Sin embargo, pese a la orfandad probatoria a la que la actora se vio abocada, el testimonio de los deponentes en el plenario sirvió para demostrar que los materiales



de construcción para la vivienda habían sido adquiridos con dinero que provenía, en su integridad, del peculio de D^a. Carolina, constituido por la cantidad obtenida de la venta de su antiguo piso, y por un préstamo que suscribió con una entidad bancaria, junto con su marido. Del mismo modo, el vehículo que compró, y la operación estética a la que se sometió, habían sido sufragados con su propio dinero.

Además de las diferentes testificales practicadas, la Juzgadora dio especial relevancia a la STS (Sala Primera) 642/2019, de 27 de Noviembre de 2019, Rec. 876/2017, sobre la que se profundizará en el epígrafe de Fundamentos Jurídicos, para resolver esta litis.

En su fallo, SS^a estimó la pretensión esgrimida por la actora, decretando la nulidad de la escritura de reconocimiento de deuda, por haber sido otorgada haciéndose un uso abusivo de un poder notarial general. Por tanto, se restituyó la cuantía de 120.000€ al caudal hereditario de D^a. Carolina. Las costas se impusieron únicamente a las hermanas, pues D. Daniel se había allanado, y se estimó la falta de legitimación pasiva alegada por D. Úrsula.

-CUARTO.- RECURSO DE APELACIÓN

La representación procesal de D^a. Úrsula Rodríguez Triguero interpuso recurso de apelación frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, alegando como motivo único la infracción del artículo 394.2 de la LEC, relativo a la imposición de costas.



Como ya se ha repetido en numerosas ocasiones a lo largo de este Dictamen, D^a. Úrsula opuso en su contestación la excepción procesal de falta de legitimación pasiva, en tanto en cuanto entendía que ella era llamada a la herencia en calidad de legataria, y no de heredera.

Sobre dicha excepción procesal se pronunció la Juzgadora en la audiencia previa, manifestando que ello era una cuestión de fondo y, por tanto, había de ser resuelta en la sentencia. Tras la celebración del juicio, la sentencia resolvió de este modo la excepción procesal planteada:

"Antes de resolver el fondo del asunto, por parte de la demandada Doña Úrsula, se ha planteado una excepción de falta de legitimación pasiva porque ella no es heredera de Don Javier, solo tiene designado el usufructo vitalicio y en consecuencia no es beneficiaria del posible resultado de la presente Litis. En ese sentido es correcta la alegación planteada, y Sr. Úrsula no se va a ver beneficiada de lo que se resuelva, al no ser heredera, y lo que se plantea tendría exclusivamente consecuencias respecto a la herencia, y no el usufructo. Por ello debe estimarse la excepción planteada, y dejar fuera de esta Litis a Doña Úrsula, sin condena en costas"¹⁶ (sic).

Aunque se llevará a cabo un estudio detallado de este cuestión en el epígrafe rubricado "Fundamentos Jurídicos", se ha de decir desde este momento, a fin de facilitar la comprensión del fallo de la sentencia reproducido en el párrafo anterior, que mientras los

¹⁶ Vid. Sentencia 49/2023, del Juzgado de Primera Instancia nº Tres de Cuenca, FJSegundo.



herederos son considerados verdaderos continuadores de la personalidad del finado -y por tanto, responden por sus deudas y por los litigios que contra él se dirigiesen- los legatarios no son sino meros beneficiados por una disposición testamentaria, en la cual se les atribuyen bienes o derechos, pero sin asumir responsabilidad alguna por el *de cuius*. Es por ello que, como D^a. Úrsula había sido investida de la cualidad de usufructuaria universal, y no de heredera, SS^a consideró que no debía haber sido llamada a esta causa, y estimó la excepción planteada.

Pese a ello, D^a. Úrsula no quedó plenamente satisfecha, pues, en cuanto a lo que a costas se refiere, la Juzgadora de instancia consideró que *"de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estimarse íntegramente la demanda, las costas se impondrán a las demandadas Doña María y Doña Isabel. Respecto a los demandados Don Daniel y Doña Úrsula no es preceptivo la condena en costas, uno por haberse allanado y la otra por estimarse la falta de legitimación pasiva"*¹⁷. Dicho de otro modo, que las hermanas se harían cargo de las costas de los profesionales de los que la parte actora se sirvió, teniendo D^a. Úrsula que pagar los honorarios de su abogado y de su procurador, sin posibilidad de repercutirlos a la contraparte -D^a. Carolina-.

La representación letrada de la viuda consideraba que sus costas debían ser satisfechas por la actora -ahora recurrida-, en base al contenido del art. 394.2 de la LEC: *"Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a*

¹⁷ Ibidem



su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad". Pues bien, esta parte consideraba que D^ª. Carolina había obrado con mala fe o temeridad, habida cuenta los siguientes hechos:

- De un lado, por la existencia de graves aseveraciones vertidas en el interrogatorio de parte, en el que D^ª. Carolina había afirmado que su padre había cumplido condena por estafa, y había protagonizado conatos violentos hacia ella, sin prueba alguna de ello y, sobre todo, sin haber hecho alusión a estos hechos en el escrito de demanda, siendo el plenario el primer momento en el que se pusieron de manifiesto.
- Por otra parte, por entender que esta parte que suscribe el Dictamen podría haber subsanado en la audiencia previa el defecto en la relación jurídico-procesal, y que, sin embargo, no lo hizo, obligándola así a -extractos del recurso de apelación- "mantenerse y defenderse en el proceso hasta el final" y también a "desplegar toda una actividad procesal destinada a fundamentar lo injustificado de las pretensiones de la actora".

Contra este recurso formulamos escrito de oposición, en el que, de manera sucinta, se justificaba que la construcción jurídico-procesal con D^ª. Úrsula obedecía a razones de orden lógico y necesario, y que nuestro



proceder había sido diligente, despejando toda duda sobre la posible temeridad que de adverso se nos atribuía.

Y es que se ha de recordar, que en el momento de interponer la demanda la herencia de D. Javier se encontraba sin aceptar y adjudicar o, dicho de otro modo, en la fase de "delación hereditaria", en estado yacente, constituyendo lo que se conoce como "comunidad de bienes" - arts. 1068, 988 y 998 y ss. del CC-.

Es preciso hacer notar desde este momento -sin perjuicio de mayor abundamiento posteriormente- que, en dicho tipo de comunidades, los integrantes no ostentan una cuota sobre la totalidad de la herencia, sino que la cosa pertenece a la comunidad, sin división por cuotas, y por tanto los causahabientes que la conforman no ostentan una parte determinada sobre la totalidad de bienes de la herencia, ni ejercen sobre ellos una posesión real individual. De este modo, cuando se ha de hacer valer algún tipo de derecho frente a los bienes de una herencia que se halla sin adjudicar, se habrá de demandar a la propia "herencia yacente"¹⁸ -ex. art. 6.1.4º de la LEC-, o bien a la totalidad de los herederos, a riesgo, de que, en caso de que no se incluya a todos ellos, se pudiera incurrir en una deficiente conformación de la relación jurídico procesal¹⁹. En suma, el litisconsorcio pasivo es,

¹⁸ Vid. STS (Sala Primera) 150/2014, de 10 de marzo de 2014, que establece la legitimación pasiva de la herencia yacente, reconociendo su capacidad procesal para ser parte en un juicio en tanto se determina la adjudicación de la herencia

¹⁹ Bajo esta forma de concebir las comunidades de bienes subyace lo que se conoce como "concepción germánica", que adopta nuestro sistema de Derecho Civil de modo mayoritario,



en este caso, necesario, lo que justifica la inclusión de D^a. Úrsula en la litis.

En lo concerniente a la supuesta mala fe o temeridad que de adverso se nos atribuye, esta parte se alzó manifestando que los hechos que se dedujeron ante el órgano jurisdiccional constituían un verdadero dédalo, presentando serias dudas tanto de hecho como de derecho, siendo razonable por tanto que, ante la duda, se procediera a demandar también a D^a. Úrsula. Ello no puede ni debe ser tomado como muestra de temeridad, sino más bien como signo de prudencia de una parte que actuó movida por el propósito único de que no se sustrajera ninguno de los herederos a la responsabilidad que dimanaba de nuestra pretensión, evitando dejar inaudita parte a D^a. Úrsula.

tal y como ha declarado, en numerosas ocasiones, nuestro Tribunal Supremo

-v.g. STS (Sala Primera) 601/2020, de 12 de noviembre- y también la jurisprudencia menor -v.g. SAP de Madrid 427/2022, de 10 de noviembre de 2022-. En tal situación, la demanda sería bien, frente a la herencia yacente, frente a todos los herederos, o bien a todos los herederos conocidos, para evitar problemas procesales. De este modo, por ejemplo, la STS (Sala Primera) 123/2015, de 3 de marzo de 2015, subraya que la omisión de alguno de los herederos en la demanda podría llevar a un litisconsorcio pasivo necesario incompleto, afectando la correcta conformación de la relación jurídico procesal y pudiendo resultar en la nulidad de actuaciones.



Antes, al contrario, continuábamos, la mala fe o temeridad había de predicarse precisamente de la recurrente, en base a dos motivos:

De un lado, la recurrente podía haber formulado, con carácter previo a la apelación, un recurso de aclaración o de complemento²⁰ del art. 214 de la LEC si, bajo su parecer, la Juzgadora no había motivado suficientemente su fallo en cuanto a las costas se refería. A través de este cauce, toda duda sobre las costas se hubiera visto zanjada, y no habría hecho falta formular un recurso de apelación, con los gastos asociados. La no interposición de dicho recurso -que, en realidad, no es un recurso propiamente dicho- podría haber comportado, incluso, la inadmisión de la apelación, siendo imprescindible haberla formulado con carácter anterior, en caso de que -como aquí ocurre- se alegue la subsanación de algún defecto que podría haberse puesto de manifiesto en la primera instancia²¹.

²⁰ El referido precepto establece lo siguiente: *“Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan”*. Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza de este mecanismo, no existiendo consenso acerca de su consideración como recurso. El TS zanjó todo debate a través del Auto de la Sala de lo Civil, de fecha 11/10/2018, en el que se reconocía que este recurso tiene como finalidad *“aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que la sentencia contenga, lo que ha sido precisado por la Jurisprudencia en el sentido de que no constituye un verdadero recurso, aunque en la práctica se le dé ese nombre”*.

²¹ En relación con este extremo, se remite a la lectura del Acuerdo sobre Criterios de Admisión de los Recursos de



La formulación por D^a. Úrsula de recurso de aclaración o complemento no hubiera podido ser tildada de “manifiestamente improcedente, que únicamente pretende alargar artificialmente un determinado plazo”²², sino todo lo contrario, erigiéndose en “un requisito indispensable para el posible éxito de cualquier recurso que pueda estar fundado, precisamente, en la falta de exhaustividad de la resolución recurrida”²³. Como conclusión a esta idea, se ha de destacar que la representación letrada de D^a. Úrsula se podría haber ahorrado los gastos de la segunda instancia, haciendo

Casación y Extraordinario por Infracción Procesal, del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Civil del TS, de fecha 27/01/2017. Con un claro afán de aliviar a las Audiencias Provinciales, el Pleno acordó que en algunos casos, uno de los requisitos para la admisión a trámite de la apelación es haber interpuesto recurso de complemento o aclaración en la primera instancia, ya que de lo contrario se podría estar incurriendo en incongruencia omisiva. Vid. [C.G.P.J | Poder Judicial | Tribunal Supremo | Jurisprudencia | Acuerdos de Sala | Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27-01-2017, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal \(prontuario.org\)](#) (última vez consultado el 31/01/2024).

²² LÓPEZ CHOCARRO, I., “La aclaración, rectificación, subsanación o complemento de sentencias y las «sempiternas» dudas acerca del cómputo de los plazos para recurrir (Arts. 214 y 215 LEC)”, *Diario La Ley*, nº 9937, 2021, pág. 3.

²³Op. cit., pág. 4



uso del -mal denominado- recurso de aclaración o complemento.

De otro lado, la mala fe que presidió el hacer de la representación letrada de D^a. Úrsula ab initio, alcanza su cénit en el recurso de apelación, en cuyo suplico dedujo la siguiente pretensión: "suplico al juzgado tenga por presentado este escrito y por interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 14 de febrero de 2.023, por la cual se revoque en el sentido de señalar la expresa condena en costas en primera y en segunda instancia a la representación procesal de D^a. Carolina, con respecto de mi representada a consecuencia de la estimación de su falta de legitimación pasiva".

La apelante no sólo solicitó que se condene en las costas de la primera instancia, sino además las de la segunda instancia. Al objeto de dilucidar la legitimidad y fundamento de esta petición - condena a la recurrida en segunda instancia- hemos de remitirnos al contenido del art. 398.2 de la LEC, en el que se dispone que "en el caso de estimación parcial o total de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes".

Es manifiesta consecuencia que dimana de la literalidad del precepto reproducido, que no procederá condena alguna en costas en la segunda instancia "*a ninguno de los litigantes*", en el supuesto de que se acojan las pretensiones de un recurso de apelación, bien de sea modo parcial, bien de manera íntegra.

Por lo tanto, y aun en el improbable caso de que el recurso formulado por la representación de D^a. Úrsula hubiera merecido favorable acogida para la Sala, no sería



viable la imposición de la condena en las costas de dicho recurso a ninguna de las partes.

Muy al contrario de lo propugnado de adverso, lo cierto es que el invocado precepto 398.1 de nuestra Ley Adjetiva proclama que, en el supuesto de que fueran desestimadas todas las pretensiones del recurrente en apelación, se impondrán a éste las costas. En su consecuencia, esta parte interesó en su escrito de oposición al recurso que, en el caso de que todas las peticiones que se deducen en el recurso fueran desestimadas, las costas de esta segunda instancia se impusieran a D^a. Úrsula, en oportuna aplicación del referido art. 398.1 de la LEC.

