

**REVISTA  
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD  
(REDS)**

Número 15 , Época II, Julio 2019 – Diciembre 2019

ISSN: 2340-4647



## **REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN**

Revista de Derecho Empresa y Sociedad  
(REDS).

IURE LICET ABOGADOS (Área de  
Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail [iurelicet@iurelicet.com](mailto:iurelicet@iurelicet.com)

## **ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES**

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista  
en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

[www.dykinson.com/derechoempresaysociedad](http://www.dykinson.com/derechoempresaysociedad)

**PRESIDENCIA**

**EDITORIAL**

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

**Catedrático de Derecho Civil**

*Universidad de Deusto*

OSCAR MONJE BALMASEDA

**Profesor Titular de Derecho Civil**

*Universidad de Deusto*

**DIRECCIÓN**

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENGOÁ

**Profesora Titular de Derecho Procesal**

*Universidad de Deusto*

**SUBDIRECCIÓN**

**SUBDIRECCIÓN DE CONTENIDOS**

JAVIER LARENA BELDARRAIN

**Profesor Titular de Derecho Procesal**

*Universidad de Deusto*

**SUBDIRECCIÓN INTERNACIONAL**

IGNACIO LLEDÓ BENITO

**Doctor Internacional en Derecho Penal**

**Profesor contratado doctor ANECA**

**Abogado**

**(Responsable del Departamento Compliance IURE LICET  
ABOGADOS)**

**COORDINACIÓN TÉCNICA EDITORIAL**

SARA MUÑOZ GONZÁLEZ

**Posgraduada en Derecho (LLM)**

**Universidad de Granada**

**COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN**

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

**Catedrático de Derecho Civil**

*Universidad de Deusto*

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

**Catedrática de Derecho Civil**

*Universidad Islas Baleares*

OSCAR MONJE BALMASEDA

**Profesor Titular de Derecho Civil**

*Universidad de Deusto*

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

**Catedrático de Derecho Civil**

*Universidad Islas Baleares*

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

**Profesora Titular de Derecho  
Procesal**

*Universidad de Deusto*

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

**Catedrático de Derecho  
Constitucional**

*Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER LARENA BELDARRAIN

**Profesor Titular de Derecho  
Procesal**

*Universidad de Deusto*

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA

**Catedrático de Derecho Mercantil**

*Universidad de Deusto*

IGNACIO LLEDÓ BENITO

**Doctor Internacional en Derecho  
Penal Profesor de Derecho penal  
de la Universidad San Pablo CEU  
Madrid Abogado**

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ

**Notario y Registrador**

INMACULADA VIVAS - TESÓN

**Profesora Titular de Derecho Civil**

LORENZO MORILLAS CUEVA

**Catedrático de Derecho Penal**

*Universidad de Granada*

*Universidad de Sevilla*

LUIS GARAU JUANEDA

**Catedrático de Derecho  
Internacional Privado**

*Universidad de las Islas Baleares*

ANGEL REBOLLLEDO VARELA

**Catedrático de Derecho Civil**

*Universidad de Santiago de Compostela*

ANA DÍAZ MARTÍNEZ

**Profesora Titular de Derecho Civil y Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de A Coruña**

*Universidad de Santiago de Compostela*

DOMINGO BELLO JANEIRO

**Catedrático de Derecho Civil**

*Universidad de La Coruña*

LUIZ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRAGA

**Abogado y Expresidente de la Asociación de Abogados de Derecho de Familia**

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

**Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao**

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ

**Magistrado Expresidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco**

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

**Catedrático Derecho Penal**

*Universidad de Granada*

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR

**Catedrático Derecho Penal**

*Universidad de Jaén*

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA

**Notario y Presidente de Euskaltzandia (Academia de la Lengua Vasca)**

ENRIQUE GADEA SOLER

**Profesor titular de Derecho Mercantil**

*Universidad de Deusto*

**COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL**

**Miembros Del Comité:**

Presidente

LORENZO MORILLAS CUEVA

**Catedrático de Derecho Penal y Ex rector de la Universidad de Granada**

*Universidad de Granada*

Vocales:

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO

**Fiscal Antimafia de la República de Italia. (Procurador Nacional Antimafia de Italia)**

CAMILO CELA CONDE

**Director del Laboratorio de Sistemática humana**

*Universidad de las Islas Baleares*

ANTONIO FLAMINI

**Doctor y actual Decano de la Facultad de Derecho de Camerino, Catedrático de Derecho Civil y miembro de la "escuela civilística" que agrupa a los más prestigiosos catedráticos de derecho civil italiano.**

*Universidad de Camerino (Italia)*

JEAN-BERNARD AUBY

**ExDecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París XII. Profesor de Derecho Público en la Universidad de Sciences Po Paris y director de la Acción mutaciones de l'Publique Pública Droit et du (cambios en el gobierno y Derecho Público, MADP) de Sciences Po Paris.**

*Universidad de Sciences Po Paris*

LORENZO MEZZASOMA

**Juez Honorario en el Tribunal de Perugia. Catedrático Derecho Civil y coordinador de la actividades de investigación de derecho civil de la Universidad de Perugia.**

*Universidad de Perugia*

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR

**Cónsul General de España en Brasil**

ARNEL MEDINA CUENCA

**GUILLERMO OLIVEIRA**  
**Catedrático de Derecho Civil.**  
**Experto en Bioética, Derecho y**  
**Medicina**

*Universidad de Coimbra*

**Profesor Titular de Derecho penal**  
**de la Facultad de Derecho de la**  
**Universidad de La Habana.**  
**Expresidente de la Unión Nacional**  
**de Juristas de Cuba. Máster en**  
**Derecho Público por la Universidad**  
**de Valencia (España). Miembro de**  
**número de la Sociedad Cubana de**  
**Ciencias Penales.**

*Universidad de La Habana*

**VASCO PEREIRA DA SILVA**  
**Doctor en Derecho, Ciencias**  
**Jurídicas y Políticas de la Facultad**  
**de Derecho de la Universidad**  
**Católica Portuguesa . Doctor**  
**Honoris Causa por UNIPLAC**  
**(Catedrático de Derecho**  
**Constitucional *Universidad de Lisboa***

**MAYDA GOITE PIERRE**  
**Profesora Titular de Derecho**  
**Penal, Presidenta de la Sociedad**  
**cubana de Ciencias penales de la**  
**Unión Nacional de juristas de**  
**Cuba, Jefa de la Disciplina**  
**docente de Ciencias penales y**  
**Decana de Postgrados,**  
**investigaciones y relaciones**  
**internacionales de la Universidad**  
**de La Habana**

*Universidad de La Habana*

**EDUARDO VERACRUZ PINTO**  
**Profesor de la Facultad de**  
**Derecho de la Universidad de**  
**Lisboa.**  
**Presidente de la Junta de la**  
**Facultad de Derecho de la**  
**Universidad de Lisboa. Miembro**  
**de la Cámara de Seguimiento y**  
**Enlace con los Tribunales**  
**Judiciales del Consejo Superior de**  
**la Judicatura.**

*Universidad de Lisboa*

**LEONARDO PÉREZ GALLARDO**  
**Profesor Titular de Derecho Civil y**  
**de Derecho Notarial. Notario.**

*Universidad de La Habana*

**RAÚL CERVINI**  
**Catedrático de Derecho**  
**Penal y Encargado de**  
**Posgrados e Investigaciones**  
**Internacionales *Universidad***  
***Católica del Uruguay***

**CARLOS IGNACIO JARAMILLO**  
**JARAMILLO**  
**Decano Académico de la**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas**  
**de la Universidad Javeriana de**  
**Bogotá.**

*Universidad Javeriana de Bogotá*

**ROXANA SÁNCHEZ BOZA**  
**Abogada en el Despacho Suarez y**  
**Sanche. Notaria Pública.**  
**Catedrática de Derecho Civil**  
***Universidad de Costa Rica y Universidad***  
***Latina***

AGUSTÍN LUNA SERRANO

**Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la Universidad de La Sapienza (Roma) y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Almería.**

*Universidad de Barcelona*

NICOLAS REDONDO TERREROS

**Abogado y Analista político**

FERNANDO GARCIA DE CORTAZAR  
RUIZ DE AGUIRRE

**Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de Mayo, Nación y Libertad.**

**Premio Nacional de Historia.**

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO

**Presidente Honorario y Fundador de la Asociación de Abogados de Familia y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid**

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ

**Consejero del Poder Judicial**

ALFONSO CANDAU PEREZ

**Ex Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la propiedad de España**

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE  
VALDIVIA

**Profesora de Derecho Civil y Responsable Coordinadora de la Catedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada. Ex miembro de la Comisión Nacional en Prevención de Riesgos Laborales creada por la Secretaria General de Universidades del Ministerio de Educación.**

*Universidad de Granada*

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

**Abogado del Ilustre Colegio de Madrid**

ALEJANDRO MARTINEZ  
CHARTERINA

**Doctor en Derecho y Catedrático Derecho Economico. Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho. Vocal del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi.**

*Universidad de Deusto*

PILAR PERALES VISCASILLAS

**Doctora en Derecho y Catedrática Derecho Mercantil. Consejera académica en Baker & McKenzie. Es delegada de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi-Uncitral) y observadora en el Grupo de Trabajo para la preparación de la nueva edición de los Principios de Unidroit.**

*Universidad Carlos III de Madrid*



IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

**Catedrático de Derecho Civil**

*Universidad ICADE Madrid*

LETICIA GARCIA VILLALUENGA

**Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid (UCM); Mediadora; Presidenta de la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC). Directora del postgrado de Especialista en mediación. Fue Vicepresidenta del WMF.**

Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ

**Abogado egresado en la (UFT), Especialización en Criminología y Derecho Constitucional). Actualmente es Juez Itinerante de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio en el Estado Carabobo.**

*Universidad Fermin Toro (Venezuela)*

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

**Catedrática de Derecho Internacional Privado**

*Universidad Católica del Uruguay*

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

**Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas.**

**Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor honoris causa por las Universidades de Messina (Italia) y Pontificia Universidad Católica del Perú.**

*Universidad Autónoma de Madrid*

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

**Doctor en Derecho, Investigador Senior de la Escuela Parker de Derecho Extranjero y Comparado**

Universidad Columbia Law School NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU

**Catedrático Derecho Mercantil**

*Universidad Islas Baleares*

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

**Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad de las Islas Baleares. Fue investigador visitante de la Universidad de Ginebra y de la Universidad de Harvard**

*Universidad Islas Baleares*

MARTA HANNA DE ROSA

**Licenciada en Derecho Canónico  
por la Facultad homónima de la  
Pontificia Universidad Católica  
Argentina. Abogada por la  
Universidad de Mendoza y  
Coordinadora Publicaciones de la  
Facultad de Derecho.**

*Universidad Católica del Uruguay*

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

**Catedrático de Derecho Civil**

*Universidad de Córdoba*

ANA HERRÁN ORTIZ

**Profesora Titular de Derecho**

**Civil** Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ

**Profesor y Fiscal Sustituto del  
Tribunal Superior de Justicia del  
País Vasco**

*Universidad de Deusto*

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO

**Notario del Ilmo. Colegio  
Notarial de Bilbao**

RAMÓN MÚGICA ALCORTA

**Notario y Abogado del Estado.**

JAVIER VALLS PRIETO

**Profesor Titular de Derecho Penal**

*Universidad de Granada*

PEDRO MUNAR BERNAT

**Catedrático Derecho Civil**

*Universidad de Baleares*

RAFAEL LINARES NOCI

**Profesor Titular Derecho Civil**

*Universidad de Córdoba*

JAVIER BATARRITA GAZTELU

**Abogado del Ilustre Colegio de  
Abogados del Señorío de Bizkaia**

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

**Doctora en Sociología. Trabajadora  
Social en Fiscalía en el Servicio de  
Apoyo a la Administración de  
Justicia Junta de Andalucía**

*Universidad Pablo de Olavide*

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ

**Notario del Ilmo. Colegio Notarial  
de Madrid**

ASTOLFO DI AMATO

Licenciado en Derecho en La Sapienza (Roma). Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Políticas. Magistrado de la Corte Constitucional. Miembro del Consejo Superior de la Magistratura. Comisionado por el Ministerio de gracia y justicia para la reforma del Derecho Penal Tributario y Derecho Comercial.

LLORENÇ HUGUET ROTGER

Rector de la Universidad de Islas Baleares. Catedrático de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial.

*Universidad de Islas Baleares*

MARIA JESUS CAVA

Catedrática de Historia Contemporánea.

*Universidad de Deusto*

LAZARO RODRIGUEZ ARIZA

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

*Universidad de Granada*

FRANCISCO RODRIGUEZ ALMIRÓN

Doctor en Derecho

ELENA COBAS COBIELLA

Profesora Derecho Civil

*Universidad de Valencia*

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA  
PINTO

Licenciado (1986), Master en Derecho (1991) y Doctor en Derecho (2013), con una tesis en Derecho Penal. Ha sido Asistente FDUL (1986-2000) y Profesor Adjunto de UAL (1987-2000). Es Consejero de la Junta Ejecutiva del Mercado de Valores (desde 1995) y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa (2001- 2014), con la regencia de las disciplinas de Derecho Procesal Penal, Derecho Penal y Procesal Penal Ley Especial Económico (www.fd.unl.pt).

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

Catedrático de Derecho Penal

*Universidad de Valencia*

M<sup>a</sup> ISABEL GONZÁLEZ TAPIA

Profesora Titular de Derecho Penal (UCO) y Abogada  
Universidad de Córdoba

M<sup>a</sup> JESÚS ARIZA COLMENAREJO

Profesora titular de Derecho Procesal

*Universidad Autónoma de Madrid*

MANUEL A. GÓMEZ

*Professor of Law and Associate Dean of International & Graduate Studies*

Florida International University College of Law



# ÍNDICE

---

---

## I. PORTADA EDITORIAL

**LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: SU EVOLUCIÓN DESDE LA PRIMERA LEY 35/1988, DE 22 DE NOVIEMBRE HASTA EL MOMENTO PRESENTE DICIEMBRE 2019** ..... 16 – 25 págs.

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE  
*Socio Fundador de IURE LICET*  
*ABOGADOS*

OSCAR MONJE BALMASEDA  
*Socio Fundador de IURE LICET*  
*ABOGADOS*

## II. ARTÍCULOS DOCTRINALES

**1. LA EXIGENCIA DE CAUCIÓN PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL Y SU POSIBLE COLISIÓN CON EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA** .....26 - 38 págs.

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENGOA  
*Profesora Titular de Derecho de la Facultad de Derecho*  
*Universidad de Deusto*

**2. LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL MARCO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES** .....39- 54 págs.

BLANCA BALLESTER CASANELLA  
*Profesora asociada de Derecho Mercantil en la Escuela Superior de Administración y Dirección de Empresas (ESADE)*  
*y Consultora de Derecho Civil II en la Universitat Oberta de Catalunya (UOC)*

**3. CRÉDITO REVOLVING O ROTATIVO Y USURA (1ª PARTE)** ..... 55 - 100 págs.

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil*  
*Universidad Complutense de Madrid*

**4. LAS RECLAMACIONES POR RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA PRESERVACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS**..... 101 - 124 págs.

JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA  
*Abogado y Doctor en Derecho*  
*Socio-director de HispaColex Servicios Jurídicos*  
*Secretario General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*

5. **EL TRATAMIENTO DEL ERROR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. REFLEXIONES DE UN MAGISTRADO** .....125- 132 págs.  
 CARLOS CERRADA LORANCA  
*Magistrado*
6. **CONSIDERACIONES AL TRATAMIENTO EN DERECHO POSITIVO SOBRE LA BRECHA SALARIAL DE LA MUJER CON DISCAPACIDAD**.....133 – 154 págs.  
 CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO  
 Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
 Universidad de Almería
7. **LOS EFECTOS DE LA ACUSACIÓN EN LA SENTENCIA PENAL. PERSPECTIV TRANSNACIONAL Y COMPARADA** .....155 – 175 págs.  
 MARÍA JOSÉ FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES  
*Profesora de Derecho procesal*  
*Universidad de Granada*
8. **DISCAPACIDAD: NUEVOS HORIZONTES** .....176– 193 págs.  
 MARTÍN CORERA IZU  
*Letrado de la Administración de Justicia*  
*Profesor del Master de Acceso a la Abogacía.UPNA*  
*Especialista en Derecho Registral*  
*JPI n° 1 Pamplona*
9. **LAS RELACIONES LABORALES DENTRO DE LA ECONOMÍA COLABORACIÓN. BREVE ALUSIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL** ..... 194– 217 págs.  
 RALUCA LAVINIA BLAJAN  
*Abogada / Investigadora*  
*Universidad de Sevilla*
10. **EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL TDAH EN INGLATERRA Y GALES** .....218 – 246 págs.  
 ALBERTO PINTADO ALCÁZAR  
*Profesor asociado de Derecho Penal y Criminología*  
*Universidad de Murcia*
11. **LOS FACTORES INTERNOS DE LAS PYMES Y SU INFLUENCIA EN LA COMPETITIVIDAD (CASO SECTOR COMERCIO EN LÁZARO CÁRDENAS MICHOACÁN)** ..... 247– 262 págs.  
 REBECA ALMANZA JIMÉNEZ  
 Doctora del Tecnológico Nacional de México  
 PATRICIA CALDERÓN CAMPOS  
 Doctora del Tecnológico Nacional de México  
 JOSÉ G. VARGAS-HERNÁNDEZ  
*MBA PHD*  
*Universidad de Guadalajara*

**12. JURISDIÇÕES CONTEMPORÂNEAS .....263 – 277 págs.**

FABÍOLA UTZIG HASELOF

*Juíza Federal Titular – TRF da 2ª Região/Brasil*

*Doutoranda em Processo pela UERJ*

*Universidade do Estado do Rio de Janeiro*

**13. LA COMPLEJA RELACIÓN ENTRE LA LEY NACIONAL Y EL TRATADO INTERNACIONAL ..... 278 – 296 págs.**

ALICIA VILLASECA BALLESCÁ.

*Abogada del Estado*

**III. RECENSIONES**

**14. EL TRABAJO DE LA MUJER EN EL SIGLO XXI. La experiencia de la mujer en el mundo laboral ..... 297 – 302 págs.**

MARÍA LUISA ZAMORA SEGOVIA

*Magistrada. Juzgado de Instancia 26.*

*Sevilla (Familia).*

*Miembro de la Sala de Gobierno del TSJA.*

*Delegada de Discapacidad del CGPJ en Andalucía.*

**15.A GESTIÓN SUBROGADA. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019) .....303 – 313 págs.**

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Profesor Derecho Penal UNIR

Doctor Internacional en Derecho Penal.

Profesor contratado doctor.

**16.A ESTUDIO BÁSICO SOBRE LA GUARDA DE HECHO. ALGUNAS REFLEXIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES NOTABLES DE LEGE LATA Y LEGE FERENDA. De la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 26 de septiembre de 2018.....314 – 316 págs.**

AMAIA TEJIDO ALONSO

**17. RÉGIMEN FISCAL DE LOS TRABAJADORES IMPATRIADOS Y EXPATRIADOS EN EL IRPF.....317– 326 págs.**

MARINA JAIMEZ RUBIO

Graduada en Criminología y Consultora Junior de DOCRIM (División Operativa de Criminología)

# LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: SU EVOLUCIÓN DESDE LA PRIMERA LEY 35/1988, DE 22 DE NOVIEMBRE HASTA EL MOMENTO PRESENTE DICIEMBRE 2019

Francisco Lledó Yagüe y Oscar Monje Balmaseda  
*Socios Fundadores de IURE LICET ABOGADOS*

Con la regulación básica y fundamental en la materia de Ley 35/1988, quedó patente el criterio que mantuvo la Comisión de expertos convocada al efecto<sup>1</sup> que la nulidad debía presidir, cualquier convenio en torno a la denominada entonces “maternidad por encargo”. No se planteaba ninguna excepción, el criterio que se sostenía (y quien escribe estas líneas, fue miembro de esa Comisión) era contrario a la ley, por infringir la “dignidad”, instrumentalizar el cuerpo femenino, para su beneficio meramente “utilitarista”, y que no era “objeto disponible en el tráfico jurídico (art. 1271 Cc). Así el criterio de la Comisión, fue extrapolado fielmente a la ley 35/1988, que calificaba el citado contrato de nulidad, la filiación correspondía a la madre de gestación, y en modo alguno, a la comitente, aunque fuera por ende la madre biológica.

Este mismo razonamiento se impuso en la ley (realmente adaptación, correctora) de la Ley 14/2006 de 24 de mayo, que mantuvo esencia el mismo fundamento “negacionista” en cuanto a su ilicitud. Y al respecto, como dice el profesor florentino FERRANDO MANTONANI, “no es tanto un problema de ilicitud, de prohibición, sino más bien un completo problema de “límites de licitud, es decir, de una reglamentación “consensuada” que asegure los beneficios, y que evite los daños para el hombre.

Esgrime con razón la codirectora de esta obra, FERRER VANRELL, P.<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. Informe de la Comisión especial de estudio de la Fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas. Congreso de los Diputados, 1987. Pg. 87-90.

<sup>2</sup> FERRER VANRELL, P. La gestación por sustitución. art. 10. Comentario jurídico en Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción asistida. Ley 14/2006 de 26 de mayo. (dirs) LLEDÓ YAGÜE, F. y OCHOA MARRIETA, C. Edit. Dykinson, 2007. Pg. 160.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F. “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: Análisis de los diversos supuestos prácticos” en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 6, Marzo de 2014, véase un enfoque de la situación de la gestión por sustitución. Pg. 38 y 39.

Informe de la Comisión especial de estudio de la Fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas. Congreso de los Diputados, 1987. Pg. 43 y siguientes.

PÉREZ MONGE, M. La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Centro de estudios registrales. Madrid, 2002. Pg. 346-350.

DÍAZ ROMERO, M.R. Autonomía de la voluntad y contrato de gestación subrogada. Efectos jurídicos. Aranzadi Thomson Reuters 2018. Pg. 24 y 25. También VILAR GONZÁLEZ, S. La gestación subrogada en España y en el derecho comparado Wolters Kluwer. Madrid, 2018.



en cuanto que entonces (Ley 35/1988 y ahora ley 14/2006), la denominación del artículo 10 no es rigurosa al calificarlo de “gestación por otra” porque su regulación no responde a su denominación, ya que el contratante del apartado primero no es, necesariamente una mujer. La finalidad no es tanto el acuerdo de sustitución de una gestante por otra, como posibilitar la determinación de la filiación del sujeto comitente, que puede ser hombre, mujer o pareja. Sería más preciso denominarlo gestación, para otro o simplemente, “acuerdo de gestación”.

Desde la óptica del Derecho penal, nos encontramos con la posibilidad de la aplicación de los arts. 220 y 221 CP al tema de la gestación subrogada, y si bien nos remitimos a los comentarios precisos y muy aleccionadores de los autores que tratan esta materia coordinados, por el codirector de esta obra, el profesor BENÍTEZ ORTUZAR<sup>3</sup>, conviene resumidamente decir que, desde el punto de vista del derecho penal, no puede obviarse la incidencia que en determinados casos de maternidad subrogada que se concertaran en España – en los que medie un alquiler o el pago de un canon o contraprestación – puede llegar a tener el tipo delictivo referido a las adopciones ilegales. En concreto, el art. 221.1 del Código Penal se refiere a los que “mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación e filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”; y para esta conducta establece como castigo “las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años”.<sup>4</sup>

Asimismo, LLEDÓ BENITO<sup>5</sup>, en esta obra colectiva concluye que:

El apartado 1.º del art. 221 CP castiga a los que “mediando compensación económica, entregaren a otra persona a un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concurra relación de filiación o de parentesco, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”.

En el ámbito referencial de la maternidad subrogada, no sería tanto el contrato existente; por otra parte nulo, lo que por ende no influiría en la

---

Pg. 61 y siguientes (se refiere especialmente al informe Palacios de la comisión constituida en el Congreso de los Diputados, comentada supra). Pg. 61 y siguientes. ALKORTA IDIAKEZ, I. Regulación jurídica de la medicina reproductora. Edit. Aranzadi Thomson, 2003. Pg. 274 y siguientes. Un repaso conceptual, histórico y jurídico obligado por el lector en la comprensión de esta problemática.

LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Barcelona, 2013. n° 2.

<sup>3</sup> BENÍTEZ ORTUZAR, I. Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética. Edensa. Madrid, 1997 pg. 383 y siguientes.

<sup>4</sup> ABELLÁN – GARCÍA SÁNCHEZ, F. “Gestación por sustitución: Dificultades para mantener la prohibición en España” en Revista de Derecho, Empresa y Sociedad, n° 9, época II. Julio – Diciembre, 2016. Edit. Dykinson, Madrid. Pg.60-77.

<sup>5</sup> LLEDÓ BENITO, I. Delitos relativos a la filiación y maternidad por sustitución. Reflexiones de Lege Lata y Lege Ferenda. En “Estudio sistemático de los aspectos penales, y psicosociales en la Gestación subrogada. Evolución y/o involución 1988-2019) en Ed. Dykinson. Madrid. 2019.

relación de filiación que por naturaleza correspondiera. Que como sabemos a tenor, de las normas sustantivas y registrales (art. 120-4 CC y artículos 44 y siguientes. Ley 20/2011 de 21 de julio de Registro Civil), la madre “jurídicamente” – aunque no lo fuera biológica (porque no es titular del óvulo) – lo sería la gestante. Pues bien, si ésta entrega el hijo a la “comitente” mediando contraprestación económica, se recurriría en el tipo penal del art. 221 CP. Ahora bien, si la entrega lo fuera sin compensación económica, estamos con BENÍTEZ ORTUZAR<sup>6</sup> en que si no existe esa “compensación”, no se incurriría en el tipo. Es decir, la mujer que entregue al hijo no implica la licitud de la conducta. Es decir, la mujer que entrega al hijo que ha gestado con material genético, extraña, que no oculta el parto ni entrega al hijo para alterar o modificar su filiación, sino que lo hace para establecer entre su hijo y otra mujer, una relación análoga a la de adopción, eludiendo los procedimientos jurídico-civiles de guarda, acogimiento o adopción, es considerado un ilícito civil.

Es decir, a nuestro juicio, el supuesto en el que se está pensando, podría ser el siguiente:

1º) la madre gestante, da a luz, - o ya existía el menor-

2º) el hijo y/o menor, son titulares de una determinación de la filiación, correspondiente a la madre gestante, si no estuviera casada (la de filiación matrimonial).

3º) Ella, él o ellos – la pareja-, entregan al hijo, no con la finalidad que se altere la filiación que cuesta en el Registro Civil.

4º) La finalidad es que se establezca “una relación análoga a la adopción”. Y a nuestro juicio, bien pudiera serlo la posesión de estado” a la que se refiere el art. 131 Cc. Es decir, el hijo y/o descendiente o menor, que tiene formalmente una filiación, es entregado a otra persona (ej. mujer comitente y su esposo y/o conviviente) el hijo, que viviría en la “posesión de estado” correspondiente a la relación familiar de la pareja comitente.

5º) Ciertamente, así se elude sólo de facto, la intervención de las entidades públicas en la guarda, acogimiento y/o adopción. Esta pareja comitente, serían guardadores de hecho (art. 303 Cc). De seguir los trámites de la adopción, la intervención de la entidad pública, y las instituciones de integración familiar son preferenciales. No se olvide que la adopción está intervenida administrativamente.

6º) Precisamente, la excepción, sería la del art. 176-2º Cc, aplicable al caso. Es decir, si el esposo y/o conviviente de la comitente, aportó el “semen”, pudiera reconocer la paternidad extramatrimonial y luego acudir con el concurso positivo de los consentimientos, de la “madre registral” – la gestante-, y la mujer comitente, a la adopción del hijo cónyuge (art. 176-2 Cc).

Hay responsabilidades estatales indelegables, una de ellas es la tutela de unas y unos menores que no pueden quedar al albur de chequeras, ilusiones o deseos personales. La mercantilización de la capacidad reproductiva de mujeres jóvenes abona el caldo de cultivo para la trata de personas. Como ocurre con el mercado prostitucional, no se puede ignorar que habilitar canales lícitos o

---

<sup>6</sup> BENÍTEZ ORTUZAR, I. op.cit. (aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida) Pg. 402 y siguientes).

legales para el proxenetismo reproductivo, representa un reclamo para el ilegal. No en vano, la extensión de la gestación comercial ha provocado que las redes criminales dedicadas a trata de personas con fines de explotación sexual, amplíen su negocio incorporando los beneficios que conlleva la reproductiva. Un ser humano no puede considerarse una mercancía, ni los cuerpos de las mujeres nichos de un mercado deslocalizado que compra el óvulo en un país, en otro la gestación y en un tercero vende el “producto” resultante. Hay bienes que no se pueden comercializar por mucho que haya quien pueda o desee comprarlos. No podemos subastar al mejor postor nuestros órganos (aunque salve una vida o dos) ni vendernos como esclavos si nos garantizan techo y comida de calidad ni regalar a nuestros hijos/as en caso de necesidad.<sup>7</sup>

Otros autores, abogan por la regulación favorable a su legalización. Así, explica este autor, resumiendo esta corriente doctrinal que *“una mera prohibición no evitará los múltiples dilemas morales y problemas legales que surgen en torno a ella, corriéndose el riesgo, además, de que se produzcan otros daños y abusos derivados de mercantilización de la gestación y de la filiación, de alimentar la proliferación de mercados negros en países en desarrollo en los que la práctica es más económica pero que ofrece menos garantías a las partes, dando lugar a la explotación de potenciales gestantes, a donantes de óvulos en situación desfavorecida o, incluso, al tráfico de menores, convirtiéndose los bebés en objeto de transacciones comerciales internacionales”*.<sup>8</sup>

Como dice ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA<sup>9</sup>, sobre esta premisa configuradora de tal supuesto, el razonamiento de la DGRN que pretendía establecer una identidad de razón entre ese supuesto y otro en el que ninguno de los progenitores puede decirse amparado por el criterio del alumbramiento, es fácilmente objetable. No se trata de una cuestión de discriminación por razones de género, sino de una falta de los presupuestos que imponen la aplicación del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley, porque los supuestos no son iguales y, podría decirse, reclaman del legislador tratamientos diversos. En uno de ellos, haya o no progenitores del mismo sexo, uno de ellos va a ser la madre alumbradora del niño, en virtud de la utilización legítima de la técnicas de reproducción asistida.

En el segundo caso, haya igualmente o no comitentes del mismo o de distinto sexo, ninguno de ellos va a ser madre alumbradora: lo va a ser una tercera persona, y esta persona es la única a la que, en los supuestos de contrato ilícito de maternidad subrogada, se reconoce por la legislación española la condición de madre (Art. 10 de la LTRA).

---

<sup>7</sup> NUÑO GÓMEZ, L. “Gestación comercial: deseos y derechos” en Notario del Siglo XXI. Marzo-abril 2017. Pg. 19 y 20.

<sup>8</sup> VILAR GONZÁLEZ, S. op.cit. (La gestación subrogada en España y en el derecho comparado) Pg. 56 y 57 y cita a LAMM, E. *“Una vez más sobre la gestación subrogada porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”*. Ars Iuris Salmanticensis. Vol. 1. Edic. Universidad de Salamanca, 2016. Pg. 61-107.

<sup>9</sup> ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional. Cuadernos de Derecho Transnacional (2014) Vol. 6, nº 2, pp. 5-49. ISSN 1989-4570 – www.uc3m.es (cdt. Pg. 10. También es interesante consultara ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA. op. cit. Pg. 10.

Así pues, el razonamiento de la DGRN, según el cual se incurriría en discriminación si se permitiese la inscripción de la maternidad de dos mujeres, pero no de dos varones, contenía una trampa argumental, en la que no ha caído el Tribunal Supremo, aunque tampoco haya hecho nada, en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, por revelarla y ponerla de manifiesto.

En favor de esta Instrucción debe subrayarse que ha conseguido que numerosos supuestos de filiación acreditada en el extranjero puedan inscribirse en el Registro Civil español en casos en los que no existe ninguna vulneración del orden público internacional español. Pese a sus carencias técnicas, - nadie es perfecto -, esta Instrucción ha proporcionado un tratamiento jurídico bastante correcto de estos supuestos. En ningún caso, pese a las injustas diatribas recibidas den dicho sentido, se ha legalizado la gestación por sustitución en el Derecho español por vía reglamentaria. La instrucción aborda problemas de Derecho internacional privado, no de Derecho civil. En ese escenario, ha procurado poner en claro los motivos concretos que sí suponen una vulneración del orden público internacional español y aquéllos que no implican violación de dicho orden público. No potencia ni fomenta ni permite el fraude a la ley española, sino que trata de dar solución a casos en los que la filiación de los nacidos en el extranjero tras una gestación por sustitución ha sido legalmente fijada.<sup>10</sup>

El requisito fundamental exigido por la Instrucción para proceder directamente a la inscripción en el Registro consiste en que la atribución de filiación se base en una previa resolución judicial del país donde hubiera tenido lugar la maternidad subrogada, que además se hubiera tramitado dentro de un procedimiento análogo a un español de jurisdicción voluntaria (es decir, que no fuera de carácter contencioso, ya que en ese supuesto, se exige un trámite de exequatur). A partir de ahí el encargado del Registro Civil debe controlar básicamente la legalidad formal de la resolución.<sup>11</sup>

Como reitera JIMÉNEZ MARTÍNEZ<sup>12</sup>, en virtud de este precepto,

---

<sup>10</sup> CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. op. cit. (gestación por sustitución). Pg. 65 y 66.

<sup>11</sup> ABELLÁN GARCÍA-SÁNCHEZ, F. op. cit. (Gestación por sustitución) Pg. 65.

<sup>12</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. op.cit. (inscripción de la filiación) Pg. 371 y 372. Asimismo, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010), en *Diario La Ley*, (Sección Tribuna), nº 7501, noviembre de 2010, p. 2. Un análisis exhaustivo del supuesto desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. También sobre el tema de la inscripción de la filiación ALZATE MONROY, P. Inscripción en el Registro de la filiación de los nacidos mediante la maternidad subrogada.

<http://www.am-abogados.com/blog/inscripcion-en-el-registro-de-la-filiacion-de-los-nacidos-mediante-la-maternidad-subrogada/3346/>

Véase el interesante y preciso comentario de RODRÍGUEZ PRIETO, F. El tratamiento en España de la gestación subrogada internacional. El NOTARIO SIGLO XXI, diciembre, 2014. Pg. 26 y 27. Asimismo, ÁVILA HERNÁNDEZ. C.J. op.cit. (La maternidad subrogada en el derecho comparado) Páginas 321-325. Hacemos estudio de la situación anterior a la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Sobre el aspecto registral de la filiación mediante gestación por sustitución especialmente, páginas 321-323). Y de la situación tras la

entiende la DGRN que la misión del Encargado del Registro civil consular se tiene que limitar a realizar un control formal de legalidad de la decisión registral extranjera en forma de certificación registral, sin entrar a valorar si el contenido de ésta se adecua o no al derecho positivo de nuestro ordenamiento jurídico. Esto es, el Registrador debe comprobar que existe una “decisión” válida adoptada por las autoridades extranjeras competentes y que en ella se constata el nacimiento y la filiación de los nacidos. Constatado esto, la validez extraterritorial de las decisiones extranjeras en España obliga a inscribir la certificación sin entrar a analizar el contenido de la misma. Por consiguiente, la DGRN considera que son los Tribunales los que deben resolver las cuestiones de fondo que plantea el supuesto relativo a la filiación de los bebés y a la validez o no del contrato.

En palabras de DÍAZ FRAILE<sup>13</sup>, el art. 81 RRC, dígase que también es título inscribible: “el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las Leyes o a los Tratados internacionales”. Sobre esta exigencia de “tener fuerza en España” es sobre la que ha de centrarse, según la DGRN, el control de legalidad requerido a las certificaciones registrales extranjeras, control que se proyecta sobre tres elementos, si bien antes de su análisis han de despejarse otras dos cuestiones previas: la eficacia probatoria de la certificación extranjera aportada y las garantías del Registro Civil extranjero de emisión.

1) “En primer lugar, se exige que la certificación registral extranjera sea un documento “público” ... Con arreglo al art. 323.2º LEC, un documento extranjero puede ser considerado como “público” cuando en la confección de dicho documento se han observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como “documento público” o documento que hace “prueba plena en juicio”, y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización (art. 88 RRC) o apostilla. .... Por otro lado, se exige igualmente que el documento se presente con la correspondiente traducción (art. 86 del Reglamento del Registro Civil)”.

2) “En segundo lugar, se requiere también que la certificación registral extranjera hay sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españoles. Así lo exige el art. 85 RRC, que indica que “Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española”, como ha tenido ocasión de subrayar también este Centro Directivo (RDGRN de 23 de

---

Instrucción de 5 de octubre de 2010; en la que se concluye que ha de presentarse una resolución judicial del tribunal del país extranjero estableciendo la filiación. Si éste entiende que proviene de un procedimiento contencioso, no inscribirá la resolución, a menos que vaya acompañada de reconocimiento en España mediante exequátur (para reconocer la validez de la sentencia y permitir su ejecución en España). En caso de que la resolución provenga de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, bastará un control incidental para inscribirla.

<sup>13</sup> DÍAZ FRAILE, J.M. La gestación por sustitución ante el Registro Civil en Revista de Derecho Civil. Vol VI, núm. 1 (enero-marzo 2019) Pg. 80 y siguientes.



noviembre de 2006, RDGRN de 25 de septiembre de 2006).”

Afirma la DGRN que también este requisito se cumple en este caso pues “La constancia registral del nacimiento y de la filiación de los nacidos es el resultado de un proceso lógico jurídico y constitutivo llevado a cabo por la autoridad registral extranjera competente. Por tanto, puede afirmarse que, en el presente caso, la certificación registral californiana constituye una auténtica “decisión” y ello permite comprobar que el Registro Civil de California desarrolla funciones similares a las españolas”.

Para que lo entendamos, no se examina el fondo de la cuestión, sino la forma, y en tal sentido se entra a dilucidar sólo el control de legalidad, pero dicho control no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera hubiese resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española, supondría para los particulares (en opinión de la DGRN) un elevado coste, pues les obligaría a volver a plantear la cuestión jurídica ante las autoridades españolas.<sup>14</sup>

Las consecuencias de la no inscripción en el Registro Civil español de un acta de filiación otorgada en el extranjero en circunstancias como la descrita en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 pueden ser devastadoras para el interés superior del niño nacido en el extranjero, con una filiación fijada fuera de España, incompatible con la procedente según la ley española. El niño tendría dos filiaciones legalmente reconocidas en distintos Estados. Incluso una vez producida, erróneamente o no, la transcripción del acta extranjera en el Registro Civil español, podría ser anulada en virtud de acción contenciosa de estado, promovida por el Ministerio Fiscal. Los menores, en uno u otro caso, no podrían hacer valer en España las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, conforme a la ley tolerante del Estado de su nacimiento. Su madre, sería a los efectos del ordenamiento jurídico patrio, *la que nunca quiso serlo* y la posibilidad de hacer madre a la que siempre tuvo **intención procreativa**, quedaría a las expensas de una adopción del hijo del cónyuge o del hijo de la pareja no matrimonial, de una adopción por un *extraneus* en el caso que el niño no tuviera material genético de ninguno de los comitentes.<sup>15</sup>

El quid de la cuestión en torno a su nulidad es como dice ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, una cuestión de concepción puramente mercantilista. Y así, dice que la posibilidad de convertir el cuerpo de la mujer gestante en una mercancía, sin duda, origina un problema ético que era susceptible de engrosar el contenido del orden público internacional con la referencia a la **moral** como límite de la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 del CC).<sup>16</sup>

No obstante, a este planteamiento del riesgo del mercantilismo, se le

---

<sup>14</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. / GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. op.cit. (Gestación subrogada luces y sombras). Pg. 197.