Los Magistrados de la Audiencia Provincial resolvieron en Sentencia 291/2023, de 21 de noviembre de 2023, lo siguiente en cuanto a las costas de la primera instancia: *“la tesis de la parte demandante dirigiendo la demanda también frente a D^a. Úrsula sí venía a permitir sostener una cierta razonabilidad en tal planteamiento; ya que si bien consideramos que es totalmente correcta la postura que expone la parte apelante en el recurso de apelación en cuanto a la diferencia entre heredero y sucesor usufructuario, no es menos cierto que la Sala 1^a del Tribunal Supremo ha establecido en algunas ocasiones que es preciso que la viuda sea convocada al litigio en que se reclamen deudas contra el haber hereditario de su consorte, (que en definitiva vendría a ser una situación análoga a las consecuencias que derivarían del presente pleito), por tener interés directo en el mismo, al poder ver mermado el contenido de su cuota usufructuaria; y en tal sentido se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo*



de 20.09.1982, en la que a su vez se hace referencia a la Sentencia de la misma Sala de 28.10.1970. Por tanto, estimamos que en definitiva ha sido adecuada la decisión de la Juzgadora a quo de no imponer a la parte demandante las costas causadas en la primera instancia con relación a D^a. Úrsula; lo que comportará la desestimación del recurso de apelación”²⁴.

En idéntico sentido se pronunciaron con respecto a las costas de segunda instancia: *“pese a la desestimación del recurso de apelación, tampoco se impondrán a ninguno de los litigantes aquí comparecidos las costas causadas en esta alzada; y ello en base a las mismas dudas antes referidas, (artículo 398.1 de la L.E.Civil, al que se remite el artículo 394.1, último inciso de su primer párrafo, del mismo Texto Legal), por la razonabilidad de la tesis de la parte apelante; pues, y como ya anteriormente ya hemos adelantado, la Sala 1^a del Tribunal Supremo ya viene subrayando desde hace mucho tiempo las diferencias entre heredero y sucesor usufructuario (como simple ejemplo, Sentencia de 20.10.1987)”²⁵.*

En definitiva, la representación letrada de D^a. Úrsula no sólo no consiguió las costas de la primera instancia, sino tampoco, como - infundadamente- pretendía, las de la segunda.

- QUINTO. – PETICIÓN DE LA CLIENTA

Una vez zanjada esta litis, la actora estaba sumida en un estado de absoluto desconcierto, pues no creía que fuera

²⁴ Vid. SAP Cuenca 291/2023, de 21 de Noviembre de 2023, FJ

2

²⁵ Ibidem



posible que sus propios familiares -excluyéndose a D. Daniel, quien sí mostró voluntad de colaborar- hubieran consentido la desagradable situación generada por su padre, a través de la desatención de sus llamadas y comunicaciones escritas, tendentes a buscar ya no una solución extrajudicial sino, simplemente, alguna explicación sobre lo que estaba sucediendo.

Entre la toma de conocimiento de la deuda -en el acto de apertura del testamento, en Marzo de 2019- y el dictado de la sentencia en primera instancia -en Febrero de 2023- habían transcurrido cuatro largos años, durante los cuales D^a. Carolina había estado sometida a altísimos niveles de ansiedad, estrés y angustia. Por si ello no fuera suficiente, una vez creía que el asunto estaba plenamente concluido, D^a. Úrsula interpuso recurso de apelación, prolongando así su sufrimiento.

Si el solo hecho de verse inmerso en cualquier procedimiento judicial ya genera gran preocupación en toda persona, con mayor motivo cuando los contendientes son los propios familiares, quienes en este caso habían mantenido una conducta obstruccionista, a través de la ocultación del documento de poder y la desatención de todo intento tendente a lograr una solución extrajudicial.

Ante el enorme desgaste psicológico que sufrió, D^a. Carolina tomó la determinación de entablar acciones legales, en la jurisdicción civil, contra sus hermanas y la esposa de su difunto padre, en reclamación de una suma indemnizatoria por los daños morales que le habían irrogado.



Con el propósito de servirse de elementos de prueba suficientes para fundamentar su pretensión, solicita a este despacho profesional la redacción de un Informe-Dictamen en el que se aborden las cuestiones que fueron más destacadas durante la sustanciación del procedimiento, así como que se haga una resolución un interrogante planteado expresamente por la cliente: una vez aclarado lo que realmente le corresponde por herencia, ¿puede gravar o enajenar alguno de los bienes o derechos obtenidos en virtud de la sucesión?

A tal fin se destinan las siguientes páginas.

II. CUESTIONES JURÍDICAS

Sirva este epígrafe para introducir y situar los hechos que serán desarrollados de manera prolija en el apartado que lleva por título "Fundamentos Jurídicos".

1. VALIDEZ DE LA ESCRITURA DE RECONOCIMIENTO DE DEUDA

Como ya se ha puesto de manifiesto, la clave de bóveda sobre la que se la Juzgadora había de pronunciarse era acerca de la validez de la escritura de reconocimiento de deuda, otorgada en virtud del poder suscrito entre D^a. Carolina y su padre, en el cual se contemplaba la facultad de llevar a término una autocontratación. Esta primera cuestión es la más elemental, y la que constituye el objeto principal sobre el que se articula el procedimiento. Para determinar si el reconocimiento de deuda era



conforme a Derecho, habría que determinar si para su otorgamiento se hizo un uso correcto o no del poder del que trae causa.

El contrato de mandato, al igual que cualquier otro, requiere, para su perfección, de la concurrencia de los requisitos contemplados en el art. 1261 de nuestro Código de Derecho Común, cuya dicción literal es la que sigue: *“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes; 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato; 3.º Causa de la obligación que se establezca”*. La ausencia de cualquiera de estos ítems comportaría la nulidad de pleno derecho del contrato. Por su parte, el art. 1265 añade que *“será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”*.

Si bien el Código Civil no define expresamente qué se entiende por “consentimiento”, “objeto” y “causa”, la Doctrina ha concretado su contenido a través de definiciones tan acertadas como las llevadas a cabo por GALICIA AIZPURÚA, que se reproducen a continuación:

- El “consentimiento” es *“la coincidencia de las declaraciones de voluntad, contrapuestas, de cada una de las partes. Son varias declaraciones de voluntad, pues el contrato es negocio jurídico bilateral, y son coincidentes y contrapuestas, en el sentido de coincidir en una común voluntad”*



*contractual desde los puntos de vista contrapuestos de cada una de las partes*²⁶.

- Para el autor se ha de colegir lo que se entiende por “objeto” efectuando una lectura del “*régimen jurídico que los arts. 1271 a 1273 dedican a este elemento contractual*”. Así, es posible afirmar que “*el Código entiende referirse a las cosas o servicios sobre los que recae el consentimiento de las partes, es decir, a las realidades materiales (de carácter físico o jurídico) sobre las cuales ellas pactan y que son el objeto directo de la prestación comprometida (la cual, a su vez, conforma el objeto de la obligación asumida)*”²⁷.
- Finalmente, la “causa” podría definirse como “*la razón que mueve a las partes a contratar; o sea, con el fin o el resultado que estas pretenden conseguir a través del contrato y para lo que buscan o esperan el amparo del ordenamiento jurídico (...). Alude a los motivos o propósitos particulares que han podido incidir en la celebración del contrato y que han de adquirir relieve jurídico en esa calidad –en la de causa del contrato– si concurren determinadas circunstancias y presupuestos.*”²⁸

²⁶ GALICIA AIZPURÚA, G.: “Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código Civil Español”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 26, julio 2018, pág. 150.

²⁷ Op. cit., pág. 153.

²⁸ Op. cit., pág. 165.



A priori, no parece que la ausencia de causa o de objeto sean óbice para el perfeccionamiento del contrato de apoderamiento que se otorgó en 1984. Ahora, la concurrencia de un consentimiento pleno y puro resulta ciertamente cuestionable.

Y es que si bien es cierto que D^a. Carolina no se vio expuesta a ninguna forma de violencia, intimidación o dolo, su aquiescencia sí adolecía de error, tal y como ella misma manifestó en su interrogatorio durante el acto del juicio oral, el cual se reproducirá más adelante. Y ello se afirma habida cuenta los factores siguientes:

- a)** La falta de información acerca del concreto contenido del contrato, tal como se desprende de las declaraciones manifestadas por la actora en su interrogatorio.
- b)** La abusividad en el modo de ejercitar el poder por parte de D. Javier. La existencia de una escritura de delegación plena de facultades no puede ni debe significar que éstas puedan ser utilizadas en detrimento del poderdante, tal como recoge la STS (Sala Primera) 642/2019, de 27 de noviembre, Rec. 876/2017²⁹.

²⁹ Aunque en el apartado correspondiente se llevará a cabo un profuso análisis de esta sentencia, desde este momento se deja anunciado que en ella se aborda la cuestión de los límites en el uso de las facultades conferidas en una escritura de delegación plena. Los Magistrados de la Sala Primera del TS establecen que tales facultades no deben utilizarse en perjuicio del poderdante, resaltando la responsabilidad del apoderado



2. ORIGEN Y PROCEDENCIA DE LA DEUDA

El segundo punto a dilucidar en este litigio fue la procedencia de la cuantía supuestamente adeudada por la actora. Si bien el procedimiento pivotaba en torno a la determinación de la validez de la deuda, y no de las partidas de gastos que la integraban, no cabe duda sobre el hecho de que, demostrar que la cantidad reclamada no se sustentaba en elemento probatorio alguno, coadyuvaba en enorme medida al afianzamiento de nuestra postura.

Hecha esta precisión, se ha de recordar que D. Javier aseguraba que su hija le debía 90.000€ para los materiales y gastos derivados de la obra de su vivienda, y otros 30.000€ que le habría prestado para comprar un automóvil y una operación estética. Ella se defendía asegurando que todos esos desembolsos los había afrontado haciendo uso en exclusiva de su peculio, que era abultado, debido a que llevaba trabajando y ahorrando desde los dieciséis años, a que había pedido un préstamo bancario, y a que había vendido un piso que era de su propiedad y había recibido por él una buena suma.

Las dos versiones, radicalmente opuestas entre sí, requieren de refrendo probatorio suficiente para que gocen de credibilidad y el Juzgador pueda considerarlas como ciertas. Es lo que se denomina con el aforismo

de actuar dentro de los intereses y el beneficio de aquél. Este fallo subraya la importancia de la buena fe y la prohibición de actuar de manera abusiva con el poder conferido.



latino *onus probandi* o, más comúnmente, “carga de la prueba”, a la que se refieren los arts. 217.1³⁰ y 282³¹ de la Ley Rituaria, de cuya lectura conjunta se extrae que a la parte que alegue unos hechos le corresponderá la obligación de demostrarlos, a través de la proposición de cuantos medios de prueba estime convenientes.

La existencia del *onus probandi* encuentra su origen en el principio dispositivo, o de justicia rogada. Profusa Doctrina existe en torno al mismo, siendo una de las aproximaciones más acertadas al mismo la hecha por autores como MONTERO AROCA, para quien “en el proceso civil, el interés que la parte solicita que sea protegido o tutelado por el órgano jurisdiccional es el privado, siendo preponderante en él la autonomía de la voluntad. El titular de ese derecho es el individuo, no la sociedad y, por tanto se trata de un derecho o interés

³⁰ Art. 217 LEC: “Cuando al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”.

³¹ Art. 282 LEC: “Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios o instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”.



*disponible*³². De este modo, que las partes puedan definir el ámbito del proceso, acotándolo sólo a aquellas cuestiones que deseen someter a la consideración judicial a través de los oportunos medios de prueba, es una de las muchas manifestaciones de este principio de disponibilidad del objeto sobre el que se asienta el ordenamiento jurídico civil³³.

Retomando la idea anterior, las partes deben sustentar sus posturas a través de la aportación de elementos probatorios suficientes para convencer a la Juzgadora. Exigencia legal que los codemandados no consiguieron colmar, y que a la actora, pese a estar en posición de hacerlo, no se le permitió satisfacer, pues la aportación, en la audiencia previa, de material adverbador suficiente para acreditar la procedencia de los fondos -a saber, escritura de préstamo y escritura de obra nueva-, no fue admitida, ni tan siquiera tras el recurso de reposición formulado por la representación letrada de D^a. Carolina.

³² MONTERO AROCA, J., *“La prueba en el proceso civil”*, Ed. Civitas, Madrid, 2012, págs. 513-514.

³³ Otras manifestaciones del principio de justicia rogada son, *v.g.*, la libertad del demandante accionar o no el procedimiento y el momento en el que hacerlo -con las lógicas limitaciones temporales derivadas de la prescripción de la acción-, la posibilidad de desistimiento, allanamiento o transacción, o la facultad de determinar a qué órgano jurisdiccional someter la controversia, a través de los mecanismos de la sumisión expresa o tácita -en tanto que no se trate de una de las materias por las que, *ex. art.* 52.1 LEC, existe fuero legal imperativo-.



3. LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA DEMANDADA

Como ya se anunció, la demandada D^a. Úrsula, esposa del causante, quiso ser apartada del litigio esgrimiendo en su contestación una excepción procesal de falta de legitimación pasiva *ad causam*³⁴. La Juzgadora consideró en la Audiencia Previa que ello se trataba de una cuestión de fondo que había de ser resuelta en sentencia, por lo que el procedimiento se sustanció íntegramente con D^a. Úrsula, a expensas de hacer -o no- extensible también a ella el contenido del fallo. Esta parte consideraba que no tenía que ser llamada a esta causa dado el razonamiento que se expone a continuación:

En primer lugar, la cláusula segunda del testamento otorgado por D. Javier, establecía que "(D. Javier) *lega a*

³⁴ El TS entiende por legitimación pasiva *ad causam* "una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal pasiva, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida - titularidad jurídica afirmada- y las consecuencias jurídicas pretendidas"

-SSTS (Sala Primera) de 27 de junio de 2011 y de 11 de noviembre de 2011, entre otras-

. En definitiva, según el TS, la legitimación pasiva *ad causam* debe estar vinculada con la relación jurídica de fondo que da motivo a la demanda. De este modo, la STS 333/2005, de 18 de abril, indica que la legitimación "debe existir tanto en el momento de interponerse la demanda como en el de dictarse sentencia, y su falta determina la imposibilidad de que el órgano judicial entre a conocer del fondo del asunto planteado".



su cónyuge el usufructo universal y vitalicio de toda su herencia...". Además de esto, hacía una advertencia al resto de familiares a los que se legaban bienes en el testamento, advirtiéndoles acerca de que "han de respetar dicho legado, con la prevención de que si alguno no lo hiciere, quedará reducido a su legítima estricta, acreciendo cuanto exceda de ella a los que sí lo acepten". Esta previsión es la llamada "cláusula socini" o "cláusula galdense", sobre la que se profundizará más adelante.