<sup>15</sup> ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA. op.cit.El futuro de la maternidad subrogadaPg. 11.

<sup>16</sup> ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. op. cit. (El futuro de la maternidad subrogada) Pg. 11.

pueden dirigir dos objeciones. Por un lado el art.10 de la LTRA, establece la nulidad del contrato de maternidad por sustitución en todo caso, no sólo cuando la mujer gestante alquila su útero y su cuerpo entero, puesto al servicio de la maternidad de otros, sino incluso cuando lo hace a título gratuito.

En estas últimas circunstancias no está en juego, desde luego, la conversión en mercancía lo que el Derecho español considera *res extra commercium*, ni tampoco puede decirse que se coloque a la mujer gestante, necesitada de recursos económicos, en la indigna situación de tener que renunciar a lo irrenunciable para poder subsistir. Por otro lado, sin cuestionar ni minusvalorar el papel director que tiene el Tribunal Supremo en la definición de los principios fundamentales de nuestro orden público interno e internacional, tendríamos que poner de manifiesto que en los últimos años, el papel de la intención de los padres, ha recibido un importante espaldarazo por parte del legislador y de la jurisprudencia de los Tribunales en el marco de las acciones de filiación.<sup>17</sup>

La normativa registral española en esta materia, ha ido adaptándose a las novedades legislativas, jurisprudenciales y doctrinales, siendo la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y la de 18 de febrero de 2019, las que marcan los límites del derecho, y en ese sentido muestran la actividad normativa de la DGRN, regulando materias sustantivas que contienen unos criterios que pueden servir de base al legislador y en estos momentos, infringiendo el principio de

---

<sup>17</sup> ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. op. cit. (El futuro de la maternidad subrogada) Pg. 11. Y concluye: “Consecuencia lógica de lo expuesto”, concluye el Tribunal Supremo, “es que las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español.”

Sigue diciendo nuestro más Alto Tribunal que el orden público “atenuado”, aunque ...la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España.

En este marco o contexto, el Tribunal Supremo llega a analizar la posible consideración de la inscripción de la filiación como una cuestión “periférica” derivada del contrato de gestación concluido en California. Pero, según el Supremo, “No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes. “Y volviendo a la norma del art. 10 de la LTRA, se advierte que la misma, no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, sino que alcanza a determinar cuál sea el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico.”.

CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. op. cit. (gestación por sustitución) páginas 70 y 71 especialmente. De todos modos, no hay que perder de vista la auténtica intención del TS. El TS ha querido asegurar que el art. 10 Ley 14/2006 se aplique a los casos de filiación acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución y a través de la cláusula del orden público internacional. Se trata, como indican M. A. PRESNO LINERA / P. JIMÉNEZ BLANCO, de un fenómeno claro: “una prohibición de mera legalidad, como es la prevista en el citado art. 10 LTRHA, (es) elevada a la categoría de orden público. Tal opción no se justifica como mecanismo de control al reconocimiento”. Eso es lo que quiere hacer el TS y eso es lo que hace. Subraya S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ que, en realidad, el TS busca el respeto de “la legalidad española”, esto es, el respeto al art. 10 Ley 14/2006 tantas veces citado. Este último acierto del TS es, por tanto, un acierto estrictamente metodológico que no puede ocultar las fuertes tendencias legeforistas del TS, lo que ya no puede considerarse, de ningún modo, una solución correcta. Pag. 71.

legalidad, fijan las bases a las autoridades registrales para reconocer o no determinada resolución extranjera, para que tenga eficacia registral en España y posteriormente, en su caso, se pueda acudir a la adopción, permitida por el CC español en su art.175.4 o en el supuesto de acuerdo denegatorio o suspensivo del Encargado del RC, se proceda conforme indica el art 124 del RRC<sup>18</sup>

La Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece en su artículo 10.1 que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Para estos casos, en el párrafo segundo de dicho precepto se prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme las reglas generales. El artículo 10.3 de la Ley 10/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna. Las acciones a las que se refiere el precepto referido son las generales de determinación legal de la filiación, reguladas en los artículos 764 y siguientes de la LEC, siendo competentes los Tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>19</sup>.

El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial, tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución. Con la Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por un Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España. Este requisito, como se ha dicho, no se impuso en el caso de la Resolución de 18 de febrero de 2009, lo que para la resolución de la presente consulta presenta un carácter esencial, puesto que a los efectos de interpretar los efectos de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, sobre la reiterada Instrucción de 5 de octubre resulta determinante precisar que la “quaestio facti” sometida al Alto Tribunal es distinta de la que se suscita en relación con los supuestos de hecho que se han venido amparando para obtener la inscripción registral, y la protección jurídica de ella derivada, del nacimiento y filiación en los casos de gestación por sustitución a que se refiere la presente consulta<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. Informe de 11 de julio de 2014 de la Dirección General de Registros y Notariado LLEDÓ YAGÜE, F, FERRER VANRREL P./BENITEZ ORTÚZAR I/OCHOA MARIETA, C/MONJE BALMASEDA, O. “Gestación subrogada, principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas”, Dykinson, Madrid 2019, pág. 322.

<sup>19</sup> SANCHEZ SANCHEA A, op cit (Informe 11 de julio de 204 DGRN) pgs. 323 y 324.

<sup>20</sup> SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. Op Cit. Pg 325 y 326.



En conclusión, nos encontramos ante dos conflictos. El primero surge entre la normativa de la Ley 14/2006 y la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y el Dictamen de 11 de julio de 2014, ya que la primera indica la nulidad de pleno de derecho del contrato de gestación por sustitución en España, y la segunda regula el régimen registral de los nacidos fuera de nuestro país, mediante este contrato y la inscripción de estos niños cuando un progenitor es español, encontrando su base en el art. 96.2 de la Ley 20/20011. El segundo se presenta, en la calificación del Encargado del RC que examina si la resolución extranjera es conforme con la legalidad española, pero también debe evitar condicionamientos que impidan otorgar validez a situaciones nacidas en otros países donde son perfectamente legales. Aunque comparto con Lledó Yagüe<sup>21</sup> la opinión de que es discutible pensar que el legislador deba reconocer a las instituciones médicas el deber de participar en esta forma de procreación, sin embargo creo que el Encargado del R debe facilitar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación.

Los avances en medicina y en biotecnología están provocando cambios profundos en la idea tradicional de familia, especialmente en la forma de entender la maternidad, la paternidad y la filiación. En el momento actual, difícilmente puede negarse, que el tradicional concepto de familia resulta insuficiente para definir las nuevas situaciones que con la fuerza de los derechos se han ido imponiendo y han obligado al derecho a su reconocimiento. La gestación por sustitución es una institución que está presente en numerosos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, así en el derecho de familia, derecho penal, jurisdicción contenciosa, social etc<sup>22</sup>.

Dentro del ámbito internacional cuya regulación es muy dispar, destacamos que desde la Unión Europea el Parlamento Europeo encargó en el año 2013 un estudio al departamento de derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales sobre el régimen de subrogación en los estados miembros de la Unión Europea. El estudio señalaba que debían seguirse tres propósitos en la legislación europea: que se adopte certeza en la relación legal de parentesco del niño, el derecho del niño que le permita salir del país de origen y el derecho del niño para residir permanentemente en el país de destino<sup>23</sup>

**Francisco Lledó Yagüe y Oscar Monje Balmaseda**

---

<sup>21</sup> LLEDÓ YAGÜE, Francisco en el *Compendio de Derecho Civil*, Derecho de Familia tomo IV, 2ªed., Madrid, 2005, pp. 406-407, considera acertada la opinión de Peña Bernaldo de Quirós.

<sup>22</sup> De este tema trata ampliamente la ponencia “La gestación por sustitución en el ámbito de la protección social por maternidad” de Elena Desdentado Daroca en las jornadas celebradas en el Consejo General del Poder judicial, el 7 de febrero de 2018, en Madrid.

<sup>23</sup> María Teresa Real Clemente, trata esta materia en la ponencia “Gestación subrogada. Una visión actual sobre su regulación a nivel internacional, presentada en el curso sobre la gestación por subrogación, celebrado en el Consejo General del Poder Judicial, en febrero del año 2018, Madrid.

# LA EXIGENCIA DE CAUCIÓN PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL Y SU POSIBLE COLISIÓN CON EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

## THE REQUIREMENT OF CAUTION FOR THE ADOPTION OF PRECAUTIONARY MEASURES IN THE CIVIL PROCESS AND ITS POSSIBLE COLLISION WITH THE RIGHT TO EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION

Dra. Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa  
*Profesora Titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho  
Universidad de Deusto*

---

---

Fecha de recepción: 10 de julio de 2019  
Fecha de aceptación: 3 de septiembre de 2019

**RESUMEN:** El objeto del presente trabajo es el análisis de la incidencia que tiene el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita al demandante, en relación con el régimen de adopción de las medidas cautelares. En concreto, se analiza la incidencia que la insuficiencia de recursos económicos del demandante puede tener sobre la exigibilidad de prestación de la caución que la LEC impone o, en su caso, sobre la determinación de su cuantía.

**ABSTRACT:** The aim of this paper is to analyse the impact that the recognition of the right to free legal assistance to the plaintiff may have, in relation to the regime for the adoption of precautionary measures. In particular, it analyses the impact that the plaintiff's insufficient financial resources may have on the enforceability of the caution or guarantee imposed by the LEC or, where appropriate, on the determination of its amount.

**PALABRAS CLAVE:** Caución, medidas cautelares, asistencia jurídica gratuita.

**KEYWORDS:** Caution, precautionary measures, free legal assistance

**SUMARIO:** 1. Concepto y Fundamento de las medidas cautelares; 2. La caución como presupuesto para la adopción de medidas cautelares. 2.1. Finalidad de la caución como presupuesto de las medidas cautelares. 2.2. Alcance de su exigencia. 2.3. Régimen legal de la caución; 3. Asistencia Jurídica Gratuita y Caución; 4. Conclusiones.

## 1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS

### CAUTELARES

De la lectura de los artículos 721.1, 726.1 y 728.1 LEC cabe extraer un concepto legal de medida cautelar entendida como cualquier actuación directa o indirecta –siempre que reúna las características normativas del artículo 726- ordenada por el órgano judicial, respecto de los bienes o derechos del demandado (art. 726.1 LEC), tendente a “asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la –eventual (art. 728.1.I LEC)- sentencia estimatoria que se dictare” (721.1 y 727.11 LEC), “...de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente” (726.1.1º LEC).

No cabe duda de que la existencia y buena ordenación de un completo sistema de medidas cautelares es de extraordinaria importancia para una eficaz administración de justicia, ya que el conjunto de trámites necesarios para que el órgano judicial pueda dar una respuesta adecuada a las pretensiones de las partes, ejecutados bajo el imperio de los principios de igualdad y contradicción, supone necesariamente el transcurso de un período de tiempo que puede ser aprovechado por el demandado para frustrar las legítimas expectativas de éxito que pueda tener el demandante. En este sentido manifiestan los Autos de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, núm. 170/1998, de 22 de septiembre de 1998, (AC 1998\8796) y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, de 5 de mayo de 2000, (AC 2000\1999) que la finalidad de las medidas cautelares es la de “eludir los peligros de la tardanza del proceso en orden a garantizar que la resolución que en su momento se dictó tenga la misma eficacia que si hubiera recaído cuando la demanda fue presentada”.

Por tanto, a través de la regulación de las medidas cautelares se intenta normativamente asegurar la utilidad o efectividad de la futura sentencia que se dicte como culminación del proceso declarativo. En este sentido, existe una línea jurisprudencial consolidada en cuanto al fundamento constitucional de las medidas cautelares, de la que son sus máximos exponentes las Sentencias 14/1992, de 10 de febrero (RTC 1992\14) y 238/1992, de 17 de diciembre (RTC 1992\238). En la primera de ellas, se dice que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”. La segunda, reproduciendo la anterior, añade que “ciertamente, el artículo 24.1 CE no hace referencia alguna a las medidas cautelares (ni a la potestad de la suspensión). Pero de ello no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, efectiva, y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los derechos e intereses cuya protección se demanda”.

En la misma línea, la STC 148/1993 (Sala 2ª), de 29 de abril (RTC 1993\148), siguiendo los postulados de la resolución 14/1992 citada, sostiene que “de este mismo precepto (art. 24.1 CE) deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares. La efectividad que se predica de la tutela judicial respecto

de cualesquiera derechos e intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento de futuro que recaiga en el proceso”.

Por último, cabe mencionar la STC 218/1994, de 18 de julio (RTC 1994\218) en la que se señala que “cuando únicamente se alega el art. 24,1, debe tenerse presente que no toda vulneración de normas y derechos procesales producida en los procesos relativos a la adopción y ejecución de medidas cautelares es susceptible de convertirse en objeto del recurso de amparo. Desde esta perspectiva, sólo puede atribuirse esta condición cuando lo que se recurre es “un acto u omisión judicial que venga a negar decisivamente la protección procesal de los derechos e intereses legítimos cuya tutela se pretende ante los Tribunales” (STC 237/91, f. j. 2º), o, en otras palabras, cuando afecta a una medida cautelar que pretenda evitar un daño sobre los derechos e intereses controvertidos en el proceso principal que de producirse llevaría a que el objeto de esos derechos o intereses desapareciera o resultara tan gravemente afectado que sus titulares, aunque obtuviesen una resolución de fondo favorable, no podrían ejercerlo o, cuando menos, no podrían desarrollar todas las facultades que lo conformaban inicialmente. Esta limitación deriva del hecho de que, desde la perspectiva del recurso de amparo y del derecho a la tutela judicial efectiva, la finalidad constitucionalmente protegida de las medidas cautelares no es otra, como ya se ha dicho, que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo. El art. 24,1 CE exige que la tutela judicial sea efectiva y para ello debe evitarse que “un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24,1CE) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano judicial en su momento” (STC 238/92, f. j. 3º)”.

## 2. LA CAUCIÓN COMO PRESUPUESTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

### 2.1. Finalidad de la caución como presupuesto de las medidas cautelares

El artículo 728 LEC establece los presupuestos a los que se supedita la adopción de las medidas cautelares solicitadas: el peligro de mora procesal, la apariencia de buen derecho y el ofrecimiento de caución por parte del solicitante.

A los requisitos mencionados añade GARBERÍ LLOBREGAT<sup>1</sup>, el de la idoneidad de la medida solicitada para asegurar la situación jurídica cautelable y el de la ausencia de otorgamiento, por parte del demandado, de la llamada caución sustitutoria de la medida cautelar regulada en los artículos 746 y 747 LEC, cuyo estudio escapa del contenido de la presente ponencia.

---

1 GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. M<sup>a</sup>, CASERO LINARES, L., Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, págs. 31 y 32.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la adopción de la medida puede en ocasiones requerir la concurrencia de presupuestos específicos, como ocurre en el caso de la suspensión del acuerdo del artículo 727.10ª que deben solicitarla los accionistas que representen entre el 1 y el 5%).

El apartado tercero del artículo 728 LEC es el que se refiere concretamente a la prestación por el solicitante de caución que sirva de garantía al demandado para resarcirle, en su caso, de los posibles daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar haya podido irrogarle si, posteriormente, se pone de manifiesto que la medida carecía de fundamento.

La exigencia de caución al solicitante de la medida resulta coherente con lo establecido en el artículo 721 LEC, en virtud del cual las medidas cautelares se adoptan bajo la responsabilidad de quien las pide. La expresión “bajo su responsabilidad” hace referencia a que, en caso de que posteriormente resulte que las medidas eran infundadas, responderá el solicitante de los daños y perjuicios irrogados al sujeto pasivo de dichas medidas, para lo cual deberá haber prestado la correspondiente caución.

En este sentido, pone de manifiesto ORTEGO PÉREZ que “Fundamentalmente, la obligación que aseguran las cauciones procesales no es otra que el pago de la responsabilidad pecuniaria por los posibles daños y perjuicios que la actuación concreta cuya práctica se solicita al juez pudiera causarle a la otra parte. Mediante su previsión y exigencia legal se pretende contrarrestar la hipotética causación de un daño futuro, evitando que por la concesión de una momentánea tutela jurídica, que prima facie se presenta como fundada, llegue a situarse al otro litigante en una situación desventajosa para sus intereses”<sup>2</sup>.

Desde esta perspectiva, la caución constituye igualmente un instrumento útil para disuadir al solicitante de formular peticiones infundadas o gratuitas<sup>3</sup>.

## 2.2. Alcance de su exigencia

Es generalizada la opinión de que la prestación de la caución no es un elemento que fundamente la adopción de la medida cautelar. A estos efectos, es suficiente el simple ofrecimiento por el solicitante de prestar caución para el caso de que la medida sea adoptada<sup>4</sup>. Considero que valdría, igualmente, la mención expresa a la caución en la petición cautelar, aunque sea para interesar su exención.

A estos efectos hay que señalar que la LEC recoge los supuestos en los que el órgano jurisdiccional puede eximir al solicitante de prestar caución. Por un lado, el art. 728.3.4 LEC, dispone que en los procesos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de intereses colectivos y de intereses difusos de consumidores y usuarios, el juez podrá dispensar al solicitante de la medida

---

2 ORTEGO PÉREZ, F., “La caución procesal y su exigencia en supuestos concretos de la ejecución forzosa”, *Práctica de Tribunales*, núm. 95, Sección Estudios, Julio-Agosto 2012, LA LEY 7204/2012, p. 2.

3 Finalidad ésta que pone de manifiesto el AAP de Granada, Secc. 4ª, de 17 de diciembre de 2002, rec. 487/2002.

4 En efecto, establecen que para la adopción de la medida es exigible únicamente que se haga el ofrecimiento de caución, sin necesidad de que ésta se constituya hasta un momento posterior, las siguientes resoluciones, entre otras: AAP Las Palmas, Sección 5ª, 4/2006, de 16 de enero; AAP Madrid, Sección 19ª, 264/2005, de 11 de noviembre; AAP Toledo, Sección 1ª, 19/2005, de 15 de marzo; AAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 51/2005, de 11 de abril; AAP La Rioja, Sección 1ª, 107/2005, de 27 de septiembre; AAP Guadalajara, Sección 1ª, 55/2005, de 3 de junio y AAP Madrid, Sección 10ª, 224/2005, de 14 de junio.

cautelar del deber de prestar caución a la vista de las circunstancias del caso y de la entidad económica y social de los intereses afectados. En segundo lugar, el art. 768.3.2 LEC establece que en los procesos sobre paternidad y filiación el juez podrá no exigir caución al solicitante de medidas cautelares. Tal como indica FERNÁNDEZ LÓPEZ, en ambos casos, la exención es potestativa, de modo que sólo se producirá si el órgano jurisdiccional, a la vista de las circunstancias concurrentes, lo considera oportuno, por lo que, a la espera de dicha decisión, el demandante deberá ofrecer caución<sup>5</sup>.

El ofrecimiento debe incluirse en la solicitud cautelar y no puede ser genérico de constituir la caución en el caso de que se fije y de la clase y cuantía que determine el tribunal, sino que ha de ofrecerse la prestación de una caución de calidad y cuantía determinadas y con argumentación que justifique su cuantía (art. 732.2 LEC). De esta manera, se posibilita la defensa del demandado en cuanto a este presupuesto, ya sea en la vista (art. 734.2.3 LEC), ya sea en la oposición posterior (art. 740.1 LEC), y se proporciona al tribunal fundamentos para su resolución sobre “la forma, cuantía y tiempo en que debe prestarse la caución por el solicitante” (art. 735.2.1 LEC). La falta de ofrecimiento debe llevar consigo la inadmisión a trámite de la solicitud<sup>6</sup>, si bien la doctrina de las Audiencias Provinciales es contradictoria en relación con la posibilidad de previa subsanación. A favor de la subsanabilidad se manifiesta, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14<sup>a</sup>, de 2 de diciembre de 2003, rec. 560/20037, argumentando que, pese a la dicción del artículo 732.3 LEC, ninguna disposición legal prescribe que su omisión sea insubsanable, ni que la falta de este requisito impida el conocimiento de la petición deducida. Por contra, el artículo 231 LEC contiene una expresa referencia al principio de subsanación, que se acomoda además al principio de interpretación de las normas en el sentido más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, lo que impone buscar, en cuanto sea posible, vías de subsanación de defectos procesales. De este modo, lo que sería indispensable es que la resolución señale la caución que estime procedente, que es facultad del tribunal, y que la parte que ha de verse afectada por la medida pueda alegar lo que estime oportuno acerca de la misma (...). No existiendo pues indefensión de clase alguna, no procede estimar improcedente la medida por la omisión de ofrecimiento de fianza en el escrito inicial.

En contra de esta tesis, el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6<sup>a</sup>, de 8 de mayo de 2003, rec. 38/2003, se pronuncia en el sentido de que “la

---

5 FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “La caución en las medidas cautelares”, *Práctica de Tribunales*, N<sup>o</sup> 30, Sección Informe de Jurisprudencia, Septiembre 2006, Editorial LA LEY, LA LEY 2019/2006

6 Vid. AAP Madrid, Secc. 28<sup>a</sup>, de 31 de julio de 2006, rec. 304/2006 y AAP La Rioja, Secc. 1<sup>a</sup>, de 27 de septiembre de 2005, rec. 279/2005.

7 Mantienen la tesis de la subsanabilidad igualmente las siguientes resoluciones: AAP de Girona, Sección 2<sup>a</sup>, de 27 de noviembre de 2002, rec. 520/2002; AAP de Barcelona, Secc. 14<sup>a</sup>, de 18 de noviembre de 2002, rec. 850/2002; AAP de Sevilla, Secc. 2<sup>a</sup>, de 8 de febrero de 2005, rec. 1311/2004; AAP de Zaragoza, Sección 5<sup>a</sup>, de 31 de enero de 2006, rec. 642/200. Considera que debe favorecerse la posibilidad de su subsanación con fundamento en el artículo 424 LEC como paso previo a acordar la medida –sin audiencia de la parte contraria– o a incoar el procedimiento cautelar ordinario ARSUAGA CORTAZAR, J., “Medidas cautelares LEC 1/2000: Algunos problemas prácticos y su posible solución”, *SEPIN, LEC*, n<sup>o</sup> 23, octubre 2002, p. 20.

ORTIZ PADRILLO, se muestra igualmente favorable a la subsanabilidad con base en la doctrina del Tribunal Constitucional respecto al «principio pro actione» en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales y las consecuencias que de su omisión pueden derivarse. Juan Carlos ORTIZ PRADILLO Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal en la Universidad de Castilla-La Mancha (1) *Diario La Ley*, N<sup>o</sup> 7350, Sección Doctrina, 25 de Febrero de 2010, Año XXXI, Ref. D-60, Editorial LA LEY LA LEY 221/2010



ausencia absoluta de cualquiera de los requisitos esenciales en el momento de petición inicial, no pueden ser subsanados. (...) el ofrecimiento de caución como requisito esencial no subsanable se demuestra en la nueva regulación de la caución sustitutoria de los arts. 746 y 747 LEC. Dicha caución sustitutoria que puede prestar el demandado cautelar para alzar las medidas adoptadas, tiene que estar en inmediata relación con la ofrecida por el demandante, por lo que es necesario que el demandado tenga conocimiento exacto de la que se ofrece por la contraparte. (...) Cuestión distinta es que en el ofrecimiento de la caución no concurriera alguno de los requisitos que se establecen en el art. 732 LEC, (...). En este caso cabría la posibilidad de entender cumplido el requisito esencial y posteriormente, bien de forma previa a la admisión o al inicio del propio acto de la vista, requerir a la parte solicitante que subsane dichos defectos”<sup>8</sup>.

Por último, aceptando la subsanabilidad, pero introduciendo una precisión importante, el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª, de 5 de enero de 2002, rec. 297/2003, señala que “aunque tal defecto ha de considerarse subsanable y en el mismo sentido se pronuncia igualmente la AP de Córdoba, Sección 2ª, en Auto de fecha 27 de enero de 2003, sólo es posible hasta el momento de la vista para la audiencia de las partes del art. 734 LEC (...), pero no en posterior momento”<sup>9</sup>.

En todo caso, la prestación es presupuesto imprescindible para cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada (art. 737.1 LEC)<sup>10</sup>.

### 2.3. Régimen legal de la caución

Las notas que caracterizan el régimen de la caución en la LEC son las siguientes:

1º Será el tribunal quien fije el tipo y cuantía de la caución. En cuanto a la calidad de la caución, ésta puede adoptar cualquiera de las formas previstas en el artículo 529.3.II LEC, a saber, el depósito irregular de dinero efectivo, el aval de entidad de crédito o de sociedad de garantía recíproca con ciertas características (solidario, de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento) o cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate. Lo que se pretende es no tener que recurrir a un procedimiento para hacer efectiva la cantidad garantizada<sup>11</sup>.

Por lo que se refiere a la cantidad garantizada, no se trata de asegurar el valor económico de la pretensión actora, ni su abono, “sino los perjuicios que la restricción que lleva consigo la medida (en orden a la limitación de las

---

8 Partidarias de la insubsanabilidad son también las siguientes resoluciones: AAP de Madrid, Sección 20ª, Auto 378/2008 de 14 de noviembre de 2008, rec. 58/2008. La SAP Madrid, Secc. 20ª, nº 401/2010, de 25 enero, sostiene que el ofrecimiento de caución en la solicitud es un requisito material cuya ausencia no puede ser subsanado, dado que es un requisito esencial de la ordenación del proceso y, por tanto, no puede dejarse al arbitrio del solicitante de la medida el momento en que debe cumplir con lo dispuesto de forma clara en el art. 732.1 y 3 LEC.

9 En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, Auto 272/2008 de 26 Sep. 2008, Rec. 437/2008.

10 Vid. En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “La caución en las medidas cautelares”, Práctica de Tribunales, núm. 30, Sección Informe de Jurisprudencia, septiembre 2006, LA LEY 2019/2006, p. 1.

11 Vid. Sobre forma y calidad en la prestación de caución, CARRERAS MARAÑA, J.M., “Particularidades de la caución y caución sustitutoria en las medidas cautelares”, Práctica de Tribunales, núm. 10, LA LEY 2273/2004, pp. 3 y ss .

posibilidades de disposición del bien al que afecta, fundamentalmente) puede ocasionar, perjuicios que no guardan relación con dicho valor, por lo que éste no es un criterio de referencia idóneo para fijar la cuantía”.

El párrafo segundo del artículo 728.3 LEC establece dos criterios a los que debe atender el tribunal para determinar la cuantía de la caución:

La naturaleza y contenido de la pretensión, lo que puede entenderse referido a la concreta medida cautelar que el actor pretende que se acuerde (o, en otros términos, lo “similar” que sea la medida cautelar que se pretende con la ejecución de la sentencia estimatoria que hipotéticamente se dictare). A mayor similitud, mayor será la caución que deba prestarse<sup>12</sup>

La valoración que se realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida. El Juez deberá tener en cuenta la intensidad del *fumus boni iuris*, lo que, a juicio de FERNÁNDEZ-BALLESTEROS “añade una mayor presión al Juez en el momento de analizar la apariencia de buen derecho, y establece una cierta relación de “balanceo” entre el análisis de la solidez del derecho del actor y la cuantía de fianza”. No sería bueno, añade el mencionado autor, “que el Juez compensara eventuales endebleces en el derecho del actor con la cuantía de la caución”<sup>13</sup>.

2º En la misma resolución en que se acuerde deberá fijarse un plazo para la prestación de la caución. Si no se constituye en el plazo establecido, deberá dictarse auto dejando sin efecto el auto previo de concesión<sup>14</sup>.

### 3. ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA Y CAUCIÓN

La Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en su artículo 6, no menciona la caución entre las prestaciones del derecho a la asistencia jurídica gratuita, por lo que, en principio, se puede afirmar que el derecho a la asistencia jurídica gratuita no exime de su prestación.

Esta circunstancia, unida al carácter preceptivo con el que se establece la prestación de la caución para la ejecución de las medidas cautelares, ha llevado a algunos autores a cuestionar la constitucionalidad del régimen legal<sup>15</sup>, por entender que podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del solicitante que, por carecer de recursos económicos suficientes, se viera privado de la adopción de medidas cautelares al no poder hacer frente a la caución fijada, a pesar de la concurrencia de los presupuestos relativos al *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en la Sentencia 202/1987, de 17 de diciembre. En el supuesto analizado,

---

12 Así lo interpreta FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., “Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares”, en GONZÁLEZ SORIA, J. (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003*, de 23 de diciembre, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 274, nota núm.12.

13 FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., RIFÁ SOLER, J.Mª, VALLS GOMBAU, J.F., *Comentarios...*, op.cit., p. 3.299.

14 En este sentido estima ARSUAGA CORTAZAR que no es posible, en suma, que el que hubiera obtenido en su favor la concesión de una medida disponga del plazo para constituir la caución a su merced, ni que pueda superarlo sin justificación. (ARSUAGA CORTAZAR, J., “Medidas cautelares...”, op.cit., p. 20).

15 Vid. CALDERÓN CUADRADO, Mª P. y MARTÍN PASTOR, J., “Tutela judicial efectiva, derecho de asistencia jurídica gratuita y medidas cautelares (Sobre la caución como presupuesto de la tutela cautelar civil y el acceso a la misma de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”, *Tribunales de Justicia*, marzo, 2001, pp. 1-20.



habiéndose determinado como valor de la pretensión el de cien millones de pesetas, la fianza se había fijado por el Juzgado de Primera Instancia en veinticinco millones, tras una valoración del posible perjuicio económico que para el titular registral podía ocasionar la medida. Dada la elevada cuantía, el solicitante no pudo constituir la fianza. La parte entonces interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Territorial de Barcelona (Sala 1ª) que fue desestimado por el auto frente al que se formuló recurso de amparo solicitando su declaración de nulidad, basándose en el argumento de que el tribunal ordinario, al no haber interpretado y aplicado el presupuesto de la caución de modo que no impidiera su cumplimiento a una persona que carecía de recursos económicos para ello, había violado el principio de igualdad del artículo 14 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 del mismo Texto Fundamental.

El recurrente mantuvo que se había vulnerado el artículo 14 CE al haberse exigido la prestación de fianza, cuando de ello estaba exento por su condición de beneficiario de justicia gratuita, ya que entendía que debían ser de aplicación los efectos de este beneficio a la prestación de fianza, mediante una interpretación y aplicación extensiva del artículo 30.3 LEC de 1881, que eximía al litigante con ese beneficio de "hacer los depósitos que sean necesarios para la interposición de cualesquiera recursos".

En cuanto al artículo 24.1 CE, basaba su vulneración en que no era razonable exigir a un litigante, con derecho de justicia gratuita, la prestación de una fianza tan elevada, porque hacía inútil e impedía el ejercicio de su derecho, al carecer de bienes suficientes.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo con base en la siguiente fundamentación jurídica:

En cuanto al artículo 14 CE, consideró que no se había violado el derecho de igualdad en ninguna de sus dos manifestaciones:

-No hubo infracción del derecho a la igualdad en la ley porque "No puede hablarse, en efecto, de desigualdad como efecto de la regulación de dos normas distintas, justamente por prever situaciones o supuestos de hecho dispares, como lo son los referidos a depósitos para recurrir o interponer cualquier recurso (art. 30.3 LEC) por un lado, y de otro la exigencia, potestativa en su concesión por el Juez, de caución para salvaguardar el posible perjuicio causado por una medida cautelar, medida que exige del Juez una ponderación de los intereses contrapuestos en el proceso civil. El primer supuesto es un obstáculo, un presupuesto legal de acceso al recurso, del que se exime al litigante impecune para completar con su exención el beneficio de justicia gratuita, ya que ésta ha de entenderse aplicable a todas las instancias y a las exigencias que la Ley establece, de orden público procesal; en tanto que el segundo, la caución es una garantía accesoria, una medida cautelar que la Ley autoriza adoptar al Juez en beneficio de la parte demandada, quien con la anotación preventiva ve restringidos sus derechos inscritos en cuanto a su eventual disponibilidad. Son, pues, dos normas distintas, que responden a hipótesis diferentes y que se orientan hacia una finalidad dispar".

-No hubo, por otro lado, desigualdad en la aplicación de la Ley porque "Para que pudiera hablarse de esa desigualdad se precisaría, en efecto, aportar el

término de comparación y acreditar en qué casos se ha aplicado la norma en cuestión de modo distinto o contrario, con resultado discriminatorio”.

El Tribunal Constitucional consideró igualmente que no cabía entender infringido el artículo 24.1 CE ya que “La tutela judicial, se ha dicho reiteradamente, garantiza el acceso a la jurisdicción y a una respuesta judicial fundada en Derecho, no necesariamente concorde con la pretensión de la parte, pero que tampoco vulnere algún derecho constitucionalmente reconocido. (...), según todo lo expuesto, no puede decir esa parte que su derecho al proceso le ha sido impedido por el auto en cuestión. Lo que dicha resolución le ha suspendido -no impedido- es la constatación registral de una petición accesorias del derecho principal y material que ejercita en el proceso en el que esa petición se formula, proceso que sigue sus trámites y en el que se decidirá en consecuencia. La anotación preventiva de su demanda no afecta al fondo de su derecho, respecto del cual se dará respuesta en sentencia. La anotación es sólo una garantía de la ejecución, en su caso, y la vicisitud positiva o negativa de su acuerdo no impide el ejercicio del derecho principal, aunque la negativa pueda significar un inconveniente o una mayor dificultad de ejecución. Pero esa dificultad hipotética es también la que puede afectar a la parte demandada, a quien la Ley protege también con la fijación y exigencia, en su caso, de la fianza. No puede, pues, considerarse que en este contraste de intereses privados distintos se vulnere la tutela judicial por condicionar a una fianza, cuya adecuación se razona por el Juez, la concesión de una petición accesorias de garantía que ha de alcanzar (la garantía) a las dos partes enfrentadas, y que en modo alguno impide que el proceso siga su curso”.

El criterio del Tribunal Constitucional ha sido seguido por los órganos judiciales, y en esta línea las Audiencias Provinciales se vienen manifestando de forma casi unánime en el sentido de confirmar que el beneficiario de asistencia jurídica gratuita no está exento de prestar caución<sup>16</sup>.

A pesar de ello, hoy en día, considero que la cuestión no puede considerarse totalmente cerrada, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional que, de forma consolidada, incluye, dentro del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara el artículo 24.1 CE, el derecho a que se adopten medidas cautelares. Así, en la Sentencia 14/1992, de 10 de febrero, se dice que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”. La Sentencia 238/1992, de 17 de diciembre, reproduciendo la anterior, añade que “ciertamente, el artículo 24.1 CE no hace referencia alguna a las medidas cautelares (...). Pero de ello no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, efectiva, y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los derechos e intereses cuya protección se demanda”.

En la misma línea, la STC 148/1993 (Sala 2ª), de 29 de abril, sostiene que “de este mismo precepto (art. 24.1 CE) deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares. La efectividad que se predica de la tutela judicial respecto

---

<sup>16</sup> Vid., entre otros, AAP de Madrid, Secc. 21ª, de 21 de noviembre de 2006, rec. 753/2004; AAP Madrid, Secc. 10ª, 311/2012, de 9 de octubre y AAP Cádiz, Secc. 2ª, 125/2012, de 5 de noviembre.

de cualesquiera derechos e intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento de futuro que recaiga en el proceso”.

Por último, cabe mencionar la STC 218/1994, de 18 de julio en la que se señala que “desde la perspectiva del recurso de amparo y del derecho a la tutela judicial efectiva, la finalidad constitucionalmente protegida de las medidas cautelares no es otra, (...), que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo”.

Si se parte de que la tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido a todos los ciudadanos, podría cuestionarse si se está negando dicho derecho a los sectores más desfavorecidos de la población, si estamos ante una disminución o incluso una desaparición de las posibilidades de que la tutela judicial que solicita el litigante carente de recursos económicos sea efectiva.

Sin embargo, la opción contraria, es decir, la exención de caución en tales supuestos, podría contribuir al planteamiento de solicitudes infundadas y, sobre todo, a la desprotección del sujeto pasivo<sup>17</sup>. Ante esta disyuntiva son varias las propuestas que se han barajado:

Por un lado, la inclusión de la caución entre las prestaciones derivadas del derecho a la asistencia jurídica gratuita. A este respecto, cabe mencionar que el artículo 6 del Proyecto de Asistencia Jurídica Gratuita<sup>18</sup> en el inciso e del apartado 1 prevé expresamente que “el contenido de este derecho no incluye las fianzas, cauciones y otro tipo de consignaciones que pudieran exigirse o derivarse de la responsabilidad del titular del derecho”. Es decir, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no influirá sobre el presupuesto de la solicitud de la medida cautelar consistente en el ofrecimiento de la caución. Se descarta así, expresamente, la aplicación a las medidas cautelares de la exención prevista para los depósitos, que ciertamente planteaba problemas en tanto en cuanto, como pone de manifiesto PÉREZ DAUDÍ<sup>19</sup>, recogiendo otras opiniones en la misma línea, “la finalidad del art. 6.5 Ley de Asistencia Jurídica Gratuita de 1996 es que sólo interpongan los recursos aquellas personas que realmente consideren que tienen posibilidades de que sea estimado y no con una finalidad dilatoria del proceso. A través de esta norma el Estado renuncia a un gravamen que ha impuesto a la parte recurrente para permitirle interponer el recurso, pero no puede dejar indefenso al afectado por la adopción de la medida cautelar. Si efectuáramos esta interpretación analógica el legislador renunciaría a un derecho que no es del Estado, sino que corresponde al afectado por la medida cautelar”. No se trata, en definitiva de supuestos iguales, entre los que se aprecie la identidad de

---

17 Para ARMENGOT VILAPLANA, “Eximir del presupuesto de la caución para obtener tutela cautelar a la persona que tiene reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita podría lesionar el interés privado del sujeto pasivo de la medida”. (ARMENGOT VILAPLANA, A., “La caución. Presupuesto para la adopción de medidas cautelares”, *Práctica de Tribunales*, Nº 30, Sección Estudios, septiembre 2006, LA LEY 2018/2006).

18 [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-84-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-84-1.PDF)

19 PÉREZ DAUDÍ, V. “La asistencia jurídica gratuita y las medidas cautelares en el proceso civil”, *Diario La Ley*, núm. 8420, Sección Tribuna, 13 de noviembre de 2014, LA LEY 8067/2014, p. 1.

razón que obligue a aplicar la norma prevista para el caso regulado al supuesto no contemplado (art. 4.1 C.c.)<sup>20</sup>.

A efectos de evitar lesionar el interés privado del sujeto pasivo de la medida, garantizando a su vez la igualdad real en el acceso a la tutela cautelar se ha propuesto que se regule la asunción de responsabilidad por el Estado<sup>21</sup>.

Ante la falta de regulación legal, cabría igualmente cuestionarse si el Juez puede eximir del cumplimiento de este requisito, a fin de garantizar la efectividad de la eventual sentencia condenatoria que se dicte, cuando exista *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, pero el solicitante carezca de recursos para prestar caución. A esta posibilidad se podría objetar, en primer lugar, que el art. 728.3.I LEC establece que «salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución», lo que implica que para que ésta no sea exigible será precisa una norma que expresamente disponga la no exigibilidad de la caución<sup>22</sup>. No obstante, tal como se razona en el Auto de la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección 5ª, de 29 de mayo, rec. 559/2006, si bien el artículo 728.3 LEC únicamente exime al solicitante de la medida cautelar de la prestación de caución en el caso en que “expresamente se disponga otra cosa”, cabe preguntarse si tal mención expresa puede hacer referencia al contenido del auto que adopte la medida cautelar. Y en este sentido, cita el artículo 735.2 LEC que regula el contenido del auto acordando medidas cautelares, dice “...determinando, en su caso, la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse caución por el solicitante”. Con base en este precepto, considera la Audiencia en el Auto mencionado que se están “reconociendo por tanto que existen casos en los que no debe prestarse caución, en clara coordinación con el artículo 728.3 que contiene una excepción a la regla general. Y finalmente la dicción del artículo 737 debe también relacionarse con el contenido de los preceptos aludidos y únicamente será de aplicación a los supuestos generales en los que el Auto que acuerde la medida cautelar señale caución a prestar por el solicitante de la medida (...), pero no en aquellos casos excepcionales en que no se fije tal caución”. Con base en estos argumentos, concluye que “En la hipótesis en que se estime que la excepción que contiene el artículo 728.3 puede contenerse en la resolución judicial, y no necesita por tanto

20 Cfr. Sentencia de AP de Granada, Secc. 3ª, de 12 de diciembre de 2011, rec. 542/2011.

21 FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “La caución en las medidas cautelares”, op.cit. Esta es igualmente la propuesta de ARMENGOT VILAPLANA A., “La caución. Presupuesto para la adopción de medidas cautelares”, *Práctica de Tribunales*, N° 30, Sección Estudios, septiembre 2006, LA LEY 2018/2006.

Señala en este sentido ORTELLS RAMOS que si bien no ha de ser indiferente a los problemas de igualdad real de acceso a la tutela cautelar, su solución requiere necesariamente –como los restantes contenidos del derecho a la asistencia jurídica gratuita– un tratamiento prestacional; en este caso, específicamente, la asunción de la responsabilidad por el Estado. (ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, op.cit., p. 186). CALDERÓN CUADRADO se refiere igualmente a lo que considera una improbable, pero no imposible, determinación futura de una responsabilidad del Estado, señalando que, al margen de dicha solución, habría sido conveniente buscar sistemas intermedios que pudieran tener en cuenta la capacidad económica del solicitante. (CALDERÓN CUADRADO, Mª. P., “La respuesta de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil a cuatro temas controvertidos en materia cautelar”, *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, XXII Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado y la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia/ Santander Central Hispano, Madrid, 2002, pp. 723-724).

MARÍN PAGEO, E., “Notas en tomo a la contracautela en el proceso civil, como manifestación del derecho a la tutela efectiva. Su presunta colisión con el art. 14 de la Constitución”, en *La Ley*, 1988.111, pp. 861-862, considera que la inclusión de la caución dentro del beneficio de justicia gratuita y la asunción por el Estado de la obligación de prestar dicha caución es excesiva, improcedente, paternalista y contraproducente

22 En este sentido, entre otros, el AAP Madrid, Sección 28ª, de 31 de julio de 2006, rec. 304/2006 considera que la caución no es de apreciación facultativa del Tribunal, sino una exigencia legal que sólo puede excluirse por expresa disposición de la Ley. El AAP de Asturias, Secc. 7ª de 28 de enero de 2003, rec. 665/2002 reitera el carácter imperativo de la caución.

que se contenga previamente en una norma jurídica expresa, cabe preguntarse cuál sea la razón por la cual pueda expresamente eximir el órgano jurisdiccional al solicitante de la prestación de caución en el Auto que se dicte”.

A este respecto, considera el Auto que “lo determinante para eximir de prestación de caución ha de ser en todo caso la inocuidad de la medida interesada”<sup>23</sup>, es decir la consideración de que la adopción de la medida no causará daños indemnizables, por lo que desaparece la razón de ser de su exigencia<sup>24</sup>.

Desde luego, la inocuidad de la medida sería argumento de peso a esgrimir en tales supuestos, en caso de imposibilidad de hacer frente a la caución. El problema subsiste, sin embargo, cuando la adopción de la medida sí causa daños al demandado y, por tanto, cabe la posibilidad de tener que hacer frente a una indemnización, si llega a desestimarse la demanda. Para estos supuestos, en los que no se puede prescindir de la caución, cabría plantearse si, aunque la Ley no lo establece expresamente, por exigencia constitucional, para no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del solicitante de la medida, debería tenerse en cuenta en la determinación de la cuantía de la caución la posición económica del mismo, para así poder atender a la situación de aquellos litigantes que, presentando consistentes indicios de buen derecho, pudiesen verse privados de obtener la tutela cautelar si se les impusiese una fianza considerablemente elevada<sup>25</sup>. En contra de esta tesis se argumenta que esta actuación de los Poderes públicos no puede realizarse en detrimento de los derechos de la parte contraria, y que el tomar en consideración la desigualdad en la capacidad económica supondría desnaturalizar el fundamento de las medidas cautelares<sup>26</sup>.

A pesar de las posibles objeciones que se pueden plantear, es una propuesta que está en consonancia con el criterio mantenido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 25 de febrero de 2002, Sala 2ª, nº 45/2002, rec. 2632/1998, BOE 80/2002, de 3 abril 2002<sup>27</sup>, en la que, en un caso relativo a la caución fijada al

23 En dicha resolución se considera igualmente que otro de los supuestos en los que sería admisible tal exención sería el del allanamiento de la parte demandada en cuanto a la no prestación de caución, siempre que las pretensiones objeto del proceso sean disponibles por las partes.

24 Vid. AAP Madrid, Sección 14ª, núm. 168/2003, de 11 septiembre.

25 Cita, como ejemplo de tales situaciones, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, la situación de un autor no acaudalado cuando pide que se cese cautelarmente la comercialización de su obra o la de un consumidor no adinerado que formula una bien fundamentada reclamación de daños ocasionados por el uso de un producto defectuoso que le ha originado graves perjuicios. Este autor, en previsión de supuestos similares, considera que la Ley debería haber tenido en cuenta como factor de ponderación la posición económica del solicitante de la medida (ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA J.J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coords.), Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil, op.cit., p. 701).

FAIRÉN GUILLÉN, V., “El proceso cautelar en la Ley de Sociedades Anónimas”. en Temas del Ordenamiento Procesal, 11, Madrid, Tecnos, 1970, p. 952, considera que en la determinación de la cuantía de la caución también se debe tener en cuenta la capacidad económica del demandante. Este autor considera que la caución deberá ser valorada y declarada por el juez como «bastante», debiendo el mismo “valorar escrupulosamente los datos a su disposición en cuanto a la cuantía de la caución solicitada en relación con la de los eventuales perjuicios, para evitar que la parte actora, en los casos en que sea económicamente más débil, no padezca en sus legítimos intereses, por abusar la demandada de su condición de más fuerte”. También son partidario de atender a la capacidad económica del solicitante de la medida cautelar GONZÁLEZ PÉREZ, J., Comentario a la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), Madrid, Civitas, 1998, pp. 2084-2085; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Las medidas cautelares en la nueva legislación sobre bienes inmateriales y Derecho de la competencia”, en AAVV, Homenaje a H. Baylos. Estudios sobre Derecho industrial, Grupo español de la AIPPI, Barcelona, 1992, p. 74.

26 PÉREZ DAUDÍ, V. “La asistencia jurídica gratuita...”, op.cit., p. 2.

27 Criterio éste seguido por los tribunales. A este respecto se puede consultar, entre otras, las Sentencias de la AP de Las Palmas, Secc. 4ª, de 3 de febrero de 2014, rec. 996/2012; de la AP de Guadalajara, Sección 1ª, de 30 de



demandante de contradicción para oponerse en un procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, se señala que, debe realizarse una ponderación de las circunstancias del caso que tenga en cuenta el objeto y contenido de la pretensión ejercitada en la demanda, y las consecuencias económicas que para el demandante se derivan de la conducta perturbadora del derecho real inscrito que se imputa al demandado, pero también debe tenerse en cuenta "la capacidad económica de éste, pues la exigencia de una caución que hiciera impracticable el ejercicio de su derecho de defensa, impidiéndole contestar a la demanda y oponerse a la pretensión del actor ("demanda de contradicción"), podría constituir una privación del derecho a la tutela judicial efectiva que vulneraría el art. 24.1 CE al impedir el acceso al proceso sumario en el que le ha situado la contraparte"<sup>28</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

La adopción de una medida cautelar pretende garantizar la efectividad de una eventual, en cuanto hipotética, sentencia estimatoria. En el caso de que finalmente la sentencia desestimase la demanda, se habrían causado al demandado unos perjuicios injustos por los cuales debería ser resarcido, pronta y rápidamente, sin necesidad de tener que acudir a su vez a un proceso declarativo en el que paralelamente, de forma instrumental, se viese obligado a ejercitar una pretensión cautelar.

La caución es el remedio previsto por el Legislador para el caso que se demostrase la falta de fundamento de la cautela adoptada.

Ahora bien, hay que distinguir entre la prestación de caución que es un presupuesto de ejecución, y el ofrecimiento que es previo a la prestación, en cuanto es presupuesto legal para la adopción de la medida y debe contenerse en la solicitud de la medida.

La falta de ofrecimiento es un defecto subsanable hasta el momento de la vista para la audiencia de las partes del artículo 734 LEC, pero no en posterior momento.

El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita al demandante no le exime de la obligación de prestar caución, sin perjuicio de que consideremos que, a pesar de no estar expresamente previsto, el Juez deberá tener en cuenta la capacidad económica del solicitante, al tiempo de fijar la cuantía de la caución, a fin de evitar la determinación de cauciones que en la práctica, impidan la adopción de una medida cautelar que pueda ser necesaria para garantizar el cumplimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

---

octubre de 2013, rec. 74/2013; de la AP de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 494/2016 de 5 de diciembre de 2016, Rec. 740/2016.

<sup>28</sup> En la STC 146/1991 se indica que existe indefensión en la exigencia de requisitos previos determinante de la imposibilidad de acceso a determinados procesos. Así mismo, la también Sentencia del citado Tribunal 206/1987 alude a que los Jueces no pueden imponer requisitos o consecuencias impeditivas, obstaculizadores, limitativas o disuasorias en el ejercicio de acciones, matizando que cuando tales circunstancias vengan impuestas por ley, como ocurre en los supuestos de exigencias de caución o fianza para la efectividad de determinadas actuaciones procesales, se recomienda por el citado Tribunal la moderación de las cuantías con el fin de evitar la indefensión.

# LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL MARCO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES

## THE PROTECTION OF WORKERS IN THE FRAMEWORK OF THE COLLABORATIVE ECONOMY AND IN DIGITAL PLATFORMS

Blanca Ballester Casanella

*Profesora asociada de Derecho Mercantil en la Escuela Superior de Administración y Dirección de Empresas (ESADE)  
Consultora de Derecho Civil II en la Universitat Oberta de Catalunya (UOC)*

Fecha de recepción: 4 de septiembre de 2019

Fecha de aceptación: 14 de octubre de 2019

**RESUMEN:** El mercado laboral está sufriendo una profunda transformación con la aparición de la economía colaborativa y las plataformas virtuales que ofrecen servicios -transporte por ciudad, mensajería, limpieza- descentralizando completamente su actividad productiva y subcontratando trabajadores autónomos individuales, para que presten dichos servicios a sus clientes. La contratación de un autónomo reporta muchas más ventajas económicas y administrativas al empresario que la contratación de un trabajador asalariado, por ello no es de extrañar, que pese a que el empresario pueda ser sancionado, trate de correr el riesgo de simular fraudulentamente una relación civil, mercantil o administrativa cuando verdaderamente lo que existe es una relación laboral. Las nuevas tecnologías, han dado así lugar a la creación de plataformas digitales que, tergiversando la esencia de la economía colaborativa, han desarrollado verdaderos modelos de negocio, basados en la elusión de la normativa laboral y de Seguridad Social tal y como así está evidenciando la Inspección de Trabajo y algunos juzgados de lo social, al hallar otras características de la relación con la plataforma, que evidencian su naturaleza laboral. Por todo ello, la cuestión más importante será tratar de determinar, que tipo de relación jurídica vincula a las personas que colaboran con las plataformas digitales, es decir, si deben ser considerados asalariados de la plataforma, o deben ser considerados trabajadores por cuenta propia.

**ABSTRACT:** The labour market is undergoing a profound transformation with the appearance of the collaborative economy and the virtual platforms that offer services - transport by city, messaging, cleaning - completely decentralizing their productive activity and subcontracting individual self-employed workers to provide these services to their customers. The hiring of a self-employed person brings many more economic and administrative advantages to the employer than the hiring of a salaried worker, so it is not surprising that although the employer may be sanctioned, tries to run the risk of fraudulently simulating a civil, commercial or administrative relationship when what really exists is an employment relationship. New technologies have thus given rise to the creation of digital platforms which, distorting the essence of the collaborative economy, have developed true business models based on the circumvention of labour and Social Security regulations, as evidenced by the Labour Inspectorate and some social courts, finding other characteristics of the relationship with the platform, which show its working nature. Therefore, the most important issue will be to try to determine what type of legal relationship binds the people who collaborate with the digital platforms, ie whether they should be considered as employees of the platform, or should be considered self-employed.

**PALABRAS CLAVE:** Economía Colaborativa, Plataformas digitales, nuevas tecnologías, el falso autónomo, vínculo contractual, relaciones laborales.

**KEYWORDS:** Collaborative Economy, Digital platforms, new technologies, the false self-employed, contractual link, labour relations.

**SUMARIO:** Introducción; 1. Economía colaborativa y las plataformas digitales. 1.1. ¿Qué entendemos por economía colaborativa?. 1.2. Las distintas tipologías de las plataformas electrónicas. 1.3. ¿Puede una Plataforma Digital llegar a convertirse en empleador o empresario desde la perspectiva del Derecho del Trabajo?; 2. La precariedad laboral en las plataformas digitales. 2.1. El vínculo contractual entre los conductores y la plataforma Uber. 2.2. El vínculo contractual entre los “riders” y la plataforma Golobo y Delivero: Especial referencia a la reciente sentencia de uno de junio del 2019 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 31 de Barcelona; 3. Conclusiones; 4. Bibliografía.

## Introducción

En las formas de hacer negocios, de trabajar y de consumir, las plataformas digitales de empleo, están generando cambios y afectando de forma directa al mercado laboral, al generar situaciones que constituyen, no sólo nuevas oportunidades de trabajo, sino también importantes riesgos en tanto que alteran la dinámica de las relaciones laborales y el acceso a la protección social.

La cuestión más importante, sería determinar que tipo de relación jurídica vincula a las personas que colaboran con las plataformas digitales de empleo, es decir, si deben ser considerados asalariados de la plataforma, o deben ser considerados trabajadores por cuenta propia, y en este último supuesto, si son autónomos dependientes de un único cliente (TRADE) o no.

El debate busca evitar que se produzcan supuestos de precariedad laboral y falta de protección jurídica apropiada en relación a seguridad y salud laboral. El fallecimiento de un joven napalí de veintidós años en mayo del presente año, al ser atropellado por el camión de la limpieza mientras llevaba a cabo el reparto como “rider” de la plataforma Glovo, ha vuelto a reavivar aún más dicho debate y ha generado: por un lado, manifestaciones ante la sede de Glovo en Barcelona, en protesta por el fallecimiento de dicho joven; y por otro lado, que la asociación “Riders por Derechos”, que representa a repartidores y extrabajadores de empresas como Glovo, Deliveroo, UberEats o Stuart, haya pedido a la Inspección de Trabajo que actúe de oficio en el caso de la muerte del repartidor.

La empresa alegó en su defensa, que el fallecido no se encontraba registrado como repartidor en su aplicación y que por ello utilizaba de forma fraudulenta, la cuenta de otro repartidor. Es conocido el hecho de que determinadas personas utilizan el perfil de otras que se encuentran registradas, pero sin perjuicio de esta realidad, hay otra mayor, la preocupación que genera la precariedad de las condiciones laborales con las que las nuevas plataformas de



mensajería obligan a trabajar a diario a los mensajeros registrados como “glovers” o “riders”, los cuales se ven obligados a estar dados de alta como autónomos y disponer de un vehículo propio, para poder convertirse en sus “colaboradores”.

Constituye pues una realidad, la problemática sobre el empleo creado por la economía de plataformas, (con conflictos abiertos en la inspección de trabajo y en los tribunales), como el de los mencionados repartidores de Glovo o Deliveroo. Esta situación, está dando lugar a una búsqueda por extender la normativa laboral y también la protección social a las nuevas formas de empleo, y evitar así la pérdida de derechos, la mala remuneración y la incertidumbre permanente, que entre otros graves efectos, también repercute negativamente en los ingresos de la Seguridad Social, ingresos que no se están materializando a causa de la economía de plataformas.

## 1. LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y LAS PLATAFORMAS DIGITALES

### 1.1. ¿Qué entendemos por Economía Colaborativa?

El uso de las tecnologías ha permitido y ha impulsado la manera tradicional de compartir, intercambiar o comprar. Actualmente nos encontramos con numerosas compañías que deciden poner en contacto a sus usuarios para que compartan “bienes o servicios”, y este fenómeno es lo que conocemos como economía colaborativa<sup>1</sup>.

Uno de los primeros en hablar de sharing economy fue Lawrence Lessig en su libro *Remix* (Penguin Press, 2008)<sup>2</sup> y su nacimiento lo podemos centrar básicamente, en el periodo en el que estalló la crisis económica.

La economía colaborativa, ofrece una serie de beneficios entre los que cabe destacar<sup>3</sup>: la reducción de la asimetría en la información entre oferentes y demandantes; la reducción de las necesidades de propiedad individual; la reducción de precios; también la reducción del exceso de capacidad y el incremento del uso de los recursos infrautilizados y de la contaminación; la reducción de costes de transacción; y especialmente los costes de búsqueda de información.

---

1 Sobre el concepto de economía colaborativa se puede consultar el trabajo de MIRANDA SERRANO, L.M. (2017), págs.198-210, ALLENDE SALAZAR, R. (2017), págs. 236-240, CARBONELL PORRAS, E. (2019), pág. 406-411 SORIA BARTOLOMÉ, B. (2017), pág. 68-69.

2 LAWRENCE LESSIG, L. (2008). “Remix” (La edición en castellano de *Remix*, aparecida en 2012 de la mano de la editorial Icaria, es fruto de un proyecto de traducción cooperativa distribuida realizado por estudiantes de la Universidad de Málaga con la coordinación del profesor Florencio Cabello).

3 OWYANG, J., TRAN, C. & SILVA, C. (2013). The collaborative economy, Altimeter, United States. DERVOJEDA, K., VERZIJJL, D., NAGTEGAAL, F., LENGTON, M., ROUWMAAT, E., MONFARDINI, E. & FRIDERES, L. (2013). The sharing economy: accessibility based business models for peer-to-peer markets, European Commission Business Innovation Observatory, September. COHEN, B. & KIETZMANN, J. (2014). "Ride on! Mobility business models for the sharing economy", *Organization & Environment*, 27(3), 279-296. BELK, R. (2014). "You are what you can access: Sharing and collaborative consumption online", *Journal of Business Research*, 67(8), 1595-1600. BELK, R. (2014). "You are what you can access: Sharing and collaborative consumption online", *Journal of Business Research*, 67(8), pp.1595-1600. CNMC (2016). Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. E/CNMC/004/15, resultat preliminar, marzo.

Pero, la aplicación del modelo de economía colaborativa no siempre aporta ventajas, también genera conflictos; varias investigaciones<sup>4</sup> han destacado, entre otros, la fuerte oposición de las empresas tradicionales por la amenaza que supone frente los tradicionales modelos de negocios y la falta de normativa que la regule.

Ahora bien, sin perjuicio de los conflictos a los que se acaba de hacer mención, la economía colaborativa se está aplicando a múltiples sectores económicos claves. Ciertos autores diferencian cuatro actividades básicas<sup>5</sup> atendiendo a cuál sea el propósito perseguido por las empresas de economía colaborativa: la primera de ellas es el consumo colaborativo; la segunda actividad viene referida a la producción colaborativa (incluye el diseño, la distribución colaborativa<sup>6</sup> y la elaboración colaborativa de productos o proyectos); y la tercera está constituida por el denominado aprendizaje colaborativo en virtud de la cual, se comparten recursos y conocimientos para aprender de forma conjunta.

A raíz de las medidas de reducción de costes implementadas a causa de la crisis, y de las deficiencias existentes en las infraestructuras públicas de transporte, uno de los primeros sectores en los que se aplicó la economía colaborativa fue precisamente en los sectores del alojamiento y el transporte. Por esta razón, han surgido diferentes modelos de negocio relacionados con la movilidad, tales como compartir el viaje o el coche.

Parece bastante evidente, que el acuerdo en virtud del cual, dos o más ciudadanos deciden compartir sus viviendas con otras personas de manera temporal intercambiando o facilitando alojamiento; o el acuerdo en virtud del cual decidan compartir el vehículo de uno de ellos para cualquier desplazamiento –“car sharing”-, serían claros ejemplos de economía colaborativa pura, siendo la plataforma “Blablacar” un medio que posibilita organizar viajes, compartiendo los gastos. Pero como cuestión más importante, es necesario plantearse que ocurre cuando esta actividad se mercantiliza y se profesionaliza<sup>7</sup>.

Negocios como Blablacar, Airbnb, Uber, o Cabify, crecen cada vez más porque permiten obtener un precio más ventajoso y servicios más adaptados a necesidades y horarios de sus usuarios. Desde un punto de vista de la legislación, se sujetan a la normativa prevista en la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico<sup>8</sup> al no existir una regulación específica de aplicación, pero la falta de más legislación, plantea la posibilidad de que las empresas incurran en un supuesto de competencia desleal, y como no, en la creación del “falso autónomo” al que haremos

---

4 OWYAND, J et al., (2013)... op. cit.; BECK, (2014)... op. cit.; EU Innovation Observatory, 2014; CHENG, D. (2015): Barriers to growth in the "sharing economy", Next American Economy, Roosevelt Institute, julio, 1-14.

5 BOTSCHAN, R. & ROGERS, R. (2011). What's mine is yours: how collaborative consumption is changing the way we live, London: HarperCollins Publishers, pág.42.

6 STOKES, K., CLARENCE, E., ANDERSON, L. & RINNE, A., Making sense... op. cit. pág. 28.

7 Esta misma cuestión se la plantea De la Encarnación, y afirma que, para que exista economía colaborativa en el sector del alojamiento, se deben dar relaciones entre iguales (“peer to peer”) sin ánimo de lucro por parte de terceros. DE LA ENCARNACIÓN, A.M. (2016). "El alojamiento colaborativo: Viviendas de uso turístico y plataformas virtuales", REALA, Nueva Época, 5, enero-junio. DE LA ENCARNACIÓN, A.M reflexiona sobre “si la economía colaborativa podría beneficiar a inquilinos con bajos ingresos cuando las políticas públicas de viviendas no facilitan el alojamiento determinados colectivos”, pág. 23.

8 “Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico”. Boletín Oficial del Estado Núm. 166, (12 de julio del 2002), pág. 25388-25403.

referencia más adelante. Por todo ello, es necesario determinar la distinta tipología de las plataformas electrónicas a los efectos de poder determinar la normativa complementaria que les debería ser de aplicación.

## 1.2. La distinta tipología de las plataformas electrónicas

### 1.2.1. Blablacar, un ejemplo de economía colaborativa pura

La empresa Blablacar, lidera en Europa el sector de compartición de coches entre particulares, fue creada en Francia en el año 2006 y llegó a España en el año 2010. En su página web oficial<sup>9</sup>, destacan que es usada a diario por más de cuarenta millones de personas en veintidós países, y que cuenta con más de tres millones de usuarios en España.

Su modo de operar se lleva a cabo a través de la página web o a través de la aplicación; así pues, una persona que va a desplazarse a un lugar, sube una entrada a la plataforma “online” informando del número de asientos que tiene libres, y de esa forma la página web conecta a viajeros que buscan ir al mismo lugar.

Blablacar, siempre sostiene que sus conductores no obtienen beneficio, porque es una plataforma “online” de servicios de intercambio de información especializada en la puesta en contacto de los usuarios en cuanto a los viajes por carretera. Es por todo ello por lo que cobra Blablacar, y no por ofrecer un servicio de transporte. A pesar de ello la Patronal de Autobuses (CONFEBUS) demandó a la plataforma y a la sociedad que la gestiona “online” COMUTO, al considerar que incurrían en un supuesto de competencia desleal, al apreciarse ánimo de lucro por parte de los conductores y la página web.

Sobre dicha cuestión, se pronunció el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, en sentencia nº 30/2017 de 2 de febrero<sup>10</sup>, que desestimó la demanda interpuesta por Confederación Española de Transporte en Autobús-Confebús contra Comuto Iberia SL y Comuto SA (“Blablacar”).

El Tribunal sentó un precedente judicial importantísimo a favor de la economía colaborativa, al considerar probado, que la plataforma Blablacar lleva acabo una actividad ajena a la regulada por la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres<sup>11</sup>, pues poner en contacto a particulares con más o menos requisitos, con un control de pagos, con una crítica de las personas intervinientes sobre retrasos o sobre la calidad de otros servicios, no constituye una actividad que deba estar sujeta a dicha legislación<sup>12</sup>. De este modo, señala la sentencia que

---

9 Blablacar. Recuperado el 10 de Febrero de 2017, de <https://www.blablacar.es/>

10 STC 30/2017, de 2 de Febrero de 2017, (Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Madrid).

11 “Ley 16/87 de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, modificada por Ley 13/96, de 30 de diciembre; Ley 66/97, de 30 de diciembre; Real Decreto-Ley 6/1998, de 5 de junio; Real Decreto Ley 4/2000, de 23 de junio; Ley 14/00, de 29 de diciembre; Ley 24/2001, de 27 de diciembre; Ley 29/2003, de 8 de octubre, Ley 25/2009, de 22 de diciembre, Ley 2/2011, de 4 de marzo y Ley 9/2013, de 4 de julio”. Boletín Oficial del Estado. Núm. 182, (31 de julio de 1997), pág. 23451-23481.

12 la LOTT, pues ésta señala en su artículo 101: 1. Se consideran transportes privados particulares los que cumplen conjuntamente los dos siguientes requisitos: a) Estar dedicados a satisfacer las necesidades de desplazamiento de carácter personal o doméstico del titular del vehículo y sus allegados. En ningún caso, salvo el supuesto de percepción de dietas o gastos de desplazamiento para su titular, el transporte particular puede dar lugar a remuneraciones dinerarias directas o indirectas. b) Realizarse en vehículos cuyo número de plazas, o capacidad de carga, no exceda de los límites que reglamentariamente se establezcan. 2. Los transportes privados particulares no están sujetos a autorización administrativa, y la actuación ordenadora de la Administración

los conductores “no están contratados por Blablacar, ni pertenecen a una empresa o a una industria dedicada a este fin. **Son particulares que por su cuenta y riesgo**, se ofrecen a la plataforma buscando a personas que tengan interés en realizar ese mismo viaje y pagar, no en el sentido de pagar un canon o un servicio, sino de pagar el coste de un viaje”. En definitiva, el fallo absolvió a Blablacar de todas las acusaciones presentadas por “Confebus”, de manera que pudo seguir operando en España tal y como lo hacía hasta ahora.

### 1.2.2. Lo que la Economía Colaborativa esconde: El caso Uber

Otra modalidad de plataforma electrónica es Uber; la empresa se fundó en París en el año 2008, los creadores Travis Kalanick y Garrett Camp desarrollaron una aplicación para solicitar coches exclusivos en las ciudades, el usuario sólo debe indicar la ubicación y acto seguido se le comunica el tiempo que tardarán en recogerle y el precio. En caso de que esté de acuerdo, el pago de dicho precio, se lleva a cabo a través de la aplicación mediante tarjeta de crédito al finalizar el viaje y llegado al destino.

Los conductores son particulares en general, y este servicio de particulares es el conocido como “UberPop”, servicio que se ha puesto en tela de juicio. Por el contrario, el servicio de “UberX” opera a través de conductores profesionales que poseen una autorización de arrendamiento de vehículos con conductor es decir, licencia VTC.

Uber presta un servicio de información, aunque exige para ello que los conductores que quieran utilizar sus servicios posean los permisos que sean necesarios según la legislación existente; por ello tenemos que diferenciar dos servicios diferentes: el que presta Uber (servicio de sociedad de información), que sería un intermediario de las condiciones de acceso (titularidad de la plataforma); y el servicio que se da entre el usuario y el conductor del vehículo.

No cabe duda de que Uber ofrece un servicio de la sociedad de la información, pero la cuestión consiste en saber hasta qué punto presta además servicios de desplazamiento o no, porque en el caso de considerar que Uber presta servicios de transporte, esta actividad debería sujetarse a la legislación correspondiente a dicho sector.

La controversia surgió en nuestro país, como consecuencia de la denuncia que interpuso la “Asociación Profesional Elite Taxi” contra Uber, a la que acusaron de estar prestando un servicio de taxis ilegal en la ciudad Condal y una actuación de competencia desleal. Uber alegó en su que su actividad consistía únicamente en poner en contacto a dos iguales a través de la tecnología haciendo de intermediario<sup>13</sup>, y que por lo tanto, no llevaba a cabo una actividad de transporte.

---

únicamente les será aplicable en relación con las normas que regulen la utilización de infraestructuras abiertas y las aplicables por razón de la seguridad en su realización. Podrán darse, en su caso, asimismo, sobre dicho tipo de transportes, las actuaciones públicas previstas en el artículo 14.

<sup>13</sup> Parte de la doctrina sostuvo que Uber presta un servicio de la sociedad de la información. DOMÉNECH PASCUAL, G. (2015). “La regulación de la economía colaborativa (el caso de Uber contra taxi)”. Revista CEFLegal, Núm 175-176, agosto-septiembre, pág. 155-165. BARNÉS, J. (2017). “Un falso dilema: taxi versus Uber”. La Ley Núm 8942, Editorial Wolters Kluwer.

El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona<sup>14</sup> estimó pertinente la solicitud de medidas cautelares y ordenó la cesación y la prohibición de las actividades de “UberPop” en la totalidad del territorio, por considerar que no disponen de una autorización administrativa para desempeñar su labor. Así mismo, el juez de lo mercantil mediante Interlocutoria de 16 de julio de 2015, planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-434/15)<sup>15</sup>, por la siguiente cuestión: Si Uber se considera que presta un servicio propio de la Sociedad de Información, no actúa vulnerando las reglas de la competencia respecto al servicio de transporte que llevan a cabo los taxistas porque, en este supuesto, Uber actuaría ejerciendo una actividad liberalizada de acuerdo con la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Información y Comercio Electrónico<sup>16</sup> y la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio<sup>17</sup>. Ahora bien, si se considera que Uber realiza la actividad de transporte, necesita contar con una autorización para prestar el servicio y en consecuencia, también deberá respetar la normativa en materia de transportes.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en fecha 20 de diciembre del 2017 resolvió dicha cuestión prejudicial aclarando que Uber, desde el momento en el que no sólo se limita a mediar entre un usuario y un transportista, sino que también asume en nombre propio la obligación de llevar a cabo un transporte, está realizando una actividad que debe ser considerada de transporte y por lo tanto está sometida a la normativa propia de los servicios de transportes, aunque no a la normativa que le es de aplicación al servicio de taxis, la cual dispone de una regulación específica<sup>18</sup>.

En definitiva, el Alto Tribunal dictaminó que “UberPop”, la aplicación con la que trabajaban los conductores de Uber antes del veto, no se podía mantener porque se basaba en un sistema de intermediación de viajeros bajo el paraguas del concepto de economía colaborativa, y no exigía a los conductores una licencia VTC, el permiso que regula el transporte privado.

Una vez ha quedado probado que la plataforma Uber presta un servicio de transporte, la cuestión más importante ahora, es determinar la naturaleza jurídica de la relación existente entre los colaboradores que prestan sus servicios en las plataformas autorizadas, porque, sin perjuicio de que las nuevas tecnologías están cada vez más presentes, hay que evitar la existencia de modelos de negocio que generen, no sólo competencia desleal, sino también fraude en la contratación laboral.

### 1.3. ¿Puede una Plataforma Digital llegar a convertirse en empleador o empresario desde la perspectiva del Derecho del Trabajo?

---

14 STC 707/2014, de 9 de diciembre de 2014 (Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Madrid).

15 STC (asunto C- 434/15), del 20 de diciembre de 2017, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

16 “Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Información y Comercio Electrónico”. Boletín Oficial del Estado. Núm. 166, (12 de julio del 2002), pág. 25388 a 25403.

17 “Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los Servicios de la Sociedad de Información en particular el comercio electrónico en el mercado interior”. Diario Oficial de la Comunidad Europea. Núm. 178, (17 de julio de 2000), pág.1-16.

18 TOURINO, A. (2016). “La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal”. Actualidad Civil . Núm. 4, abril 2016. pág. 234 a 242.



Es cierto que la cuestión relativa al estatuto jurídico de los conductores que llevan a cabo el servicio de transporte, es ajena a las cuestiones jurídicas planteadas en la cuestión prejudicial analizada por el TJUE (C-434/15) basada exclusivamente, en calificar si se trata de un servicio de transporte o un servicio de la Sociedad de la Información, el servicio prestado por Uber. Pero desde un punto de vista del trabajador, y en consonancia con la cuestión expuesta en el presente trabajo, nos preguntaríamos si la Plataforma Digital puede llegar a convertirse en empleador o empresario, abriendo así un debate doctrinal<sup>19</sup> sobre el estatuto jurídico del que se denominaría, “trabajador en las plataformas digitales”.

El primer interrogante que se debería resolver, es si el prestador del servicio encaja en el concepto de trabajador "asalariado". El debate preocupa a los laboristas,<sup>20</sup> por la necesidad de articular equilibradamente la nueva realidad económica, con la protección de quienes son trabajadores aunque presten servicios de un modo que se aparta del tradicional o estándar. Y es que no podemos olvidar que la economía de plataformas, se atisba también como un potencial factor de precariedad y extrema atipicidad del trabajo que puede repercutir negativamente en la calidad del empleo<sup>21</sup>, a no ser que se trate de una intervención meramente marginal y puntual por la que reciban una remuneración<sup>22</sup>.

En conclusión, el no respetar la legalidad vigente, puede otorgar una ventaja injusta frente a los que cumplen la normativa, produciendo un falseamiento en la igualdad del mercado. Todos los operadores deben respetar las obligaciones legales que les corresponden, por lo que se debe evitar y perseguir, la adquisición de una posición ventajosa frente a los competidores, que se derive de un incumplimiento de las normas jurídicas<sup>23</sup>. Así pues, aunque el Derecho no sea en sí mismo un factor de innovación, al menos ha de ser un instrumento de integración ordenada de los avances tecnológicos en nuestra vida social<sup>24</sup>, fomentando dichos avances a la vez que protegiendo el mercado.

## 2. LA PRECARIEDAD LABORAL EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES:

### La figura del falso autónomo

---

19 CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017). “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo. Un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo”, CEFLegal, Núm.406, pág.45-46.

20 NAVARRO NIETO, F. (2017). "El trabajo autónomo en las 'zonas grises' del Derecho del Trabajo", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Vol.3, Núm.4, pág.66.

21 CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup>E. (2017). “Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno”, Revista Derecho de las Relaciones Laborales, Núm. 9, pág.876.

22 MOLINA NAVARRETE, C. (2017). El nuevo Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 16117/2015) a la luz de la jurisprudencia comunitaria; Wolters Kluwer, Madrid, pág.119.

23 BERCOVITZ, R.-C. A. (2009). Apuntes de Derecho Mercantil. Navarra: Thomson-Aranzadi.

24 PAREJO ALFONSO, L. (2016) afirma que. “ante el reto de la innovación el derecho debe cumplir su consustancial e irrenunciable función de imponer el orden para evitar que la sociedad se deslice hacia una situación de caos”, Estado y derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantías del Estado social de soberanía limitada. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 157.

Los falsos autónomos podemos definirlos como aquellos trabajadores que están inscritos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos pero que en realidad realizan sus servicios para un empresa como si fueran trabajadores por cuenta ajena, ya que no poseen autonomía en su trabajo, y dependen de las directrices que se impongan por parte del empresario o la dirección de la empresa.

Un ejemplo de ello, lo encontramos en los trabajadores que realizan repartos a domicilio porque, si bien es cierto que utilizan sus propios medios de desplazamiento (bicicletas o motocicletas), todo apunta a que están sujetos a una organización y subordinación.

## 2.1. El vínculo contractual entre los conductores y la plataforma Uber

Una vez quedó probado que la plataforma Uber presta un servicio de transporte, la cuestión más importante ahora, es determinar la naturaleza jurídica de la relación existente entre los conductores que prestan el servicio y dicha plataforma autorizada.

A través del denominado “test de laboralidad”<sup>25</sup>, se puede comprobar si existen en dicha relación, indicios de voluntariedad, dependencia, ajenidad, libertad y retribución<sup>26</sup>. La dependencia propia de las relaciones laborales, la hallamos en el hecho de que Uber es quien fija el precio del trayecto, -cantidad que es abonada directamente a Uber por el usuario-, sin que se admita la libre fijación de precios por los conductores ni la aceptación de propinas. A cambio, Uber asume algo tan relevante como es el riesgo de la actividad; por lo tanto, los costes que puedan provocar las actuaciones fraudulentas de los clientes, o los derivados de la limpieza de los vehículos, o los costes provocados por las quejas de los clientes, -sin perjuicio de que descuenten esos costes, de los importes que abona a los conductores con carácter semanal-, son asumidos en su totalidad por la plataforma.