En segundo lugar, en la cláusula cuarta del testamento se consignan los diferentes legados que se hacen en favor de cada uno de los cuatro hijos -que no se reproducen, además de porque no son relevantes para lo que ahora mismo se está analizando, porque comportarían que este apartado se extendiera en exceso-.

Finalmente, la cláusula quinta reza lo siguiente: "*en el remanente, instituye herederos por iguales partes a sus dos hijas D^a. María y D^a. Isabel*".

Explicado el contenido de las cláusulas segunda, cuarta y quinta, D^a. Úrsula considera lo siguiente: si el art. 661 CC hace mención expresa a "*los herederos*" como sucesores del difunto en todos sus derechos y obligaciones, y en el testamento se establece que ella será la usufructuaria universal -que no heredera- de la herencia, no debería ser llamada a este pleito, en tanto en cuanto el *de cuius* estableció como herederos únicamente a D^a. María y D^a. Isabel, en la cláusula cuarta del testamento. Por lo tanto, concluye, sólo los designadas expresamente herederas deben ser las que



conformen la parte demandada, debiendo ella ser excluida de la relación jurídico-procesal³⁵.

III. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA DE PERTINENTE APLICACIÓN

Quedando firmemente asentada la delimitación de los extremos cuyo análisis merece una especial atención, la suscribiente el presente Dictamen, sometida únicamente al contenido de las previsiones legales y desprovista de todo elemento subjetivo que pudiera condicionar el contenido del presente cuerpo de escritura, hace acopio de todo su leal saber y entender para llevar a cabo, en los epígrafes que siguen, sus consideraciones y apreciaciones.

Para ello, se emplearán los artículos del CC y de la LEC que son de oportuna aplicación a los hechos enjuiciados,

³⁵ Siguiendo el razonamiento llevado a cabo por la representación letrada de D^a. Úrsula, idéntica afirmación se podría hacer respecto de la intervención en el proceso de D. Daniel, quien no debería haber sido incluido en la relación jurídico-procesal en tanto que en el testamento no figura como heredero, sino como legatario y, por tanto, podría haber opuesto una excepción procesal de ausencia de legitimación activa en la litis. Sin embargo, como seguidamente se razonará, si el letrado de D. Daniel hubiera otorgado predicamento a este argumento, lejos de beneficiar a su cliente, hubiera ido en su detrimento, pues podría dejarsele *inaudita parte*.



así como también de la consolidada Doctrina dimanada de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, y de otras sentencias dictadas por la Jurisprudencia menor, en torno a las cuestiones objeto de controversia.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. ABUSO EN EL EJERCICIO DE UN PODER. LA RELEVANCIA DE LA EDAD Y DE LA STS (SALA PRIMERA) 642/2019, DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2019

Para la estimación del suplico de la demanda en la primera instancia se erige como determinante la alegación de dos hechos que, siendo independientes, se relacionan de manera muy estrecha: la edad de la otorgante del poder, de un lado, y el ejercicio abusivo del mismo que se llevó a cabo por su progenitor, de otro.

a) Respecto a la edad de D^a. Carolina: la actora suscribió la escritura de apoderamiento con tan solo veinte años, y, por tanto, gozando de plena capacidad para contratar. Ahora bien, qué duda cabe de que a esa corta edad cualquier hijo depende en gran medida de lo que sus progenitores le manifiesten. Más aún cuando nos encontramos en una situación en la que, como manifestó la actora durante el interrogatorio al que fue sometida en el plenario, *“mi padre, desde que mis hermanos y yo tenemos uso de razón, siempre estaba haciéndonos partícipes de negocios jurídicos, porque tenía problemas por conflictos jurídicos que tenía con terceros(...). Había estado incluso en la cárcel”*. Sin ninguna duda, D. Javier



tenía un gran poder coactivo sobre sus hijos, con independencia de los años que éstos tuvieran.

En estrecha relación con lo descrito en el párrafo anterior, es importante manifestar que es cierto que D^a. Carolina era mayor de edad al momento de otorgar el poder, por lo que se presume que en ese momento ya tenía un grado de discernimiento suficiente para comprender el alcance de sus actos³⁶. Pero no puede

³⁶ Si un contrato es suscrito por un menor, en la práctica totalidad de los supuestos, es anulable. Ello obedece a un lógico razonamiento efectuado por el legislador, y es que una persona que no ha cumplido cierta edad no goza del grado de madurez suficiente para conocer las consecuencias que pudieran derivarse de sus actos. En palabras de SÁNCHEZ DE LA TORRE, *“con la mayoría de edad se presume la aptitud de un sujeto jurídico para ser legalmente capaz de producir ciertas consecuencias, atendiendo a aspectos de su experiencia que se hallan estrechamente ligados a la circunstancia de la edad”*. Vid. SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: *“Influencia de la edad en la responsabilidad civil y penal”*, *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, vol. 13, 2009, pág. 120.

Un interesante debate doctrinal en torno a este particular - sobre el que ahora no se ahondará en atención a la limitada extensión del Dictamen-, es aquel suscitado en torno al art. 1716 del CC, que acoge el siguiente tenor literal: *“El menor emancipado puede ser mandatario, pero el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad a lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores”*.

La Doctrina alberga serias dudas acerca del significado que encierra este precepto: *“A primera vista pudiera pensarse que porque el menor emancipado puede regirse como si de un mayor se tratase es por lo que puede perfectamente ser*



perderse de vista que el contrato del que se está hablando no es de los más habituales ni conocidos. Nos encontramos ante un contrato de poder omnímodo que, entre sus atribuciones, contiene la de autocontratación, negocio jurídico que no es de conocimiento general³⁷. Resulta razonable afirmar que, si prácticamente nadie sabe lo que es una autocontratación, menos aún lo sabrá una joven de veinte años sin formación jurídica. Máxime, cuando aquel en quien estaba delegando facultades era su progenitor, persona que, por lo

*mandatario (primera parte del 1.716), pero que al estar limitada no ya sus facultades de actuación cuanto su responsabilidad como menor que sigue siendo, es por lo que el mandante únicamente puede exigirle en esa medida (segunda parte del 1.716). Sin embargo, es internamente, entre los dos criterios acogidos en la norma, como no casan los efectos legales previstos para el menor: ¿será mayor para ejecutar el mandato, pero menor para responder de él?”. Para un análisis más profundo, vid. LEÓN ALONSO, J.R., “De la Naturaleza, Forma y Especies del Mandato” en ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (T. XXI Vol. 2º): Artículos 1709 a 1739 del Código Civil*, Ed. Edersa, 1996, págs. 304-305.*

³⁷ Difícilmente se puede exigir a un sujeto de veinte años lego en Derecho que comprenda el contenido de un poder notarial general, o de la figura de la autocontratación, cuando el denominado “hombre medio” -concepto importado del ámbito penal- tampoco comprendería su significación y alcance. Entiéndase por “hombre medio” aquel sujeto que goza de los mismos conocimientos y se sitúa en el mismo contexto y circunstancia del suscribiente del contrato.



general, inspira confianza y la seguridad de que no llevará a cabo ningún acto en perjuicio de su propia hija.

En otro orden de ideas, pero en estrecha conexión con lo hasta ahora manifestado, se recuerda ahora el contenido del art. 1261 de la Ley Sustantiva Civil que, cuando establece de los elementos esenciales del contrato, se refiere al consentimiento para, unos cuantos artículos después, en el 1265, decir que el consentimiento estará viciado -y, por tanto, será nulo-, cuando al momento de prestarlo el contratante estuviera bajo "*error, violencia, intimidación o dolo*". Ninguna duda cabe de que D^a. Carolina no actuó movida por la presencia ni de violencia ni de dolo, y que, con respecto a la intimidación, el art. 1267 del mismo cuerpo normativo prevé expresamente que la concurrencia del denominado "temor reverencial" no comportará la nulidad del contrato³⁸. Ahora bien, la ausencia de error es cuestionable.

³⁸ Esto se dice debido a que se podría pensar que el hecho de que D^a. Carolina acudiera a Notario a petición de su padre, pudo de alguna manera coartar su libertad o ser tenido por "intimidación", por no querer contrariar a su progenitor. A este respecto, el ya aludido art. 1267 del CC establece en su párrafo cuarto que "el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato". En este sentido se pronuncia BUENO OCHOA, expresando que efectivamente "el mero temor reverencial (*metus reventialis*) no es susceptible de anulabilidad si no alcanza la cualidad de miedo intimidatorio". Para profundizar más en esta figura, vid. BUENO OCHOA, L: "El miedo desde el Derecho", UAM Ediciones, nº 27, pág. 314.



En la teoría de los contratos, error se puede definir como *“una falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo del querer interno y que opera como presupuesto para la realización del negocio. Se produce error vicio cuando se forma una determinada voluntad interna sobre la base de una creencia inexacta. Esto significa que, en caso de haberse conocido el error, no se hubiera celebrado el contrato o éste se hubiera celebrado de otra manera”*³⁹.

Precisamente ello fue lo que D^a. Carolina afirmó durante su interrogatorio en el acto de juicio, aseverando que *“si yo hubiera tenido constancia de ese poder, habida cuenta la relación que tenía con mi padre, lo hubiera revocado. No sé si me hubieran permitido revocarlo cuando ni siquiera en la Notaría me lo podían facilitar porque no era mi identidad la que figuraba (...) No tenía conocimiento de ese poder ni de su contenido, de ser así, no habría firmado”*.

¿Qué son estas declaraciones, sino una muestra indudable de que actuó bajo error, y que, de haber sabido aquello para lo que estaba autorizando a su padre, no hubiera firmado la escritura pública de poder? Estas declaraciones fueron vitales para el sentido en el que se pronunciaría la Juzgadora de instancia: *“es obvio que si Doña Carolina hubiera tenido conocimiento de que continuaba estando vigente dicho poder lo hubiera revocado”*⁴⁰.

³⁹ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil, vol. I, 11ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2003, pág. 486.

⁴⁰ Vid. Sentencia 49/2023, del Juzgado de Primera Instancia nº Tres de Cuenca, FJ Tercero.



b) En lo concerniente al ejercicio abusivo del poder: En este sentido, resulta significativo que una de las denominaciones que este tipo de apoderamiento recibe sea la de "poder de ruina", en clara manifestación de la verdadera situación de quiebra a la que puede abocar al poderdante si se ejerce sin ninguna clase de limitación, lo que así ocurrió.

Si bien la licitud de un poder notarial general no es dubitada, y de hecho, así se pronuncia el propio Consejo General del Notariado (CGN)⁴¹, cuando reconoce que "el poder general es aquel en el que el poderdante otorga facultades al representante para actuar en todos o en algunos ámbitos, con carácter general, que deberán quedar especificados en el poder", ello no puede comportar que pueda ejercerse sin ninguna clase de limitación, ya que no se aviene con las nociones más básicas de equidad. De no establecerse ninguna cautela ni restricción, un poder general, que entre sus facultades contiene la de autocontratación, facultaría al mandatario para comparecer ante Notario y autoinvestirse de la cualidad de titular de una deuda ya no de 120.000€, sino de 500.000, o por qué no, de un millón de euros. Lo que, evidentemente, puede dar al traste con la vida de una persona, ya que, como se ha

⁴¹ Vid. CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO: *¿Qué es y para qué sirve un poder notarial? ¿Y los instrumentos de protección de la persona?*, págs.. 1-2. Disponible en: [Consejo General del Notariado \(notariado.org\)](https://www.notariado.org) (última vez consultado el 19/12/2023).



dicho, estamos ante un poder que potencialmente puede arruinar a aquel que lo otorga.

Ante la ausencia de previsión normativa, la Sala de lo Civil del TS puso fin a estas injustas situaciones a través de su Sentencia nº 642/2019, de 27 de noviembre⁴². En este caso, el supuesto de hecho que fundamentó la interposición de recurso de casación es prácticamente idéntico al que ahora nos ocupa.

En el caso que llegó al conocimiento del TS la situación era la siguiente: D^a. Rosa nombró apoderado a su hijo D. Bernardo, a los solos fines de que inscribiera a su nombre un inmueble en el Registro de la Propiedad. Pero, craso error, lo hizo sirviéndose de una escritura de poder general, cuando hubiera sido suficiente con una de poder especial.

D. Bernardo, sabedor de que gozaba de facultades de representación plenas sobre su madre en todos sus negocios jurídicos, suscribió con una prestamista, D^a. Visitación, una escritura de préstamo, en la que intervino en nombre propio y también en el de su madre, haciendo uso del poder, estableciéndolos a ambos como deudores solidarios de una cantidad de 24.000€, que recibió en metálico ese mismo día. Dicho importe debía ser devuelto en el plazo de un año, incluyéndose en la

⁴² En sentido similar, vid. SSAAPP Asturias (Sec. 1^a) 323/2022, de 7 de marzo y Alicante (Sec. 8^a) 346/2020, de 4 de mayo. Asimismo, sobre esta cuestión resulta relevante el estudio de AGORRETA MARTÍNEZ, I: "Ejercicio abusivo del poder general por parte de un hijo al disponer de la vivienda habitual de su madre por un precio irrisorio y en garantía de un préstamo personal cuya finalidad no ha sido puesta de manifiesto", Revista Doctrinal Aranzadi, nº 3, Pamplona, 2020.



escritura una estipulación en la que se acordaba un pacto de vencimiento anticipado si los deudores incumplían el pago de cualquiera cuota mensual, con la concomitante obligación de devolver el importe que restase por satisfacer inmediatamente.