Así mismo, la relación de dependencia la encontramos el mismo proceso de selección al que deben someterse los que deseen acceder a la plataforma para ser conductores de Uber. Al respecto, la plataforma tiene establecido un proceso de selección consistente en: superar un test de aptitud del conocimiento de la geografía de la ciudad donde presta el servicio de transporte de personas; acreditar disponer de un permiso de conducir válido durante un mínimo de tres años; y que el vehículo que se utilice para la prestación del servicio, disponga de seguro en vigor y no tenga una antigüedad superior a diez años. Por otra parte, resulta significativo el hecho de que Uber disponga de los datos personales de

---

<sup>25</sup> AGOTE, R., (2017) “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, IUSLabor, Núm. 1, 2017, págs. 1-18.

<sup>26</sup> Según el Informe de la Inspección de Trabajo de Cataluña, a pesar del reconocimiento formal de la libertad horaria de que disfruten los conductores, entiende que Uber les impone de manera indirecta, el seguimiento de un horario establecido, al estar sujetos a un sistema de productividad consistente en estar conectados un mínimo número de horas al día o a la semana, que con carácter previo se fija por parte de Uber según su propia conveniencia.

los trayectos y de los pasajeros que hacen dichos trayectos, información que no comparte con los conductores.

Muestra también de su poder de dirección y control son:

El establecimiento de la prohibición de permitir a alguien acceder al software o al servicio, sin previa autorización por escrito de la empresa, o utilizar un conductor que no haya sido autorizado por Uber para realizar la tarea ofrecida por este servicio (considerándose éstas prácticas incumplimiento contractual);

Establecer a los conductores “recomendaciones” sobre la forma de prestación de los servicios que incluyen: vestir de forma profesional, apagar la radio o reproducir música suave durante un servicio, abrir la puerta al cliente o incluso acompañarlo con un paraguas al entrar y salir del vehículo en caso de lluvia. Como afirma VALLECILLO GÁMEZ, M.R., estas recomendaciones constituyen auténticas instrucciones empresariales cuyo fin es estandarizar la prestación de servicio que Uber ofrece a los usuarios<sup>27</sup>.

En relación al tiempo de trabajo, se establece una “prestación de servicios mínima”.

Uber también se reserva la posibilidad de deshabilitar temporal o definitivamente a un conductor cuando éste haya recibido evaluaciones negativas por parte de los usuarios o rechace demasiados servicios (indicio de poder disciplinario).

Y por último, fija los requisitos para la cancelación de trayectos por parte de los conductores.

No existe en consecuencia, la libertad que si existe entre un autónomo y la empresa a la que presta su servicio, es más, lo que sí se produce es la posibilidad de que Uber ejerza el poder disciplinario típico de las relaciones laborales.

A la vista de la concurrencia de todos estos factores o indicios de laboralidad que delatan la existencia de una relación laboral, se concluye que a pesar de que Uber se presente como una simple proveedora de tecnología (plataforma tecnológica), esta organización tiene un negocio de transporte y emplea a los conductores que le proporcionan el trabajo cualificado que ella necesita para prestar sus servicios y conseguir sus beneficios. A esta conclusión de que los conductores que utilizan la aplicación de Uber, son trabajadores de Uber System Spain, también llegó la Inspección de Trabajo española, el 9 de marzo de 2015 cuando declaró textualmente que: “los trabajadores carecen de cualquier tipo de organización empresarial, quedando inscritos ab initio a la estructura y organización de la firma”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> VALLECILLO GÁMEZ, M.R. (2017). “Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad”, contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, (28 de marzo), pág. 10.

<sup>28</sup> GOZZER,S.(2015). “Trabajo dice que los chóferes de Uber son empleados de la firma”, publicado en El País, el 3 de junio de 2015.



## 2.2. El vínculo contractual entre los “riders” y la plataforma Golobo y Deliveroo: Especial referencia a la reciente sentencia de uno de junio del 2019 dictada por el Juzgado de lo Social N° 31 de Barcelona

Es una realidad, que a la innovación tecnológica le ha de seguir la innovación jurídica, pero también es una realidad, que los jueces y tribunales son de ordinario, los primeros en enfrentarse a las consecuencias de los cambios más innovadores, como estamos teniendo ocasión de constatar en este trabajo.

El Derecho está ofreciendo la cobertura básica a las plataformas colaborativas en cuanto servicios de la sociedad de la información. Ahora bien, sin perjuicio de que estas relevantes tareas le incumban al legislador y no al juez, vamos a analizar los asuntos acaecidos en las empresas Deliveroo y Glovo, porque también nos invitan a reflexionar sobre el impacto de la economía colaborativa en el Derecho, en particular en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La cuestión que nos vamos a plantear en primer lugar, es si los repartidores que participan en la actividad de dichas empresas son trabajadores por cuenta ajena, indagando para ello en la jurisprudencia.

Empresas de todos los sectores, se sirven de esta dudosa forma de trabajo autónomo como un ahorro de costes. Entre dichos sectores se encuentran las nuevas formas empresariales sustentadas por la tecnología entre la plataforma y el prestador de servicios como son entre otros, el servicio de repartidor, transportista y conductor.

Actualmente, es un objetivo prioritario de la Inspección de Trabajo investigar esta fórmula para prestar los servicios, ejemplo de ello lo encontramos en la sentencia de fecha uno de junio del 2018, dictada por el Juzgado de lo social número 6 de la ciudad Española de Valencia<sup>29</sup>, en virtud de la cual, los bicimensajeros (riders) de la empresa Roofoods Spain SL (Deliveroo), son considerados trabajadores por cuenta ajena en vez de autónomos.

Es la primera sentencia en España que considera que estos bicimensajeros son “falsos autónomos” y que condena Deliveroo a pagarle al trabajador, una indemnización por despido improcedente o readmitirle. El juez considera que la plataforma no cumplido la legalidad, al denegarle los derechos laborales y no cotizar en el régimen general de la Seguridad Social.

La empresa alegó a su favor, que el objeto del contrato y los servicios son de naturaleza mercantil, porque los “riders” de Deliveroo, trabajan por cuenta propia y tienen la libertad de elegir cuándo y dónde trabajar; además, la compañía exige a los repartidores disponer de vehículo propio para sus desplazamientos. Sin embargo, los argumentos en los que se basa el juzgador de Instancia para declarar la existencia de una relación laboral, son entre otros, el control que la empresa de reparto ejerce a través del Sistema de Posicionamiento Global (en inglés GPS; Global Positioning System), sistema que permite determinar en toda la tierra, la posición de una persona o de un vehículo.

---

29 STC 244/2018, de 1 de junio del 2018, (Juzgado de lo social Núm. 6 de Valencia) LA LEY 52110/2018

El juzgador ha mantenido también, que la empresa es el medio de producción, al no tener el “rider” una estructura empresarial y apoyarse en la aplicación de Deliveroo. Así mismo, considera que es la plataforma la que fija las tarifas, mientras que el demandante trabaja siguiendo las instrucciones de la empresa y bajo las condiciones fijadas unilateralmente por ella, desconociendo el número de pedidos que se hace en cada restaurante. Por otra parte, era Deliveroo quien decidía en qué horario trabajaban cada semana, les daba instrucciones “concretas” y como hemos indicado, tenían geolocalizados a los trabajadores, a quienes podían pedir explicaciones en cualquier momento.

También quedó probado, que una vez asignado un turno a un repartidor, era el propio trabajador el que tenía que encontrar un sustituto, aunque debía contar con la autorización de la empresa para poder proceder al cambio. Asimismo, el “rider”, carecía de libertad dentro de su horario para rechazar pedidos; de hecho, la empresa alegó en reiteradas ocasiones el rechazo de ofertas y la falta de disponibilidad, como causa de extinción de la relación jurídica.

Después de la mencionada sentencia, recientemente, el Juzgado de lo Social número 31 de Barcelona<sup>30</sup> ha condenado de nuevo a la compañía cuya matriz es Roodfoods Spain SL, por “vulneración de los derechos” en el despido de nueve de los repartidores de la plataforma de reparto. El fallo ha estimado parcialmente las demandas presentadas por dichos repartidores, -a excepción del décimo, que abandonó la empresa por su cuenta -, por considerar que existía una relación laboral entre ellos y la empresa. En concreto el juez declaró que: “(...) las inexistentes relaciones mercantiles, deben ser consideradas como despidos.”

Los motivos que llevaron al juzgador a esta conclusión son los siguientes: Por un lado, quedó demostrado que el trabajador realizaba sus funciones a través de una plataforma virtual de la empresa Deliveroo que gestiona y administra a los empleados.

Así mismo, el trabajador carecía de autonomía para gestionar su propia actividad; no se le permitían rechazar pedidos, debía acudir a un punto concreto al inicio del turno y volver una vez entregado el pedido; desconocía la identidad de los clientes que solicitaban el servicio.; y recibía una retribución fija por servicio realizado.

Por último, también fue determinante para el Tribunal considerara la existencia de una relación laboral, que la empresa decidiera siempre el precio de los servicios realizados por el trabajador, con independencia de la facturación.

En relación a las acciones judiciales interpuestas contra Roodfoods Spain SL, es necesario hacer mención a la resolución judicial colectiva, dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de Valencia<sup>31</sup>, a raíz de la demanda interpuesta por la Tesorería General de la Seguridad Social. La sentencia afecta a noventa y siete repartidores, una cuarentena de los cuales se sumaron a la demanda inicial de la Seguridad Social presentada en abril de 2018 y han estado representados por Intersindical Valenciana.

---

<sup>30</sup> STC 193/2019, de uno de junio del 2019, (Juzgado de lo Social Núm. 31 de Barcelona).

<sup>31</sup> STC 197/2019 de 10 de junio del 2019, (Juzgado de lo Social Núm. 5 de Valencia)

En esta ocasión, la justicia ha vuelto a fallar, que los “riders” prestan sus servicios personales, insertos en la organización empresarial a la que pertenecen los medios de producción -la plataforma digital de Deliveroo- conforme a los criterios y repartos que la misma establece y asigna, percibiendo la remuneración, que asimismo establece la empresa.

La jueza concluye, que la relación entre los noventa y siete “riders” empleados en Valencia y la compañía tecnológica es "laboral" y no transacciones entre una empresa y trabajadores autónomos. Así mismo asegura, que "los verdaderos medios de producción en esta actividad no son la bicicleta y el móvil que el repartidor usa, sino la plataforma digital de emparejamiento de oferta y demanda propiedad de la empresa y al margen de la cual no es factible la prestación del servicio".

Esta sentencia colectiva es una nueva victoria, en este caso para la tesis defendida por la Seguridad Social, que tras varias inspecciones a Deliveroo concluyó, que los “riders” no deben tener una relación como trabajadores autónomos, si no que su Seguridad Social debería correr a cargo de la empresa.

Sentencias similares<sup>32</sup> han sufrido empresas como Glovo, resoluciones dictadas en abril del 2019 por el Juzgado de lo social número uno de Madrid en virtud de las cuales, se declara que los mensajeros de la empresa de repartos a domicilio eran falsos autónomos que deberían haber estado contratados laboralmente. La jueza considera pues, que existe una relación laboral entre la plataforma digital y los mensajeros y, además, condena a Glovo por el despido improcedente de los repartidores, ya que el correo electrónico en virtud del cual, la empresa les comunicó la rescisión de sus contratos de colaboración, no especificaba en que consistía la falta grave de profesionalidad alegada.

Para negar la existencia de un vínculo mercantil entre Glovo y los demandantes, la magistrada se remite a los argumentos esgrimidos por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid<sup>33</sup>. Entre los motivos figuran, que la autoría del contrato que firman los repartidores y Glovo está redactado exclusivamente por la empresa, "lo que demuestra la inicial posición de desigualdad entre partes"; que el repartidor no tiene la capacidad de negociar precios con la plataforma, ni con los restaurantes, ni los clientes; y que la propia *app* (aplicación digital) de Glovo (a través de la cual los clientes hacen los pedidos y que conecta a los mensajeros con los restaurantes) es la herramienta fundamental de trabajo, sin la que los repartidores no podrían realizar su trabajo de manera independiente.

Por último señalar, que como el juzgador rechaza que Glovo tenga como actividad principal la intermediación o los servicios de la sociedad de la información, considera que el convenio de aplicación para estos trabajadores sería el del Transporte, en base al cual, se deberá fijar la indemnización por despido improcedente de los tres trabajadores.

---

<sup>32</sup> STC 130/2019 de 4 de abril de 2019 (Juzgado de lo Social Núm. 1 de Madrid); STC 134/2019 de 4 de abril del 2019 (Juzgado de lo Social Núm. 1 de Madrid).

<sup>33</sup> STC 53/2019, de 11 de febrero del 2011 (Juzgado de lo Social Núm. 33 de Madrid).

### 3. CONCLUSIONES

El número de usuarios de las plataformas y los modelos de negocios que conforman la denominada economía colaborativa sigue aumentando y no paran de crecer, por esta razón es relevante la jurisprudencia que se va pronunciando sobre los conflictos que la misma genera, hasta que se acabe de legislar de forma más específica y completa su intervención en el mercado y en las relaciones jurídicas entre particulares, evitando así que su aparición pueda constituir un supuesto de competencia desleal.

Partiendo de la base de que los tiempos cambian y que las nuevas tecnologías están presentes cada vez más, la idea del legislador y del poder judicial debe ser la de prevenir, no sólo modelos que generen competencia desleal; sino también buscar evitar el fraude en la contratación laboral y una situación irregular de los trabajadores, que impliquen verse privados de la protección que les ofrece dicha condición.

Es una realidad, que la crisis económica ha hecho aumentar en efecto, la figura del denominado “Falso autónomo” en las empresas que han buscado así, disminuir el gran coste económico que les supone la contratación de trabajadores, coste que incluye, no sólo el sueldo, sino también la cotización a la Seguridad Social entre otros gastos.

Pero además, hay que tener en cuenta que la actividad laboral supone un riesgo añadido para la salud, que obliga al establecimiento de un marco de protección específica, que trate de paliar los efectos nocivos que el trabajo produce. Las actuaciones públicas van encaminadas en una doble perspectiva. En el aspecto preventivo, para evitar que se produzcan, o al menos minimizar el riesgo (Salud Laboral). En el aspecto prestacional, tratando de restituir la capacidad de ganancia que la pérdida de la salud, y la correspondiente incapacidad laboral, produzca en los trabajadores.

A modo de conclusión, lo que parece estrictamente necesario es legislar estos nuevos modelos de negocio que, si se desarrollan de manera responsable, aportarán una importante contribución a nuestra economía. Para ello se deberán fijar las líneas para que esta revolución tecnológica tenga cabida en nuestro ordenamiento junto con los operadores tradicionales, y la normativa laboral existente, sin obstaculizar la innovación, la creación de empleo y el crecimiento.

### 4. BIBLIOGRAFÍA

AGOTE, R., (2017) “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, *IUSLabor*, Núm. 1, págs. 1-18.

ALLENDE SALAZAR, R. (2017): *Economía colaborativa y promoción de la competencia, en la regulación de la economía colaborativa*. Tirant lo Blanch. Valencia, pág. 235-281.

BARNÉS, J. (2017): “Un falso dilema: taxi versus Uber”. *La Ley* Núm. 8942, Editorial Wolters Kluwer.

- BERCOVITZ, R.-C. A. (2009): *Apuntes de Derecho Mercantil*. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- BOTSMAN, R. & ROGERS, R. (2011): *What's mine is yours: how collaborative consumption is changing the way we live*, London: HarperCollins Publishers, pág. 42.
- CARBONELL PORRAS, E. (2019): "Movilidad colaborativa y servicios de transporte de personas: un análisis desde el derecho administrativo", en Gosálbez Pequeño, H. Director. Régimen Jurídico del Consumo Colaborativo Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, pág. 405-455.
- CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E. (2017): «Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno», *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, Núm.9, pág.876.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): "Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo. Un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo", *CEFLegal*. Núm.406, pág. 45 y ss.
- CHENG, D. (2015): Barriers to growth in the "sharing economy", Next American Economy, Roosevelt Institute, July, 1-14.
- COHEN, B. & KIETZMANN, J. (2014): "Ride on! Mobility business models for the sharing economy", *Organization & Environment*, 27(3), pág. 279-296.
- DE LA ENCARNACIÓN, A.M., (2016): "El alojamiento colaborativo: Viviendas de uso turístico y plataformas virtuales", *REALA, Nueva Época*, 5, gennaio-giugno.
- DERVOJEDA, K., VERZIJL, D., NAGTEGAAL, F., LENGTON, M., ROUWMAAT, E., MONFARDINI, E. & FRIDERES, L. (2013): The sharing economy: accessibility based business models for peerto- peer markets, European Commission Business Innovation Observatory, September.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., (2015): "La regulación de la economía colaborativa (el caso de Uber contra taxi)". *Revista CEFLegal*, Núm 175-176, agosto-septiembre 2015, pág 155-165.
- GOZZER,S. "Trabajo dice que los chóferes de Uber son empleados de la firma", publicado en *El País*, el 3 de junio de 2015.
- LAWRENCE LESSIG, L., (2008): "Remix" (l'edizione in spagnolo di Remix, pubblicata nel 2012 dalla casa editrice Icaria, è frutto di un progetto di traduzione cooperativa distribuita portato a termine da studenti dell'Università di Malaga, coordinati dal prof. Florencio Cabello).
- MIRANDA SERRANO, L.M. (2017): Economía Colaborativa y competencia desleal. ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales? *Revista de Estudios Europeos*. Núm. 70, julio-diciembre, 197-249. págs. 198-210
- MOLINA NAVARRETE, C. (2017): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 16117/2015) a la luz de la jurisprudencia comunitaria*; Wolters Kluwer, Madrid.

NAVARRO NIETO, F. (2017): "El trabajo autónomo en las 'zonas grises' del Derecho del Trabajo", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol.3, Núm.4, pág. 66 y ss.

OWYANG, J., TRAN, C. & SILVA, C. (2013): *The collaborative economy*, Altimeter, United States.

PAREJO ALFONSO, L. (2016). *Estado y derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantías del Estado social de soberanía limitada*. Tirant lo Blanch, Valencia.

Informe de la Inspección de Trabajo de Cataluña de 9 de marzo de 2015 (expediente núm. 8/0025767/14). Sobre la actuación de la ITSS, vid. Blog de E. ROJO TORRECILLA, de 3 de noviembre de 2016, y de 31 de agosto de 2015. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/11/puessi-uber-merece-serobjeto-y-lo.html>.

SORIA BARTOLOMÉ, B. (2017): *Aspectos económicos de la economía colaborativa, a la regulación de la economía colaborativa*. Tirant lo Blanch. Valencia. pág. 67-85.

STOKES, K., CLARENCE, E., ANDERSON, L., & RINNE, A. (2014): *Making sense of the UK collaborative economy*, Nesta, 11.

TRILLO PÁRRAGA, F. (2017) "Relaciones de trabajo en la economía digitalizada", contribución a la Conferencia Nacional OIT "El futuro del trabajo que queremos", Madrid, 28 de marzo, pág. 8.

TOURIÑO, A. (2016) "La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal". *Actualidad Civil*. Núm. 4, abril 2016. pág. 234 a 242.

VALLECILLO GÁMEZ, M.R. (2017) "Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad", contribución a la Conferencia Nacional OIT "El futuro del trabajo que queremos", Madrid, (28 de marzo), pág. 3-12.



# CRÉDITO REVOLVING O ROTATIVO Y USURA

(1ª Parte)

## REVOLVING OR ROTATING CREDIT AND USURE

(Part 1)

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil*  
*Universidad de Castilla La Mancha*

Fecha de recepción: 20 de julio de 2019

Fecha de aceptación: 17 de septiembre de 2019

**RESUMEN:** El crédito revolving como producto crediticio supone la puesta a disposición del cliente de una línea de crédito hasta un límite pactado que se paga de forma aplazada, mediante unas cuotas periódicas fijadas en el contrato, que pueden consistir bien en un porcentaje de la deuda o en una cuota fija que el cliente puede elegir o variar dentro de unos mínimos fijados por la entidad. Estas cuotas que se abonan, pueden volver a formar parte del crédito disponible, renovándose de manera automática a su vencimiento mensual y, sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado. Unos altos intereses remuneratorios derivados, esencialmente, de los mayores riesgos que asumen las entidades crediticias o los establecimientos financieros que los ofertan, al ser fácil su acceso, carecer de garantías, apenas trámites para su concesión y una flexibilidad en su disponibilidad y modalidad de pago, por lo que, sobre tales bases, cabe plantear, si están sujetos a la Ley de Represión de la Usura, tal como ha entendido la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015 y considerarlos nulos por usurarios, o, en su caso, sobre la base de una compatibilidad de la usura con la normativa de protección de consumidores, operar sobre la exigencia del doble control de transparencia. En este contexto, el presente estudio se va a centrar en analizar lo que representan tales créditos revolving, asimismo, la doctrina jurisprudencial fijada en la citada sentencia del Tribunal Supremo, que ha derivado en una importante litigiosidad y divergencia de planteamientos en el seno de nuestras Audiencias Provinciales; la aplicación a estos créditos de la normativa de consumidores y sus consecuencias; la importancia del deber de información precontractual y contractual concretado en un Proyecto de Orden de 2019 que, tiene como objetivo proteger al cliente de estos productos, facilitando un consentimiento informado, y, en fin, concretaremos, como entendemos, se va a sustanciar un futuro pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo atendiendo a la información estadística que publica el Banco de España.

**ABSTRACT:** Revolving credit as a credit product involves making available to the customer up to an agreed limit which is paid on a deferred form, by means of periodic dues fixed in the contract which may consist either of a percentage of the debt or a fixed dues which the client may choose within a fixed minimum by the entity. Has high interest rates, essentially due to the higher risks taken by credit institutions or financial institutions offering them, as they are easily accessible without collateral, hardly any formalities for its concession or a flexibility in its availability and mode of payment, so, on such bases, can be raised, if they are subject to the law of repression of usury as understood by the judgment of the plenary of the civil court of 25 November 2015 and considered as null and as usurious, or, where applicable, on the basis of a compatibility of usury with the regulations consumer protection, operate on the requirement of double transparency control. In the context, the present study will focus on the analysis of what such claims represent, also revolving the case law doctrine set out in the mentioned Supreme Court judgment, which has led to an important litigation and divergence law and its consequences; the importance of the precontractual and contractual reporting duty specified in the Draft Order of 2019, which is intended to protect the customer of these products, providing informed consent, and finally, we will specify how we understand a future pronouncement of our Supreme Court will be substantiated based on the statistical information published by the Bank of Spain.



**PALABRAS CLAVE:** usura, crédito revolving, crédito al consumo, tarjeta de crédito, interés remuneratorio, interés de demora, TAE, control de transparencia, consumidores y usuarios, préstamo.

**KEYWORDS:** usury, revolving credit, consumer credit, credit cards, interest remuneration, interest of delay, APR, transparency control, consumers and users, lending.

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. CONCEPTO, CARACTERES Y DIFERENCIAS CON OTROS PRODUCTOS CREDITICIOS. III. INTERESES REMUNERATORIOS, INTERESES DE DEMORA. Y TASA ANUAL EQUIVALENTE. IV. LA USURA. V. LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2015. NULIDAD POR USUARIO DE UN “CRÉDITO REVOLVING” CONCEDIDO A UN CONSUMIDOR. VI. LA NORMATIVA E INFORMACIÓN ESTADÍSTICA DEL BANCO DE ESPAÑA Y DE OTRAS ORGANIZACIONES Y ASOCIACIONES PRIVADAS (ASNEF, OCU). VII. LA COMPATIBILIDAD DE LA LEY DE REPRESIÓN DE LA USURA Y LA LEGISLACIÓN PROTECTORA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. VIII. PROYECTO DE ORDEN 2019 DE MODIFICACIÓN DE LA ORDEN EHA/2899/2011, DE 28 DE OCTUBRE, DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DEL CLIENTE DE SERVICIOS BANCARIOS, PARA EL ESTABLECIMIENTO DE OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN SOBRE CRÉDITOS DE DURACIÓN INDEFINIDA ASOCIADOS A INSTRUMENTOS DE PAGO. 1 Información precontractual, contratación y consecuencias de su incumplimiento en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo. 2. Contenido del Proyecto de Orden 2019 de modificación de la Orden EHA/2899/2011. IX. CONCLUSIONES. X. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El crédito revolving opera en un mercado independiente frente a la financiación de consumo tradicional y con entidad propia. Se comercializa por entidades bancarias y por establecimientos financieros como alternativa a los créditos personales tradicionales y posibilita al cliente la obtención de una línea de crédito con cierta inmediatividad y flexibilidad en el pago, a la vez que su rotación o carácter revolvente permite una disponibilidad de fondos continua en el tiempo, lo que hace que sea un producto demandado y atractivo para los consumidores, pese a sus altos intereses remuneratorios, gastos y comisiones y, en principio, se destina a compras y gastos puntuales. Ahora bien, su consolidación como un producto más en el mercado crediticio y de fácil e inmediato acceso, ha determinado la frecuencia de su uso en operaciones de consumo habituales. En cierta forma, se puede decir que, ha desplazado a los créditos personales de consumo, que tienen a su favor intereses más baratos.

Como precisa VÁZQUEZ DE CASTRO “el crédito rotativo no es un clásico contrato de préstamo simple o mutuo sino que viene utilizándose como un crédito fácil de pequeñas cantidades o como un medio de paso aplazado”. A lo que añade que “este tipo de créditos resultan de acceso rápido y fácil para los destinatarios que muchas veces tienen noticias del producto a través de la publicidad lanzada por internet (banners) o medios de comunicación (prensa, radio y televisión). Esta publicidad resulta, en ocasiones, bastante agresiva e invita a un consentimiento poco reflexivo”<sup>1</sup>. En todo caso, los destinatarios de estos créditos rotativos pueden ser tanto una persona física como una persona jurídica según el producto que se trate<sup>2</sup>.

Se trata de productos o instrumentos crediticios que, tienen asociado un disponible que coincide con el límite máximo de crédito fijado por la entidad crediticia o el establecimiento financiero. Este límite de crédito disminuye según se va disponiendo de él, mediante adquisiciones de bienes o servicios, disposiciones de efectivo, liquidaciones de intereses y gastos. A su vez, se puede reestablecer tal crédito con abonos. Ahora bien, no se trata de un producto crediticio que, precisamente, se solicita por aquella persona que se encuentra en situación de angustia o necesidad, sino que se destina para cubrir operaciones de consumo de bajo importe, con una facilidad de contratación -pues se puede disponer del crédito mediante llamadas telefónicas<sup>3</sup> o de acceso mediante el uso de una tarjeta expedida por la entidad financiera-, cubren un elevado número de operaciones de créditos de pequeños importes en los que no se prestan garantías ni personales ni reales de devolución de ningún tipo (avales, fianzas, hipotecas), tampoco se exige ninguna vinculación con la entidad crediticia al que se solicita el contrato o emisor de la tarjeta (nominas, domiciliación de recibos o suscripción de seguros); resulta difícil su ejecución procesal al ser costoso litigar por una cantidad deudora relativamente pequeña, a diferencia de

\* Este estudio se estructura en dos partes y se realiza en el marco del Grupo de Investigación UCM: “Derecho de la contratación. Derecho de Daños”. IP. Carmen Muñoz García e Isabel De la Iglesia Monje.

<sup>1</sup> E. VÁZQUEZ DE CASTRO, “Créditos rotativos o “revolving”, crédito abusivo y crédito usurario. Una necesaria diferenciación conceptual ausente en la STS 628/2015, de 25 de noviembre”, *Diario La Ley, número 8701, sección Doctrina, 12 de febrero de 2016*, pp. 1-2.

<sup>2</sup> E. VÁZQUEZ DE CASTRO, “Créditos rotativos o “revolving”, crédito abusivo y crédito usurario. Una necesaria diferenciación conceptual ausente en la STS 628/2015, de 25 de noviembre”, *op. cit.*, p. 2.

<sup>3</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5ª, de 10 de diciembre de 2018 (JUR 2019/38786).

<sup>4</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3ª, de 17 de septiembre de 2019 (JUR 2019/281136).

<sup>5</sup> J. REYNER SERRÀ, “El crédito “revolving” y su precio”, *Revista VLex, número 158, mayo 2017*, p. 3.

<sup>6</sup> D. ENRICH GUILLÉN y M. ARANDA JURADO, *Los créditos revolving y los intereses usuarios*, Bosch, Barcelona 2019, p. 273.

<sup>7</sup> J. Mª. SÁNCHEZ GARCÍA, “El crédito revolving y la litigiosidad generada como consecuencia de una errónea interpretación de la sentencia del TS de 25 de noviembre de 2015”, *Diario La Ley, número 9525, sección Tribunal, 25 de noviembre de 2019*, p. 1.

<sup>8</sup> P. TORO GARCÍA y M. ALEMANY CASTELL, “La problemática de la generalización de la nulidad de contratos revolving y tarjetas con motivo de la aplicación de la antiquísima Ley de Usura”, *Revista VLex, número 179, abril 2019*, pp. 1-2. Asimismo, M. ALMENAR BELENGUER, “Tarjetas bancarias, créditos rápidos y créditos revolving”, en E. VÁZQUEZ DE CASTRO (ed.), *Créditos rotativos o revolving (crédito abusivo de crédito sobre hipotecas y contratos de financiación) conceptos, litigiosidad y jurisprudencia*, STS 628/2015, de 25 de noviembre, *Diario La Ley, número 8701, sección Doctrina, 12 de febrero de 2016*, pp. 1-2. La posibilidad abstracta de fondos que el banco concede al cliente y que surge como a E. VÁZQUEZ DE CASTRO “Créditos rotativos o revolving (crédito abusivo de crédito sobre hipotecas y contratos de financiación) conceptos, litigiosidad y jurisprudencia”, STS 628/2015, de 25 de noviembre”, *op. cit.*, p. 2.

<sup>3</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5ª, de 10 de diciembre de 2018 (JUR 2019/38786).

la que se asume en un préstamo hipotecario o préstamos personales; y, en fin, se opera en un mercado donde existe una tasa elevada de morosidad<sup>4</sup>.

## II. CONCEPTO, CARACTERES Y DIFERENCIAS CON OTROS PRODUCTOS CREDITICIOS.

Para REYNER SERRÀ un crédito revolving o renovable es “una operación por la que se pone a disposición del acreditado un límite que éste puede disponer total o parcialmente para cualquier finalidad que considere oportuna. Puede materializarse a través de tarjeta de crédito o no. A diferencia de los créditos para capital circulante a empresas, en el caso de las operaciones a particulares, puede establecerse también una cuota periódica cuyo montante se compone de una parte de gastos, en su caso (por ejemplo, un seguro), intereses y por el resto, devolución del capital”<sup>5</sup>. Por su parte, ENRICH GUILLÉN y ARANDA JURADO definen el crédito revolving como “una línea de crédito concedida por una entidad financiera a un cliente, con un límite del que puede disponer durante un tiempo determinado”<sup>6</sup>. Asimismo, SÁNCHEZ GARCÍA señala que, el crédito personal revolving consiste en “un contrato de crédito que le permite al prestatario hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o mediante el uso de tarjeta de crédito”<sup>7</sup>.

En esta línea, precisan TORO GARCÍA y ALEMANY CASTELL que, es “un contrato a través del cual la entidad financiera (prestamista) pone a disposición del consumidor (prestatario) una cantidad de dinero que, este puede ir utilizando o de la que puede ir “disponiendo”, sin necesidad de justificar el destino, hasta un límite máximo autorizado, a través de una tarjeta, en unas ocasiones (medio de disposición), o a través de la solicitud de nuevos importes – dentro del límite máximo aprobado por la prestamista- mediante llamadas telefónicas o por medios telemáticos (on line, por sms), y cuya devolución o amortización se realiza a través del pago de mensualidades, aplicándose a la cantidad dispuesta el tipo de interés anual (TIN) pactado en el contrato. Este TIN se refiere siempre al interés remuneratorio”<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3ª, de 17 de septiembre de 2019 (JUR 2019/281136).

<sup>5</sup> J. REYNER SERRÀ, “El crédito “revolving” y su precio”, *Revista VLex*, número 158, mayo 2017, p. 3.

<sup>6</sup> D. ENRICH GUILLÉN y M. ARANDA JURADO, *Los créditos revolving y los intereses usuarios*, Bosch, Barcelona 2019, p. 273.

<sup>7</sup> J. Mª. SÁNCHEZ GARCÍA, “El crédito revolving y la litigiosidad generada como consecuencia de una errónea interpretación de la sentencia del TS de 25 de noviembre de 2015”, *Diario La Ley*, número 9525, sección Tribunal, 25 de noviembre de 2019, p. 1.

<sup>8</sup> P. TORO GARCÍA y M. ALEMANY CASTELL, “La problemática de la generalización de la nulidad de contratos revolving y tarjetas con motivo de la aplicación de la antiquísima Ley de Usura”, *Revista VLex*, número 179, abril 2019, pp. 1-2. Asimismo, M. ALMENAR BELENGUER, “Tarjetas bancarias, créditos rápidos y créditos revolving”, en C. del Carmen Castillo Martínez (dir.), J.L. Fortea Gorbe (coord.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 345 se configura como “un contrato atípico y autónomo, cuya esencia radica en la disponibilidad abstracta de fondos que el banco concede al cliente y que surge como alternativa al préstamo tradicional para satisfacer ciertas necesidades de los clientes de los bancos, cuando precisaban financiación sin poder concretar el importe y el momento exactos”.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1ª, de 21 de junio de 2019 (JUR 2019/235157) señala que los contratos *revolving* (apertura de crédito o tarjetas) son unos “contratos en los que se dispone de un límite de crédito determinado que, puede devolverse a plazos, a través de cuotas periódicas. Éstas pueden establecerse como un porcentaje de la deuda existente o como una cuota fija; cuotas periódicas que se pueden elegir y cambiar dentro de unos mínimos establecidos por la entidad”.

Al tratarse de un crédito revolving se puede asociar o no a una tarjeta de crédito para realizar los pagos. Lo habitual es que se incorpore el crédito a una tarjeta que funciona como soporte del crédito, facilitando con ello su uso, al permitir la disponibilidad de fondos en cajeros automáticos. En todo caso, se trata de una tarjeta complementaria de la tarjeta de crédito o débito<sup>9</sup>. De todas formas, recordemos que, las disposiciones de fondos también pueden realizarse mediante una simple llamada telefónica.

Para CARRASCO PERERA y CORDÓN MORENO la tarjeta revolving es “una tarjeta de crédito de pago o débito diferido en el que se cobran intereses (remuneratorios) solo si el cliente decide aplazar el pago más allá del tiempo previsto de devolución (un mes por ejemplo) y que con el reembolso o reembolsos sucesivos, se retroalimenta el crédito siempre hasta el límite de la cantidad concedida como si se tratara de una línea de crédito permanente”<sup>10</sup>.

En la Memoria de Reclamaciones del Banco de España de 2018 las tarjetas revolving son “una tipología especial de tarjetas de crédito. Su principal característica es el establecimiento de un límite de crédito cuyo disponible coincide inicialmente con dicho límite, que disminuye según se realizan cargos (compras, disposiciones de efectivo, transferencias, liquidaciones de intereses y gastos y otros) y se repone con abonos (pago de los recibos periódicos, devoluciones de compras, etc.)”<sup>11</sup>. Asimismo, se indica en la citada Memoria de Reclamaciones que “las tarjetas de crédito, en general, pueden adoptar dos modalidades: 1. Las de pago o débito diferido en las que el saldo derivado de la utilización de la tarjeta se carga –normalmente a fin de mes– en la cuenta vinculada, sin que se perciban habitualmente intereses por este aplazamiento del pago; 2. Las de crédito con pago aplazado, que suelen devengar intereses día a día, liquidables mensualmente, a favor del banco, al tipo nominal mensual que figure en las condiciones particulares del contrato”<sup>12</sup>.

Lo cierto es que los créditos revolving o tarjetas revolving son una forma de pago aplazado que, como señala VAZQUEZ DE CASTRO pueden operar de dos formas: “1. Pago de una cantidad fija cada mes: que es la opción que permite al deudor una “planificación financiera” de los pagos más sencilla. En la liquidación mensual suelen operar dos parámetros: uno de mínimos, para que el recibo mensual tenga un importe de al menos una cantidad suelo de euros y otro de máximos, por el que el importe del recibo no puede exceder del 50% de la deuda pendiente; 2. Pago de un porcentaje de la deuda pendiente, debiendo encontrarse éste entre el 3% y el 50%”<sup>13</sup>.

Por otra parte, en la citada Memoria de Reclamaciones del Banco de España se destacan las principales características atribuidas a este tipo de

---

<sup>9</sup> E. VÁZQUEZ DE CASTRO, “Créditos rotativos o “revolving”, crédito abusivo y crédito usurario. Una necesaria diferenciación conceptual ausente en la STS 628/2015, de 25 de noviembre”, *op. cit.*, p. 2.

<sup>10</sup> Á. CARRASCO PERERA Á., y F. CORDÓN MORENO, *Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving*, Cuadernos Civitas, Civitas Thomson Reuters, Navarra 2019, p. 78. Para M. ALMENAR BELENGUER, “Tarjetas bancarias, créditos rápidos y créditos revolving”, *op. cit.*, p. 347 las tarjetas revolving “son instrumentos de pago, con o sin soporte físico –en cuyo caso se habla de “tarjetas virtuales” para pagos en línea–, emitidos por una entidad financiera o un comercio que permiten realizar un pago sin disponer de dinero en efectivo, cargándose acto seguido el pago en la cuenta designada por el cliente”.

<sup>11</sup> Memoria de Reclamaciones del Banco de España 2018, p. 357.

<sup>12</sup> Memoria de Reclamaciones del Banco de España 2018, p. 356.

<sup>13</sup> E. VÁZQUEZ DE CASTRO, “Créditos rotativos o “revolving”, crédito abusivo y crédito usurario. Una necesaria diferenciación conceptual ausente en la STS 628/2015, de 25 de noviembre”, *op. cit.*, p. 2.

tarjetas revolving así se indica: “1. La posibilidad de activar un crédito revolving. Frecuentemente ofrecen la posibilidad de operar alternativamente con la modalidad de pago, diferido a fin de mes, 2. La modalidad de pago asociada al crédito revolving. Estas tarjetas permiten el cobro aplazado mediante cuotas que pueden variar en función del uso que, se haga del instrumento de pago y de los abonos que se realicen en la cuenta de crédito asociada; mientras que, en las estrictamente de crédito, se abonan de una vez las cantidades adeudadas, o bien se establecen cuotas fijas hasta el total abono de los intereses y la amortización de la financiación solicitada, como sí de un préstamo se tratara; 3. La reconstrucción del capital que se debe devolver en el crédito revolving. Las cuantías de las cuotas que el titular de la tarjeta abona de forma periódica, vuelven a formar parte del crédito disponible del cliente, por lo que constituye un crédito que se renueva de manera automática a su vencimiento mensual, de tal forma que en realidad es un crédito rotativo equiparable a una línea de crédito permanente y sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado. Adicionalmente, si se producen impagos, la deuda impagada se capitaliza nuevamente con devengo de intereses”<sup>14</sup>

Efectivamente, el principal elemento que, caracteriza a estos instrumentos crediticios frente a otros con pago a fin de mes es la existencia de un crédito revolvente, esto es, su carácter rotativo o renovable. Así el consumidor además de poder disponer de aquellas cantidades que considere necesarias, siempre que no supere el límite máximo de crédito concedido por el establecimiento financiero, y sin tener que abonar la totalidad de lo dispuesto a fin de mes, pues solo ha de pagar el crédito dispuesto de forma aplazada mediante cuotas fijadas en el contrato –que pueden consistir, tal como se ha señalado, en un porcentaje de la deuda (con un mínimo según contrato) o una cuota fija que el cliente puede elegir y cambiar dentro de unos mínimos fijados por la entidad-; puede, asimismo, el titular de este instrumento crediticio hacer que, las cuantías de las cuotas que, abona de forma periódica, vuelvan a formar parte del crédito disponible por él mismo, por lo que constituye un crédito que se renueva de forma automática a su vencimiento mensual, mediante aportaciones o abonos. En realidad se trata de un crédito rotativo equiparable a una línea de crédito permanente, y, se aplica el interés pactado sobre el capital dispuesto. Adicionalmente, si se producen impagos, la deuda impagada se capitaliza nuevamente con devengo de intereses<sup>15</sup>. En todo caso, esta peculiar característica “revolvente” del crédito tiene sus consecuencias, así, por un lado, si se paga una cuota mensual de bajo importe, la amortización del principal se realizará en un periodo de tiempo muy prolongado, lo que puede derivar en que se tengan que pagar muchos intereses, esto es, el pago total de una cifra elevada de intereses a medio y a largo plazo; y, por otro, que no es posible emitir un cuadro de amortización previo (como si sucede cuando se contrata un préstamo), al variar la deuda y, por ende, las cuotas mensuales a pagar.

A estas características señaladas ENRICH GUILLÉN y ARANDA JURADO añaden las siguientes: “a) La entidad financiera que lo concede fija un

---

<sup>14</sup> Memoria de Reclamaciones del Banco de España 2018, pp. 357-358.

<sup>15</sup> En este sentido, se expresa la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1ª, de 21 de junio de 2019 (JUR 2019/235157) cuando afirma que la peculiaridad de este crédito reside en que “la deuda derivada del crédito se “renueva” mensualmente: disminuye con los abonos que se hacen a través del pago de las cuotas, pero aumenta mediante las peticiones de numerario o el uso de la tarjeta (pagos, reintegros en cajero), así como con los intereses, las comisiones y otros gastos generados, que se financian conjuntamente”.



importe máximo del que el usuario puede disponer así como el plazo durante el cual puede hacerlo; b) Para su formalización no se requiere intervención del fedatario público; c) Para su concesión no se exigen garantías distintas de las de los titulares del crédito; d) Tampoco requieren de ningún tipo de justificación de la finalidad del mismo, por parte del titular, lo que lo hace muy atractivo para los consumidores; e) El usuario puede disponer de manera inmediata del crédito; f) Es flexible, lo que se traduce en la posibilidad que tiene el consumidor de disponer de manera permanente de la parte de la línea de crédito no dispuesto, haciendo posible que pueda atender necesidades inesperadas; g) Es posible la devolución anticipada del crédito sin necesidad de cumplir con la fecha de vencimiento, sin que se establezca por parte de la entidad prestataria de una comisión de cancelación anticipada o de cancelación total; h) Al menos en el caso de créditos revolving a particulares, no suele establecerse por la entidad prestataria ningún tipo de comisión por indisponibilidad del crédito; i) No se establece un número máximo de disposiciones por parte de su titular; j) El usuario paga solo intereses deudores aplicados a la parte del crédito de la que haya dispuesto; k) Admite el pago aplazado, posibilitando que el usuario pueda establecer la cuota que desea pagar mensualmente. También se le da la posibilidad que opte por amortizar mensualmente el porcentaje de la deuda (suele fijarse entre el 3% y el 50%); y l) El tipo de interés que se aplica es distinto en función de la cantidad de la que se dispone”<sup>16</sup>.

Sobre tales bases, procede señalar que, precisamente, el funcionamiento revolving consiste en la disposición de un crédito con un límite determinado que, suele oscilar entre 600 y 6.000 euros, aunque algunas entidades llegan a permitir u ofrecer hasta 30.000 euros, cuya amortización se efectúa en cuotas mensuales abonadas al banco o el establecimiento financiero concedente, contando con un tipo de interés remuneratorio generalmente más elevado que, el correspondiente a los préstamos personales, motivado, esencialmente, por el mayor riesgo que asumen las entidades concedentes de tales créditos ante la financiación que, otorga<sup>17</sup>. Por otra parte, en los términos apuntados, en esta tipología de créditos o tarjetas revolving, el titular puede disponer hasta el límite de crédito concedido mediante un pago aplazado de las cuotas periódicas fijadas en el contrato que, pueden consistir bien en un porcentaje de la deuda – con un mínimo establecido en el contrato-, bien mediante una cuota fija que el cliente puede elegir y cambiar dentro de unos mínimos pactados con la entidad.

Como hemos indicado, estamos ante una operación de crédito que permite al cliente una cierta flexibilidad en la satisfacción de sus necesidades de consumo, al darle la posibilidad de disponer en cualquier momento del crédito con el límite máximo impuesto, y en el plazo pactado. Asimismo, se permite al cliente tanto realizar pagos cuando lo considere oportuno, que reducen el límite del importe adeudado, como abonos o reintegros que, reestablecen el límite del crédito en proporción a la cantidad abonada<sup>18</sup>; si bien,

---

<sup>16</sup> D. ENRICH GUILLÉN y M. ARANDA JURADO, *Los créditos revolving y los intereses usuarios*, *op. cit.*, pp. 273-274.

<sup>17</sup> Vid., la Memoria de Reclamaciones del Banco de España 2018, p. 358.

<sup>18</sup> E. VÁZQUEZ DE CASTRO, “Créditos rotativos o “revolving”, crédito abusivo y crédito usurario. Una necesaria diferenciación conceptual ausente en la STS 628/2015, de 25 de noviembre”, *op. cit.*, p. 2; J. REYNER SERRÀ, “El crédito “revolving” y su precio”, *op. cit.*, p. 4; M. ALMENAR BELENGUER, “Tarjetas bancarias, créditos rápidos y créditos revolving”, *op. cit.*, pp. 345-346 que precisa que, tanto en el caso de disposición de la cantidad pactada

solo se pagan intereses remuneratorios por la parte del crédito de la que efectivamente se ha dispuesto.

Esta flexibilidad y amplia disponibilidad crediticia exigen a las entidades de crédito o establecimientos financieros un mayor “requerimiento” financiero de fondos líquidos en la cuantía suficiente para atender en todo momento a las sucesivas disposiciones actuales o potenciales de capital que, los prestatarios/clientes puedan realizar. No olvidemos que, éstos puede operar sobre el crédito concedido, disponiendo de él en cualquier momento que necesiten dinero, si bien, dentro del límite establecido; e, igualmente, pueden realizar adeudos en cualquier momento por las cantidades que consideren pertinente sin esperar a la fecha de vencimiento, frente a lo que sucede con otras formas de financiación como los préstamos y demás créditos al consumo. Ciertamente, la propia operatividad del crédito revolving obliga a las entidades financieras a dotarse de unos mayores recursos propios, de tener una mayor solvencia, tal como prevé la Ley 10/2014, de 26 de junio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito –artículos 39 a 48-; todo ello, como hemos indicado, para cubrir también una disponibilidad potencial del crédito concedido por el cliente. Esta mayor exigencia de liquidez versus solvencia obliga, sobre todo a los establecimientos financieros, al mantenimiento de un volumen adecuado de recursos o fondos propios proporcional a los riesgos asumidos –tanto por la parte dispuesta del crédito como por la parte potencialmente disponible (riesgo potencial)-, que habrán de ser cubiertos con las correspondientes provisiones. Además no podemos olvidar que, a diferencia de los créditos al consumo o préstamos personales en los que existe un calendario de pagos prefijados, siendo previsible la evolución financiera del producto crediticio, en los créditos revolving se carece de dicha previsión, al ser flexible la disponibilidad<sup>19</sup>

Por otra parte, los establecimientos financieros, conforme al artículo 6.4 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, no pueden captar fondos reembolsable del público, por lo que la forma de financiarse opera por otros cauces, bien mediante la emisión de valores negociables conforme la normativa del Mercado de Valores, bien titulizando sus activos, o bien mediante créditos o préstamos provenientes de entidades de crédito<sup>20</sup>. En cambio, las entidades de crédito pueden disponer de tales fondos a través de las cuentas corrientes de ahorro o depósitos de sus clientes. Ciertamente, conviene recordar que, estos créditos pueden ser concedidos tanto por establecimientos financieros como por entidades de crédito a sus propios clientes o también a aquellos otros con los que no tiene ninguna vinculación.

---

como en el caso de reintegros dentro del límite pactado “es frecuente que se use como soporte una cuenta corriente donde se anotan las disposiciones y reintegros, por lo que se le da el nombre de “contrato de crédito en cuenta corriente”. En esta línea, R. FUENTES DEVESA, “Créditos y préstamos revolving”, en C. del Carmen Castillo Martínez (dir.), J.L. Fortea Gorbe (coord.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 1099 para quien, “el límite del crédito “rota”, es decir, se reduce o disminuye al mismo ritmo en que el cliente lo va utilizando y aumenta o restablece a la vez que el cliente realice pagos para devolverlo”.

<sup>19</sup> En esta línea, J. REYNER SERRÀ, “El crédito “revolving” y su precio”, *op. cit.*, pp. 4-5.

<sup>20</sup> Dispone el artículo 6.4 que “Los establecimientos financieros de crédito no podrán captar fondos reembolsables del público. No obstante, la captación de fondos reembolsables mediante emisión de valores sujeta a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y sus normas de desarrollo, podrá efectuarse con sujeción a los requisitos y limitaciones que para estos establecimientos se establezcan específicamente. Los establecimientos financieros de crédito podrán titularizar sus activos, de acuerdo con lo que prevea la legislación sobre fondos de titulización”. Vid., asimismo, REYNER SERRÀ, “El crédito “revolving” y su precio”, *op. cit.*, p. 8.



Al igual que, los créditos al consumo se debe evaluar la solvencia del cliente (scoring), si bien, en los créditos revolving resulta menos exigente, apenas se requiere documentación al solicitante (DNI, nómina o declaración de haberes y rellenar un formulario), y, además se tiene una menor información de su historial crediticio, pues, como hemos indicado, se pueden conceder por establecimientos financieros, o entidades de crédito con los que no tiene ninguna vinculación o relación clientelar. Si bien, se pueden utilizar los datos de solvencia negativos que, publicita la CIRBE, acceder a los ficheros de morosos, los datos de solvencia positivos que ofrecen determinadas entidades, o, en fin, se puede obtener dicha información del propio cliente, o utilizar la tecnología del Big Data para obtener un sistema de evaluación automática de las solicitudes de tales operaciones de crédito<sup>21</sup>.

En este contexto, el crédito revolving se ha de diferenciar del préstamo con intereses o mutuo que, es una operación en el que el capital prestado se entrega, habitualmente, de una sola vez y se amortiza en una serie de pagos periódicos (cuotas) sin que se pueda volver a disponer del capital. Se vincula la mayoría de las veces a una finalidad concreta<sup>22</sup>.

JIMÉNEZ MUÑOZ define el mutuo o simple préstamo como “el contrato por el que una de las partes (prestamista o mutuante) entrega a la otra (prestatario o mutuuario) cosas fungibles, adquiriendo ésta su propiedad y estando obligada a devolver otra tanto de la misma especie y calidad (artículo 1753 del Código Civil)”<sup>23</sup>. Para DE VERDA Y BEAMONTE se puede conceptuar el contrato de mutuo como “aquél por el que una persona recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiriendo su propiedad y obligándose a devolver otra tanto de la misma especie y calidad”<sup>24</sup>. Asimismo, para LASARTE ÁLVAREZ se denomina mutuo o, sencillamente, préstamo “al contrato por virtud del cual una persona (prestamista o mutuante) entrega a otra (prestatario o mutuuario) dinero u otra cosa fungible, para que se sirva de ella

---

<sup>21</sup> El artículo 14 de la LCCC, siguiendo la línea marcada por la Ley 2/2011, de 14 de marzo de Economía Sostenible, regula la obligación de evaluar la solvencia del consumidor antes de celebrar el contrato –deber precontractual-. A tal fin dispone que “1. El prestamista, antes de que se celebre el contrato de crédito, deberá evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión del crédito, a los que se refiere el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha Ley Orgánica y su normativa de desarrollo –actual artículo 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales-. En caso de las entidades de crédito, para la evaluación de la solvencia del consumidor se tendrán en cuenta, además, las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables según su legislación específica. 2. Si las partes acuerdan modificar el importe total del crédito tras la celebración del contrato de crédito, el prestamista deberá actualizar la información financiera de que disponga sobre el consumidor y evaluar su solvencia antes de aumentar significativamente el importe total del crédito”.

En el mismo sentido, se manifiesta el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011 para “cualquier contrato de crédito o préstamo”, antes de que se celebre el contrato.

<sup>22</sup> J. REYNER SERRÀ, “El crédito “revolving” y su precio”, *op. cit.*, p. 3.

<sup>23</sup> FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, en M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 48.

<sup>24</sup> J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Comentario al artículo 1753 del Código Civil”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. VIII*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 11981. Asimismo, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho Civil*, vol. II Derecho de Obligaciones, en C. Martínez De Aguirre (coord.), reimpresión de la 4ª ed., Colex, Madrid 2016, p. 252 señala que se denomina préstamo o mutuo “el contrato en cuya virtud uno de los contratantes entrega al otro dinero u otra cosa fungible, con condición de recibir otro tanto de la misma especie y calidad (artículo 1740 del Código Civil)”.

Por su parte, la Ley 532.II del Fuero Nuevo de Navarra dispone al respecto que “quien recibe una cantidad de cosa fungible en préstamo puede disponer libremente de ella y queda obligado a restituir una cantidad igual, del mismo género y calidad”.

y devuelva después otro tanto de la misma especie y calidad (artículo 1753)”<sup>25</sup>. El mutuo se regula, además de la disposición general del artículo 1740, por los artículos 1753 a 1757 del Código Civil. Asimismo, el préstamo mercantil se regula en los artículos 311 a 324. Conforme al artículo 311 el préstamo será mercantil, si alguna de los contratantes fuera comerciante y que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio; por lo que, no lo será el préstamo a un comerciante que, lo destine a actos o utilidades extracomerciales; y, sí lo será, en cambio, el realizado por un comerciante donde el prestatario, aun no siendo comerciante, destine lo prestado a operaciones mercantiles, como realizar una operación bursátil. Igualmente, será mercantil el préstamo realizado con garantía de efectos cotizables, hecho en póliza con intervención de agentes colegiados (hoy, de notario) o en escritura pública (artículo 320)<sup>26</sup>; y según precisa la doctrina mercantilista los préstamos concedidos por entidades de crédito son, en todo caso, mercantiles al tratarse de contratos bancarios. Sin embargo, como matiza acertadamente ORDÁS ALONSO, un préstamo, en cuanto operación realizada por una entidad de crédito, sólo será mercantil si la suma prestada se destina a la realización de actos de comercio, revistiendo por el contrario carácter civil si su objeto se destina al uso del que lo recibe. Por tanto, no será mercantil si quien lo recibe es un consumidor; y, asimismo, sobre la base de tales consideraciones tendrá carácter civil tanto el préstamo al consumo, como el préstamo o crédito hipotecario<sup>27</sup>. Como expresamente declara el artículo 1753 del Código Civil el prestamista transfiere la propiedad del dinero o cosa fungible al prestatario que, adquiere la propiedad. Es, por tanto, un contrato traslativo de dominio. Por otra parte, el mutuo puede ser gratuito u oneroso, siendo el primer supuesto cuando el prestatario nada ha de dar a cambio de los bienes cedidos; mientras que, será oneroso el préstamo con intereses, en el que el prestatario deberá devolver, además de la cantidad recibida, el equivalente de la utilidad proporcionada por el prestatario, representada por los intereses remuneratorios.

Asimismo, el mutuo es un contrato de devolución temporal, pues, se fijará un término en el que se deba realizar la restitución. Sin embargo, el contrato no es nulo cuando no se ha determinado el plazo para la restitución del capital y los intereses, si fuera oneroso, sino que procede la aplicación del artículo 1128 del Código Civil conforme al cual “si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél”. Respecto a los préstamos mercantiles habrá que estarse a lo dispuesto en el artículo 313 del Código de Comercio según el cual “en los préstamos por tiempo indeterminado, o sin plazo marcado de vencimiento, no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiere hecho”.

---

<sup>25</sup> C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, III Contratos, décimo octava edición, Marcial Pons, Madrid 2016, p. 302.

<sup>26</sup> R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Comentario al artículo 1740 del Código Civil”, en C.Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo y P. Salvador Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil, T. II*, Secretaria Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 1602.

<sup>27</sup> M. ORDÁS ALONSO, “Comentario al artículo 1753 del Código Civil”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2009, p. 2000. En la misma línea, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho Civil*, op. cit., p. 253.

El prestamista o mutuante es quien entrega una cantidad de dinero u otra cosa fungible, esto es, transmite la propiedad del dinero o cosa fungible a la otra parte; y en ausencia de una regulación específica, ésta necesitará capacidad para contratar y tener poder de disposición sobre la cosa<sup>28</sup>. El prestatario o mutuuario es quien recibe la propiedad del dinero o cosa fungible y queda obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad; obviamente no podrá restituir el bien recibido, ya que éste carece de individualidad y por su carácter fungible. El menor emancipado no podrá tomar dinero a préstamo sin consentimiento de sus padres y a falta de ambos, el de su curador (artículo 323 del Código Civil). La misma limitación tiene el menor que ha obtenido judicialmente el beneficio de la mayoría de edad. Y el tutor necesitará autorización judicial para tomar dinero a préstamo (artículo 272.5 del Código Civil).

El mutuo o simple préstamo ha de tener por objeto dinero u otras cosas fungibles a tenor de lo dispuesto en el artículo 1740.1 del Código Civil, esto es, pueden ser objeto de dicho contrato los bienes que pueden ser sustituidos por otros de la misma especie y calidad, sin que ninguna de las partes se vea perjudicado por ello.

No existe en el Código Civil ninguna regla que permita afirmar que, el contrato de préstamo es un contrato formal, siendo la regla general la libertad de forma (artículo 1278 del Código Civil).

Ahora bien, una parte importante de los préstamos personales a personas físicas son los llamados préstamos o créditos para consumo que, se regulan en la Ley 16/2011, de 24 de junio de Contratos de Crédito al Consumo (en adelante, LCCC). Para que resulte de aplicación la citada Ley, los préstamos o créditos concedidos deben cumplir con los requisitos subjetivos y objetivos contenidos en la misma. Así, en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, se indica que el prestamista puede ser cualquier persona física o jurídica que, concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional (artículo 2.2), lo que incluye a las entidades de crédito, mientras que el prestatario es una persona física que actúa al margen de su actividad comercial o profesional, con el propósito de satisfacer una necesidad de consumo. La LCCC define al consumidor como “la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional” (artículo 2.1). Además la ley contempla la figura del “intermediario del crédito” como sujeto que, con carácter profesional y remunerado, presenta u ofrece los contratos, los celebra en nombre del prestamista o asiste a los consumidores en los trámites previos. En cuanto al ámbito objetivo de aplicación, la cantidad financiada oscila entre 200 y 75.000 euros. Si el importe del crédito supera este máximo, únicamente resultará aplicable a estos contratos lo dispuesto en los artículos 1 a 11, 14, 15 y 32 a 36 de la citada Ley (artículo 4.5); el reembolso de lo financiado es aplazado.

Al respecto quedan expresamente excluidos los contratos en los que el reembolso único del capital deba realizarse en un plazo máximo de tres meses, siempre que han sido concedidos libres de intereses y gastos, o con gastos que no excedan en su conjunto del 1% del importe total del crédito. Habitualmente

---

<sup>28</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho Civil, op. cit.*, p. 253; para C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, op. cit.*, p. 302 sin embargo, no podrá requerirse (en términos lógicos y sobre todo, prácticos) que el prestamista tenga una especial facultad de disposición sobre las cosas que son objeto de préstamo.

el crédito es oneroso. Se excluyen, asimismo, los contratos en los que su TAE es nula, salvo en el caso de “contratos vinculados” –aquellos en los que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes o a la prestación de servicios específicos constituyendo ambos contratos una unidad comercial-, en los cuales se presumirá, salvo pacto en contrario, que el prestamista y el proveedor de bienes o servicios han pactado una retribución por la que este abonará a aquel una cantidad por la celebración del contrato. También se excluyen los contratos de crédito garantizado con hipoteca inmobiliaria; los contratos de arrendamiento o de arrendamiento financiero en los que no se establezca una obligación de compra del objeto del contrato por el arrendatario no en el propio contrato, ni en otro aparte; y, los contratos de crédito concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tenga que reembolsarse en el plazo máximo de un mes (artículo 3).

Por otra parte, la LCCC en su artículo 16.1 prevé que, los préstamos sujetos a su ámbito de aplicación, concedidos a consumidores deberán constar “por escrito, en papel o soporte duradero y se redactarán con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado” bajo pena de anulabilidad del contrato (artículo 21.1).

Por último, cabe señalar que, en materia de transparencia bancaria, en lo no previsto en la LCCC, a los préstamos o créditos les será de aplicación lo previsto en el Título I y en el Capítulo I del Título III de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, según preceptúa su artículo 33 (“Normativa de transparencia de los créditos al consumo”).

Sobre tales bases, REYNER SERRÀ señala la diferencia entre estos préstamos o créditos al consumo respecto a los créditos revolving. Así fija los siguientes: “1. El crédito revolving presenta frente al préstamo, una flexibilidad en forma de disponibilidad permanente de la parte no utilizada que, permite al acreditado su uso para satisfacer sus necesidades según se presenten; 2. En el crédito, a medida que se va pagando, se puede reutilizar hasta el límite y vencimiento establecidos. El préstamo no puede reutilizarse una vez amortizado total o parcialmente por cualquier importe; 3. El crédito puede acompañarse (o no) a través de una tarjeta. El hecho de emitir la tarjeta permite al usuario otras facilidades, como por ejemplo, las disposiciones en efectivo en cajeros automáticos. Obviamente, no es el caso del préstamo; 4. El crédito no requiere normalmente la justificación de las necesidades, basta con la existencia del límite suficiente. En cambio en el préstamo, la justificación de la necesidad de los fondos es una parte importante del estudio de la operación; 5. El crédito permite la devolución anticipada sin esperar al vencimiento mientras que el préstamo suele exigir la contraprestación a dicha facilidad en forma de una comisión de cancelación anticipada. En el caso de cuentas de crédito revolving a particulares, a diferencia de las de empresas, no suele ser habitual la existencia de una comisión por indisponibilidad; 6. Llegado el vencimiento de la operación, previa solicitud del acreditado y estudio del prestamista, el crédito puede renovarse por un nuevo plazo por el mismo o diferente límite en función del análisis realizado por la entidad financiera prestamista; 7. En el crédito, los intereses se pagan en función del grado de utilización del límite. En el préstamo se pagan por la totalidad del principal

pendiente en cada momento; 8. El plazo del crédito suele ser más corto que el de un préstamo aunque, como se ha dicho, puede procederse a su renovación por el mismo o diferente límite; 9. El importe unitario medio de la operación de crédito revolving es habitualmente menor que el importe medio del préstamo; 10. El crédito revolving puede concederse tanto por los bancos como por establecimientos financieros de crédito (EFCs también conocidos como “financieras”)<sup>29</sup>.

Por su parte, CARRASCO PERERA y CORDÓN MORENO destacan que, aunque la financiación con tarjeta de crédito es una forma de crédito al consumo, sin embargo, se trata de una modalidad muy distinta de la de los préstamos personales y sus diferencias son evidentes. Así indican: “1. El préstamo personal se otorga con una evaluación previa de solvencia del prestatario, las tarjetas de crédito no asociadas a un préstamo personal pueden o no otorgarse después de una evaluación del cliente, pero en todo caso bastante somera, porque la entidad sabe que la evaluación aquí y ahora no vale para predecir la situación económica en una previsión temporal normalmente larga, indefinida en principio; 2. El crédito concedido por medio de un préstamo al consumo es un crédito finalista, lo que permite a la entidad prestamista una más correcta evaluación de los medios y fines del prestatario; el crédito de tarjeta es un crédito general y abstracto, en el que el cliente elige los productos o servicios en los que aplicar la línea de crédito incorporada a la tarjeta. La mitad de los créditos personales se conceden para la compra de automóviles, producto es trazable, reposable, ejecutable. La aplicación mayoritaria del crédito de tarjeta a bienes intangibles o no trazables impide ya de principio el análisis de la adecuación de los fines; 3. El crédito personal tiene un plazo de vencimiento, al cabo del cual el capital ha de ser amortizado. El crédito de tarjeta no, lo que incrementa notablemente el riesgo de impago, porque las condiciones económicas del cliente al tiempo de concesión de la tarjeta pueden dejar de existir en cualquier momento sucesivo; 4. El crédito personal puede –y en la financiación de activos de consumo como el automóvil es lo normal, comportando estos más de la mitad de los préstamos al consumo en total– contar con garantías reales (reserva de dominio) o personales; el crédito de tarjeta es siempre un crédito no garantizado. Las tarjetas emitidas por establecimientos financieros de crédito que, no son entidades de crédito, no disponen siquiera del recurso implícito a compensarse con las cuentas del cliente, porque el cliente no mantiene cuentas en aquéllos; 5. En el crédito personal vinculado a la prestación de servicios o entrega de bienes, el financiador y el prestador constituyen muchas veces una unidad económica que se lucra a la vez con el precio del bien y con la prima de financiación; en el crédito de tarjeta, el acreditante sólo se lucra con la comisión anual de la tarjeta y, eventualmente, el interés remuneratorio. Por eso, en la financiación del crédito comercial no es raro que el crédito que, se concibe como instrumento para aumentar las ventas, pueda concederse gratuitamente. Valga, el ejemplo de la tarjeta de pago y crédito comercial emitida por los grandes almacenes de venta minorista más populares de España; 6. El crédito personal siempre genera la obligación accesoria de pago del interés pactado. En la tarjeta revolving el interés solo se paga si el cliente decide aplazar el reintegro del capital dispuesto más allá del período de facturación; 7. El crédito personal se

---

<sup>29</sup> J. REYNER SERRÀ, “El crédito “revolving” y su precio”, *op. cit.*, pp. 3-4.



documenta de forma que el crédito esté incorporado a un título ejecutivo a efectos de ejecución; el contrato de tarjeta no, porque el título nunca puede predeterminar la cantidad cierta por la que eventualmente vaya a despacharse ejecución, ni el contrato se documenta en forma de póliza notarial; 8. La operación revolving es más costosa para la entidad o establecimiento financiero del crédito; 9. El riesgo de impago en las tarjetas proviene también de lo que los economistas han catalogado como un fenómeno de “selección adversa”; y 10. Riesgo operacional. Las operaciones de tarjeta requieren sistemas más complejos, lo que incrementa el riesgo por el uso fraudulento de la tarjeta”<sup>30</sup>.

Sobre tales bases, aunque no se puede asimilar a un préstamo personal, si se muestra más cercano el crédito revolving a las tarjetas de crédito con pago aplazado emitida por una entidad de crédito. Como hemos expuesto en líneas precedentes, normalmente un crédito renovable se asocia a una tarjeta de crédito -de ahí que, al ser habitual esta forma se le llame tarjetas revolving-. Por lo que ambos tipos de tarjetas, como precisa la doctrina, son: 1. Operaciones de crédito con un límite máximo disponible que, puede ser utilizado para cualquier necesidad; 2. Los importes amortizados se pueden volver a revertirse o reutilizarse hasta el límite concedido, aumentando la línea de crédito; por lo que son operaciones que se pueden renovar automáticamente, salvo que alguna parte se oponga; 3. Es posible en ambas establece diferentes modalidades de reembolso del crédito –cuota fija mensual o tanto por ciento mensual<sup>31</sup>.

En todo caso, la mayor exigencia de recursos propios, la limitación de los establecimientos de poder captar fondos reembolsables al público para financiarse, la carencia de garantías que aseguren el crédito, los elevados costes procesales frente a la escasa cuantía del crédito que, determina la no exigencia judicial del mismo ante su incumplimiento, y la alta morosidad asociada a estos crédito, hace que con estas operaciones crediticias, las entidades de crédito o establecimientos financieros tengan que asumir mayores riesgos, lo que justifica, en cierta manera, el elevado tipo interés remuneratorio que acompaña

<sup>30</sup> Á. CARRASCO PERERA y F. CORDÓN MORENO, *Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving*, op. cit., pp. 80-82.

Por su parte, D. ENRICH GUILLÉN y M. ARANDA JURADO, *Los créditos revolving y los intereses usurarios*, op. cit., pp. 368-369 señalan que el clásico préstamo personal o pago aplazado se diferencia principalmente del crédito revolving por lo siguiente: “1. El préstamo personal carece de ese carácter rotativo característico del crédito renovable. Así en el préstamo personal no cabe la reutilización del capital amortizado por parte del prestatario; 2. La disposición del capital concedido en el préstamo personal es inmediata, una vez formalizado, y su disposición es total, no permitiéndose que quede a disposición del titular del préstamo una cantidad de la que puede disponer, según sus necesidades. Es por ello que no cabe en el préstamo persona, la posibilidad de realizar reintegros de efectivo a requerimiento del prestatario; 3. El préstamo se concede para un plazo establecido y se cancela a su vencimiento, por lo que no cabe la renovación del mismo; 4. Tanto la duración –plazo– como el importe –capital concedido– es distinto en cada una de estas figuras, siendo mayor –tanto el plazo como capital– en el préstamo que en el crédito rotativo; 5. En cuanto a las garantías exigidas por la entidad prestamista, en ocasiones y dependiendo de la situación económica y personal del prestatario, así como del importe solicitado, se puede solicitar garantías adicionales, como el aval de terceras personas. esto no sucede en el crédito revolving; 6. Los intereses que se pactan en ambos contratos, suelen ser también distinto, siendo en esta ocasión más elevados en el crédito renovable que en el préstamo personal; 7. Para su formalización, la entidad financiera suele requerir la intervención del fedatario público, cuando se trata de un préstamo personal. En el caso de crédito revolvente no se requiere; 8. El préstamo tiene asociada una cuota a devolver; sin embargo, el crédito revolving puede estar o no sujeto a este tipo de cuota, más allá del importe dispuesto cada mes; 9. Habitualmente, la entidad financiera requiere justificar el gasto que se va para sufragar con el importe del préstamo y se asegura que se destina a dicha operación. En las operaciones de crédito revolvente, no se le exige al solicitante ningún tipo de justificación para sus disposiciones”.

<sup>31</sup> D. ENRICH GUILLÉN y M. ARANDA JURADO, *Los créditos revolving y los intereses usurarios*, op. cit., p. 369; J. REYNER SERRÀ, “El crédito “revolving” y su precio”, op. cit., p. 9.

a este tipo de créditos junto con comisiones elevadas –TAE<sup>32</sup>. No obstante, estos inconvenientes, precisan ENRICH GUILLÉN y ARANDA JURADO como ventajas “por un parte, la posibilidad de que el cliente puede elegir la cantidad mensual a abonar; y, por otra, la opción que ofrece este producto que el usuario puede disponer de la cantidad que requiera en cualquier momento”<sup>33</sup>.

Ahora bien, estos créditos revolving en los que se concede un importe máximo de crédito del que el consumidor puede disponer en el plazo convenido, se acuerdan una intereses remuneratorios (TIN) que recaen únicamente sobre la parte del crédito de la que se dispone; y junto a este interés remuneratorio se pacta la Tasa Anual Equivalente (TAE) que, se calcula añadiendo al interés remuneratorio otro tipo de costes o comisiones que, se asocian al crédito. Con algunas entidades crediticias o establecimientos financieros no se suelen pactar el pago de intereses de demora.

En este contexto, el artículo 315 párrafo segundo del Código de Comercio señala que “se reputa interés toda prestación pactada a favor del acreedor”. Se establece el principio de libertad de tasa de interés que, en el ámbito reglamentario desarrolla el artículo 4.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que dispone: “1. Los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósitos como de crédito o préstamo, serán los que se fijen libremente entre las entidades de crédito que los restan y los clientes, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación; 2. Las entidades de crédito deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizados, los tipos de interés habitualmente aplicados a los servicios que prestan con mayor frecuencia, en un formato unificado, conforme a los términos específicos que determinará el Banco de España. Esta información incluirá, en todo caso, de manera sencilla y que facilite la comparación entre entidades, la tasa anual equivalente (TAE) u otra expresión equivalente de la operación. A estos efectos, se entenderá como tasa anual equivalente aquella que iguala en cualquier fecha el valor actual de los efectivos recibidos y entregados a lo largo de la operación, por todos los conceptos, incluido el saldo remanente a tu término, con las excepciones e indicaciones que determine el Banco de España, sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 31 y en los Anexos de esta Orden. La fórmula utilizada para obtener la citada información deberá hacerse explícita, ya sea directamente o por referencia al Boletín Oficial del Estado en que se hubiera publicado la normativa en que se contenga. Esta información unificada estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas, y en la página electrónica del Banco de España, y deberá estar a disposición de los clientes en cualquier momento y gratuitamente; 3. Las entidades que permitan descubiertos tácitos en las cuentas de depósito o excedidos tácitos en las de crédito deberán publicar, en la forma y con las indicaciones que establezca el Banco de España, las comisiones, tipos de interés o recargos aplicables a estos supuestos. Esos tipos serán de obligadas aplicación a todas las operaciones de esa naturaleza que no tuvieran

---

<sup>32</sup> El Boletín Estadístico del Banco de España de marzo de 2017 al separar las tarjetas de crédito del resto de las operaciones de crédito al consumo ha reconocido que “(...) aunque la finalidad de estos créditos (los instrumentados mediante tarjetas de crédito) es la misma (que frente a las operaciones de consumo) y sus diferentes características hacen que los tipos aplicados en los créditos concedidos a través de tarjetas de crédito (de pago aplazado o tarjetas *revolving*) sean claramente distintas de las que se aplican a los tradicionales créditos al consumo”.

<sup>33</sup> D. ENRICH GUILLÉN, y M. ARANDA JURADO, *Los créditos revolving y los intereses usurarios*, op. cit., p. 274.



fijados contractualmente otros inferiores. En particular, las entidades harán constar separadamente los tipos aplicables a los descubrimientos tácitos a los que se refiere el artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo”.

Por lo que el tipo de interés remuneratorio y la TAE que se fija en estos créditos puede estar sujeta a un control de legalidad aplicando la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908 (en adelante, LU) que, se configura como un límite a la autonomía negocial del artículo 1255 del Código Civil, aplicable a los préstamos y en general a cualquier operación de crédito “sustancialmente equivalente al préstamo de dinero, cualquiera que sea la forma que reviste el contrato y la garantía que para el cumplimiento se haya ofrecido”, tal como señala el artículo 9 de la citada LU<sup>34</sup>. Efectivamente, opera sobre el abuso inmoral. De todas formas, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 19 de febrero de 1912 la usura existe “cuando haya una evidente y sensible falta de equivalencia entre el interés que percibe el prestamista y el riesgo que corra el capital”; y la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 22 de febrero de 2013<sup>35</sup> recuerda que el control que se establece a través de la Ley de Represión de la Usura no viene a alterar el principio de libertad de precios, sino a sancionar “un abuso inmoral especialmente grave o reprochable”. Asimismo, indica que, en materia de usura, tal como establece el artículo 319.3 de la LEC “los tribunales revolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido en el apartado primero de este artículo”. Lo que significa que se impone la facultad discrecional del órgano judicial de instancia<sup>36</sup> o, amplísimo arbitrio judicial<sup>37</sup>, basándose en criterios más prácticos que jurídicos<sup>38</sup>, valorando caso por caso con libertad de apreciación, formando libremente su convicción<sup>39</sup>.

En este contexto, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de noviembre de 2015<sup>40</sup> se ha pronunciado por primera vez sobre la aplicación de la Ley de Represión de la Usura a los créditos revolving. Sin perjuicio del análisis que, realizaremos de la citada resolución en otro apartado de este estudio, procede señalar que, en la misma se lleva a cabo una comparación con el interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo en la época en que se concertó el contrato. El interés con el que realiza la comparación es el “normal del dinero”. No se trata, por tanto, de compararlo con el interés legal del dinero, sino con el interés “normal o habitual en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en la materia”. Para establecer lo que se considera “interés normal” se puede acudir, como señala el Alto Tribunal, a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que, facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales

---

<sup>34</sup> Vid., en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/8857); y, de 2 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6872).

<sup>35</sup> RJ 2013/1609.

<sup>36</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de enero de 1990 (RJ 1990/8).

<sup>37</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 1997 (RJ 1997/2543); y de 10 de mayo de 2000 (RJ 2000/3407).

<sup>38</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7330).

<sup>39</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 1991 (RJ 1991/3662).

<sup>40</sup> RJ 2015/5001.

hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro y cesiones temporales, etc.). Al respecto entiende que, un interés del 24,6% TAE fijado en la operación es “notablemente superior al normal del dinero” y, “manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”, sin que se exija que concurra acumuladamente a este requisito objetivo, el requisito subjetivo previsto también el artículo 1 de la LU relativo a “que haya sido aceptado por el prestatario a causa de la situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”. En consecuencia, se califica de usurario el crédito revolving concedido por el Banco Sygma Hispania y conlleva la nulidad “radical, absoluta y originaria que, no admite convalidación confirmatoria porque es fatalmente insubsanable y no es susceptible de prescripción extintiva”. Tras la citada sentencia, se ha generado una importante litigiosidad que, ha dado lugar a una abundante jurisprudencia en el seno de nuestras Audiencias Provinciales que, opera en un doble sentido: 1. Aquellas que aplicable la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia de 2015 y, por tanto, consideran usurario el tipo de interés aplicable al crédito revolving por ser superior al aplicable habitualmente a otros tipos de créditos al consumo o préstamos personales; 2. Aquellas que consideran el tipo de interés remuneratorio pactado plenamente válido y, no usurario, al ser similar al habitual en el mercado para este tipo concreto de productos crediticios.

Siendo consciente nuestro Alto Tribunal de la problemática existente y de la litigiosidad generada, nos consta que se va a pronunciar en breve, de nuevo sobre esta cuestión, en concreto, respecto de un recurso de casación interpuesto consta la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1ª, de 25 de septiembre de 2018 en relación con un tipo de interés remuneratorio del 22, 42% que, para la citada Audiencia no es usurario conforme a las estadísticas publicadas por el Banco de España que fija un tipo de interés medio en 2014 para este tipo de crédito del 21,17%<sup>41</sup>.