D. Bernardo fue satisfaciendo las mensualidades del préstamo, que mantuvo oculto de su madre. Pero, repentinamente, él falleció y, por tanto, D^a. Visitación dejó de recibir los pagos. La prestamista envió un burofax a la deudora solidaria, D^a. Rosa, "recordándole" -realmente, manifestándole por primera vez, ya que ella nada sabía acerca del particular- que o pagaba la cantidad restante, o instaría demanda de ejecución de la escritura pública de préstamo. D^a. Rosa, sin dar crédito al contenido del burofax, se negó a pagar, pensando que debía tratarse de algún error. Y D^a. Visitación, cumpliendo con su aviso, interpuso demanda de ejecución, reclamando la cuantía restante.

Al igual que le ocurrió a nuestra cliente, D^a. Rosa, al recibir la demanda y la documentación anexa, descubrió con total estupor que su hijo había concertado un préstamo, en su nombre, y también en el de ella. En su escrito de contestación opuso como excepción procesal la falta de legitimación pasiva, por no haber participado en la firma de la escritura pública de préstamo. Alegaba que ella era una deudora de buena fe, que ignoraba la existencia de la escritura de préstamo, que ella no la suscribió, sino que fue su hijo en su nombre, haciendo un uso abusivo del poder, y que por todo ello, ninguna suma debía abonar.



El Juzgador de Primera Instancia entendió que había sido víctima del uso abusivo de un poder que, de buena fe, otorgó en favor de su hijo, desestimando íntegramente la demanda. Pero D^a. Visitación, recurriendo en apelación ante la Audiencia Provincial, consiguió hacer valer su derecho, dictándose una sentencia por la que se revocaba el contenido de aquella dictada por el Juzgador *a quo*, y estableciendo que la demandada sí debía abonar la cuantía reclamada, pues pese a no haber participado en la firma de la escritura directamente, sí estaba debidamente representada ante Notario, a través de su hijo, quien estaba legitimado para comparecer en nombre y representación de D^a. Rosa.

La representación letrada de D^a. Rosa elevó este asunto al TS en casación, alegando como motivo la *"infracción por violación de la jurisprudencia sobre la interpretación de extralimitación del poder"*⁴³.

Los Magistrados se mostraron contundentes al afirmar que *"la validez y suficiencia de un poder no impide que los tribunales puedan apreciar la falta de eficacia o de validez del negocio celebrado en representación cuando, en atención a las circunstancias (la relación subyacente existente entre las partes y sus vicisitudes, la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad para la que lo dispensó y en relación a las circunstancias concurrentes, el conocimiento que de todo ello tuvo o debió tener el tercero, etc.), se haya hecho un uso abusivo del poder."*⁴⁴ No hay mucho más que añadir al respecto: en unas pocas líneas, la Sala sienta como

⁴³ STS 622/2019, de 27 de noviembre, FJ Tercero.

⁴⁴ Ibidem



doctrina que, pese a que un poder se configure como válido, ello no ha de ser óbice para que el órgano judicial pueda fiscalizar si el negocio jurídico formalizado en virtud de dicho poder ha sido haciendo un uso abusivo del mismo, teniendo en cuenta elementos tales como la relación entre las partes contratantes o la causa originaria por la que el mandante otorgó la escritura de poder.

Y así lo confirman los Excelentísimos Señores cuando concluyen que se ha de desestimar la pretensión deducida por D^a. Visitación: *“en atención a las circunstancias concurrentes, al concertar la operación financiera en los términos descritos mediante el otorgamiento de la escritura de préstamo, el apoderado realizó un ejercicio incorrecto de las facultades conferidas, por lo que, por falta de efecto útil, procede desestimar el recurso de casación”*⁴⁵⁴⁶.

⁴⁵ Ibidem

⁴⁶ En relación con la denominación empleada para referirse a los Magistrados, se hace mención a la obra de PUJOL CAPILLA, P., “Guía de comportamiento en las actuaciones judiciales. Modos y formas ante los Tribunales”, 1^a ed., Ed. La Ley-Wolters Kluwer, 2007. Se trae a colación esta guía práctica porque, precisamente, en sus págs. 84-99, recuerda al abogado cuál debe ser el tratamiento en Sala, que es diferente en función del Juzgado o Tribunal ante el que nos encontremos. V.g., “Su Señoría”, si es un Juzgado, “Ilustrísimo Señor”, para referirse a los Magistrados de las Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia o Abogados del Estado, “Excelentísimo Señor”, para el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial o para el Fiscal General del Estado, etc.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

En conclusión, la Doctrina del TS acerca del ejercicio de las facultades atribuidas en virtud de escritura pública de poder es firme: se deben tener por nulos todos los actos y negocios llevados a cabo con abusividad y perjuicio para los intereses del poderdante.

Trasladando esta idea al supuesto de hecho delineado en la presente controversia, la Juzgadora acogió nuestra pretensión, y decretó la nulidad de la escritura de reconocimiento de deuda, por haber sido otorgada en virtud de un poder cuyo concreto contenido era desconocido para la mandante, y también por haberse suscrito en claro detrimento de sus intereses.

2. LA DIFICULTAD PROBATORIA. INTRODUCCIÓN EN EL JUICIO DE MEDIOS DE PRUEBA INADMITIDOS

Una cuestión que pudo comprometer seriamente el resultado del litigio es la inopia probatoria a la que esta parte se vio recluida, tras la desestimación en la audiencia previa de dos medios de prueba clave: la escritura pública de obra nueva, y la correspondiente al préstamo hipotecario concertado con la entidad bancaria.

A través de estos dos documentos se podía probar perfectamente que el dinero empleado para la construcción de la vivienda en régimen de autopromoción, así como aquél que se destinó a la compra de materiales, de un coche, y de una operación de cirugía estética, provenía del bolsillo de la actora, y no del de su padre.



Dichos medios fueron propuestos a través de la correspondiente nota de prueba⁴⁷ en la audiencia previa, pero fueron impugnados por las representaciones letradas de las demandadas, en atención a que, entendían, su presentación era extemporánea y sorpresiva, habiendo precluido el momento procesal para aportarlos, por lo que se irrogaba una indefensión para sus patrocinados, vulnerando así, a la postre, su derecho a la tutela judicial efectiva

-art. 24.1 CE-. Los contrarios consideraban que podían haberse acompañado estos documentos junto al escrito de demanda, al ser de fecha anterior a la interposición de la misma, en atención a la exigencia legal del art. 265.1.1º de la LEC⁴⁸. La Juzgadora consideró que las codemandadas estaban en lo cierto, y desestimó dichos medios adveradores. La motivación que ofreció para ello fue que si la litis versaba acerca de una deuda, era "*previsible*" para la actora que se iba a discutir el origen

⁴⁷ La aportación en el acto de la Audiencia Previa de la nota de prueba no es una facultad de la parte, sino una obligación desde el año 2015 -en el que se acometió la reforma de la LEC-, y el art. 429 quedó redactado en estos términos: "*La prueba se propondrá de forma verbal, sin perjuicio de la obligación de las partes de aportar en el acto escrito detallado de la misma, pudiendo completarlo durante la audiencia. La omisión de la presentación de dicho escrito no dará lugar a la inadmisión de la prueba, quedando condicionada ésta a que se presente en el plazo de los dos días siguientes*".

⁴⁸ Art 365.1.1º LEC: "*A toda demanda o contestación habrán de acompañarse: 1.º Los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden*".



de la misma. Ante esta decisión, esta parte se alzó a través de la correspondiente formulación *in voce* de recurso de reposición, que se fundamentó con la argumentación que se explica a continuación:

Si bien ambas escrituras son de fecha anterior a la demanda y, por tanto, podrían haberse anexado a la misma, no es menos cierto que la necesidad de traerlas a la causa únicamente se puso de manifiesto tras darse traslado a esta parte del contenido de las contestaciones formuladas de adverso. Fue tan sólo con el escrito de contestación de D^a. María y D^a. Isabel que esta parte supo en concepto de qué se establecía la deuda de 120.000€: esa cantidad correspondía a lo que supuestamente D. Javier le prestó a D^a. Carolina para construirse su casa, más para costearse un coche y una operación. Hasta ese momento, todo lo que esta parte sabía era que a la hija se le reducía su parte de herencia en 120.000€ en virtud de una escritura de reconocimiento de una deuda de ese importe. Pero, como no es preceptivo justificar la procedencia de esa deuda para hacerla constar en documento público, en dicha escritura únicamente se consignaba la cuantía, no su origen. Sólo una vez contestada la demanda se supo que la deuda era, en su mayor parte, en concepto de dinero prestado para la construcción y, en la otra parte, en concepto de desembolsos para los que no se aporta justificación alguna -el utilitario, la operación-. Por lo cual, y como colofón a lo razonado en este recurso, la aportación junto con la demanda de las escrituras de obra nueva y de préstamo no se antojaba útil, desde una perspectiva *ex ante*, a los efectos de esclarecer la



controversia, siquiera se llegó a pensar que sería necesario hacerlo.

Estas situaciones en las que el actor únicamente cobra conocimiento de la importancia de aportar una documentación tras las manifestaciones hechas por el demandado en su contestación están previstas en el art. 265.3 de la LEC, que opera como excepción a la regla general consagrada en el epígrafe primero de este mismo precepto, al que ya se ha hecho referencia. En atención a lo dispuesto en este artículo: *“No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el actor podrá presentar en la audiencia previa al juicio, o en la vista del juicio verbal, los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda”*. El supuesto de hecho delineado en este artículo es exactamente el que ocurrió en este caso, lo cual, sin embargo, no fue considerado así por el órgano jurisdiccional.

Pese a la pertinencia de la invocación de este precepto, SS^a continuó considerando que la aportación de ambas escrituras públicas era extemporánea⁴⁹. Así, resolvió la

⁴⁹ Si bien no se deja de reconocer que cualquier decisión de un Juzgador ha de ser plenamente respetada, y que se presume que ha sido con el único sometimiento al imperio de la Ley -art. 117.1 CE-, no por ello algunas de ellas dejan de ser llamativas, como es el caso de la presente. A este respecto, cabe recordar que el Juzgador no deja de ser una persona en la que confluyen múltiples circunstancias en el momento de



reposición *in voce*, manifestando que *“este artículo 265.3 de la LEC es el que se invoca siempre en todas las audiencias previas cuando se inadmite algún documento. Si consideramos que siempre se aportan documentos en base a las alegaciones de la contestación a la demanda, siempre habría que admitirlos todos. La cuestión es determinar si esa alegación que se hace en la contestación era previsible por la actora o no. Y en este caso sí lo debió ser por cuanto si se está impugnando un reconocimiento de deuda, el origen de esa deuda es una cuestión esencial para la que se debería haber aportado dicha documentación”*. Frente a la desestimación del recurso, se formuló respetuosa protesta.

Sin poder contar con esa documentación esencial, ciertamente la defensa se veía comprometida. Sin embargo, esta parte consideró que todavía quedaba una última vía para la introducción del verdadero origen de los fondos en la litis: durante el interrogatorio de D^a. Carolina, que fue solicitado por las codemandadas⁵⁰. Si

dictar una resolución. Para profundizar más en estas reflexiones, resulta muy interesante la lectura del Magistrado CHAVES GARCÍA, J.R., *“Cómo piensa un Juez. El reto de la sentencia justa”*, 1^a ed., Ed. La Ley-Wolters Kluwer, 2021.

⁵⁰ A este respecto es digno de ser destacado que en cuanto al medio probatorio conocido como *“interrogatorio de parte”*, éste puede ser solicitado por la parte contraria o por alguno de sus colitigantes, pero nunca por la propia parte, tal como establece el art. 301.1 de la LEC. Dicho en términos más accesibles, un abogado nunca podrá proponer el interrogatorio de su propio cliente, lo que no obsta para que pueda realizarle preguntas una vez alguno de sus colitigantes o bien la contraparte han propuesto su interrogatorio. Aunque se



bien las escrituras no se incluían en la causa, sí podía hacerse que la actora declarara acerca del contenido de las mismas en el juicio.

Así, las preguntas formuladas a D^a. Carolina fueron tendentes a profundizar en el contenido de las escrituras que se habían dejado fuera de la causa: "*La obra nueva, ¿cómo la financió usted?*"; "*¿La obra nueva la aborda usted sola o en unión de alguien?*"; "*¿Utilizó usted materiales de construcción que su padre le cedió: palets de ladrillos, hormigón...*"; "*¿Usted recibió dinero de su padre para costearse un coche, o una intervención quirúrgica?*; *¿Suscribió usted algún préstamo?*". A través de sus respuestas, la Juzgadora finalmente pudo cobrar conocimiento de la verdadera procedencia de los fondos, y penalizó la actuación del difunto D. Javier, pronunciándose el fallo de la Sentencia en este sentido:

"El padre con el poder hace un reconocimiento de deuda para sí mismo, sin que en el mismo se acredite que esa deuda existe, solo vertiendo únicamente meras manifestaciones. Se entiende que el Sr. Javier, en la situación que se encontraba debía haber sido meramente escrupuloso a la hora de realizar dicho reconocimiento de deuda y al menos haberlo justificado con algún tipo de documentación acreditativa. Con más inri, años después le manda un burofax a su hija

podrían plantear muchos escenarios en torno a este particular, se remite al lector al siguiente enlace, donde se plantean las preguntas y respuestas más frecuentes que se suscitan con respecto a este medio de prueba: [Interrogatorio de las partes en el proceso judicial - Iberley](#) (última vez consultado el 20/01/2024).



reclamándola dicha deuda, y de igual modo no justifica de donde procedencia, solo se limita a decir que es de una vivienda, de un coche y de una operación, no coincidiendo los conceptos con los establecidos en el reconocimiento de deuda. Aunque el propio poder permite la auto contratación es notorio que existe un conflicto de intereses, la actora y su padre tienen una mala relación y aprovecha que tiene ese poder para reconocerse una deuda que no queda justificada por ningún medio, a parte que se ve evidente su intención de dañar y perjudicar a su hija⁵¹ (sic).

3. PARTICÍPES DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA Y SU LEGITIMACIÓN

Finalmente, el último punto de controversia sobre el que se ahondará en este Dictamen es sobre la legitimación para ser parte en el presente proceso. Comose recordará, D^a. Úrsula opuso una excepción de falta de legitimación pasiva, en atención a que en el testamento ella figuraba como usufructuaria universal, no como heredera, por lo que no podía ser considerada sucesora de la personalidad de su difunto esposo, no teniendo que formar parte en los procesos judiciales que contra él -o, por mejor decir, contra su caudal hereditario- se entablasen.

Además de figurar como usufructuaria universal, D^a. Úrsula era beneficiada por la inclusión en el

⁵¹ Vid. Sentencia 49/2023, del Juzgado de Primera Instancia nº Tres de Cuenca, FJ Tercero.



testamento de la llamada "cláusula socini" o "cautela gualdense". Pese a que dicha cláusula no tuviera trascendencia en el litigio, se considera necesario hacer mención a ella en este Dictamen, tan sólo a efectos explicativos y aclaradores para la clienta, pues la no comprensión del contenido dela misma podría acarrearle serios perjuicios en el futuro.

La cautela gualdense encuentra su base en el art. 820.3 del CC. Autores como RAGEL SÁNCHEZ la definen como "*aquella previsión testamentaria que concede al legitimario la posibilidad de elegir entre aceptar la disposición del testador por la que se le concede más de lo que le corresponde por legítima, perosujetando ésta a gravamen, o limitarse a percibir lo que le corresponde en virtud de la legítima y renunciando al exceso*"⁵². CABEZUELO ARENAS añade que la finalidad de esta cautela es fundamentalmente la evitación de "*la situación de precariedad en la que se haya el viudo tras la muerte del causante*"⁵³, mientras que para ROMERO COLOMA, su existencia obedece a un interés de preservar "*la cohesión del patrimonio familiar, bajo la autoridad del cónyuge*

⁵² RAGEL SÁNCHEZ, L.F., "*La cautela gualdense o socini y el art. 820.3 del Código Civil*", Dykinson, 2000, págs. 20-21.

⁵³ CABEZUELO ARENAS, A.L., "*Validez de prohibición de impugnar el testamento articulada a través de Cautela Socini. STS de 17 de enero de 2014*", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2014, pág. 140.



*supérstite, en tantose mantenga con vida*⁵⁴.

Con independencia de la finalidad que motive su razón de ser en nuestro ordenamiento, lo cierto es que es una previsión o cautela que el testador lleva a cabo en favor de aquella persona que designe como usufructuario universal - normalmente, su cónyuge-, articulando un mecanismo a través del cual, si alguno de los demás herederos perturbara la posesión de aquél, verá reducido su caudalhereditario a la legítima estricta.

La inclusión de esta cautela socini en el testamento no hace sino evidenciarla intención de D. Javier de cuidar especialmente de la porción que le correspondería a su esposa, advirtiendo a sus hijos de que cualquier acto en detrimento del usufructo universal y vitalicio será duramente sancionado. Por lo que desde estas líneas, se advierte a D^a. Carolina de que ha de recabar asesoramiento legal en caso de que quiera enajenar o gravar de algún modo los bienes que ha adquirido por herencia, ya que, de hacerlo, D^a. Úrsula podría hacer valer su derecho de usufructo universal y vitalicio, y que la parte de D^a. Carolina se viera reducida a la legítima estricta.

Una vez hecha esta advertencia, se hará una breve aproximación a los sujetos que pueden ser llamados a la herencia. Como primera idea, se ha de hacernotar que el causante goza de una amplísima

⁵⁴ ROMERO COLOMA, A.M., "La admisión de la cautela socini en el derecho sucesorio español", *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 858, 2013, pág. 1.



libertad a la hora de designar a los llamados a su herencia, pudiendo investir a sus sucesores de la cualidad de "heredero", o de "legatario". Pero las posibilidades de ser sucesor no se reducen únicamente a estos dos, sino que también existen las figuras del "legatario de parte alícuota" y del "usufructuario vitalicio universal".

A fin de facilitar la intelección de todo cuanto se dirá a continuación, se explican ahora las características de cada uno de ellos para, una vez comprendida la teoría, poder aplicarla al caso de D^a. Úrsula:

- El heredero es un sucesor universal del causante, sucediéndole en la totalidad del patrimonio. La condición de heredero tiene fuerza expansiva, disponiendo de facultades incluso sobre aquellos bienes o derechos del finado no previstos expresamente en su testamento.

Otra característica del heredero es que, si acepta la herencia -porque puede no hacerlo-, sucede al causante no sólo en los derechos, sino también en las obligaciones -ex. arts. 659 y 661 del CC-, de las que responde incluso con sus propios bienes -art. 1003 del mismo cuerpo normativo-, salvo que adquiriera la herencia a beneficio de inventario, posibilidad que contempla el art. 123 de la Ley Sustantiva.

Puede existir un solo heredero o varios. En este último caso perciben, cada uno, una parte



alícuota sobre la herencia, dividiéndose ésta entre ellos, como coherederos⁵⁵.

El legatario, por su parte, es un sucesor a título particular, adquiriendo únicamente bienes o derechos concretos del caudal hereditario del causante, los que éste le haya atribuido en su testamento. El legatario no tiene por qué aceptar la herencia, sino tan sólo el legado que se le atribuye, por lo que no tiene legitimación pasiva para participar en un juicio de testamentaria. A diferencia del heredero, sus facultades se ciñen estrictamente a aquellos bienes que le han sido atribuidos, no pudiendo hacer nada con respecto a ningún otro. Pueden concurrir varios legados, tanto en el supuesto de que el causante deja un legado a varios, que serán colegatarios del mismo bien, como si dispone varios legados a favor de varios legatarios distintos⁵⁶.

- El legatario de parte alícuota, se trata de una figura específica y autónoma, un híbrido que se suele asimilar a la institución de heredero. Pese a no estar regulado específicamente en el CC -salvo alguna mínima referencia como la del art. 655 CC-, es una institución profundamente estudiada

⁵⁵ LLEDÓ YAGÜE, F., "La sucesión mortis causa y los elementos de la relación sucesoria", en LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.) y MONJE BALMASEDA, O., *Compendio de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, Tomo V, Ed. Dykinson, 2ª ed., 2008, pág. 30.

⁵⁶ Ibidem



y, por sus similitudes, se suele asimilar al heredero. Esta semejanza hace que, a diferencia de los simples legatarios, y de forma contraria a lo que su nombre podría sugerir, goce de legitimación pasiva y, por tanto, participe en la comunidad hereditaria, pudiendo tomar decisiones⁵⁷.

La normativa civil foral -navarra, vasca y muy especialmente, catalana-se ha encargado del desarrollo de la institución del legatario de parte alícuota con mucho más detenimiento, sin embargo, no se ahondará ahora en cada una de ellas debido a que excede el contenido estricto de este Dictamen.

- Finalmente, se puede definir el legado del usufructo universal vitalicio como aquel legado en virtud del cual el causante atribuye al cónyuge supérstite un derecho real de uso y disfrute sobre todos los bienes que integran el patrimonio relicto. El usufructuario universal recibe el usufructo de toda la herencia, teniendo derecho al uso y beneficio de los bienes que integran la masa hereditaria, pero sin convertirse en propietario de los mismos. Esta figura no se reconoce *ope legis* como una de las formas de investir a un sucesor, sino que es únicamente a

⁵⁷ Para profundizar sobre esta controvertida figura, vid. ROYO MARTÍNEZ, M., "*Derecho sucesorio mortis caussa*", Ed. Edelce, Sevilla, 1951, págs. 138 y ss.



instancias del testador que se puede designar a una persona como usufructuaria universal vitalicia de la herencia. Resulta relevante esta figura, pues además de tener similitudes con el legatario de parte alícuota, su posición a efectos de legitimación se refuerza aún más cuando el usufructuario es el cónyuge viudo, en su condición de legitimario, como ocurre en el presente caso.

De nuevo, la legislación foral es más específica que la nacional, citándose simplemente a título ejemplificativo el art. 427.22.4 del Código Civil de Cataluña, que consagra a nivel legal la posibilidad de que este legatario de usufructo universal pueda tomar, por sí solo, la posesión del legado, en tanto el causante lo haya autorizado, cosa que no ocurre con los legatarios en general.

Hechas estas consideraciones de índole teórica, y volviendo al caso presente, D^a. Úrsula alegó falta de legitimación pasiva para ser dejada al margen de la litis, lo que no deja de resultar sorprendente, habida cuenta el interés que, como usufructuaria universal y vitalicia, albergaba en torno al fondo del asunto discutido. Y es que si bien trató de fundar su falta de legitimación pasiva en el hecho de que D^a. Carolina ejercitaba una acción de impugnación contractual de un contrato en el que ella, efectivamente, no había sido parte -el apoderamiento celebrado entre padre e hija-, no se ha de perder de vista que si SS^a fallaba en favor de D^a. Carolina, y decretaba el uso abusivo del poder, todos los actos realizados en su virtud -el



reconocimiento de deuda y su reflejo en el testamento-serían nulos. Esto es, que, desapareciendo la deuda de 120.000€, la parte que le correspondería a D^a. Carolina se vería acrecentada, lo que podría comportar consecuencias para D^a. Úrsula.

Y he aquí la cuestión clave de esta exposición: si D^a. Carolina, una vez aceptada su parte - recordemos, incrementada en proporción a la deuda que ha desaparecido-, contrajese alguna deuda en el futuro, sus acreedores se dirigirán a sus bienes y derechos para satisfacer sus créditos. Y como D^a. Úrsula tiene derechos sobre la totalidad de los elementos que integraban el caudal hereditario, si esas eventuales deudas afectasen a bienes de D^a. Carolina que haya recibido en virtud de la herencia, y que por tanto, son usufructuados por D^a. Úrsula, el derecho de usufructo de ésta podría verse impactado. Lo que, a la postre, podría llegar a suponer que D^a. Úrsula podría llegar a ser requerida en un futuro por esos acreedores en el proceso legal correspondiente. Evidentemente, la viuda tenía interés directo en el fondo del asunto planteado ante el órgano judicial, por mucho que intentara sustraerse de él diciendo que no había formado parte del contrato de mandato -lo cual es cierto-.

Pese a que, *a priori*, pudiera parecer que no tenía legitimación pasiva ni interés sobre el fondo del asunto, tras el razonamiento expuesto en las líneas anteriores, es evidente que sí. Su no inclusión en la relación jurídico-procesal hubiera supuesto dejarla *inaudita parte*, conculcando su derecho a la tutela



judicial efectiva -art. 24 CE-. El proceder de esta parte llamando a la causa a D^a. Úrsula no obedeció a cosa distinta sino a procurar la satisfacción de su derecho a ser oída, no existiendo ninguna soterrada razón caprichosa, como de adverso se aventuró adedir, sino más bien una conducta diligente y tuitiva.

Esta teoría es refrendada por abundante Jurisprudencia, en la que se establece que, si bien el legatario de parte alícuota tiene derechos únicamente sobre una cuota de la herencia, y el legatario de usufructo universal tiene derecho al disfrute de todos los bienes hereditarios, ambos pueden tener responsabilidades similares en cuanto a las cargas de la herencia. El TS de hecho reconoce un gran paralelismo entre ambos tipos de legatarios, en lo que respecta a su tratamiento en el proceso sucesorio⁵⁸.

V. CONCLUSIONES

Una vez analizados los puntos de controversia fundamentales de esta causa, de acuerdo con el leal saber y entender quien rubrica este Dictamen, y en

⁵⁸ Sirvan a título ilustrativo la STS (Sala Primera) 642/2006, de 12 de junio, en la que se identifica al legatario de parte alícuota con el heredero, y se le reconoce legitimación para promover juicio de testamentaria y pedir la división de la herencia, y también la STS (Sala Tercera) 1013/2023, de 17 de julio, que reconoce al legatario de parte alícuota interés legítimo para comparecer en la reclamación económico-administrativa en la que se discutía la procedencia de una deuda tributaria del causante.



aplicación de la Norma, Dogmática y Jurisprudencia civil, caben extractarse las siguientes conclusiones.

-PRIMERA.- El apoderamiento es un negocio jurídico que, encontrando suregulación en el Código Civil, faculta a una persona -mandante- para delegar ciertas facultades en otra -mandatario-, quien las ejercerá en nombre y representación de aquél. Los actos para los que el mandatario está habilitado se han de hacer constar de manera expresa y taxativa en la escritura de poder. No obstante, también cabe la opción de otorgar un poder general, en el que se incluyen toda suerte de atribuciones, siendo habitualmente la de autocontratación una de ellas.

-SEGUNDA.- En conexión con lo manifestado en el ordinal anterior, si bien la autocontratación no es una figura que goce de reconocimiento legal expreso, sí tiene plena virtualidad como fuente de generación de obligaciones. A través de la misma se pueden generar situaciones de verdadero riesgo para los intereses del mandante, tal como se ha tenido ocasión de comprobar en el asunto en el que nuestra clienta se ha visto inmersa.

A fin de evitar esas situaciones, constituye doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, en aquellos casos donde sea manifiesto que se ha producido un abuso en el ejercicio de las facultades conferidas en virtud del apoderamiento, el negocio jurídico en cuestión se tendrá por nulo, siendo ello una muestra de los principios de buena fe, equidad y prohibición del enriquecimiento injusto que inspiran



nuestro ordenamiento jurídico. El hecho de que un poder cumpla con todos los condicionantes formales no puede significar que pueda ejercerse sin límites, estando facultado el Estado -representado a través de la figura del Juez-, para fiscalizar los actos llevados a cabo en su virtud.