De todas formas, con anterioridad a esta sentencia de 2015, nuestro Tribunal Supremo, se ha pronunciado sobre la aplicación de la Ley de Represión de la Usura. Así, en la sentencia de 2 de octubre de 2001<sup>42</sup> señala que “la comparación no debe tener lugar con el denominado interés legal, sino con el interés normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad contractual existente en esta materia para los supuestos como el presente, habida cuenta que, según el artículo 2 de la citada Ley, los Tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, sin perjuicio de la vigencia general sobre la prueba y de la distribución de la carga de la misma”. Y añade respecto de los intereses de demora que “no tienen naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni

---

<sup>41</sup> M. ALEMANY CASTELLS, “La comparación del interés “normal del dinero” en los créditos revolving de acuerdo con las estadísticas que publica el Banco de España”, *Diario LA LEY*, número 9367, sección Tribuna, 27 de febrero de 2019, p. 1 se refiere, precisamente, a la Providencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 22 de enero de 2019 relativa al recurso de casación 5379/2018 en la que, como señala la autora, se dispone lo siguiente que “vista la materia sobre la que versa el presente recurso y la litigiosidad que está generando, así como el Acuerdo sobre la composición y funcionamiento de la Sala Primera para el año 2019, en cuanto la alteración del orden cronológico de los recursos que revelen la necesidad de atender con rapidez la función unificadora que corresponde al Tribunal Supremo, se acuerda dar tratamiento preferente al presente recurso”.

<sup>42</sup> RJ 2001/7141.

cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908”. Por su parte, la sentencia de 18 de junio de 2012<sup>43</sup> que, tras establecer la concurrencia de la normativa de la usura y sobre protección de consumidores y concretar los criterios delimitadores de sus respectivos ámbitos de control, dispone que no cabe invocar el carácter abusivo del tipo de interés remuneratorio pactado, pues, éste es un elemento esencial del contrato de préstamo y, por tanto, excluido del control de abusividad y, en relación a la noción de la usura indica que “la Ley de Represión de la Usura se encuadra dentro del esquema liberal de nuestro Código Civil que sienta la base del sistema económico sobre el libre intercambio de bienes y servicios para la determinación de su respectivo precio o remuneración en orden a la autonomía privada de las partes contratantes “pacta sunt servanda”. De esta forma, el artículo 1293 del Código Civil subraya la derogación de la legislación antigua sobre la materia, caso de Partidas que, admitía, al compás de nuestro Derecho histórico, la rescisión por lesión en la compraventa, proscribiéndose toda suerte de rescisión por lesión que afectase al tráfico patrimonial. De ahí, entre otros extremos, su referencia expresa “al contrato”, no considerando como tal la partición de la herencia cuya rescisión por lesión quedó permitida en el seno del artículo 1074 del Código Civil. La libertad de precios, según lo acordado por las partes, se impone como una pieza maestra de la doctrina liberal en materia de contratos (sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de abril de 1947; de 26 de octubre de 1965; de 29 de diciembre de 1971; y, de 20 de julio de 1993). De este modo, el control que se establece a través de la Ley de Represión de la Usura no viene a alterar ni el principio de libertad de precios, ni tampoco la configuración tradicional de los contratos, pues, dicho control, como expresión o plasmación de los controles generales o límites del artículo 1255, se particulariza como sanción a un abuso inhumano, especialmente grave o reprobable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación, los denominados préstamos usurarios o leoninos”. A lo que añade que, la Ley de Represión de la Usura “se refiere etimológicamente al plano de los intereses, por lo que el control se proyecta sobre la relación negocial, considerada en su unidad contractual, de forma que, sobre la noción de lesión o perjuicio de una de las partes, el control se proyecta de un modo objetivo u objetivable a través de las notas “interés notablemente superior al normal del dinero” y de su “carácter “manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso” para extenderse, a continuación, al plano subjetivo de la valoración de la validez del consentimiento prestado concretado alternativamente a la situación angustiosa del prestatario, a su inexperiencia o a la limitación de sus facultades mentales”.

Asimismo, la sentencia de 22 de febrero de 2013<sup>44</sup> que, en un préstamo garantizado con hipoteca cambiaria, entiende nulo por usuario un tipo de interés remuneratorio del 10% semestral y moratorio del 225 anual y vencimiento de seis meses desde el otorgamiento de la escritura, al considerar que el interés es notablemente superior al interés normal del dinero del 5,50% al tiempo de su contratación u manifiestamente desproporcionado atendidas las circunstancias en que se contrató. Y, en fin, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 2014<sup>45</sup> que declaró la nulidad de un préstamo con garantía hipotecaria como usurario al concurrir las siguientes

---

<sup>43</sup> RJ 2012/8857.

<sup>44</sup> RJ 2013/1609.

<sup>45</sup> RJ 2014/6872.

circunstancias: “a) La notable desproporción del interés de demora establecido (30%), reconocido expresamente por la sentencia recurrida; b) La constitución de una garantía hipotecaria muy superior a la cantidad garantizada; c) El cobro anticipado de los intereses ordinarios por todo el período antes de su respectivo vencimiento; d) El exiguo margen del plazo de devolución del préstamo, 6 meses, reconocido expresamente por la sentencia recurrida. Circunstancias a las que cabe sumar la promesa realizada, e incumplida, de obtención de un crédito bancario a largo plazo para la prestataria que aliviara la difícil situación económica que determinó la formalización del citado préstamo privado”. A ello añade que, en contra de lo fijado en la sentencia de la Audiencia Provincial, no es posible ejercer de oficio una moderación del interés de demora, pues actualmente viene excluido de las facultades del juzgador tanto por la reciente modificación del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usurarios, como por la doctrina jurisprudencial aplicable y, además no es posible realizar una aplicación analógica de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que, expresamente excluye de su ámbito de aplicación los créditos garantizados con hipoteca.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis de tales créditos revolving, asociados o no a una tarjeta de crédito, y la aplicabilidad a los mismos de la Ley de Represión de la Usura como de la normativa de protección de consumidores concretado en el doble control de transparencia –Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementaria (en adelante TRLGDCU), y Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC)-. Para ello atenderemos a la doctrina jurisprudencial fijada en la citada sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de 2015, y la jurisprudencia menor desarrollada a tal efecto en el seno de nuestras Audiencias Provinciales con anterioridad y posterioridad de tal resolución, así como la tendencia presumible de una futura forma de proceder en relación a estos productos crediticios, si tenemos presente los pronunciamientos de algunas de nuestras Audiencias Provinciales que, operan sobre la información estadística publicada por el Banco de España que, en la actualidad, precisamente, la fijación de los tipos de interés aplicables a tales productos goza de una publicidad separada, diferenciada del resto de los créditos al consumo.

No obstante, con carácter previo, haremos una breve referencia a la sustanciación y contenido de la Ley de Represión de la Usura, para a continuación analizar la doctrina fijada por nuestro Tribunal Supremo en la tantas veces mencionada sentencia de 2015, concretar la normativa aplicable y la información relativa a tales créditos que fija y publica el Banco de España, o entidades privadas sin ánimo de lucro como ASNEF; para luego, exponer la posición divergente de nuestras Audiencias Provinciales, en relación a la aplicación o no de la citada Ley de Represión de la Usura a estos créditos; y, finalmente, nos referiremos a la compatibilidad de la normativa de protección de consumidores con la Ley de Represión de la Usura, concretado en el doble control de transparencia y el tipo de interés remuneratorio; y, a la importancia que, en un futuro va a adquirir la información precontractual para la formación de un consentimiento informado, tal como se está sustanciando en el Proyecto de Orden promovido por el Ministerio de Economía, reforzando así la contenida en la Ley de Contratos de Crédito al Consumo.

### III. INTERESES REMUNERATORIOS, INTERESES DE DEMORA. Y TASA ANUAL EQUIVALENTE.

La prestación de intereses es la obligación accesoria que, acompaña a la obligación pecuniaria principal y que, viene determinada en relación al tiempo de cumplimiento y a la cuantía de ésta. A parte de los intereses legales (artículo 1108 del Código Civil), los convencionales se establecen por los sujetos de la obligación principal, como remuneratorios previstos para el cumplimiento normal o a término y como moratorios, por la demora en el cumplimiento de la obligación principal. Unos y otros tienen la cuantía libremente pactada por las partes (artículo 1108 del Código Civil “intereses convenidos” y artículo 1255 del citado cuerpo legal, principio de autonomía de la voluntad) pero con la limitación que impone la mencionada LU en su artículo 3 que, establece la nulidad del contrato con la consecuencia que, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida.

Los intereses remuneratorios –fijos o variables– tienen carácter retributivo, siendo el precio del dinero prestado<sup>46</sup>. Son “los devengados por el capital recibido por el prestatario como contraprestación por su utilización durante el tiempo convenido”<sup>47</sup>. Es decir, son “los que se producen por el transcurso del tiempo que media entre la obtención de un crédito y su restitución”. Por su parte, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 y 26 de octubre de 1987<sup>48</sup> añaden que “nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vayan venciendo los plazos pactados”; y, precisa, asimismo, en su Resolución de 20 de mayo de 1987<sup>49</sup> que “el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su correspondiente abono, cuyo importe, además, resulta por la simple aplicación del tipo estipulado al principal pendiente de pago en el periodo considerado”. Persiguen evitar la pérdida de valor del importe prestado como consecuencia del transcurso del tiempo previsto para su restitución y retribuir la concesión del préstamo como negocio propio de quien se dedica a esta actividad de modo profesional, siendo de forzosa previsión, conforme al artículo 1755 del Código Civil, ya que si no hay pacto no son exigibles. Solo se deben si han sido pactados; pacto que debe

---

<sup>46</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991/2219); y, de 29 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8577).

<sup>47</sup> A. MONSERRAT VALERO, “Los intereses garantizados por la hipoteca”, *Anuario de Derecho Civil, T. LII, Fasc. I, enero-marzo 1999*, p. 16. Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991/2219) y de 13 abril 1992 (RJ 1992/3100), los define como “aquellos intereses pactados entre las partes en virtud del aplazamiento del pago y que tienen carácter retributivo” y señala, además, esta última resolución la incompatibilidad de la pena convencional con los intereses moratorios pero no con los remuneratorios. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, 29 noviembre 2010 (JUR 2011/55073) dispone que “son intereses retributivos y compensatorios “aquellos que se deben por la utilización y goce de una suma de dinero”. Y, en fin, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, 13 abril 2011 (AC 2011/519) afirma que el interés remuneratorio “persigue evitar la pérdida de valor del importe prestado como consecuencia del transcurso del tiempo previsto para la restitución y retribuir la concesión del préstamo”.

<sup>48</sup> RJ 1987/7660 y RJ 1987/7661.

<sup>49</sup> RJ 1987/3926. Respecto a los moratorios señala que, anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite –tipo impositivo– previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad cuya ejecución precisará de la previa construcción del título suficiente en el que se declare el nacimiento, exigencia y cuantía de la deuda a que la morosidad diere lugar.



respetar las previsiones legales de la LU con el fin de no ser calificados como usurarios.

Los intereses moratorios –consecuencia del retraso en el cumplimiento de la obligación de pago por parte del prestatario, deudor del capital– “son aquellos que tienen por finalidad la indemnización o el resarcimiento del daño causado al acreedor por el retraso en el cumplimiento de una obligación pecuniaria”<sup>50</sup>. No tienen naturaleza de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones<sup>51</sup>. Su finalidad es desincentivar o disuadir el incumplimiento y, asimismo, sirve para reparar el daño que el acreedor ha sufrido como consecuencia del impago. De forma que, los intereses de demora solo entran en funcionamiento cuando el deudor incumple gravemente su obligación, mientras que los remuneratorios son los devengados por el capital recibido por el prestatario como contraprestación por su utilización durante el tiempo pactado.

En todo caso, se puede afirmar que, la distinta naturaleza de los intereses remuneratorios, contraprestación de la entrega del capital prestado, y los moratorios que cumplen una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual por el prestatario, determina una configuración diferente de la cobertura real asignada a cada uno de estos tipos<sup>52</sup>. Asimismo, conviene precisar que, los intereses remuneratorios o compensatorios nacen del propio contrato, y resultan de obligado cumplimiento según vencen los plazos pactados, respondiendo a la voluntad de regular la productividad del dinero<sup>53</sup>; mientras que, los intereses moratorios no derivan directamente del contrato, sino de la conducta ulterior del deudor, esto es, del

<sup>50</sup> M. ORDÁS ALONSO, *El interés de demora*, Thomson Aranzadi, Navarra 2004, p. 33. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 23 de noviembre de 2011 (RJ 2012/569) indica que, los intereses moratorios cumplen la función de resarcir al acreedor del daño que, se considera le causó el deudor de suma de dinero, por haber incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación. Y como establecen las sentencias de este mismo Tribunal de 18 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8361), de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002/2526) y de 18 de julio de 2008 (RJ 2008/4719) entre otras, los intereses moratorios han de ser solicitados por las partes, de modo que no pueden los Tribunales condenar a su pago de oficio sin incurrir en incongruencia. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, de 17 de febrero de 1992 (AC 1992/265); y de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1ª, de 17 de septiembre de 2003 (JUR 2004/47499).

<sup>51</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001/7141); y, de 4 de junio de 2009 (RJ 2009/4747); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7ª, 18 enero 2001 (AC 2003/1937), que, asimismo, precisa que “el interés de demora por impago tiene el carácter sancionador o de cláusula penal con arreglo al artículo 1152 del Código Civil, bien de indemnización de daños y perjuicios en base a los artículos 1101 y 1108 del Código Civil, no teniendo la finalidad de remunerar el capital prestado, sino la de penalizar el impago de lo debido”; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5ª, 11 febrero 2002 (JUR 2002/100929).

<sup>52</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991/2219); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, 17 de febrero 1992 (AC 1992/265). Por su parte, la Resolución de la DGRN de 20 de mayo de 1987 (RJ 1987/3926) señala que: “la estipulación de los segundos (los moratorios) anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite –tipo impositivo– previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad, cuya ejecución precisará la previa construcción de título suficiente en el que se declare el nacimiento, exigencia y cuantía de la deuda a que la morosidad diere lugar. En cambio, tratándose de los intereses remuneratorios el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su abono, cuyo importe, además, resulta por la simple aplicación del tipo estipulado al principal pendiente de pago en el periodo considerado”.

<sup>53</sup> En la Resolución de la DGRN de 10 de febrero de 2016 (BOE, jueves 10 de marzo de 2016, pp. 19240 a 19251) se ha suspendido la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario por razón de existir cláusulas abusivas, en concreto, una de tipo de interés ordinario excesivo y una desproporcionada retención de cantidades del capital concedido. Lo que el Registrador realmente argumenta para denegar tal cláusula de intereses ordinarios, es la aplicación de la doctrina derivada de la Resolución de 22 de julio de 2015 de esta Dirección general, que vino a señalar que existen supuestos especiales de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinarios, como ocurren en el presente supuesto, en el que se pacta un interés ordinario superior al interés moratorio, ya que por definición el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en un mismo contrato.



retraso o demora en el cumplimiento del contrato, lo que les convierte en un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada desde el momento del vencimiento anticipado del préstamo hipotecario<sup>54</sup>. En esencia, los intereses remuneratorios se devengan en la fase de ejecución normal del préstamo y sin incumplimiento por parte del deudor, mientras que los moratorios se devengan ya en un momento patológico de incumplimiento del prestamista de la obligación de pago y sobre la base de la culpa que caracteriza la mora.

En fin, la TAE o tasa anual efectiva representa el coste o rendimiento efectivo de un producto financiero o crediticio durante el plazo establecido para la operación. Es el resultado de una fórmula matemática que incorpora el tipo de interés nominal, la comisión y el plazo de la operación. Al respecto, el artículo 32 terdecies de la Orden EHA/2899/2011 señala que en su número 1 que “se calculará de acuerdo con la fórmula matemática que figura en el anexo V de esta Orden”. A lo que añade en su número 2 que “Para calcular la tasa anual equivalente se determinará el coste tal del préstamo para el cliente, exceptuando los gastos que este tendría que pagar por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al contrato de crédito”; y en su apartado 3 y 4 indica que “el cálculo de la tasa anual equivalente se realizará partiendo del supuesto que el contrato de préstamo estará vigente durante el periodo de tiempo acordado y que la entidad y el cliente cumplirá su obligaciones en las condiciones y en los plazos que se hayan acordado en el contrato; y “en los contratos de préstamo que contengan cláusulas que permitan modificaciones del tipo de interés y, en su caso, de los gastos incluidos en la tasa anual equivalente que no sean cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto que el tipo de interés y los demás gastos se computarán al nivel fijado en el momento de la firma del contrato”.

Por su parte, la LCCC en su Preámbulo se refiere a la TAE como “la fórmula matemática para el cálculo de la tasa anual equivalente que tiene por finalidad definir de forma clara y completa el coste total de un crédito para el consumidor y librar que este porcentaje sea totalmente comparable en todos los Estados de la Unión Europea”; en el artículo 6 d) se entiende por tasa anual equivalente “el coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total del crédito concedido, más los costes contemplados en el apartado 2 del artículo 32, si procede”. Precisamente, en este artículo 32 se concreta cómo se ha de calcular la tasa anual equivalente<sup>55</sup>;

---

<sup>54</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1ª, 17 septiembre 2003 (JUR 2004/47499).

<sup>55</sup> El artículo 32 de la LCCC dispone que. “1. La tasa anual equivalente, que iguala sobre una base anual el valor actual de todos los compromisos existentes o futuros asumidos por el prestamista y por el consumidor, se calculará de acuerdo con la fórmula matemática que figura en la parte I del anexo I. Los compromisos a que se refiere el párrafo anterior incluyen las disposiciones del crédito, los reembolsos y los gastos contemplados en la letra a) del artículo 6. 2. Para calcular la tasa anual equivalente se determinará el coste total del crédito para el consumidor, exceptuando los gastos que éste tendría que pagar por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al contrato de crédito y los gastos, distintos del precio de compra que, corran por cuenta del consumidor en la adquisición de bienes o servicios, tanto si la transacción se paga al contado como a crédito. los costes de mantenimiento de una cuenta que registre a la vez operaciones de pago y de disposición del crédito, los costes relativos a la utilización de un medio de pago y de disposición del crédito, los costes de utilización de un medio de pago que permita ambas operaciones, así como otros costes relativos a las operaciones de pago, se incluirán en el coste total del crédito para el consumidor, salvo en caso que la apertura de la cuenta sea opcional y los costes de ésta se hayan especificado de forma clara y por separado en el contrato de crédito o cualquier otro contrato suscrito con el consumidor. 3. El cálculo de la tasa anual equivalente se realizará partiendo del supuesto básico de que el contrato de crédito se mantendrá vigente durante el periodo de tiempo acordado y que el prestamista y el

en el artículo 9.2 letra c), por su parte, se indica que, en la información básica que debe figurar en la publicidad, se ha incluir la relativa a la tasa anual equivalente, salvo en el caso de los contratos en los que el crédito se conceda en forma de posibilidad de descubierto y que deba reembolsarse previa petición o en el plazo de tres meses, indicados en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 4; asimismo en la información previa al contrato se debe especificar la tasa anual equivalente y el importe total adeudado por el consumidor, ilustrado mediante un ejemplo representativo que incluya todas las hipótesis utilizadas para calcular dicha tasa (artículo 10.3 g)); y, en fin, en el artículo 12.5 a) en el caso de contratos de crédito indicados en el apartado 4 del artículo 4 –a los contratos de crédito que prevean que el prestamista y el consumidor pueden establecer acuerdos relativos al pago aplazado o los métodos de reembolso cuando el consumidor ya se encuentre en situación de falta de pago del contrato de crédito inicial, siempre que tales acuerdos puedan evitar la posibilidad de actuaciones judiciales relativas al impago y el consumidor no se vea sometido a condiciones menos favorables que las establecidas en el contrato inicial- la información proporcionada al consumidor incluirá además la tasa anual equivalente ilustrada mediante un ejemplo representativo que mencione todas las hipótesis utilizadas para calcularla.

Ahora bien, recordemos el TIN o tasa de interés nominal es la rentabilidad o intereses de un producto financiero o crediticio mes a mes o en un periodo de tiempo determinado teniendo en cuenta solo el principal. Constituye un tipo de capitalización simple, mientras que la TAE es un tipo de capitalización compuesta. En todo caso, conviene precisar que, la tasa nominal es igual a la tasa de interés por periodo multiplicado por el número de periodos. En cambio, la tasa efectiva, es el interés real que una persona paga en un crédito o cobra en un depósito.

#### IV. LA USURA.

En el siglo XIX el progresivo influjo de los principios del liberalismo y el desarrollo del tráfico económico, debido a la creciente industrialización a raíz de la revolución industrial, exigían una flexibilización del pacto de intereses que, facilitase el desarrollo de la actividad bancaria de préstamo y crédito. Esto dio como resultado la admisión de la “normalidad” de generación de intereses mercantiles (artículos 397 y 398 del Código de Comercio de 1829), posteriormente la proclamación general de libertad de tipos de interés con los Proyectos de Código Civil de 1836 y 1851 y, finalmente, se estableció en la Ley de 14 de marzo de 1856. Ahora bien, dada la inoperancia de este sistema de absoluta libertad de tipos para evitar los abusos y, asimismo que, los medios que ofrecía el Código Civil resultaban insuficientes, es por lo que se promulga la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura –conocida como Ley Azcárate- que frente al sistema de fijación objetiva de unos tipos máximos de interés, opta por un sistema de fijación judicial más flexible y adaptable a las

---

*consumidor cumplirán sus obligaciones en las condiciones y en los plazos que se hayan acordado en el contrato de crédito. 4. En los contratos de crédito que contengan cláusulas que permitan modificaciones del tipo deudor y, en su caso, los gastos incluidos en la tasa anual equivalente que no sea cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto básico de que el tipo deudor y los demás gastos se mantendrán fijos al nivel inicial y se aplicarán hasta el término del contrato de crédito. 5. Si fuera necesario, la tasa anual equivalente, se podrá calcular tomando como base los supuestos adicionales que figuran en el anexo I”.*

circunstancias de cada momento y cada caso concreto, atribuyendo a los tribunales la facultad de anular los contratos de préstamo o de naturaleza similar que, revistan ciertas características calificadoras que, determinan tres clases de préstamos usurarios: un tipo de interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; unas condiciones tales que resulte leonino, habiendo motivos para estimar que, ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, o que suponga recibida mayor cantidad que la efectivamente entregada<sup>56</sup>. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de junio de 2012<sup>57</sup> destaca que “la Ley de Represión de la Usura se encuadra dentro del esquema liberal de nuestro Código Civil que sienta la base del sistema económico sobre el libre intercambio de bienes y servicios y la determinación de su respectivo precio o remuneración en orden a la autonomía privada de las partes contratantes “pacta sunt servanda”. De esta forma, el artículo 1293 del Código Civil subraya la derogación de la legislación antigua sobre la materia, caso de las Partidas que admitían, al compás de nuestro Derecho histórico, la rescisión por lesión en la compraventa, proscribiéndose toda suerte de rescisión por lesión que afectase al tráfico patrimonial. De ahí, entre otros extremos, su referencia expresa al “contrato”, no considerando como tal la partición de la herencia cuya rescisión por lesión quedó permitida en el seno del artículo 1074 del Código Civil. La libertad de precios, según lo acordado por las partes, se impone como una pieza maestra de la doctrina liberal en materia de contratos”.

Ahora bien, algunos autores mantienen que, la norma está prácticamente en desuso o resulta inadaptada a la realidad actual y debe sustituirse por otra norma<sup>58</sup> y, asimismo, se ha llegado a cuestionar la constitucionalidad de esta Ley tanto por vulnerar el principio de libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución española, como por conculcar el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la citada Carta Magna; si bien, la cuestión ha quedado resuelta y se ha considerado al respecto que, no solo la norma es constitucional sino que, en la actualidad, se encuentra subsumida en el principio consagrado en el artículo 51 de protección de consumidores<sup>59</sup>. Igualmente, resulta mayoritaria la posición doctrinal que, mantiene la plena vigencia de la Ley<sup>60</sup>. En todo caso, tampoco la LU se ha considerado incompatible con la Orden EHA/2889/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que, tiene por objeto, precisamente, garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medios de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios y, que, asimismo, reconoce el

<sup>56</sup> Los artículos 2, 8, 12 y 13 de esta Ley de Represión de la Usura han sido derogados por la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

<sup>57</sup> RJ 2012/8857.

<sup>58</sup> I. SABATER BAYLE, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Aranzadi, Navarra 1986, p. 338.

<sup>59</sup> V. MÚRTURA LAFUENTE, *La prestación de intereses*, McGraw-Hill, Madrid 1999, pp. 263-266; M. ORDÁS ALONSO, *El interés de demora*, op. cit., p. 82; J.M. EMID IRUJO, “Sobre el carácter usurario de un préstamo bancario”, *La Ley 1989-3*, pp. 257-258. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de julio de 1992 (RJ 1992/7330).

<sup>60</sup> J.F. DUQUE DOMÍNGUEZ, “Condiciones abusivas del crédito”, en U. Nieto Carol (dir.), *Crédito y Protección del consumidor*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996, pp. 481-482; G. GARCÍA CANTERO, “Préstamo, usura y protección de los consumidores”, *Actualidad Civil 1989-1*, p. 216; M. MUÑOZ CERVERA, “El interés y la usura”, en U. Nieto Carol (dir.), *Crédito y Protección del consumidor*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996, pp. 626-634.

principio de libertad de pactos en orden a la fijación de tipos de interés de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito, sino que conserva su propio ámbito de aplicación, cuando en uso de esa libertad, se incida en cualquier de los supuestos que, se contienen en su artículo 2.

Como hemos indicado en líneas precedentes, la LU frente al sistema de fijación objetiva de unos tipos máximos de interés –que proporciona una mayor seguridad, pero presenta el inconveniente de la necesidad de una continua revisión de estos tipos máximos con la evolución ordinaria del mercado-, opta por un sistema de fijación judicial más flexible y adaptable a las circunstancias de cada momento y cada caso y que permiten tomar en consideración elementos distintos de la sola cuantía de los intereses.

Si bien, han sido varias las líneas jurisprudenciales interpretando el artículo 1 de la LU, ha prevalecido aquella que, estima que en dicho precepto se recogen tres modalidades de préstamos usurarios<sup>61</sup>: 1. Usurarios. Aquellos en que se estipula un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; 2. Leoninos. Aquellos que han sido aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; 3. Falsificados. Aquellos en que se suponga recibida una cantidad mayor que la efectivamente entregada.

La mayoría de la doctrina coincide en considerar que, es claro que, todas estas circunstancias no han de concurrir simultáneamente en un mismo préstamo, sino de forma alternativa y no acumulativa; de modo que según se de una u otra circunstancia, estaremos ante un tipo u otro de préstamo usurario<sup>62</sup>. Si bien, en esta línea, el Tribunal Supremo en su jurisprudencia estimó inicialmente que, en el artículo 1 de la LU se contenían tres clases o grupos de contratos usurarios<sup>63</sup>; en alguna ocasión redujeron a dos los grupos, al refundir en uno los dos primeros<sup>64</sup>; si bien en la actualidad –precisamente en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015- se ha vuelto a optar por el criterio antiguo y entender que los tipos del artículo 1 no son taxativos, sino demostrativos y que no tienen, que concurrir acumulativamente<sup>65</sup>. En todo caso, el momento a tener en cuenta para que concurren cualquiera de las circunstancias descritas o elementos para que cualifiquen a un préstamo como usurarios, es el de la celebración o perfección del contrato, esto es, aquél en que se forma o se presta el consentimiento y, no en el momento en que el préstamo despliegue su eficacia, o el de la realidad social existente cuando se pretende la efectividad del contrato,

---

<sup>61</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 1968 (RJ 1968/4391); de 19 de diciembre de 1974 (RJ 1974/4799); de 30 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9713); de 11 de febrero de 1989 (RJ 1989/829); y, de 8 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8477); y, sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, de 21 de julio de 2000 (JUR 2000/297088).

<sup>62</sup> R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Comentario al artículo 1755 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1629; FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura. Evolución histórica y patológica de los intereses*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 69.

<sup>63</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de octubre de 1911; de 4 de enero de 1913; de 28 de octubre de 1927; de 22 de noviembre de 1928 y de 9 de abril de 1941.

<sup>64</sup> Vid., las sentencias de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de noviembre de 1928; de 20 de marzo de 1931; de 10 de junio de 1940 y de 8 de octubre de 1981 (RJ 1981/3589).

<sup>65</sup> Vid., asimismo, las sentencias de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 1965; de 18 de octubre de 1968; de 5 de febrero de 2001; y de 5 de noviembre de 2002.

o, en fin el de la sentencia<sup>66</sup>; debiéndose excluir tanto la posibilidad de casos de usura sobrevenida como a la inversa, situaciones de “sanación sobrevenida” de un préstamo usurario por efecto de una elevación de los tipos de interés normales<sup>67</sup>.

Por otra parte, la LU se aplica también a los contratos de préstamos mercantiles<sup>68</sup>.

En este contexto, el carácter usurario del préstamo en general, y en concreto, en el crédito revolving, depende de la desproporción del interés pactado en relación con el normal del dinero o de mercado en el momento de celebración del contrato, si bien modulado por las circunstancias del caso o el diferencial que, supone la ganancia del prestamista. No basta con lo elevado del tipo de interés, sino que su cuantía sea notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. En ocasiones se ha considerado como límite de los intereses normales la TAE máxima de dos veces y medio el tipo de interés legal del dinero marcado para los descubiertos tácitos en cuenta previsto en el artículo 20.4 de la LCCC, llevando a cabo así una aplicación analógica generalizadora de ese límite<sup>69</sup>.

Ahora bien, no basta que el tipo de interés sea algo superior al normal, sino que para calificarlo como usurario, se requiere que esa superioridad sea relevante –notablemente superior dice la LU– y, además que se produzca una manifiesta desproporción con las circunstancias del caso. En todo caso, los dos requisitos de este supuesto –criterio cuantitativo de superioridad del interés convenido respecto del normal y manifiestamente desproporcionado a las circunstancias de caso– se deben dar de modo conjunto, pues, puede haber casos de un alto interés superior al normal, que se justifica por las circunstancias del caso. Con carácter general serán desproporcionados los intereses que, excedan de lo preciso para la cobertura del riesgo de una operación crediticia. Asimismo, para la determinación del interés superior al normal del dinero constituye un buen criterio acudir a los intereses comúnmente practicados por las entidades de crédito, los cuales pueden ser probados mediante diferentes mecanismos que, pone a nuestra disposición, como analizaremos, el Banco de España<sup>70</sup>. El tipo de interés normal no es el legal<sup>71</sup>; por lo que, se tiende a identificar tipo de interés

<sup>66</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1992 (RJ 199277330); y, de 8 de junio de 2006 (RJ 2006/8178).

<sup>67</sup> FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura. Evolución histórica y patológica de los intereses*, op. cit., p. 72; FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, op. cit., p. 78. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7330); y, de 7 de marzo de 1998 (RJ 1998/1267); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6ª, de 15 de febrero de 2001 (JUR 2001/125311); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1ª, de 29 de junio de 2005 (JUR 2005/226635).

<sup>68</sup> J.M. EMID IRUJO, “Sobre el carácter usurario de un préstamo bancario”, op. cit., p. 258; M. MUÑOZ CERVERA, “El interés y la usura”, op. cit., pp. 840-841. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, de 13 de febrero de 1941 (RJ 1941/147); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4ª, de 21 de mayo de 2002 (JUR 2002/174900); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, de 21 de octubre de 2002 (JUR 2003/11861).

<sup>69</sup> E. PALÁ LAGUNA, “Algunas cuestiones en torno a la figura del “préstamo participativo” y su nuevo régimen jurídico”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 70, abril-junio 1998, p. 469. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, de 24 de abril de 2001 (JUR 2001/223273); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, de 22 de octubre de 2002 (JUR 2003/11861). Para FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura. Evolución histórica y patológica de los intereses*, op. cit., p. 75 no cabe aquí la analogía, respecto de una norma como ésta que establece una sanción (nulidad) para las cláusulas que la infrinjan, fuera de sus estrictos términos, cuando no existe identidad de razón entre un caso y los otros.

<sup>70</sup> M. ORDÁS ALONSO, “Comentario al artículo 1740 del Código Civil”, op. cit., p. 1987

<sup>71</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 18 de septiembre de 2012 (JUR 2012/370011); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8ª, de 29 de mayo de 2013 (AC 2013/1994).



normal y de mercado, si bien modulado por las circunstancias de cada caso y al momento en que ha de ser aplicado. Es por ello que, puede darse el caso que, en unas ocasiones se declaren usurarios tipos de interés inferiores a otros que, en situaciones diferentes no se han tenido como tales; o que los mismos tipos se hayan considerado usurarios en unas épocas y en otras no<sup>72</sup>.

Para JIMÉNEZ MUÑOZ deben tenerse en cuenta para apreciar el carácter usurario de un tipo de interés, el riesgo a cargo del prestamista y la utilidad que puede recabar el prestatario del dinero prestado, conceptos que pueden concretarse en los siguientes factores: “a) Tipo de interés corriente en el mercado para operaciones similares en que se contrata, en función del tipo de préstamo, disposición por el deudor de la totalidad del capital o solo de forma fraccionada, plazo pactado, períodos de amortización, destinado del dinero (préstamo de producción o de consumo) y actividad del prestatario (...); b) Composición del tipo de interés pactado: fijo a lo largo de todo el período de vigencia del préstamo, variable o mixto (fijo por un período y variable durante otro); c) Inflación producida durante el período de vigencia del préstamo y previsión que hayan hecho las partes sobre la misma, a través de cláusulas de estabilización o intereses variables; d) Configuración accesoria del préstamo: obligaciones accesorias, tipo de los intereses moratorios, comisiones (...); destacadamente, la garantía de devolución de la cantidad prestada y los riesgos de pérdida del principal”<sup>73</sup>.

De este modo, el concepto de interés de la LU puede entenderse, en un sentido amplio, como coste real o efectivo del préstamo formado por el conjunto

<sup>72</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8531) interés pactado dentro de la normalidad y vigencia y usos mercantiles; de 12 de julio de 1990 (RJ 1990/5857) interés no inusual; de 18 de febrero de 1991 (RJ 1991/1449) inexistencia de aplicación de la LU al estar establecido los intereses dentro de los límites permisibles de la práctica bancaria; de 10 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10135) interés no usurario del 20%; de 12 de julio de 2001 (RJ 2001/5164) interés del 60% anual. Notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; de 7 de mayo de 2002 (RJ 2002/4045) interés del 29% anual cuando el básico del Banco de España y el de obtención de créditos en el mercado hipotecario era del 10% y entre el 14% y 16% anual respectivamente; de 23 de noviembre de 2009 (RJ 2010/140) interés del dinero al 19% superior al normal del dinero, pero no de gran entidad; de 22 de febrero de 2013 (RJ 2013/1609) interés notablemente superior al interés normal del dinero del 5,5% al tiempo de su contratación; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 1ª, de 2 de mayo de 1996 (AC 1996/862) interés al 17,25%. No hay inexistencia de anormalidad o desproporción; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18ª, de 17 de enero de 2000 (AC 2000/156) se pacta un interés TAE del 35,14% excesivo esta interés en relación con el interés legal del dinero vigente a la fecha del préstamo; de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, de 5 de noviembre de 2002 (JUR 2003/62967) interés remuneratorio al 34% anual desproporcionado con el establecido por el Banco de España para la época del préstamo; de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2ª, de 11 de febrero de 2003 (JUR 2003/157096) interés nominal remuneratorio al 25% desproporcionalmente superior al legal del dinero 4,25%. Situación angustiosa por el impago de las mensualidades de la hipoteca de una vivienda; de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2ª, de 30 de junio de 2003 (JUR 2004/107992) interés remuneratorio del 34% anual. Desproporción con el interés básico establecido por el Banco de España; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13ª, de 1 de febrero de 2005 (JUR 2005/81376) interés remuneratorio al 25,5% dentro de los habitualmente pactado en ese momento; de la Audiencia provincial de Madrid, sección 18ª, de 7 de febrero de 2005 (AC 2005/269) interés remuneratorio del 32% y TAEC 36,19%. Interés notablemente superior al interés normal del dinero en la fecha en que se concertó; de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1ª, de 14 de julio de 2008 (JUR 2009/94937) interés remuneratorio pactado por las partes al 24% anual. Interés notable y ostensiblemente superior al norma del dinero y desproporcionado; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, de 22 de febrero de 2011 (AC 2011/443) interés del 34,30% anual representa un elevadísimo interés; de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3ª, de 2 de junio de 2011 (JUR 2011/311706) no se puede considerar como usurario un interés nominal del 17,87% y el 20,02% TAE; de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 4ª, de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013/197104) interés anual al 10%. No constituye un interés manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, de 30 de mayo de 2013 (AC 2013/1486) estimación de la usura en un interés del 24%; y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2ª, de 16 de diciembre de 2015 (JUR 2016/37902) se fija un interés remuneratorio del 30% que se califica de desproporcionado.

<sup>73</sup> FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura. Evolución histórica y patológica de los intereses*, op. cit., pp. 77-78; y, FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, op. cit., pp. 79-80.



de intereses y gastos que, ha de hacer frente el deudor en la vida “normal” del préstamo que, lo aproxima al concepto de TAE; por lo que habrá de tenerse en cuenta, tanto los intereses en sentido estricto como las comisiones previstas en el contrato, dado que estos últimos contribuyen a incrementar notablemente el coste que el préstamo supone para el prestatario y, en ocasiones, suponen, como señala acertadamente ORDÁS ALONSO auténticos intereses encubiertos<sup>74</sup>. Si bien, en la mayoría de las ocasiones en el seno de nuestra jurisprudencia se prefiere optar por un concepto restrictivo del interés limitado al tipo normal pactado, excluyendo las comisiones y gastos<sup>75</sup>.

Con carácter general, se ha declarado la necesidad de relacionar la cantidad del interés estipulado con el fin al que el prestatario destina el importe del préstamo y con los riesgos que, corre el prestamista<sup>76</sup>.

Ahora bien, resulta discutible, si la LU se aplica a los intereses que no sean remuneratorios del capital recibido, sino moratorios, es decir, a los que tienen carácter de sanción o pena ante una situación de retraso en el cumplimiento de la obligación de pago. La doctrina se muestra mayoritariamente a favor de excluir de la consideración de usurarios a los intereses moratorios<sup>77</sup>. En la jurisprudencia, no obstante, encontramos resoluciones contradictorias, así las que, en la línea expuesta, consideran que no es aplicable a los intereses de demora, sino únicamente a los remuneratorios<sup>78</sup>; frente a aquellas –si bien en menor número– mantienen la tesis contraria, manifestando que el artículo 1 de la LU se refiere a la estipulación de un interés sin distinguir su clase o naturaleza<sup>79</sup>.

<sup>74</sup> M. ORDÁS ALONSO, “Comentario al artículo 1740 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1987.

<sup>75</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 1984 (RJ 1984/6119); de 27 de septiembre de 1989 (RJ 1989/6383); y de 7 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8531).

<sup>76</sup> J.L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. II derecho de Obligaciones, vol. I Parte General. Teoría general del contrato, 5ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2011, p. 106.

<sup>77</sup> J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Comentario a los artículos 1755 y 1756 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12004; FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura. Evolución histórica y patológica de los intereses*, *op. cit.*, p. 86. Sin embargo J.A. BROTO CARTAGENA, “La revitalización de la Ley sobre préstamos usurarios”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 66, marzo-abril 2016, p. 137 considera adecuado incluir en el ámbito de aplicación de la Ley de la Usura los intereses moratorios, no solo porque la Ley no distingue, sino porque excluir tales intereses puede permitir la inaplicación a supuestos claramente usurarios; asimismo, en esta línea U. NIETO CAROL, *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2016, p. 299; M. ORDÁS ALONSO, *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 307 y 334-335 que, además plantea ampliar la aplicación de la Ley de la Usura a las comisiones que elevan el tipo de interés de la operación.

<sup>78</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 octubre 2001 (RJ 2001/7140); de 1 de febrero 2002 (RJ 2002/2879); 4 junio 2009 (RJ 2009/4747); y, de 26 octubre 2011 (RJ 2012/1126) que disponen que, el artículo 1 de esta Ley habla de intereses, hace referencia a los retributivos “ya que hay que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa o conmutativa, y cuando los intereses son moratorios no debe olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable y que su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntarios, ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago o la mora”. En definitiva “los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se consideren si exceden o no del interés normal del dinero, no cabe configurarlos como leoninos ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908”. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, de 13 de abril de 2011 (AC 2011/519); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8ª, de 18 de octubre de 2010 (AC 2011/630); de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1ª, de 9 de noviembre de 2012 (AC 2013/119); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, de 29 de julio de 2013 (JUR 2013/275430); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 31 de marzo de 2014 (JUR 2014/169796).

<sup>79</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 mayo 2002 (RJ 2002/4045); y, de 12 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6872); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 26 de febrero de 2003

En caso de préstamos a consumidores, el artículo 83 del TRLGDCU permite tener por no puesta la cláusula, en que se pacta un interés moratorio abusivo. De forma que, la cláusula de intereses moratorios como condición general de la contratación, una vez superado el previo control de inclusión, puede ser enjuiciado a la luz de lo previsto en los artículos 82 a 90 del citado TRLGDCU. Bien entendido que, el mero pacto de intereses moratorios o el pacto de los mismos en cuantía superior a los intereses de naturaleza retributiva o remuneratoria, no convierte sin más la estipulación en abusiva, sino que para ser calificado como tal, debe encajar en la definición de cláusula abusiva que, de la misma se contiene en el artículo 82.1 y siempre teniendo en cuenta, además que, conforme dispone el apartado tercero del citado precepto, el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa; lo que obliga a evaluar la abusividad o no de la cuantía de intereses pactados por referencia al mercado en que el mismo se ha estipulado. En todo caso, para el caso de intereses moratorios se consideraran abusivos “la imposición de una indemnización desproporcionada alta al consumidor o usuario que no cumpla con sus obligaciones” (artículo 85.6 del TRLGDCU). No olvidemos el carácter sancionador e indemnizatorio que tienen los intereses de demora. A su vez el artículo 89 del citado cuerpo legal que, como los anteriores mencionados tiene carácter meramente enunciativo, considera abusiva en su número 7 “la imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de crédito al consumo”. Dicho precepto no permite en los descubiertos de cuenta corriente un tipo de interés que, dé lugar a un tasa anual equivalente superior al 2,5 veces el interés legal del dinero. Recordemos que, esta Ley ha sido derogada por la mencionada Ley 11/2011 que, contempla en su artículo 20.4 el mismo límite en los intereses en descubierto en cuenta.

En fin, procede finalizar este apartado, poniendo de manifiesto que, las cláusulas usurarias no son examinables de oficio<sup>80</sup>, a diferencia de las cláusulas abusivas que, si lo son.

## **V. LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2015. NULIDAD POR USUARIO DE UN “CRÉDITO REVOLVING” CONCEDIDO A UN CONSUMIDOR.**

La sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 25 de noviembre de 2015 versa sobre una operación de crédito concertada entre un particular (D. Mateo) y la sucursal española de la entidad de crédito Banco Sygma Hispania.

El litigio tiene su origen en un contrato de “préstamo personal revolving Mediatis Banco Syma”, consistente en un contrato de crédito que le permitía

---

(JUR 2003/231205); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7ª, de 8 de febrero de 2006 (AC 2006/769), y, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13ª, de 28 de diciembre de 2009 (JUR 2010/107905).

<sup>80</sup> Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14ª, de 3 de julio de 2019 (JUR 2019/222711).

hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o mediante el uso de una tarjeta expedida por el banco Syma, hasta un límite de 500.000 pesetas (3.005,06 euros). El tipo de interés remuneratorio fijado era del 24,6% TAE, y el interés de demora, el resultante de incrementar el interés remuneratorio en 4,5 puntos porcentuales.

El cliente (D. Mateo), tras una disposición inicial de 1.803,04 euros, durante varios años estuvo realizando disposiciones a cargo de dicho crédito, cuya saldo deudor superó ampliamente el límite inicialmente fijado. Mensualmente se le realizaba el cargo de una cuota, cuya cuantía se fue incrementando paulatinamente a medida que el importe de lo dispuesto aumentaba. También se le hacían cargos periódicos de intereses y “prima de seguro”, así como comisiones de disposición de efectivo por cajero y emisión y mantenimiento de tarjeta. En el año 2009 comenzó a devolver impagadas las cuotas mensuales que le fueron giradas, lo que motivó el devengo de comisiones por impago e interés de demora. En julio de 2011 Banco Syma presentó demanda de juicio ordinario contra D. Mateo en reclamación de 12.269,40 euros que, comprendía, además del saldo de la cuenta de crédito, los intereses de demora devengados desde el cierre de la cuenta de crédito.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Cerdanyola del Vallés en sentencia de 13 de enero de 2012, como la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16<sup>a</sup>, en sentencia de 6 de septiembre de 2013 estimaron la demanda al rechazar el carácter usurario de la operación de crédito, pues, los intereses remuneratorios superaban apenas el doble del interés medio ordinario en las operaciones al consumo cuando se concertó el contrato. También rechazaron declarar abusivo el interés de demora, por considerar que el tipo previsto para el mismo no supondría un incremento excesivo respecto del fijado para los intereses remuneratorios.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el demandado, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda. La Sala considera que “el crédito revolving” concedido por la entidad financiera tiene carácter usurario. Lo encuadra como contrato de crédito en el marco del artículo 9 de la LU dada la flexibilidad de la regulación contenida en la citada norma y a partir de esa apreciación el Tribunal Supremo añade que, cabe incluirlo, además, en el ámbito objetivo propio de la Ley de Crédito al Consumo. De esta forma, se interpreta la norma de acuerdo con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada. Asimismo, se aplica la LU a los préstamos mercantiles y recuerda el Tribunal Supremo que, el artículo 315 del Código de Comercio establece el principio de libertad de la tasa de interés, que en el ámbito reglamentario desarrollaron la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981, vigente cuando se concertó el contrato entre las partes y actualmente, el artículo 4.1 de la Orden EHA/2899/2001, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

En cuanto a las cláusulas de intereses moratorios y retributivos señala respecto de los primeros que, pueden ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo, si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones como se ha declarado en las sentencias de este mismo Tribunal de 22 de abril y 8 de septiembre de 2015. Y, también que, no se permite un control del carácter abusivo del tipo de interés

remuneratorio en tanto estamos ante un interés que se refiere a un elemento esencial del contrato, como es el precio de del servicio, aunque puede ser objeto del doble control de transparencia en los términos analizados en este estudio que, permite en primer lugar que, la prestación del consentimiento por el consumidor se ha realizado con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le supone y, en segundo lugar, que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que resulta más favorable.

Respecto a los intereses remuneratorios, para la procedencia de la declaración de nulidad por usura opta por no requerir la concurrencia acumulativa de los requisitos objetivo y subjetivo mencionados en el artículo 1 de la LU en la línea de la actual doctrina jurisprudencial<sup>81</sup>. Al respecto señala la Sala que, para que una operación crediticia puede ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del artículo 1 de la LU, esto es, “que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso” y en este supuesto concurren los dos requisitos legales mencionados. En cuanto al primer requisito, el Tribunal resalta que el interés con el que ha de realizarse la comparación es el “normal del dinero”. No se trata, por tanto, de compararlo con el interés legal del dinero, sino con el interés “normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia”. Para establecer lo que considera “interés normal” el Alto Tribunal dispone que, puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.).

La sentencia recurrida fijó como hecho acreditado que, el interés del 24,6% TAE apenas superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en que se concertó el contrato, lo que, entiende, no puede tacharse de excesivo. También considera que, la indicación de la TAE resulta imprescindible para juzgar sobre la transparencia, dado que con ella se hace posible para el consumidor conocer la carga económica que asume y la comparación con otras ofertas posibles por parte de las entidades competidoras. Sin embargo, señala el Tribunal Supremo, que la cuestión no es tanto si es o no excesivo, como si es “notablemente superior al normal del dinero” y, en todo caso, el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE) que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a los estándares legalmente

---

<sup>81</sup> En contra, E. VAZQUEZ DE CASTRO, “Créditos rotativos o “revolving”, crédito abusivo y crédito usurario. Una necesaria diferenciación conceptual ausente en la STS 628/2015, de 25 de noviembre”, *op. cit.*, p. 7 señala que “abandonar absolutamente el criterio subjetivo entraña el peligro de no poder identificar siempre el interés usurario puesto que podría concederse un cierto margen de impunidad en aquellos casos en los que por las circunstancias concretas se produce un aprovechamiento de las dificultades económicas o inexperiencia del prestatario. Es decir, evitaría aplicar la Ley de Usura a aquellos casos en los que el préstamo o crédito no se limita a una operación aislada, sino que se trata de relaciones complejas en las que cada operación pudiese situarse en el límite legal estableciendo un tipo de interés asumible, pero exigiendo, además, prestaciones de naturaleza diversa no inmediatamente apreciables con relación al tipo de interés máximo exigible”.

predeterminados. Una diferencia de esa envergadura entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumidor en la fecha en que fue concretado permite considerar el interés estipulado como “notablemente superior al normal del dinero”. En esencia, para determinar cómo usurario un préstamo la comparación se debe hacer entre TAE por un lado y, los datos estadísticos del Banco de España por otro. Ciertamente, el concepto de interés usurario es relativo y se obtiene de la comparación con el interés medio de operaciones de concesión de crédito análogas.

Respecto al segundo requisito del artículo 1, la Sala afirma que, no concurren ninguna circunstancia jurídicamente atendible que justifique un interés tan notablemente elevado, ya que no puede asociarse como tal circunstancia el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipo de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.

Generalmente, las circunstancias excepcionales que pueden justificar un tipo de interés anormalmente alto están relacionadas con el riesgo de la operación. Debe existir una equivalencia, por tanto, entre el interés que se percibe el prestatario, el riesgo que corre su capital y las garantías que acompañan al préstamo. Cuando el prestatario va a utilizar el dinero obtenido en el préstamo en una operación especialmente lucrativa, pero de alto riesgo, está justificado que quien le financia, al igual que participa del riesgo, pueda esperar obtener un alto beneficio, con la fijación de un interés notablemente superior al normal.

Ahora bien, como dice la sentencia, mientras la normalidad no precisa prueba especial; si, en cambio, su carácter desproporcionado. Y, al respecto determina que, la carga de probar que el interés no es desproporcionado a pesar de que exceda del interés normal es del prestamista. Esto supone que, probada la diferencia entre el interés normal y el pactado, será el prestamista quien deba acreditar que no es desproporcionado, atendidas las circunstancias del caso. Se fija, por el Tribunal Supremo, una regla general sobre la carga probatoria, en concreto, sobre quien tiene que probar el requisito de la desproporción que, se aplicará a todo tipo de contratos de préstamo y no solo al analizado por la sentencia.

Por otra parte, se destaca la compatibilidad de la Ley de la Usura con las normas de protección de consumidores frente a las cláusulas abusivas, ya analizada en líneas precedentes y alude a las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de febrero de 2013 que declaró que el pacto de intereses remuneratorios al tipo del 22% a un plazo de 6 meses era notablemente superior al normal del dinero del 5,5%, elementos que influyeron en la calificación del contrato como usurario; y, de 2 de diciembre de 2014 relativa a un contrato de préstamo al tipo de interés remuneratorio del 4% y moratorio del 30% y declaró nulo el contrato como usurario. Y, asimismo que, la LU se configura como un límite a la autonomía negocial del artículo 1255 del Código



Civil aplicable a los préstamos y, en general, a cualquier operación de crédito “sustancialmente equivalente” –declarado ya por esta misma Sala en anteriores sentencias, como las de 18 de junio de 2012; de 22 de febrero de 2013 y de 2 de diciembre de 2014-.

La sentencia declara, finalmente, que el carácter usurario del crédito conlleva la nulidad y las consecuencias de esa nulidad son las previstas en el artículo 3 de la LU, esto es, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la cantidad recibida. Por tanto, dado que el demandado ha abonado a la demandante una cantidad superior a la que recibió, la demanda ha de ser completamente desestimada. Añade que, la falta de formulación de reconvencción impide aplicar la segunda parte del precepto, conforme a la que, si el prestatario hubiera satisfecho parte de la suma percibida como principal, y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total e lo percibido, exceda del capital prestado. Finalmente, al haber abonado el demandado una cantidad superior a la recibida de la demandante, no procede el devengo de intereses de demora, lo que excusa de entrar a resolver el segundo motivo del recursos que, plantea una cuestión que ya ha sido resuelta por la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de abril y 8 de septiembre de 2015)<sup>82</sup>.

En contra de esta sentencia, se manifiestan CARRASCO PERERA y CORDÓN MORENO a quienes no les parece acertada la misma en los siguientes extremos: “1. En el modo de practicar la ponderación de la usura conforme a los criterios del artículo 1 de la LRU; 2. En la pobreza de estándar utilizado para determinar el interés normal del dinero; 3. Por carecer de un término de referencia del mercado; 4. Por utilizar la TAE en lugar del interés remuneratorio; 5. Por ignorar realmente cuál es el interés normal del dinero del mercado del producto en el tiempo de referencia, 6. Por contrariar, sin argumentación, una larga serie jurisprudencial sobre la tasa de intereses usurarios en los contratos de tarjeta de crédito; 7. Por ignorar los riesgos e idiosincrasias del crédito personal al consumo; 8. Por no discriminar entre las distintas modalidades de crédito personal al consumo; 9. Al omitir la realización de una prognosis consecuencialista sobre las consecuencias que esta sentencia pudiera tener para el sistema financiero y para los consumidores en el mercado del crédito personal mediante tarjeta; 10. En último extremo, la falta de prudencia del Tribunal que, ante una situación de incertidumbre en cuanto a los hechos relevantes, hubiera operado más sabiamente confirmando las dos sentencias de instancia”<sup>83</sup>. Y añaden respecto de la subsistencia de este mercado que “frente a lo que erróneamente imaginó el Tribunal Supremo, el

<sup>82</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, de 9 de marzo de 2010 (JUR 2010/177285) se trata de un crédito “rápido”, sin garantías, con posibilidades de sucesivas disposiciones incluso mediante una simple llamada telefónica, y, en definitiva, con un elevado riesgo de impago, crédito que resultaba por tanto de más que dudosa obtención por otras vías financieras y en mejores condiciones económicas para la prestataria. Considera que el interés remuneratorio del 22,2%, TAE 24,6% no se considera desproporcionado; y, de la misma Audiencia, sección 17ª, de 22 de julio de 2013 (JUR 2013/340650) interés remuneratorio del 22,20% anual que rebasa el doble del interés legal del dinero y el fijado para los créditos al consumo, de aplicación analógica. Falta de justificación por el prestamista de dicha desproporción. Aceptación del préstamo por el prestatario por su inexperiencia y estado de necesidad. Se trata de una persona mayor sin actividad laboral, siendo pensionista. Disposición de efectivo de forma inmediata y sin soporte escrito que impide al prestatario tomar conciencia del riesgo de su actuación.

<sup>83</sup> Á. CARRASCO PERERA y F. CORDÓN MORENO, *Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving*, op. cit., pp. 32-33. Asimismo, vid., Á. CARRASCO PERERA y A. AGÜERO ORTIZ, “Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. “Sygma Mediatis”: un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 16, 2016, p. 76.



mercado de los operadores de tarjetas no es innumerable, ni heterogéneo. Es muy competitivo, no está cartelizado, pero, sin asombro, todos cobran por el crédito unos precios que mueven en un rango homogéneo”. Y si este producto no se pudiera vender en este tipo de interés, señalan estos autores “no habría oferta del producto, o se ofrecería con mayores costes de discriminación de clientes, porque habría que reducir drásticamente el coste de exposición al riesgo o el peligro que el riesgo de impago se realizara”. De forma que “el sistema dejaría fuera a la masa de población de renta media, la que hoy recibe crédito sin tener que confesarse todos los días, la masa de población que, no es precisamente la clase pobre, sino la clase media, la que sostiene el sistema con sus viajes a Londres, sus compras en Rebajas y con complementos de rentas mensuales en este escenario de sueldos bajos”<sup>84</sup>.

También se muestra crítico con esta sentencia VÁZQUEZ DE CASTRO al operar la sentencia sobre la base exclusiva del elemento objetivo, y prescindiendo del subjetivo, volviendo, como dice la citada resolución a la jurisprudencia de los primeros años cuarenta, inmediatamente posterior a la Ley de la Usura. Para el citado autor esta “vuelta al pasado” que realiza la sentencia resulta desacertada en la valoración que desarrolla, pues, “en primer lugar, en ninguna de las sentencias de ese periodo jurisprudencial se renuncia a la calificación de inmoral del préstamo usurario y, por tanto, a la “mácula” causal del contrato considerado en su natural integridad y centralidad, esto es, desde la consideración del consentimiento prestado de forma torpe; (...) en segundo lugar, porque si se analiza correctamente la evolución jurisprudencial de ese periodo se comprende que el acento puesto en los requisitos objetivos de la usura fue coyuntural y no supuso la eliminación del elemento subjetivo; (...) en tercer lugar y, en definitiva, porque la apreciación que realiza la sentencia acerca de la evolución de la propia doctrina jurisprudencial no puede suprimir un presupuesto impuesto por la propia norma, podrá interpretarlo en un sentido más amplio o más restringido, pero no dejarlo sin aplicación”. De ahí que, concluye el autor que “si no se quiere incurrir en una interpretación contra legem, el análisis de un crédito revolving que aborda la citada sentencia tiene que ser necesariamente reinterpretado en el sentido señalado de considerar todos los elementos normativos de la Ley de Usura”<sup>85</sup>.

Igualmente, que los anteriores autores, incide en la importancia de este mercado y que si no se concediese este tipo de créditos personales de alto riesgo, muchas personas no podrían acceder al mercado<sup>86</sup>. Coincidimos con el autor en que, no es posible generalizar que, todos los intereses de los créditos revolving como usurarios; de ahí, veremos la posiciones discrepantes que han tenido lugar en el seno de las Audiencias Provinciales.

---

<sup>84</sup> Á. CARRASCO PERERA y F. CORDÓN MORENO, *Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving*, op. cit., pp. 76-77.

<sup>85</sup> E. VÁZQUEZ DE CASTRO, “Créditos rotativos o “revolving”, crédito abusivo y crédito usurario. Una necesaria diferenciación conceptual ausente en la STS 628/2015, de 25 de noviembre”, op. cit., pp. 3-4. En esta línea, de admitir la concurrencia de ambos requisitos subjetivo y objetivo se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de febrero de 1988 8RJ 1988/1305; de 25 de abril de 1989 (RJ 1989/3263); de 13 de mayo de 1991 (RJ 1991/3662); de 8 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8477); de 23 de febrero de 2006 (RJ 2006/5792); y, de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/8857); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6ª, de 18 de julio de 2013 (JUR 2013/285637).

<sup>86</sup> E. VÁZQUEZ DE CASTRO, “Créditos rotativos o “revolving”, crédito abusivo y crédito usurario. Una necesaria diferenciación conceptual ausente en la STS 628/2015, de 25 de noviembre”, op. cit., p. 4.

En fin, en esta línea crítica con los argumentos de la sentencia se expresan, asimismo, RODA GARCÍA y GARCÍA-BARAGAÑO RODA quienes con respecto a la imputación por parte de nuestro Alto Tribunal a la entidad prestamista que “la concesión de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales facilita el sobreendeudamiento de los consumidores” señala que “si se niega la responsabilidad personal del ciudadano y consumidor en la adopción de decisiones económicas que provocan su sobreendeudamiento, estaremos equiparando al ciudadano mayor de edad y responsable de sus decisiones, el que tiene que decidir si realiza o no estudios superiores y vota en las elecciones o se presenta como candidato en ellas, con un niño al que la persecución de un objetivo su corta edad no le permite calibrar las consecuencias de su deseo. Por tanto, este reproche no resulta muy afortunado”.

Y a mayor abundamiento tras imputar nuestro Alto Tribunal a las entidades financieras la causa de ese sobreendeudamiento de los prestatarios que no cumplen con sus obligaciones, y que traería como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tenga que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, entiende estos autores que “con la declaración de nulidad de un préstamo por usura (...) no solo se está liberando a los prestatarios incumplidores del pago de intereses alguno por el dinero prestado, por lo que la operación les resulta muy beneficiosa, sino que, además, la consecuencia inmediata es que el incumplido tiene derecho a ser reintegrado de todos los intereses que fue abonado durante la vigencia del préstamo, si con los mismos ya ha cubierto el principal prestado por el banco, intereses que recibirá incrementados con los legales generados por las cantidades que pudieran exceder de dicho principal, más las costas a cuyo pago pudiera resultar condenada la entidad bancaria. Esto implica que, con el pronunciamiento judicial se está agravando más aún el perjuicio para los prestatarios cumplidores y los accionistas de la entidad financiera”<sup>87</sup>. A todo ello añaden, coincidiendo con otros autores que, “guste o no, el mercado de las tarjetas de crédito existe y, globalmente considerado, es muy útil para la economía de mercado, pues potencia la actividad mercantil y el consumo, que se traduce en cobro de impuestos y creación de puestos de trabajo”<sup>88</sup>.

De todas formas, a algunos autores no les parece adecuado y conveniente que, el Tribunal Supremo, haya optado por no la no concurrencia simultánea en el concepto de usura de los dos elementos: el objetivo –un elevado tipo de interés– y el subjetivo –condiciones leoninas–<sup>89</sup>. Si bien, a nuestro entender, pueden ser ambos elementos tenidos en cuenta atendiendo a las circunstancias del caso.

---

<sup>87</sup> L. RODA GARCÍA y G. GARCÍA-BARAGAÑO RODA, “La desnaturalización del concepto de usura en la jurisprudencia”, *Diario LA LEY*, número 9432, sección Doctrina, 10 de junio de 2019, pp. 5-6.

<sup>88</sup> L. RODA GARCÍA y G. GARCÍA-BARAGAÑO RODA, “La desnaturalización del concepto de usura en la jurisprudencia”, *op. cit.*, p. 5; A. AGÜERO ORTÍZ, “No todas las tarjetas de crédito son usurarias, es posible que haya futuro para la financiación de consumo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 19, 2016, p. 149 manifiesta también al respecto que “la doctrina plasmada en la sentencia constituye un nefasto augurio que se está materializando. Gracias a aquella sentencia el cumplimiento de las obligaciones contraídas ha resultado banalizado. Quien, sin ser sujeto de un abuso inmoral, disfrutó durante años de crédito y obtuvo rendimiento de él, puede ahora recuperar el precio que, pagó por aquella disposición y obtención de utilidad proporcionado por el uso de lo ajeno. Este es el mensaje que se está transmitiendo. Esta sentencia promueve la usura en lugar de prevenirla”.

<sup>89</sup> L. RODA GARCÍA y G. GARCÍA-BARAGAÑO RODA, “La desnaturalización del concepto de usura en la jurisprudencia”, *op. cit.*, p. 9; A. AGÜERO ORTÍZ, “No todas las tarjetas de crédito son usurarias, es posible que haya futuro para la financiación de consumo”, *op. cit.*, p. 149.

En todo caso, el interés con que realiza el Tribunal Supremo es con el “normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia”, criterio sostenido mayoritariamente en la jurisprudencia<sup>90</sup>. Si bien, el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados<sup>91</sup>; en otras resoluciones se opta por tomar el nominal (tipo de interés remuneratorio) y no la TAE<sup>92</sup>. Para establecer lo que se entiende por interés “normal”, el Alto Tribunal acude a las estadísticas que publica el Banco de España, en concreto, al tipo de interés aplicado al crédito al consumo en la fecha de la operación, pues, como analizaremos, hasta 2017 no se ofrece un tratamiento separado de los tipos aplicables a los créditos o tarjetas revolving y de los relativos al crédito al consumo –que respecto de aquellos oscila desde un 20,40 en 2011 a un 19,63 en noviembre de 2019-.

En este contexto, como señalamos en líneas precedentes, nos encontramos en el seno de nuestras Audiencias Provinciales, con resoluciones que, operan en la línea de la sentencia del Tribunal Supremo de 2015 y consideran usuario el tipo de interés remuneratorio pactado por ser notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado en relación con las circunstancias del caso<sup>93</sup>; frente a otras –

<sup>90</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001/7141); y de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/8857); y las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3ª, de 11 de octubre de 2012 (JUR 2012/367895); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9ª, de 18 de noviembre de 2014 (AC 2014/2122).

Las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5ª, de 29 de mayo de 2008 (JUR 2009/125125); y, sección 4ª, de 2 de diciembre de 2010 (JUR 2011/54548) afirman que no cabe considerar abusivos unos intereses moratorios con el argumento que se trata de intereses habituales en el mercado, que el impago supone un grave quebranto para el prestamista y además son intereses aplicables solo en caso de incumplimiento de su obligación por parte del prestatario, teniendo una clara naturaleza punitiva.

<sup>91</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7ª, de 16 de febrero de 2018 (JUR 2018/94139); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14ª, de 28 de diciembre de 2018 (JUR 2019/27808).

De todas formas, como precisa A. AGÜERO ORTÍZ, “No todas las tarjetas de crédito son usurarias, es posible que haya futuro para la financiación de consumo”, *op. cit.*, p. 148 “si se utiliza la TAE como referencia, ésta debe ser comparada con la TAE aplicada a productos similares, en este caso tarjetas de crédito sin garantías y sin apertura de cuenta corriente y no con el promedio de intereses que cobran las entidades sobre diversas operaciones crediticias, incluidas aquellas a coste cero por saldarse la deuda en el mismo mes, o por concederse a empleados, así como a operaciones cuyos intereses tienen fijado un máximo legal como son los intereses por descubierto tácito”.

<sup>92</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11ª, de 20 de diciembre de 2002 (AC 2003/387); y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2ª, de 26 de febrero de 2013 (JUR 2013/11227).

<sup>93</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12ª, de 4 de febrero de 2016 (JUR 2016/53049); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17ª, 9 de marzo de 2016 (JUR 2016/101251) interés remuneratorio de 21,60%; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 7 de octubre de 2016 (JUR 2016/242516) tipo de interés remuneratorio del 24% TAE. Se constata una gran diferencia entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6ª, de 27 de octubre de 2016 (JUR 2016/245819) crédito que fija un 21% de interés anual y con un TAE de 23,14% notablemente superior al interés normal de dinero en operaciones de crédito, sin que se haya justificado por la demandante circunstancia excepcional alguna que justifique un tipo de interés notoriamente superior al referido; de la Audiencia Provincial de Huesca, sección 1ª, de 17 de enero de 2017 (JUR 2017/29456) un interés remuneratorio de un 24,51%; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20ª, de 28 de febrero de 2017 (JUR 2017/92253) interés remuneratorio del 24,6%; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 2 de junio de 2017 (JUR 2017/182788) con un interés remuneratorio estipulado en un 24,6%; de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 9ª, de 8 de junio de 2017 (JUR 2017/244883) un tipo de interés remuneratorio pactado de un 22,95% TAE. El tipo de interés medio publicado en el portal del Banco de España extraído de los datos suministrados mensualmente por las entidades de crédito sobre los tipos aplicados en su operaciones activas y pasivas en febrero de 2007 era del 9,38%; de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2ª, de 20 de junio de 2017 (JUR 2017/270482) crédito concedido por una entidad financiera a un consumidor a un tipo de interés

anteriores y posteriores a la citada sentencia de 2015- que, ajustándose a los parámetros del mercado en el momento de la concesión del crédito y, a los que operan con relación al tipo aplicable a este producto crediticio, se inclina por la validez del crédito revolving con o sin tarjeta y el carácter no usurario de un tipo de interés remuneratorio comprendido entre el 21% al 24%<sup>94</sup>. En esta

---

remuneratorio del 24,6% TAE; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6ª, de 22 de diciembre de 2017 (JUR 2018/61036) tarjeta de crédito con un interés remuneratorio del 24,6% TAE; de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª, de 28 de diciembre de 2017 (JUR 2018/128847) tarjeta de crédito *revolving* con tipo nominal del 22,29% y TAE del 24,71%; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7ª, de 16 de febrero de 2018 (JUR 2018/94139) tarjeta de crédito con interés remuneratorio del 24%; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, de 28 de febrero de 2018 (JUR 2018/116350) crédito *revolving* con un interés remuneratorio TAE del 19,56% cuando el interés medio de los créditos al consumo en el mismo periodo era del 9,66%; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 2 de marzo de 2018 (JUR 2018/116351) crédito *revolving* con un interés remuneratorio TAE de 15,9% más una comisión del 4% del importe dispuesto en retiradas de efectivo; de la misma Audiencia Provincial, sección 6ª, de 2 de marzo de 2018 (JUR 208/117819) nulidad del contrato de crédito en base a la doctrina del TS en su sentencia del Pleno de 25 de noviembre de 2015 con un tipo de interés remuneratorio del 29,65%; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 11ª, de 29 de marzo de 2018 (JUR 2018/161537) interés remuneratorio del 25,02% y 23,56% TAE, cuando los TAE más elevados en la época eran del 9,31% y 10,07%; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6ª, de 27 de abril de 2018 (JUR 2018/185834) préstamo con TAE del 29,84% con posterior reducción al 22,95%; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5ª, de 10 de diciembre de 2018 (JUR 2019/38786) la operación de crédito se considera usuraria, pues concurren los dos requisitos legales: interés remuneratorio del 24,6% TAE y la entidad financiera que concedió el crédito *revolving* no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que explique la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21ª, de 26 de febrero de 2019 (JUR 2019/119135) interés estipulado del 24,6%; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7ª, de 21 de marzo de 2019 (JUR 2019/157913) interés remuneratorio del 24,6%; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6ª, de 29 de marzo de 2019 (JUR 2019/135744) nulidad del contrato de tarjeta de crédito suscrito entre las partes por apreciar que los intereses remuneratorios pactados de un tipo mensual del 1,75% eran totalmente desproporcionados a las circunstancias del caso, tomando como referencia tanto el interés del dinero vigente en tal anualidad, como en todo caso el aplicable a las operaciones de crédito al consumo en la fecha de suscripción del contrato que, infringía el artículo 1 de la LRU; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4ª, de 6 de junio de 2019 (JUR 2019/264701) un interés remuneratorio que asciende a un TAE desde el 20,25% al 28,26%; de la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1ª, de 21 de junio de 2019 (JUR 2019/235157) tipo remuneratorio del 29,5%; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6ª, 1 de julio de 2019 (JUR 2019/272164) crédito *revolving* con un interés remuneratorio del 24,6% TAE; y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6ª, de 19 de julio de 2019 (JUR 2019/249926) contrato de tarjeta de crédito *revolving* con un interés remuneratorio del 26,70%.

<sup>94</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3ª, de 11 de octubre de 2012 (JUR 2012/367895); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, 22 de octubre de 2013 (JUR 2013/346685); de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3ª, de 12 de enero de 2017 (JUR 2017/140311) un tipo de interés remuneratorio del 24,6% TAE no se considera abusivo al no superar apenas el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo en la época en que se concertó el contrato. Entre la TAE y el interés medio de los préstamos al consumo 12,24% para Bancos y el 13,49% para Cajas que arroja una media de 12,86% solamente supera el interés medio indicado en 8,34 puntos que no alcanza el doble del interés medio; de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8ª, de 7 de marzo de 2017 (JUR 2017/301910) el tipo de interés remuneratorio aplicado no es ineficaz y no entra en el ámbito de aplicación de la LU. La normalidad la fija el mercado y lo normal es que el mercado sea especialmente precavido en los negocios relacionados con tarjetas de crédito en los que las garantías de pago son escasas. Ni siquiera a la vista del cambio de postura del Tribunal Supremo, traído a colación por el Juzgado de Primera Instancia, puede entenderse que ese tipo del 25,7% en las fechas en las que se contrae la operación que enjuiciamos puede considerarse usurario; de la Audiencia Provincial de León, sección 2ª, de 9 de marzo de 2018 (JUR 2018/131234) después de referirse a diversa jurisprudencia sobre la materia, alega que no se ha efectuado alegación alguna sobre el carácter usurario del tipo pactado, ni propuesto prueba alguna al respecto, ni tampoco controvertido la solución adoptada en la sentencia apelada, por lo que no puede considerarse que el tipo de interés pactado fuese notablemente superior al normal del dinero en la echa del contrato, ni, por tanto, usurario; de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, de 26 de julio de 2018 (JUR 2018/284609) después de aludir a la sentencia del Tribunal Supremo de 2015, entiende que la negativa a considerar usurario el tipo de interés del 21,82% de este contrato de tarjeta de crédito radica en la prestación libre por parte de la consumidora quien acepta expresamente unos tipos de intereses remuneratorios ciertamente elevados, pero ajustados a los tipos de mercado en este tipo concreto de operaciones crediticias, en que los intereses son altos para compensar la falta de garantía y el mayor riesgo de la operación y de acuerdo con las Tablas de TAE aplicadas en el mercado de las tarjetas de crédito que hasta podrían alcanzar el 24%; de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1ª, de 5 de septiembre de 2018 (JUR 2019/92791) atendiendo a las estadísticas del Banco de España para los intereses de las tarjetas de crédito, se establece que el TEDR medio (TAE sin incluir comisiones) en el año 2014, año de la contratación litigiosa, para esta tipología del instrumento ascendió a 21,17% y por consiguiente, el 22,42% pactado no es notablemente superior al normal del dinero para esta tipología de producto, siendo asimismo, obvio que el juzgador de instancia no está utilizando un porcentaje de referencia distinto al establecido por el Tribunal Supremo, sino que utiliza el TEDR, otra forma de denominar el índice TAE, pero sin incluir comisiones, lo que supone de hecho, que utiliza esta modalidad del TAE en tanto en cuanto es la que utilizan las estadísticas del



última línea, recientemente se ha pronunciado la sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, sección 3ª, de 5 de noviembre de 2019<sup>95</sup> considerando no usurario un tipo de interés remuneratorio del 24,5% en un crédito concedido a una consumidora por parte de la entidad Cofidis. La Sala entiende que, en este caso estamos ante un tipo de crédito concedido sin garantías adicionales y sin que el consumidor tuviera depositados sus fondos en forma de cuenta corriente abierta, ni presenta una vinculación concreta con la entidad prestamista, por lo que para conocer si estamos ante un tipo notablemente superior al normal del dinero y “manifiestamente desproporcionado” hay que realizar una comparativa con los productos situados en la misma franja o categoría de mercado. Así, ante los datos aportados por Cofidis, extraídos de la web del Banco de España, se observa que los distintos tipos aplicados por entidades como el Banco Sabadell, Santander Consumer o Caixabank para este tipo de créditos rápidos y sin garantías, indican un tipo medio similar al aplicado por Cofidis. El crédito se concedió el 21 de marzo de 2013, a 48 meses y con el interés indicado del 24,51%, por lo que la comparativa no ha de realizarse, como ha hecho la sentencia de instancia, con la información que el Banco de España proporciona para dicho año 2013 sobre los créditos personales a plazo, de donde se extrae la sentencia que “los préstamos personales para operaciones a plazo entre uno y cinco años oscilaba entre el 9,43% y el 10,06%”, sino que debería haber sido extraída de las estadísticas correspondientes, ya existentes y que viene a adquirir carta de naturaleza a partir de la Circular 1/2010 del Banco de España. En concreto, se indica que, en la información proporcionada por el Banco de España en el Boletín Estadístico publicado en la web constan los créditos concedidos con ocasión de tarjetas revolving para el año 2014 y siguientes, mostrando porcentajes nunca inferiores al 19% y con un máximo por encima del 21%. También en esta sentencia se hace mención a la información que facilita la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) y se destaca que estamos ante un producto crediticio que se paga a final de mes y con intereses nada baratos. Por lo que cotejadas las fuentes indicadas, aprecia la Sala que, ciertamente, el tipo de interés cobrado en el contrato de autos, celebrado en 2013, no era manifiestamente superior al interés normal del dinero para dichos productos en la fecha citada. Por otro lado, en cuando al segundo de los

---

Banco de España; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14ª, de 28 de diciembre de 2018 (JUR 2019/27808) que después de señalar que, la cuestión no es tanto si el interés es o no excesivo, como si es “notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”, pues para que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea “manifiestamente desproporcionado a las circunstancias del caso”. En principio, dado que la normalidad no precisa de especial prueba, mientras que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y privada, en el supuesto enjuiciado no concurren otras circunstancias que las relativas al carácter de crédito al consumo de la operación cuestionada y la persona apelante no ha alegado ni siquiera la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo en el momento de la contratación, ni tampoco la concurrencia de las otras circunstancias subjetivas o particulares del prestatario que justificaran esa alegación extemporánea; y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5ª, de 3 de septiembre de 2019 (JUR 2019/270550) crédito *revolving* concedido al consumidor a un tipo de interés remuneratorio del 24,6% TAE, no se considera usurario, pues a la fecha de celebración del contrato atendiendo a las estadísticas publicadas por el Banco de España tiene un TAE del 20,03% en 2011 –fecha en la que se suscribió el crédito objeto de autos- para los “Tipos de interés (FEDR) de nuevas operaciones de préstamos créditos. Tarjetas de crédito de pago aplazado para hogares”; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3ª, de 17 de septiembre de 2019 (JUR 2019/281136) un tipo de interés mensual anual máximo del 24%. TAE máximo 26,82% la Sala aprecia que una vez atendidas las fuentes estadísticas que publicita el Banco de España, que ciertamente el tipo de interés cobrado en el contrato de autor, celebrado el 24 de noviembre de 2011, no es manifiestamente superior al interés normal del dinero para los productos en la fecha citada.