-TERCERA.- A lo manifestado en el párrafo antecedente, se ha de adicionarque además del abuso de derecho, la concurrencia de algún vicio en la prestacióndel consentimiento también comporta la nulidad del apoderamiento -o de cualquier contrato-. En el caso de D^a. Carolina, adolecía de error, lo que se hacepatente en el hecho de que tenía veinte años en el momento de otorgar el poder.A tan corta edad no se tienen nociones jurídicas suficientes, y, además, se depende en gran medida de los designios del progenitor, D. Javier en este caso, quien la indujo a otorgar la escritura de poder omnicompreensivo. Por todo ello, se concluyó que se había llevado a cabo un ejercicio abusivo del poder y, consecuentemente, todos los actos llevados a cabo posteriormente que en él encuentran su razón de ser -la escritura de reconocimiento de deuda de 120.000€, y la concomitante disminución en la porción hereditaria-, son nulos depleno derecho.

-CUARTA.- Si antes se afirmaba que la autocontratación no cuenta con reconocimiento legal expreso, lo mismo se puede predicar de la figura del reconocimiento de deuda. Para su otorgamiento no es preceptivo, pero sírecomendable, la aportación de documentación justificativa -facturas, albaranes,etc.- , a fin de facilitar el cumplimiento de las exigencias



derivadas de la vigencia del principio del *onus probandi*, en caso de que ulteriormente se suscite alguna controversia. En caso contrario, puede acaecer lo que en este supuesto ocurrió a los codemandados: que el litigante se vea huérfano de medios adveradores para fundamentar los hechos que aduce en la litis -concretados, en el presente supuesto, en la orfandad probatoria a la que se vieron abocados como consecuencia de la no aportación a la causa de documentos que justificaran el origen de los 120.000€ reclamados-.

-QUINTA.- En la sentencia, que estimó el suplico de la demanda, se reconocía asimismo la falta de legitimación pasiva de una de las demandadas. Ante las serias dudas de hecho y derecho que se presentaban en la controversia, y habida cuenta de que en el momento de interposición de la demanda la herencia se encontraba en estado yacente -y por tanto, sin ser adjudicados sus bienes a ninguno de los llamados a la misma, quienes ostentaban una parte "en abstracto" de la misma-, es razonable afirmar que la relación jurídico-procesal se ha de constituir con todas las personas que figuran en la disposición testamentaria, so pena de dejar a alguna de ellas *inaudita parte* y comprometer su derecho de defensa.

-SEXTA.- Lo manifestado en el párrafo anterior adquiere todavía una mayor significación habida cuenta el establecimiento de la viuda como legataria usufructuaria universal y vitalicia de la herencia. Un usufructuario universal, como ya se ha dicho, es



aquel que recibe el uso y disfrute de todos los bienes que integran el caudal hereditario. Si bien D^a. Úrsula no es estrictamente continuadora de la personalidad de su difunto esposo -como sí lo son sus hijas D^a. María y D^a. Isabel, investidas expresamente de la cualidad de herederas-, y por tanto no ha de responder por sus deudas ni por los procesos que contra él se dirijan, sí puede tener interés directo en el fondo del juicio de impugnación de la escritura de reconocimiento de deuda que se planteó. Y ello se afirma porque al tener el usufructo sobre todos los bienes de la herencia, podría ocurrir que si la clienta, una vez aceptada su parte de la herencia, contrajese alguna deuda en el futuro, sus acreedores se podrán dirigir a sus bienes y derechos para satisfacer sus créditos. Cabe destacar que la condición de usufructuaria universal, asignada en este caso, mediante legado, así como su condición de legitimaria, reviste particularidades jurídicas sustanciales, que inciden directamente en la determinación de la legitimación pasiva y, por ende, en la extensión de la responsabilidad frente a terceros acreedores.

-SÉPTIMA.- En materia de costas, para la apreciación de la mala fe o de la temeridad que puede conllevar consigo la imposición de las mismas, se ha de valorar la conducta más o menos obstruccionista y oportunista mostrada por la parte. En este caso, la mala fe de la que se nos acusaba de adverso es precisamente la que de ellos se puede propugnar: las demandadas no sólo mantuvieron oculto el poder, sino que una de ellas, la viuda, interpuso recurso de apelación por una razón que carecía de todo



fundamento: la reclamación de las costas de primera instancia, y también las de la segunda. Siendo que podría haber formulado, con carácter previo a la apelación, un recurso de aclaración o complemento de sentencia, y además siendo que en segunda instancia el art. 398.2 de la LEC establece que *“en el caso de estimación parcial o total de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes”*.

-OCTAVA.- El último ordinal de estas conclusiones se dedica a resolver una cuestión expresamente planteada por la clienta: en tanto que D^a. Úrsula viva, será legataria universal de todos los bienes integrantes de la herencia, por lo que, D^a. Carolina, con carácter antecedente a gravar o enajenar cualquier legado que su padre le atribuyera en virtud de la disposición testamentaria, debe recabar asesoramiento legal para valorar el estado de las cosas en ese momento, y sopesar los diferentes escenarios. Pues, de no hacerlo de este modo, la cláusula *socini* facultaría a D^a. Úrsula para incoar acciones tendentes a reducir la porción hereditaria de D^a. Carolina a la legítima estricta, por no respetar la voluntad del testador.

Este es el Dictamen que, bajo su leal saber y entender, realiza la letrada abajo firmante. El mismo queda sometido a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho.



3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

3.1. Obras doctrinales

- AGORRETA MARTÍNEZ, I: "Ejercicio abusivo del poder general por parte de un hijo al disponer de la vivienda habitual de su madre por un precio irrisorio y en garantía de un préstamo personal cuya finalidad no ha sido puesta de manifiesto", *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº 3, Pamplona, 2020.

- BUENO OCHOA, L: "El miedo desde el Derecho", *UAM Ediciones*, nº 27, 2021.

- CABEZUELO ARENAS, A.L.: "Validez de prohibición de impugnar el testamento articulada a través de cautela socini. STS de 17 de enero de 2014", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2014.

- DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 11ª ed., Ed.Tecnos, Madrid, 2003.

- ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I., "La responsabilidad civil de los Notarios.Comentario a la STS de 18 de diciembre de 2019", *Revista CEFLEGAL*, nº 243, 2021.



- GALICIA AIZPURÚA, G.: “Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código Civil Español”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 26, 2018.
- LÓPEZ CHOCARRO, I., “La aclaración, rectificación, subsanación o complemento de sentencias y las «sempiternas» dudas acerca del cómputo de los plazos para recurrir (Arts. 214 y 215 LEC)”, *Diario La Ley*, nº 9937, 2021.
- LEÓN ALONSO, J.R., “De la Naturaleza, Forma y Especies del Mandato” en ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (T. XXI Vol. 2º): Artículos 1709 a 1739 del Código Civil*, Ed. Edersa, 1996.
- LLEDÓ YAGÜE, F., “La sucesión mortis causa y los elementos de la relación sucesoria”, en LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.) y MONJE BALMASEDA, O., *Compendio de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, Tomo V, 2ª ed. Ed. Dykinson, 2008.
- MONTERO AROCA, J., “Terminación anormal del proceso”, en MONTERO AROCA, J., CÓMEZ COLOMER, J.L. *et al.*, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 27ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, 2019.
- MONTERO AROCA, J., “La prueba en el proceso civil”, 7ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2012.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “La cautela galdense o



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

socini y el art. 820.3 del Código Civil", Ed. Dykinson, 2000.

- ROMERO COLOMA, A.M., "La admisión de la cautela socini en el derecho sucesorio español", *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 858, 2013.
- ROYO MARTÍNEZ, M., "*Derecho sucesorio mortis caussa*", Ed. Edelce, Sevilla, 1951.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: "Influencia de la edad en la responsabilidad civil y penal", *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, vol. 13, 2009.
- SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., "Apoderamiento para autocontratar. La autocontratación en sociedades desde el punto de vista registral", *Revista CEFLEGAL*, nº 97, 2009.
- TOMÁS MARTINEZ, G., "Tutela y prohibición de autocontratación", en LÓPEZ ROSA, R. y DEL PINO TOSCANO, F.J. (coords.), *El Derecho de Familia: de Roma al Derecho actual*, Ed. Deusto Publicaciones, 2004.

3.2. Manuales de utilidad para el ejercicio de la abogacía

- CHAVES GARCÍA, J.R., "*Cómo piensa un Juez. El*



reto de la sentencia justa", 1ª ed., Ed. La Ley-Wolters Klüwer, 2021.

- ESTALELLA DEL PINO, J., *"El abogado eficaz. Cómo convencer, persuadir e influir en los juicios"*, 4ª ed., Ed. La Ley-Wolters Klüwer, 2014.
- PUJOL CAPILLA, P., *"Guía de comportamiento en las actuaciones judiciales. Modos y formas ante los Tribunales"*, 1ª ed., Ed. La Ley-Wolters Klüwer, 2007.



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 42

Junio 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

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

**RESEÑA DE
II IRISDRIIDENCIA**



VIOLENCIA ECONÓMICA: UNA DIMENSIÓN INVISIBILIZADA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

D^a Paloma Cascales Bernabeu

Abogada y profesora de Derecho Constitucional de la
Universidad de Alicante

Resumen: Este artículo analiza la violencia económica como manifestación estructural y aun insuficientemente visibilizada de la violencia de género. A través del estudio del marco legal vigente en España, el Convenio de Estambul y la interpretación jurisprudencial del artículo 227 del Código Penal, se pone de relieve cómo determinadas conductas que afectan gravemente a la autonomía económica de las mujeres y al bienestar de sus hijos e hijas siguen sin ser tratadas de forma adecuada desde el Derecho penal y civil. Se propone la necesidad de un reconocimiento expreso de la violencia económica como categoría autónoma, su consideración como forma de violencia de género, y se examina su tratamiento actual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.



Palabras clave: Violencia económica; violencia de género; artículo 227 CP; Convenio de Estambul; jurisprudencia.

Abstract: This article analyzes economic violence and vicarious violence as structural and still insufficiently visible manifestations of gender-based violence. Through the study of the current legal framework in Spain, the Istanbul Convention, and the jurisprudential interpretation of Article 227 of the Criminal Code, it highlights how certain behaviors that severely affect women's economic autonomy and the well-being of their children continue to be inadequately addressed by criminal and civil law. The need for explicit recognition of economic violence as an autonomous category is proposed, its consideration as a form of gender-based violence, and its current treatment in the jurisprudence of the Supreme Court.

Keywords: Economic violence; gender-based violence; Article 227 CC; Istanbul Convention; jurisprudence.

1.- Introducción.

La violencia contra las mujeres no se limita a las agresiones físicas o psicológicas. Existen formas más soterradas, persistentes y devastadoras, que escapan muchas veces al radar jurídico e institucional. Entre ellas destaca la violencia económica: una realidad que, lejos de ser excepcional, forma parte del día a día de muchas mujeres víctimas de violencia de género, especialmente en contextos de ruptura de pareja o procesos judiciales de familia.



Sin embargo, esta forma de violencia sigue sin estar adecuadamente conceptualizadas ni atendidas por nuestro marco normativo. La Ley Orgánica 1/2004¹, centrada en la violencia física y psicológica, no ha desarrollado un tratamiento específico para estas violencias estructurales que afectan directamente a la autonomía y dignidad de las mujeres. El Convenio de Estambul, ratificado por España en 2014², sí las reconoce expresamente, pero su aplicación efectiva en la práctica judicial dista aún mucho de ser generalizada.

Este artículo nace precisamente de esa brecha entre la realidad cotidiana de las víctimas y la respuesta jurídica. Tiene una doble finalidad: por un lado, contribuir a visibilizar la violencia económica como forma específica y grave de violencia de género; por otro, ofrecer una interpretación crítica y con perspectiva de género del artículo 227 del Código Penal, a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En particular, la STS 41/2024, de 17 de enero, refuerza la línea jurisprudencial iniciada por la STS 239/2021 al considerar que el impago doloso de pensiones constituye una modalidad de violencia económica que genera un grave perjuicio tanto a los menores como al progenitor custodio —en la mayoría de los casos, la madre—. El Tribunal señala que esta conducta obliga a la mujer a suplir con su esfuerzo personal el incumplimiento económico del progenitor

¹ <https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1/con>

² [https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/(1))



obligado, generando una doble victimización que debe ser entendida como una forma de violencia de género.

Este enfoque jurisprudencial, que interpreta el artículo 227 CP no solo como un mecanismo de protección de la ejecución de resoluciones judiciales, sino como una vía penal para la tutela efectiva de derechos fundamentales en contextos de violencia económica, abre nuevas posibilidades que deben ser analizadas con detenimiento.

1.1. Una realidad vivida: cuando el Derecho llega tarde

Desde mi experiencia como abogada especializada en violencia de género y derecho de familia, puedo afirmar que la violencia económica no es un fenómeno teórico ni excepcional: es una constante silenciosa en los procesos de separación y ruptura con agresores. En mi despacho, he acompañado a mujeres que no pueden llenar la nevera porque su expareja ha dejado de pagar la pensión de alimentos, no por falta de recursos, sino por deseo expreso de castigo. Otras han visto cómo se acumulaban deudas que no reconocían, cómo eran hostigadas a través del uso abusivo del proceso judicial, o cómo quedaban atrapadas en un laberinto legal que no parecía diseñado para protegerlas.

La ley, en demasiadas ocasiones, les da la espalda. La respuesta institucional suele reducir estos casos a conflictos civiles, cuando en realidad son expresiones de control y dominación estructural que continúan más allá de la convivencia. No hay gritos ni golpes, pero sí miedo, precariedad y desgaste emocional constante. Y a pesar



de todo, muchas de estas mujeres siguen adelante por sus hijas e hijos, enfrentándose solas a un sistema que todavía no reconoce del todo su dolor ni su derecho a vivir libres de todas las formas de violencia.

Por eso este artículo no es solo un análisis jurídico. Es también un intento de visibilizar lo que tantas veces queda fuera del foco legal: que detrás de cada sentencia hay vidas reales, y que detrás de cada impago hay una estrategia de sometimiento que el Derecho no puede seguir ignorando.

2. Concepto de violencia económica y tipología.

La violencia económica constituye una forma de violencia machista menos visible, pero profundamente invasiva, que mina la autonomía de las mujeres y perpetúa su subordinación estructural.

Es toda forma de control, privación o manipulación de los recursos económicos que limita o impide la autonomía de una persona, generalmente ejercida en el contexto de relaciones afectivas o familiares. En el marco de la violencia de género, se manifiesta como una estrategia sostenida de dominación que priva a las mujeres de medios materiales, las somete a dependencia, y obstaculiza su capacidad para vivir de forma libre y digna.

Aunque muchas de sus expresiones no constituyen ilícitos penales, tienen un claro desvalor social y jurídico que debería impulsarnos a una reformulación de los marcos normativos vigentes. A



continuación, se sistematizan las principales formas de esta violencia, con ejemplos tomados de la experiencia profesional y la realidad cotidiana de muchas mujeres.

2.1. Control económico

Implica el dominio sobre los recursos familiares, tanto propios como comunes. Se concreta, entre otras conductas, en:

- La toma unilateral de decisiones bajo la premisa “yo soy quien paga, yo decido”.
- La negación del acceso al dinero para cubrir necesidades básicas: alimentación, vivienda, ropa, salud.
- La administración exclusiva de bienes gananciales, sin participación o conocimiento de la pareja.
- El bloqueo o vaciado de cuentas comunes tras la separación, especialmente si la mujer depende económicamente del agresor.

2.2. Explotación económica

Se produce cuando el varón utiliza los recursos de la pareja en beneficio propio o impone cargas económicas desproporcionadas. Ejemplos:

- Realización de gastos importantes (vehículos, inversiones, préstamos) sin consentimiento.
- Endeudamiento oculto, a veces incluso con préstamos a nombre de la mujer sin su conocimiento.
- Imposición de un reparto igualitario de gastos pese a una gran desigualdad de ingresos. Así, si ambos aportan 800 € a los gastos comunes, pero



el hombre gana 1600 € y la mujer 900 €, la carga real recae sobre ella.

- Juegos de azar, ocultación de ingresos o desvío de dinero familiar a fines personales.

2.3. Sabotaje laboral

Tiene por objeto obstaculizar o impedir la autonomía económica de la mujer mediante:

- Impedimentos directos o indirectos para trabajar: desde prohibiciones explícitas hasta presiones emocionales cuando se plantean ascensos, viajes o cambios de horario.
- Negativa a colaborar en el cuidado de los hijos e hijas, lo que impide la conciliación.
- Conductas activas como dañar el vehículo para impedir el desplazamiento al trabajo.
- Presión para que sea ella quien solicite reducciones de jornada, excedencias o renuncias.
- Saqueo de cuentas conjuntas, impago de pensiones alimenticias o gastos básicos.

Todo esto genera una situación de dependencia y aislamiento que mina la autoestima, empobrece y bloquea el proyecto vital de las mujeres.

No puedo dejar de mencionar, que este tipo de comportamiento se ve facilitado por el régimen económico del matrimonio. En la mayoría de los casos en España —donde rige por defecto el régimen de sociedad de gananciales—, el varón puede disponer de bienes comunes sin necesidad de consentimiento de la esposa. Sin embargo, como ya dejó claro el Acuerdo de



Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo³, *"el régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión del delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción por uno de los cónyuges"*, si bien podría aplicarse, en su caso, la excusa absoluta del artículo 268 CP.

Más recientemente, la STS 836/2015, de 28 de diciembre⁴ confirmó que sí cabe apreciar apropiación indebida en su modalidad de administración desleal cuando uno de los cónyuges distrae total o parcialmente los fondos depositados en una cuenta bancaria conjunta. Este criterio se apoya también en la doctrina consolidada por la STS 457/2011, de 20 de mayo⁵, donde el Tribunal Supremo afirmó que *"aunque los cotitulares de una cuenta bancaria ostentan facultades de disposición frente al banco, esto no significa que entre ellos exista necesariamente un condominio sobre los fondos"*, sino que debe atenderse a las relaciones internas entre los titulares.

Estas sentencias desmontan el falso argumento según el cual lo común es de libre disposición. Lo cierto es que, incluso en el ámbito conyugal, existen límites jurídicos al uso arbitrario del patrimonio familiar, especialmente cuando su utilización tiene una finalidad lesiva para la otra parte. La explotación económica debe ser visibilizada como una manifestación más de la violencia de género, incluso cuando no alcance el umbral penal, pues no es más que otro mecanismo de control

³ [Acuerdos 25-10-2005 1.0.0.pdf](#)

⁴ [STS 5576/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5576 - Poder Judicial](#)

⁵ [STS 3656/2011 - ECLI:ES:TS:2011:3656 - Poder Judicial](#)



que priva a la mujer de autonomía, independencia y medios de vida.

3. Marco normativo.

A pesar de la gravedad de esta forma de violencia y de su alto impacto en la vida de las mujeres, especialmente tras procesos de separación o ruptura, el ordenamiento jurídico español no ha desarrollado hasta la fecha una regulación autónoma y expresa de la violencia económica como modalidad de violencia de género.

3.1.Reconocimiento internacional: el Convenio de Estambul

Conviene recordar que el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, conocido como Convenio de Estambul, firmado el 11 de mayo de 2011 y en vigor en España desde el 1 de agosto de 2014, sí reconoce expresamente esta forma de violencia como una más entre las violencias ejercidas contra las mujeres.

Su artículo 3, letra a) define la violencia contra las mujeres como:

“una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de



naturaleza física, sexual, psicológica o *económica*, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”.

A pesar de que el concepto de violencia económica fue visibilizado ya en 2011 mediante esta definición amplia y garantista, lo cierto es que dicha noción no ha sido incorporada de forma explícita al ordenamiento jurídico español como una modalidad diferenciada de violencia contra las mujeres. Han pasado más de diez años desde la entrada en vigor del Convenio en nuestro país y, sin embargo, ni la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral, ni el Código Penal han sido modificados para integrar de manera expresa esta categoría.

3.2. Derecho interno: una respuesta fragmentaria e insuficiente

Como se ha señalado, la Ley Orgánica 1/2004 se ha centrado tradicionalmente en las formas más evidentes de violencia —física y psicológica—, dejando fuera manifestaciones estructurales como la violencia económica, a pesar de su profunda capacidad de control y destrucción.

La única norma que ha avanzado tímidamente en este terreno ha sido la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio⁶, de protección integral a la infancia y la adolescencia

⁶ <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/con>



frente a la violencia. En su artículo 1, la ley establece como objeto:

“garantizar los derechos fundamentales de los niños, las niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia”.

A juicio de una parte significativa de la doctrina, este precepto debería interpretarse en conexión con el Convenio de Estambul, permitiendo la inclusión de la violencia económica dentro de las formas de violencia contempladas por la norma. Sin embargo, se trata de una interpretación indirecta, que no colma el vacío legislativo existente respecto a su reconocimiento autónomo como violencia de género ejercida sobre la mujer.

3.3. La urgencia de una conceptualización jurídica integral

Desde la práctica jurídica cotidiana, esta omisión tiene consecuencias reales. El impago deliberado de pensiones, la obstaculización del desarrollo profesional o la privación de recursos básicos no solo perpetúan situaciones de dependencia, sino que tienen efectos demoledores en la vida de muchas mujeres y sus hijos. Al no estar regulada con claridad, la violencia económica queda atrapada en un limbo normativo: ni se aborda con la contundencia del derecho penal, ni se protege con herramientas civiles suficientemente eficaces.



En consecuencia, urge una reforma legislativa que reconozca la violencia económica como categoría específica, al mismo nivel que otras formas de violencia de género, y que permita tanto la prevención como la reparación efectiva del daño causado. Mientras tanto, la jurisprudencia está comenzando a dar pasos significativos —como se verá en el siguiente apartado— hacia una interpretación del artículo 227 del Código Penal conforme a esta realidad social y jurídica.

4. El artículo 227 del Código Penal como herramienta frente a la violencia económica: análisis jurisprudencial

4.1. Naturaleza jurídica y requisitos del tipo penal

El artículo 227 del Código Penal⁷ sanciona al progenitor que, sin estar legítimamente impedido, dejare

⁷ **Artículo 227.** 1. 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 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.

2. 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.

3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.



de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica establecida en resolución judicial, en favor de su cónyuge o hijos. La conducta tipificada tiene una relevancia especial en los procesos de separación o divorcio, donde muchas mujeres se ven obligadas a sostener solas la carga económica de la unidad familiar ante la inacción dolosa del otro progenitor.

En palabras del propio Tribunal Supremo, en su STS 346/2020, de 25 de junio⁸, el bien jurídico protegido por este tipo penal no es simplemente el cumplimiento de una resolución judicial, sino: “el derecho de asistencia económica a que tienen derecho determinados miembros de una unidad familiar”, y se subraya que lo que se protege son a los “miembros más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por el obligado a prestarlos”.

Esta sentencia además introduce una lectura con perspectiva de género al reconocer que el delito de impago de pensiones puede constituir una forma de violencia económica. Así, el Tribunal considera víctimas no solo a los hijos e hijas —por las cantidades no percibidas—, sino también al otro progenitor —en la mayoría de los casos, la madre— por el “plus de esfuerzo de cuidado y atención de los hijos comunes que debe realizar para suplir la carencia que provoca la falta de pago”.

⁸ [STS 2483/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2483 - Poder Judicial](#)



Requisitos del delito de abandono de familia (art. 227 CP)

A la luz de la jurisprudencia más reciente, para que concurra este delito deben cumplirse los siguientes requisitos:

a) Existencia de una resolución judicial firme dictada en proceso de separación, divorcio, nulidad, filiación o alimentos, que imponga la obligación de abonar una prestación económica. No se exige que el beneficiario esté en situación de necesidad vital.

b) Conducta omisiva consistente en el impago reiterado, durante dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos.

c) Dolo omisivo: el sujeto debe conocer la obligación y voluntariamente decide no pagar. No hay delito si existe una imposibilidad objetiva de afrontar el pago.

d) Capacidad económica real del obligado: debe quedar acreditado que, pudiendo pagar, se niega a hacerlo. No se exige que el beneficiario sufra un perjuicio adicional distinto del propio impago.

e) Conocimiento de la resolución judicial y voluntad de incumplirla.

Este tipo penal no configura una prisión por deudas, ya que el reproche se dirige únicamente contra quienes se niegan a pagar pudiendo hacerlo.



En definitiva, se trata de un delito de mera actividad con una función social clara: garantizar la protección económica de los más vulnerables — principalmente, menores y mujeres— ante el incumplimiento doloso de obligaciones económicas derivadas de decisiones judiciales.

4.2. La STS 239/2021, de 17 de marzo⁹: violencia económica y control del patrimonio.

Esta sentencia, resuelve el recurso de casación interpuesto por un progenitor condenado por abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones. En los hechos probados, se constata que el recurrente mantuvo durante años una conducta dirigida a eludir intencionadamente sus obligaciones económicas tras la separación, mediante maniobras societarias para desviar ingresos, obstaculizar la ejecución y eludir embargos. La sentencia describe una estrategia de vaciamiento patrimonial que generó un grave perjuicio económico para la madre y los hijos comunes.

En los fundamentos jurídicos, la Sala señala que el impago no puede considerarse un incumplimiento civil neutral, sino que, en determinados contextos, constituye un instrumento de control económico y violencia estructural. El Tribunal destaca que:

“La mujer, además de hacerse cargo en exclusiva de los hijos, ha debido afrontar el

⁹ [STS 914/2021 - ECLI:ES:TS:2021:914 - Poder Judicial](#)



sostenimiento económico de la familia sin el apoyo del progenitor obligado, pese a que este ha tenido capacidad económica para atender la pensión. Esta omisión deliberada tiene consecuencias que desbordan lo económico y que deben valorarse en clave de violencia económica.”

La sentencia asume, así, la perspectiva de género como canon interpretativo del tipo penal, incorporando una lectura que trasciende lo patrimonial para conectar el impago con el control y la subordinación de la mujer tras la ruptura.

4.3. La STS 41/2024, de 17 de enero¹⁰: consolidación de la doctrina y protección frente al poder económico

La STS 41/2024, de 17 de enero, confirma esta línea interpretativa y amplía el desarrollo doctrinal. El caso analizado gira en torno a un padre que, a pesar de disponer de ingresos estables, incumple de forma prolongada su obligación de abonar la pensión de alimentos fijada judicialmente en favor de sus hijas, provocando un deterioro grave en su bienestar. La conducta del acusado se mantiene durante varios años, y solo abona una cantidad simbólica (380 euros en cuatro años).

El Tribunal no solo reitera los requisitos del artículo 227 CP, sino que enfatiza el valor constitucional y

¹⁰ [STS 242/2024 - ECLI:ES:TS:2024:242 - Poder Judicial](#)



convencional del derecho a la asistencia económica. Cita expresamente el Convenio de Estambul, y sostiene que:

“El impago de pensiones constituye una forma de violencia económica cuando el obligado, teniendo medios, decide no pagar, trasladando sobre la madre toda la carga económica y generando una situación de precariedad que afecta también a los hijos. No se trata solo de incumplir, sino de castigar.”

El ponente, Vicente Magro Servet, subraya que este tipo de conductas debe ser interpretado desde una perspectiva integral, que tenga en cuenta no solo la literalidad de la norma penal, sino su función como mecanismo de protección frente a la violencia estructural. La sentencia insiste en que el artículo 227 no es una “amenaza simbólica” sino una herramienta real para garantizar la igualdad y la reparación del daño.

4.4. La amplitud del artículo 227 CP: del impago de alimentos al incumplimiento de otras prestaciones asistenciales

El artículo 227 del Código Penal ha sido tradicionalmente interpretado como la vía penal para sancionar el impago de pensiones alimenticias, principalmente en favor de hijos e hijas menores o cónyuges con derecho a pensión compensatoria. No obstante, su apartado 2.º incorpora una previsión que extiende el tipo penal a *“cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única”* en



convenio o resolución judicial dictada en procesos de familia.

4.4.1. ¿Qué prestaciones se incluyen?

Este inciso ha generado debates interpretativos. Algunos tribunales han restringido su alcance a prestaciones equiparables a la pensión de alimentos o compensatoria. Sin embargo, una interpretación teleológica —orientada a proteger el bien jurídico de la asistencia económica familiar— permite una lectura más amplia, como ha reconocido la STS 576/2001, de 3 de abril¹¹, que identificó como objetivo del tipo penal la protección de los miembros más vulnerables de la familia frente a los incumplimientos asistenciales.

Por tanto, deben analizarse caso por caso aquellas prestaciones impagadas para valorar si cumplen una función asistencial hacia la parte más necesitada. No todas las deudas civiles lo hacen. No se han considerado incluidas en el artículo 227 CP, por ejemplo:

- Las cantidades derivadas de la liquidación del régimen económico matrimonial, o
- Las litis expensas, ya que no responden directamente a una finalidad asistencial ni protegen a sujetos especialmente vulnerables.

4.4.2. ¿Y las cuotas hipotecarias?

Una cuestión especialmente controvertida es la del impago de cuotas hipotecarias, cuando su pago se ha impuesto judicialmente a uno de los progenitores en un

¹¹ [STS 2770/2001 - ECLI:ES:TS:2001:2770 - Poder Judicial](#)



proceso de separación o divorcio. Su omisión no es neutra: el impago de la hipoteca puede desembocar en la pérdida del hogar familiar, afectando gravemente a la parte custodiante y a los menores. Por ello, la jurisprudencia más avanzada —como la del Tribunal Supremo en su STS 239/2021— ha empezado a incluir este supuesto dentro del concepto de "*prestación económica asistencial*" del artículo 227.2 CP, siempre que el pago de esa cuota conste en resolución judicial.

En este sentido, el impago no es una simple infracción contractual: es una forma de abandono económico que pone en riesgo la vivienda y la estabilidad familiar, y por tanto merece reproche penal como manifestación de violencia económica.

5. Conclusión.

Las sentencias analizadas, y en especial las STS 239/2021 y 41/2024, evidencian un giro jurisprudencial relevante en la interpretación del artículo 227 del Código Penal, que va dejando atrás la visión meramente formalista del impago para abrazar una comprensión más sustantiva, que lo identifica como una forma de violencia económica estructural. Esta evolución doctrinal representa un avance hacia la protección real y efectiva de los derechos de las mujeres y menores frente al abandono económico y el ejercicio de poder mediante el control de los recursos.

En este contexto, resulta especialmente significativo que el Tribunal Supremo comience a considerar el impago doloso de pensiones como una



estrategia de castigo y sometimiento, y no simplemente como una desobediencia. Se trata de una interpretación alineada con el marco internacional de derechos humanos, y en particular con las Recomendaciones Generales n.º 19 y 35 del Comité CEDAW¹², que reconocen expresamente la violencia económica como un obstáculo para la igualdad sustantiva y un mecanismo de perpetuación de la subordinación de las mujeres.

Sin embargo, este potencial transformador no se ha desarrollado plenamente en la práctica judicial ordinaria. Muchas mujeres siguen enfrentándose a una doble victimización: primero, por el abandono económico; después, por un sistema judicial que, en demasiadas ocasiones, minimiza o desvincula estas conductas del contexto de violencia de género.

En los juzgados, el impago todavía se tramita frecuentemente como una cuestión civil, ajena a la lógica penal protectora. Y en el ámbito de la formación judicial, persisten resistencias culturales y falta de sensibilización sobre los efectos reales de esta forma de violencia.

Por ello, es urgente:

- Una reforma legislativa que reconozca explícitamente la violencia económica como modalidad incluida dentro de la violencia de género, incorporándola a la Ley Orgánica 1/2004 y dotando de mayor coherencia sistemática al artículo 227 CP.
- La consolidación de una jurisprudencia firme y comprometida que interprete el impago como lo

¹² RECOMENDACIONES GENERALES adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer



que es: un acto de poder y control que atenta contra la dignidad y autonomía de las mujeres.

- Una formación especializada y transversal para todos los operadores jurídicos, que permita identificar la violencia económica en sus múltiples manifestaciones, incluso cuando no se expresa con palabras ni con golpes, sino con facturas, deudas y cuentas vacías.

Desde la experiencia profesional como abogada al servicio de las víctimas, solo cabe insistir en que la violencia económica no es invisible porque no exista, sino porque no se quiere mirar. Hacerla visible, perseguible y reparable no es solo una obligación jurídica: es un acto de justicia.

Bibliografía legal y jurisprudencial

Normativa

- **Código Penal** (aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), especialmente el artículo 227 y el artículo 228.
- **Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre**, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)**.
- **Recomendación General n.º 19 del Comité CEDAW (1992): *Violencia contra la mujer***.



- **Recomendación General n.º 35 del Comité CEDAW (2017):** *Sobre la violencia por razón de género contra la mujer, que actualiza la RG19.*
- **Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, 2011)**

Jurisprudencia citada

Tribunal Supremo

- **STS 41/2024**, de 17 de enero.
ECLI:ES:TS:2024:242.
- **STS 239/2021**, de 17 de marzo.
ECLI:ES:TS:2021:914.
- **STS 346/2020**, de 25 de junio.
ECLI:ES:TS:2020:2483.
- **STS 836/2015**, de 28 de diciembre.
ECLI:ES:TS:2015:5576.
- **STS 457/2011**, de 20 de mayo.
ECLI:ES:TS:2011:3656
- **STS 576/2001**, de 3 de abril de 2001.
ECLI:ES:TS:2001:2770.
- **Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo**, de 25 de octubre de 2005.



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 42

Junio 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

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

RECENSIONES



**RECENSIÓN DEL LIBRO:
«TECNOCRACIA Y BUEN GOBIERNO»,
UN MANUAL DE GOBIERNO**

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Doctor en Derecho. Investigador colaborador del Centro de Investigación para la Gobernanza Global (CIGG) de la Universidad de Salamanca (USAL) España.

ORCID iD: 0009-0004-6395-532X

*«Sólo hay un territorio, la Tierra entera.»
(M. J. M. Guéhenno)*

Resumen: El libro «Tecnocracia y Buen Gobierno» analiza a fondo la preocupación por el ejercicio del poder político y la correcta gestión de los asuntos públicos. Esto da lugar a la necesidad de avanzar en nuevos conceptos de gobierno, como la gobernanza o la cogobernanza, cuya aplicación práctica cobra urgencia en una era marcada por fenómenos como la polarización, el auge del populismo, la proliferación de la corrupción, la globalización, el debilitamiento de los sistemas de control público y, en general, el descrédito de la política como arte de gobernar y de los políticos como sus máximos exponentes.



Abstract: *The book 'Technocracy and Good Governance' analyses in depth the concern for the exercise of political power and the correct management of public affairs. This gives rise to the need to advance new concepts of government, such as governance or co-governance, the practical application of which becomes urgent in an era marked by phenomena such as polarisation, the rise of populism, the proliferation of corruption, globalisation, the weakening of public control systems and, in general, the discrediting of politics as the art of governing and of politicians as its greatest exponents.*

Palabras clave: Tecnocracia – Gobierno – Integridad – Buen Gobierno – Compliance público.

Keywords: Technocracy – Government – Integrity – Good Governance – Public compliance.

RECENSIÓN

La globalización, los desarrollos tecnológicos y la extensión del conocimiento y las competencias y habilidades de las personas, han ampliado sin duda las perspectivas del entorno geográfico y humano. Nuestro campo de juego ya es, al mismo tiempo, local, regional, estatal, pero también mundial; y cuenta con una infinidad de actores.

Esta tendencia se ha percibido, acusadamente, en la configuración de los gobiernos y en la creciente descentralización política y administrativa que suele



seguir al desarrollo civil.¹ No se trata sólo de un creciente apoderamiento de los gobiernos municipales, metropolitanos y/o regionales; sino de que las políticas del Estado de bienestar, en las que han tenido una fuerte presencia y participación, han dejado de ser consideradas como *low politics* y han pasado a ser valoradas como *high politics*.

Hay, sin embargo, «crisis de confianza», en la política y en los gobiernos, que no es nueva, pero que urge a cuestionar sus tradicionales formas de hacer las cosas y que nos estimula a buscar nuevas herramientas de gestión pública, participativa, abierta y corresponsable en el marco de una necesidad de generar confianza y, ahora sí, de reinventar el modelo de gobierno.

Hoy no se puede concebir el acierto y la eficacia en las decisiones políticas sin contar con la colaboración multidisciplinar, la creatividad que emerge de la interacción de las distintas ramas del conocimiento y la experiencia, de la sensibilidad de distintos intereses y perspectivas culturales, sociales, técnicas y económicas también diferentes y, en definitiva, sin una integración de la rica pluralidad que nos envuelve.

¹ ARENILLA SÁEZ, M. (2016), El derecho de la ciudad y el territorio, estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés, Fundación Democracia y Gobierno Local e Instituto Nacional de Administración Pública, (dir.) Judith Gifreu Font, Martín Bassols Coma y Ángel Menéndez Rexach, *vid.* Prólogo, pp. 20 – 21



La diversidad y la complejidad que caracterizan a nuestras modernas sociedades no pueden entenderse, así, desde las instituciones públicas, como una amenaza o una dificultad y sí como una riqueza o una oportunidad.

De las sociedades complejas, y de la interrelación entre sus miembros, emerge la creatividad, la innovación y el conocimiento, la transformación, el emprendimiento. El talento y la energía está por todas partes, llena los espacios y su arquitectura, y es obligación de las instituciones públicas activarlos y orientarlos hacia unos cambios que aporten valor a la sociedad.

Platón (427 a. C. – 347 a. C.) ya creía que una comunidad política debía ser pequeña para poder ser coherente con la «unidad de propósito» entre sus miembros. Del mismo modo, Aristóteles (384 a. C. – 322 a. C.) observó que todas las ciudades que tienen una reputación de Buen Gobierno tienen, de igual forma y manera, un límite de población.²

Aún en los albores de los regímenes liberales y representativos modernos de final del siglo XVIII, el provincial bordelés Charles Louis de Secondat, barón de Montesquieu, afirmaba que: «En una pequeña república, el bien público se siente con más fuerza, es más conocido, y está más cerca del ciudadano».

De un mismo modo, el ginebrino Jean Jacques Rousseau afirmó que un gobierno democrático presupone de una comunidad muy pequeña, donde las personas puedan

² COLOMER, J. M.^a (2015), El gobierno mundial de los expertos. Ed. Anagrama S.A., Barcelona, p. 239



reunirse fácilmente y donde cada ciudadano pueda conocer, con toda facilidad, a todos los demás; mientras que, por el contrario, «cuanto mayor es un país, menor es la libertad».

Al deliberar sobre las posibles fórmulas institucionales para la nueva gran entidad política que luego se llamaría los Estados Unidos de Norte América, el virginiano James Madison introdujo una prudente distinción entre «democracia» y «república».

La primera, así, una democracia pura, requeriría de un pequeño número de ciudadanos que se reunieran y administraran el gobierno en persona. La segunda, la república, concebía un gobierno representativo en el que algunas élites electas se reunían y administraban el gobierno en nombre de los ciudadanos.

La expresión «democracia representativa», que se convirtiera en estándar durante el siglo XX, se consideró, en ese cierto momento, una contradicción en los términos.

A mediados del siglo XIX, Alexis de Tocqueville, durante su visita a Estados Unidos, todavía señaló que «las pequeñas naciones siempre han sido la cuna de la libertad política; y el hecho de que muchas de ellas hayan perdido su libertad al convertirse en más grandes, indica que su libertad era más una consecuencia de su pequeño tamaño que del carácter de la gente».

Todavía en la segunda mitad del siglo XX, el politólogo Robert A. Dahl, en fin, reservó el término democracia



para un régimen político «ideal» que sería completamente responsable ante todos sus ciudadanos. Acuñó -en cambio- el término «poliarquía» para los regímenes realmente existentes, basados en elecciones competitivas por sufragio amplio.

En tiempos «post utópicos», como los que hoy corren, profundizar en democracia y en la política, parece ser uno de los pocos proyectos capaces de generar la ilusión suficiente como para salvarnos del inmenso vacío producido por el éxito de haberlos alcanzado, nos dice Adela Cortina. Así, esta discusión se ha complicado en tiempos más recientes, en que la democracia podrá ser concebida no como algo necesariamente vinculado con el Estado o con cualquier fórmula institucional específica sino, más bien, como un principio ético y referencia para la evaluación de diferentes normas y procedimientos institucionales.

Bajo dicho enfoque, la «gobernanza» podrá definirse como forma de gobierno basada en el consentimiento social que implican los valores objetivos de la libertad, de la toma de decisiones efectiva y de la rendición de cuentas de los gobernantes.

El gobierno se convierte, así, en el epicentro de la acción política del Estado, más allá de las funciones enumeradas en los textos constitucionales y a pesar de las nuevas fórmulas organizativas regionales, los procesos de integración supranacional, los directorios internacionales o las redes «informales» de autoridades.

Os invito, en contexto, a leer esta monografía, prologada magistralmente, desde el corazón de América Latina, por



la ingeniera M.^a Soledad Núñez Méndez, del Centro de Políticas Públicas y Buen Gobierno de Paraguay y, de igual forma magistral, epilogada desde el corazón por Carmen Larrea Hernández-Tejero, Arquitecta por la Escuela Técnica Superior de Madrid (U.P.M.) y el Politecnico di Torino.

CONSULTA DE LA OBRA.

JIMÉNEZ VACAS, J.J., (2025), Tecnocracia y buen gobierno, Dextra Editorial, SKR (Escuela de Gobierno y Transformación pública)

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=995541>



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 42

Junio 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

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

**BASES PARA LA
DIFUSIÓN**



BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social



de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.



III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.



IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.



- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes



que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en



el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra Verdana³. El cuerpo del texto principal 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

³ 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.



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 nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE



Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

A) Tercer nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) Cuarto nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