<sup>95</sup> LA LEY 178463/2019.

requisitos a los que hace referencia la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, en la que además de tenerse que comprar el interés aplicado “con el interés normal o habitual” del dinero, también ha de tenerse en cuenta las “circunstancias del caso”. Entiende que, tampoco podría considerarse que, tal producto haya sido colocado para aprovecharse de una situación angustiosa o de necesidad del cliente. Por el contrario, señala que, se trata de un producto conocido y documentado con una clara referencia a los tipos de interés que, se oferta en una franja de mercado singular, donde es conocido que existe un porcentaje elevado de impagos, cubriendo por parte de las entidades que los ofrecen, un sector relevante de operaciones de crédito de pequeños importes. En definitiva, dadas las circunstancias citadas, tampoco puede considerarse que concurre el segundo requisito exigido por el Tribunal Supremo, pues, no cabe entender que el interés aplicado sea manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y porque tampoco existe un mercado alternativo, distinto de éste, en que el negocio de crédito del tipo llamado revolving pudiera funcionar de modo sostenible y con condiciones económicas alejadas de las expuestas y en el que pudiera el consumidor disfrutar de las ventajas que, viene asociadas a estos créditos. Por lo que concluye, estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad Cofidis y la revocación de la sentencia de instancia que había declarado como usurario el interés aplicado.

Asimismo, ante la tantas veces mencionada en este estudio relativa a la importante litigiosidad generada tras la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015, dando lugar a una jurisprudencia contradictoria en el seno de nuestras Audiencias Provinciales como hemos constatado; algunas de estas Audiencias han adoptado acuerdos de unificación de criterios y otras simplemente han rechazado adoptar tal acuerdo. En el primer caso, las secciones de lo Civil de la Audiencia Provincial de Alicante han acordado unificar criterios entorno al contrato de préstamo revolving en los siguientes términos: “(...) En el caso que la financiación instrumentalizada a través de la tarjeta de crédito de pago aplazado no difiera de la apertura de crédito destinada a financiar operaciones de consumo porque su carga es similar en ambos casos al pagar intereses sobre el saldo del capital dispuesto por parte de su titular que se arrastra durante un largo periodo de tiempo, hemos de atender a la realidad de la operación financiera concreta sin que puedan dar lugar a confusión las calificaciones formales de los boletines estadísticos. Pueden ser distintas las formas de operar de la apertura de crédito y de una tarjeta de crédito pero su carga financiera es muy similar: se pagan intereses periódicamente según el saldo de las cantidades dispuestas por el acreditado. No puede entenderse que la carga financiera cuando se opera mediante una tarjeta de crédito destinada a financiar actos de consumo de su titular sea superior a cuando se opera con un crédito destinado a financiar operaciones de consumo del acreditado. No resultará comprensible declarar que un tipo de interés superior al 20% no es usurario cuando se opera con tarjetas de crédito; y, por el contrario, si es usurario para un crédito al consumo, encontrándonos en ambas formas de operar ante una situación semejante: pago de intereses sobre saldo deudores arrastrado y prolongados en el tiempo. La consecuencia es que el tipo medio de interés a considerar es el propio de los préstamos y créditos al consumo, por lo que si el aplicado a la tarjeta litigiosa excede en más del doble, habrá que concluir que el préstamo es usurario porque



el interés pactado es notablemente superior al interés normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, conforme al criterio establecido en la sentencia del Tribunal Supremo número 628/2015, de 25 de noviembre”. SÁNCHEZ GARCÍA después de dar noticia de este acuerdo manifiesta que para “las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Alicante, el índice que hay que tomar como referencia es el propio de los préstamos y créditos al consumo, por lo que el aplicable a la tarjeta litigiosa excede en más del doble, habrá que concluir que el préstamo es usurario porque el interés pactado es notablemente superior al interés normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, conforme al criterio establecido en la sentencia del tribunal Supremo número 628/2015, de 25 de noviembre”. Por lo que, ante tal acuerdo de unificación de criterios “no puede por menos que expresar su respetuosa disconformidad con el criterio adoptado por los Magistrados de las secciones de lo Civil de la Audiencia Provincial de Alicante”<sup>96</sup>.

En cambio, la Junta Sectorial de magistrados de las secciones civiles generales y de la sección mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid, en reunión de 19 de septiembre de 2019 respecto a la usura y tarjetas revolving se expone la cuestión sometida a discusión y que se concreta en que a partir del año 2017 el Banco de España diferencia en sus tablas, dentro de los créditos al consumo, los concedidos a través de tarjetas de crédito (de pago aplazado o tarjetas revolving), circunstancias que no concurrían cuando se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo del Pleno, número 628/2015, de 25 de noviembre. Tras las intervenciones oportunas, se somete a votación tomar en consideración para la declaración de usura, los índices del Banco de España específicos de tarjetas de crédito. Se deniega la propuesta por 39 votos en contra frente a 3 votos a favor y 5 abstenciones.

## VI. LA NORMATIVA E INFORMACIÓN ESTADÍSTICA DEL BANCO DE ESPAÑA Y DE OTRAS ORGANIZACIONES Y ASOCIACIONES PRIVADAS (ASNEF, OCU).

Como hemos indicado, estos créditos revolving pueden ser concedidos por establecimientos financieros de crédito (EFCs o “financieras”) o por entidades de crédito, de la que el solicitante puede ser o no cliente. Si se concede por éstas, y el contrato se celebra consumidores, tal operación crediticia quedará sometida a la normativa de protección de consumidores, además de a la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Asimismo, procede mencionar, la Circular 1/2010, de 27 de enero del Banco de España a entidades de crédito, sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras que modifica las estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras reguladas por la Circular del Banco de España 4/2002, de 25 de junio. Los cambios que se introducen en las estadísticas de tipos de interés permite que el Banco de España, además de utilizar dichos

---

<sup>96</sup> J. M<sup>a</sup>. SÁNCHEZ GARCÍA, “Comentarios al acuerdo de unificación de criterios de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Alicante acerca del denominado contrato de préstamo revolving”, *Diario LA LEY*, 24 de mayo de 2018, p. 5.

estados para elaborar estadísticas en España, los continúe empleando para cumplir con la exigencia de remitir al Banco Central Europea estadísticas sobre tipos de interés, cuyo contenido se ve afectado como consecuencia de la publicación del Reglamento (CE) 290/2009, del Banco Central Europeo de 31 de marzo, por el que se modifica el Reglamento (CE) 63/2002 sobre estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras. El tipo de interés a declarar para cada categoría de instrumentos será la media aritmética ponderada de sus Tipos Efectivos Definición Restringida (TEDR), entendiendo como tal el componente de tipo de interés de la Tasa Anual Equivalente (TAE) definida en la norma octava de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, es decir, excluyendo de la TAE los gastos conexos, tales como las primas por seguros de amortización y las comisiones que compensen costes directos relacionados que, en su caso, formen parte de ésta. Asimismo, también deberán facilitar, en el estado de tipos de interés de las nuevas operaciones, la media aritmética ponderada de las TAE de los créditos distintos de los descubiertos en cuenta. También contempla nuevas operaciones de crédito, concediendo trato diferente, independiente y especializado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito de pago aplazado con elaboración de estadísticas separada (Anejo estadísticas de tipo de interés en punto 1.2 Tipos de interés de las nuevas operaciones (negocios en España) respecto de las operaciones en euros con residentes en los estados participante en la Unión Económica y Monetaria) se hace referencia a las tarjetas de crédito con pago aplazado. En la norma sexta letra n) se indica respecto de los créditos renovables, descubiertos y tarjeta de crédito con pago aplazado se declaran en el estado 1.2, Tipos de interés de las nuevas operaciones, exclusivamente en las partidas específicas para dichas operaciones.

En este sentido, se solicita a las entidades declarantes que faciliten datos sobre los créditos que cuenten con garantías de determinados activos o avales, los concedidos a los empresarios individuales y los instrumentados como préstamos renovables y descubiertos y como saldos de tarjeta de crédito de pago aplazado. Por otro lado, la Circular modifica los criterios de declaración de los préstamos renovables (incluidas las cuentas de crédito) y los saldos de las tarjetas de crédito. En fin, las entidades declarantes deberán remitir al Banco de España dos estados, uno relativo a los tipos de interés de los saldos vivos y otro, a los de las nuevas operaciones realizadas en el periodo mensual al que se refieren.

Por su parte, la Circular 5/2012, de 27 de junio, también del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos que, sustituye a la Circular 8/1999, de 7 de septiembre, persigue desarrollar de forma ordenada y consistente con las mejores prácticas del mercado, el conjunto de mandatos que contiene la Orden EHA/2899/2011. Precisamente, esta Orden faculta expresamente al Banco de España para dictar las normas precisas para su desarrollo y ejecución. Además de esta habilitación de carácter general, a lo largo de su articulado contiene varias habilitaciones particulares y, en otras ocasiones, impone determinadas obligaciones específicas al Banco de España. En esta Circular se contiene como aspecto

novedoso, la información que las entidades deben poner a disposición del público sobre tipos de interés y comisiones, en sustitución de las actuales declaraciones de tipo preferencial y de los tipos orientativos para otras operaciones activas y de los folletos de tarifas máximas de comisiones; asimismo, con el fin de cumplir con el mandato de la Orden EHA/2899/2011 consistente en la obligación de las entidades de poner a disposición de los clientes, en un formato que debe determinar el Banco de España, los tipos de interés habitualmente aplicados a los servicios que presta con mayor frecuencia, así como las comisiones habitualmente percibidas, también en el caso de los servicios que prestan con mayor frecuencia, se ha creado un documento que, bajo un formato homogéneo, pretende responder a dicha exigencia (Anejo I) y que selecciona diversas operaciones que se consideran como las más habituales de las entidades en sus relaciones con los consumidores. En fin, se desarrolla otras de las exigencias de la citada Orden –siguiendo los precedentes ya existentes en materia de crédito al consumo y de servicios de pago–, cual es la obligación de las entidades de crédito de facilitar al cliente, de forma gratuita, determinada información precontractual para que pueda adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y pueda comparar ofertas similares. Esta información mínima deberá ser clara, suficiente y objetiva y habrá de entregarse con la debida antelación y, en todo caso, antes que el cliente quede vinculado por un contrato u oferta. Asimismo en su norma séptima apartado 2, por un lado, respecto de las informaciones que se deben resaltar, manifiesta que se ajustará a los siguientes criterios: “Toda información que deba destacarse en una determinada información precontractual se hará del mismo modo; el medio que de utilice para destacar esta información, como, por ejemplo, negritas o mayúsculas, no podrá utilizarse para ninguna otra información, incluidos los títulos del documento; en todo caso, en la cabecera de los documentos de información precontractual deberá incluirse un mensaje que advierta al cliente que las informaciones resaltadas son especialmente relevantes”; por otro, en su norma décima apartado 3 dispone que “los documentos contractuales se redactarán de forma clara y comprensible para el cliente. En particular, el tamaño de la letra minúscula no podrá tener una altura inferior a 1,5 milímetros y el contrato deberá reflejar fielmente todas las estipulaciones necesarias para una correcta regulación de la relación entre el cliente y la entidad, por lo que se evitará tecnicismos y cuando ellos no sea posible, se explicará adecuadamente el significado de los mismos”.

Pues bien, en su Anejo I “Información trimestral sobre comisiones y tipos practicados u ofertados de manera más habitual en las operaciones más frecuentes con los perfiles de clientes más comunes que sean personas físicas” se recoge como supuesto distinto dentro de las operaciones de activo, en concreto, de los préstamos personales sujetos a la LCCC, los préstamos o créditos facilitados mediante tarjetas de crédito de hasta 6.000 euros, con tipo de interés fijo o variable aplicable a las disposiciones, abierta con motivo de la adquisición de bienes de consumo; y de hasta 4.000 euros, con tipo de interés fijo o variable aplicable a las disposiciones, cuya apertura no está vinculada a la adquisición de bienes de consumo.

Ahora bien, con respecto a la información estadística publicitada en el Banco de España, procede señalar que, en el Boletín Estadístico del mencionado Banco de España hasta abril de 2016 el precio del crédito incorporado a créditos

o tarjetas revolving no constaba de forma separada del resto de los créditos al consumo, sino que bajo el título de “créditos al consumo” se incluían de forma conjunta todos los productos crediticios, con un simple división por plazos de uno hasta cinco años. Asimismo, se indicaba que los plazos iban referidos al periodo inicial de fijación del tipo y que hasta mayo de 2010 la columna relativa a los tipos medio ponderado incluía el crédito concedido a través de tarjetas de crédito. Por lo que, a partir de mayo de 2016 es cuando, por primera vez, el Banco de España ofrece en su Boletín Estadístico un tratamiento separado de las tarjetas de crédito de pago aplazado frente al resto de las operaciones de consumo en el capítulo 19.4 Tipos de interés (TEDR) de nuevas operaciones. Préstamos y créditos a hogares e ISFLSH. Entidades de crédito y EFC, retrotrayendo la comparativa al año 2010, fecha en que, como hemos señalado, la Circular 1/2010 dio carta de naturaleza a “nuevas operaciones de préstamo”<sup>97</sup>. Se indica, asimismo, que hasta mayo de 2010 la columna relativa a los tipos medio ponderado incluye el crédito concedido a través de tarjetas de crédito<sup>98</sup>. En marzo de 2017, el Banco de España de nuevo reordena la información que ofrece en su Boletín Estadístico, incluyendo ahora de forma separada los tipos de interés del contrato de tarjetas y crédito revolving de aquellas en las que el cliente solicita un pago aplazado. Dentro de las operaciones genéricamente denominados “crédito al consumo” ofrece un tratamiento diferenciado de los tipos aplicables a los créditos al consumo, de los relativos a los contratos y tarjetas revolving. El precio se establece en términos de TEDR (tipo efectivo de definición restringida) que, de acuerdo con la nota explicativa de la letra a) es equivalente a la TAE excluyendo el coste de las comisiones. Asimismo, en el cuadro correspondiente a la estadística de dicho año, se concreta que en febrero de 2017 el tipo aplicable a las tarjetas para las que los titulares han solicitado un pago aplazado y tarjetas revolving un 20,79% frente al 20,90% del año 2012. Con respecto al resto de las operaciones de consumo, en la fecha de 2012 el tipo de interés se concreta en un 7,76% y en febrero de 2017 un 7,77%. Por su parte, en la nota b) del cuadro 19.4 se explicita claramente que la columna se refiere a las tarjetas de crédito con pago aplazado y tarjetas revolving. En el apartado “Novedades y advertencias” de dicho Boletín de marzo de 2017, en su página 5 se indica que “a partir de este mes se reorganiza la información ofrecida en este capítulo relativo a los tipos de interés aplicados por las Instituciones Financieras Monetarias en las operaciones de préstamos y depósitos frente a los hogares e IPSFLSH y a las sociedades no financieras. El motivo de estos cambios es ofrecer una información más clara sobre la financiación destinada al consumo. En concreto, la información referida a las tarjetas de crédito (tipos de interés aplicados y volumen de nuevas operaciones) se ha englobado a efectos de presentación dentro del segmento del crédito al consumo (por ejemplo en los cuadros 19.3 y 19.4), pues se considera que este es su destino fundamental. Esta agrupación resulta informativa, pues, aunque la finalidad de estos créditos es la misma,

---

<sup>97</sup> Efectivamente, hasta el año 2010 el Banco de España englobaba los tipos de interés de las tarjetas de crédito en la modalidad de crédito al consumo *stricto sensu*, elaborando a partir de dicho año estadísticas para dicha concreta operación crediticia.

<sup>98</sup> En el capítulo 19. Tipos de interés se dispone que “a partir de este mes se reorganiza y amplía la información ofrecida en este capítulo, relativa a los tipos de interés aplicados por las Instituciones Financieras Monetarias en las operaciones de préstamos y depósitos frente a los hogares e IPSFLSH y a las sociedades no financieras. El motivo de estos cambio es la entrada en vigor del reglamento (EU) número 1072/2013 del Banco Central Europeo de 24 de septiembre y su posterior transposición a la normativa española a través de la Circular 1/2010 (modificada a estos efectos la Circular 5/2014, de 28 de noviembre”.

sus diferentes características hace que los tipos aplicados en los créditos concedidos a través de tarjetas de crédito (de pago aplazado o tarjetas revolving) sean claramente distintos de los que se aplican en los tradicionales créditos al consumo”.

En el Boletín Estadístico de noviembre de 2019 se sigue ofreciendo dentro del capítulo 19.4 Tipos de interés (TEDR) de nuevas operaciones. Préstamos y créditos a hogares e ISFLSH. Entidades de crédito y EFC, un tratamiento separado de las tarjetas de crédito y tarjetas revolving respecto al resto de los créditos al consumo. Se sigue operando sobre el TEDR y los plazos van referidos al periodo inicial de fijación del tipo. En noviembre de 2019 se fija un tipo de interés de 19,63% y en la zona euro 16,64%<sup>99</sup>. En marzo de 2019 se ha modificado también la información contenida en el Portal del Cliente Bancario y dentro del apartado “Productos y servicios bancarios”, tras el enlace “Tipos de interés” se accede a la Tabla que contiene los tipos de interés aplicables a todos los productos financieros “Tabla de tipos de interés activos y pasivos aplicados por las entidades de crédito” dentro del apartado de los créditos al consumo en columna separada e independiente se hace referencia a las tarjetas de crédito revolving, indicando que se trata de productos financieros distintos respecto del resto de los otros créditos al consumo. Se ofrece información sobre estas tarjetas de crédito y sobre su TAE, siendo la media TAE en noviembre de 2019 de un 19,63%. Además se indica que la media europea de la TAE para estos tipos de créditos está en noviembre de 2019 en un 16,64% muy similar a la española<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> Por su parte, el Informe al Banco de España de 20 de febrero de 2019 establece entre otros extremos: “Información específica sobre los tipos de interés y/o la tasa anual equivalente (TAE) de las operaciones de crédito concedidas a través de tarjetas de crédito antes de junio de 2010. Desde el mes de junio de 2010 en el Boletín Estadístico del Banco de España se publican los tipos de interés medios anuales (TEDR) aplicados por las entidades de crédito en su conjunto, con la clientela, en las nuevas operaciones de préstamos y créditos con tarjetas de crédito de pago aplazado (incluyendo las relativas a la modalidad de *revolving*), clasificadas en hogares e ISFLSH y sociedades no financieras. A este respecto, les señalamos que, se consideran tarjetas revolventes, *revolving* o de pago aplazado a las tarjetas de crédito en las que el titular ha elegido la modalidad de pago flexible, y que permiten devolver el crédito de forma aplazada mediante el pago de cuotas periódicas que varían en función de las cantidades dispuestas. Esta información procede de la aportada por una muestra de entidades, de conformidad con lo previsto en la Circular del Banco de España 1/2010, a entidades de crédito, sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras, residentes en los Estados participantes de la Unión Económica y Monetaria que, en febrero de 2010, sustituyó la Circular del Banco de España 4/2002. Por otra parte, el tipo de interés TEDR (tipo efectivo de definición restringida) se calcula como TAE excluyendo los gastos conexos, tales como las primas por seguro de amortización, y las comisiones que compensen costes directos relacionados que, en su caso, formen parte de ésta”.

<sup>100</sup> Sobre la evolución de la información estadística publicitada por el Banco de España, vid., J. M<sup>a</sup>. SÁNCHEZ GARCÍA, “De nuevo sobre las tarjetas de crédito vs créditos revolving”, *Diario LA LEY, número 9394, sección Tribuna, 10 de abril de 2019*, pp. 2-4; del mismo autor, “El crédito revolving y la litigiosidad generada como consecuencia de una errónea interpretación de la sentencia del TS de 25 de noviembre de 2015”, *Diario LA LEY, número 9525, sección Tribuna, 25 de noviembre de 2019*, pp. 2 y 3 precisa que “el Banco de España dentro del apartado de créditos al consumo, facilita, de forma separada, autónoma e independiente una columna para las tarjetas de crédito y otra para los créditos (resto de créditos al consumo), por lo que es evidente que a la hora de fijar la media resultante de cada una de esas columnas, se ha utilizado la información que facilitan TODAS las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito, respecto de cada una de las operaciones financieras que conforman los datos estadísticos de esas columnas, por lo que la información relativa a las tarjetas de crédito está, lógicamente, excluida de la media de la columna de los créditos (restos de créditos al consumo) y a la inversa”; M. ALEMANY CASTELLS, “De nuevo sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, respecto del interés usurario y los índices estadísticos del BdE en los créditos revolving”, *Revista de Derecho VLEX, núm. 155, abril 2017*, pp. 2-3; M. ALEMANY CASTELLS y J.M<sup>a</sup>. SÁNCHEZ GARCÍA, “¿Es usurario un interés remuneratorio con una TAE del 20% en una línea de crédito revolving?”, *Revista VLex, número 176, enero 2019*, p. 3; de los mismos autores, “La comparación del interés “normal del dinero” en los créditos revolving de acuerdo con las estadísticas que publica el Banco de España”, *Diario LA LEY, número 9362, sección Documentos on line, 20 de febrero de 2019*, pp. 3-9; Á. CARRASCO PERERA y F. CORDÓN MORENO, *Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving, op. cit.*, pp. 82-85; J. REYNER SERRÀ, “El crédito “revolving” y su precio”, *op. cit.*, pp. 10-12.



Por otra parte, procede, asimismo, indicar que, el Banco de España ofrece al cliente una herramienta que permite comparar los intereses y TAE reales aplicables por las entidades en productos crediticios específicos, entre los que se encuentran los créditos o tarjetas revolving. Se puede comparar los intereses aplicados por hasta cinco entidades simultáneamente, en el apartado relativo a facilidades de crédito de hasta 4.000 euros en tarjetas de crédito cuya contratación no está vinculada a la adquisición de bienes de consumo.

En este contexto, recordemos que, la sentencia del Tribunal Supremo de 2015, señala que el interés con el que ha de realizarse la comparación es el “normal del dinero” y para establecer lo que se entiende por tal concepto se ha de acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.). Esa obligación informativa de las entidades tiene su origen en el artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, que recoge la obligación de este último, asistido por los bancos centrales nacionales, de recopilar la información estadística necesaria a través de los agentes económicos. Para ello el Banco Central Europeo adoptó el Reglamento (CE) número 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras; y a partir de ahí, el Banco de España, a través de su Circular 4/2002, de 25 de junio dio el obligado cumplimiento al contenido del Reglamento, con objeto de poder obtener de las entidades de crédito la información solicitada.

En todo caso, según establece la citada resolución el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al dinero no es el nominal, sino la TAE que, se calcula tomando en consideración cualesquiera de los pagos que, el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados.

Por su parte, la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) ha creado un “Índice ASNEF” informativo, con periodicidad anual, sobre tipos de interés aplicados en el mercado del crédito al consumo y con una antigüedad superior a doce meses. El objeto de este índice es dotar de mayor transparencia a los productos y servicios de financiación ofrecidos a los consumidores, dada su complejidad actual y posibilitar que los consumidores tengan una referencia directa e inmediata de cuáles son los tipos de interés que se han aplicados en el mercado. El “Índice ASNEF” se publica en la página web de la Asociación, en una sección que puede ser consultada por todo aquél que así lo desee, pertenezca o no a la Asociación, persona física o jurídica, nacional o extranjera, y de forma anónima y gratuita. La información que contiene el “Índice ASNEF” se refiere a valores de los siguientes productos: tarjetas de crédito a pago aplazado y cuentas o líneas de crédito (revolving con o sin tarjeta); préstamos y créditos destinados a la adquisición de vehículos; préstamos y créditos destinados a la adquisición de bienes de consumo distinto



de vehículos; y, préstamos y créditos no destinados a la adquisición de vehículos ni otros bienes de consumo (préstamos personales). En la actualidad, se contiene información correspondiente al período 2008-2017. Respecto de las tarjetas de crédito a pago aplazado y cuentas o líneas de crédito revolvente (revolving con o sin tarjeta) el TIN del año 2008 se fijó en 19,92% y en 2017 en un 21,58%.

En fin, la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) informaba en abril de 2014 que con una tarjeta de crédito, si bien pagas a fin de mes e incluso tienes la opción de pagar más adelante; sin embargo, a cambio de ello se aplica un interés nada barato, advirtiendo que muchas tarjetas se cobran por encima del 25% por aplazar el pago; y describiendo seguidamente un muestreo comparador que evidenciaba que los intereses de aplazamiento suelen ser muy elevados, por encima de un 20% TAE en muchos casos y, de hecho, las once tarjetas que aparecen en la tabla superaban el 25% TAE, llegando en algún caso al 27,24%, hallándose presentes, en dicha tabla, los bancos más significativos.

# LAS RECLAMACIONES POR RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA PRESERVACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS

## CIVIL LIABILITY CLAIMS AND THE PRESERVATION OF DATA PROTECTION

DR. JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA

*Abogado y Doctor en Derecho. Socio-director de HispaColex Servicios Jurídicos  
Secretario General de la Asociación Española de Abogados. Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2019

Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2019

**RESUMEN:** Se analiza a la luz del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, la comunicación de datos relativos a accidentes de tráfico a las compañías aseguradoras o a los abogados defensores de los implicados en ellos, así como qué datos pueden comunicarse a través del atestado de la Policía Local o Guardia Civil. Igualmente se hace un análisis de la utilización del correo electrónico como medio de recepción y de remisión de la documentación solicitada por las compañías aseguradoras. Por último se estudia el acceso total o parcial a la Historia Clínica con fines judiciales, las limitaciones de acceso a las anotaciones subjetivas obrantes en las Historias Clínicas, el acceso a la historia clínica por compañías aseguradoras, así como el acceso a la historia clínica por parte de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y las peticiones de historia clínica de los hijos por parte de cónyuges separados o divorciados, terminando con el acceso a la historia clínica de un paciente fallecido. En definitiva se trata de un completo estudio de las reclamaciones por responsabilidad civil y la preservación de la protección de datos, valorando los casos en los que se encuentra un amparo legal y aquellos en que por el contrario se requiere de un consentimiento expreso.

**ABSTRACT:** It is analyzed in the light of the General Data Protection Regulation (GDPR) 2016/679 and Organic Law 3/2018, of December 5th, about Personal Data Protection and Guarantee of Digital Rights, the communication of data related to traffic accident to insurers or to defense lawyers of those involved in them, as well as what data can be communicated through the Police or Military Police traffic accident report. An assessment is also made of the use of email as a means of receiving and sending the documentation requested by the insurers. Finally, it will be explored the whole or part of the Medical Record with judicial purposes, the limitations of access to the subjective notes included in the Medical Record, the access to the medical records by insurance companies, as well as the access to the medical records by members of the State Security Forces and Corps and requests for the children's medical records from separated or divorced spouses, ending with the access to the medical records of a deceased patient. In short, it is a complete study of the claims for civil liability and the preservation of data protection, assessing the cases in which a legal protection is found and those where on the contrary an express acceptance is required.

**PALABRAS CLAVE:** responsabilidad civil, protección de datos, accidentes de tráfico, aseguradoras, datos del atestado, acceso historia clínica, consentimiento.

**KEYWORDS:** civil liability, data protection, traffic accidents, insurers/insurance company, traffic accident report data, access to medical records, acceptance.

**SUMARIO:** 1.- Introducción. 2.- La comunicación de datos relativos a accidentes de tráfico a las compañías aseguradoras o a los abogados defensores de los implicados en ellos. 3.- Qué datos que pueden comunicarse a través del atestado de la Policía Local o Guardia Civil, además de los datos relativos al nombre y DNI de todos los implicados. 4.- La utilización del correo electrónico como medio de recepción y de remisión de la documentación solicitada por las compañías aseguradoras. 5.- Acceso total o parcial a la Historia Clínica con fines judiciales. 6.- Limitaciones de acceso a las anotaciones subjetivas obrantes en las Historias Clínicas. 7.- Acceso a la historia clínica por compañías aseguradoras. 8.- Acceso a la historia clínica por parte de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. 9.- Peticiones de historia clínica de los hijos por parte de cónyuges separados o divorciados. 10.- Acceso a la historia clínica de un paciente fallecido. 11.- Conclusiones.

## 1.- Introducción

Todos somos conscientes de la importancia que tiene conocer los antecedentes médicos de las víctimas de accidentes, a la hora de valorar la incidencia que dichos antecedentes tienen en las posibles secuelas que puedan quedarle. Pero el acceso a los antecedentes médicos, que son datos incluidos en la historia clínica, constituye una modalidad de ejercicio del derecho de acceso regulado por el artículo 15 del 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 (RGPD) y art. 13 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, aplicable a partir de mayo de 2018 (LOPDPGDD), siendo, como consagra la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos y, en consecuencia, parte esencial de un derecho de la personalidad del afectado.

Y es que la confidencialidad de los datos médicos es un aspecto clave de la relación entre médico y paciente, pues conlleva la confianza de este último de que la información que facilita va a quedar preservada, al igual que todos los datos de su historia clínica. Javier Antomás Osés y Susana Huarte del Barrio, en su trabajo “Confidencialidad e historia clínica: Consideraciones ético-legales” ponen de relieve que “al ser la historia clínica el documento donde la relación

con el paciente queda reflejada, requiere de una protección extraordinaria por la naturaleza especialmente sensible de la información en ella contenida". En dicho trabajo se hace un estudio histórico sobre el secreto profesional en el ejercicio de la medicina, pues desde tiempos inmemoriales se ha tenido un especial cuidado en mantener la reserva de la información médica recabada. De hecho, ya en el año 460 a.C. se formula el "Juramento Hipocrático" que entre sus cinco obligaciones incluye la siguiente: "Guardaré silencio sobre todo aquello que en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la vida de los hombres que no deban ser públicos, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar de ellas". Este punto del juramento, presente en la tradición médica occidental a lo largo de los siglos es recogido y adaptado en los códigos deontológicos de las distintas profesiones sanitarias.

Por su parte, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 12, como la Constitución Española, en el artículo 18, tratan la intimidad como un derecho fundamental del individuo. Además de que España suscribió en 1997 el "Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina", conocido como el Convenio de Oviedo, que reconoce el derecho de las personas al respeto de su vida privada en asuntos de salud, así como a conocer toda la información obtenida respecto a su salud, salvo las restricciones que establezca la ley.

Asimismo, la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986), ya reconocía en su artículo 10.3 el derecho a la intimidad, al igual que posteriormente lo hizo la ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y actualmente el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, aplicable a partir de mayo de 2018; pero es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la que regula y desarrolla pormenorizadamente esta materia, recogiendo en su artículo 16.1 que la historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente, determinando expresamente en su artículo 17.6, que son de aplicación a la documentación clínica las medidas técnicas de seguridad establecidas por la legislación reguladora de la conservación de los tratamientos que contienen datos de carácter personal a los efectos de la legislación de protección de datos. Es de destacar que la nueva normativa europea de Protección de Datos Reglamento 2016/679 introduce en su artículo 4 una definición de datos relativos a la salud como: datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud.

Por tanto, el uso de los antecedentes médicos incluidos en la historia clínica o en cualquier registro, deberá garantizar el derecho a la intimidad del paciente como derecho fundamental de la persona. Este criterio general que sienta la Ley de Autonomía del Paciente queda matizado en su artículo 16.3 cuando establece que el acceso a la historia clínica con fines judiciales, se rige por lo dispuesto en la legislación vigente en materia de protección de datos

personales, en especial tendríamos que acudir al artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679 que establece el criterio de que todo tratamiento de datos debe ser lícito y leal, para que el tratamiento sea lícito los datos deben ser tratados con el consentimiento del interesado o “sobre alguna otra base legítima establecida conforme a Derecho, que no será preciso según por lo dispuesto en el artículo 9.2.f, cuando el tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función.

Luego serán los Jueces y Tribunales quienes pueden, y así lo vienen haciendo, requerir los antecedentes médicos o historia clínica de un lesionado cuando así lo estimen oportuno para los fines judiciales. No obstante, un criterio prudencial aconseja solicitar al juez que defina la relación que pueda existir entre la historia clínica y el objeto del proceso, pues si se acoge dicha petición, se podrán aportar únicamente aquellos documentos que sean relevantes al caso, garantizando así, en lo posible, la confidencialidad.

A juicio de Forense Guillermo Portero Lazcano, en su artículo “Historia Clínica: Problemática sobre la propiedad”, únicamente pueden disponer de la HC íntegra (salvo consentimiento expreso de los terceros implicados), los médicos que participan en el proceso asistencial al paciente y ello en aras a que el fin primordial de la HC es la salud del paciente, y el otro caso, sería en un proceso penal para la investigación de una presunta mala-praxis médica o la verificación del preceptivo consentimiento informado previo a toda intervención. De lo contrario, entiende este forense, que se vulneraría el derecho a la intimidad de las terceras personas, derecho reconocido constitucionalmente y protegido por nuestras leyes penales y civiles. Además, hay que tener en cuenta que las anotaciones, impresiones subjetivas, comentarios, etc. que el médico refleja en la HC, deben estar sujetas a la misma consideración protectora que la información de las terceras personas, si bien debemos partir de la base de que toda la información recogida en la HC ha de ser relevante y necesaria para el fin que se persigue, y que no es otro, que el beneficio del paciente. Estas anotaciones o comentarios podrían ser mal interpretadas por el paciente y su divulgación sistemática, amén de atentar contra el derecho de confidencialidad del médico, conduciría a un cambio en el proceder del médico cuando elabore la HC y al final, ello redundaría en un perjuicio para el propio paciente. Por último, llama la atención sobre el abuso que desde la Administración de Justicia se hace sobre la petición de HCs completas, coincidiendo por mi parte en este punto cuando dice que “en la mayoría de los casos, con informes clínicos, sería suficiente para solucionar el problema puntual que se pueda plantear”.

Con respecto al posible tratamiento por las Compañías Aseguradoras de los datos de salud de aquellas personas respecto de las que deben prestar asistencia, Luis Sarrato Martínez, magistrado sustituto y gran especialista en Derecho Sanitario, en su artículo “El régimen legal de acceso a la historia clínica y sus garantías” se plantea la cuestión de si es posible que la Compañía Aseguradora obligada a la prestación asistencial pueda conocer los datos del lesionado sin su consentimiento y si es posible que esos datos se los facilite, por ejemplo, el servicio público de salud que haya prestado la correspondiente

asistencia.

La Agencia Española de Protección de Datos ha elaborado varios Informes en los que se aborda esta cuestión. En concreto, el Informe 526/2003 de la AEPD, de fecha 11 de agosto, admite que no se exija el consentimiento en el caso de la cesión por los centros sanitarios públicos a las Compañías de Seguros de los datos relativos a la asistencia sanitaria prestada derivada de accidentes de tráfico, por entender que el tratamiento de datos de salud está habilitado legalmente sin el consentimiento del afectado, dado que las Compañías de Seguros son responsables del pago de la asistencia en aplicación de lo previsto por los artículos 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, con dos matices: a) solo se pueden ceder los datos imprescindibles para la facturación, y b) no se prejuzga el criterio a seguirse en el caso de centros privados.

Aquí también podemos citar el Dictamen Ref: CNS 7/2018 de la Agencia Catalana de Protección de Datos con relación a la consulta formulada por una entidad del ámbito de la salud sobre si la aportación de datos médicos a procesos judiciales sin el consentimiento del paciente ni previo requerimiento judicial infringe la normativa de protección de datos de carácter personal. Entes dictamen del 7 de marzo de 2018 se introduce la perspectiva del Reglamento (UE) 2016/679 en este asunto trascendental, citando que:

“Una vez sea aplicable el RGPD, la base jurídica para estos tratamientos está prevista en los artículos 9.2.h) y 9.2.f) del RGPD con los límites establecidos por el artículo 5 del RGPD, en concreto el principio de minimización de los datos. Por lo tanto, esta habilitación estará limitada a aquellos datos mínimos imprescindibles para el cumplimiento de las finalidades pretendidas para aquellos tratamientos.”

De todo lo expuesto hasta el momento, puede observarse la relevancia que tiene la historia clínica como documento médico-legal susceptible de ser utilizado con diferentes finalidades. Sarrato Martínez, reconoce que sin embargo existen cuestiones jurídicas pendientes de ser clarificadas y que deberían ser reguladas con mayor rigor y precisión. Incidiendo en que el acceso a los datos de salud es un tema especialmente sensible, que exige tener muy presentes determinados aspectos, como el derecho a la intimidad de los pacientes, la confidencialidad de la información sanitaria, etc., pero también que el acceso a la historia clínica no sea indebidamente negado a quien está legitimado para ello. Se hace necesario, como dice el mencionado autor, dejar la exposición teórica y bajar a la realidad de cada día y ello para comprobar cómo todo lo que hemos expuesto hasta ahora no responde a una simple elucubración alejada de la práctica, y ello es precisamente lo que haremos a continuación, analizar los distintos casos que se dan en el día a día del ejercicio de nuestra profesión, al objeto de conjugar las compatibilidades entre el derecho de defensa y la protección de datos en materia de responsabilidad civil.



## **2.- La comunicación de datos relativos a accidentes de tráfico a las compañías aseguradoras o a los abogados defensores de los implicados en ellos**

Esta cuestión fue tratada por la Agencia Española de Protección de Datos en su informe de 4 de marzo de 2009 que resuelve la consulta planteada sobre la posibilidad de que, por la Policía Local, puedan ser transmitidos a las compañías aseguradoras o particulares interesados copia de los atestados realizados y los datos contenidos en las diligencias practicadas cuando se produce un accidente de circulación.

Teniendo en cuenta que en los atestados de la Policía Local o de la Guardia Civil constan o pueden constar datos de diversas personas implicadas en el accidente, debe indicarse, con carácter general, que el RGPD establece en su artículo 6.1 los supuestos que legitiman el tratamiento de datos personales: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales; c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento; f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.

Por tanto, todo tratamiento de datos personales ha de estar legitimados por alguna de las causas del artículo 6.1 del RGPD anteriormente transcrito.

Fijémonos por tanto en la parte del apartado f) del artículo 6.1 del RGPD “el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.”

Aquí encontramos ya la justificación para tratamientos por realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones

Pero en aquéllos casos en que así lo prevea una Ley la Agencia ha tenido ya oportunidad de manifestar, cuando todavía no era de aplicación el RGPD, y teniendo en cuenta que la LOPD establecía la comunicación de datos personales

cuando la misma estuviese prevista en una ley: “(...) si la ley contempla el nacimiento de una obligación entre las partes el corolario necesario es que la ley también ha de contemplar la necesidad de conocer las circunstancias necesarias para poder ejercitar los derechos subjetivos que surgen de dicha obligación.”

Por su parte el artículo 8 de la normativa LOPDPGDD cita el tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos en los mismos términos que el RGPD.

Al objeto de determinar la existencia de una ley que ampare la cesión de datos objeto de esta cuestión, debe diferenciarse la comunicación de datos a las compañías aseguradoras de la comunicación a los particulares, por fundamentarse ambas en diferentes preceptos legales.

Comenzando por la cesión de datos a la compañía aseguradora, el criterio de la AEPD ha sido puesto de manifiesto en la Resolución de 11 de agosto de 2003 (confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de septiembre de 2005), en la que se señalaba lo siguiente: “La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, incluye en su “Sección 3ª: Obligaciones y deberes de las partes”, el artículo 18 que establece: “El asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo. En cualquier supuesto, el asegurador deberá efectuar, dentro de los cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas. Cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo considera, el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado”. De dicho precepto se desprende que el asegurador tiene la obligación legal de realizar las investigaciones y peritaciones precisas tanto respecto de la existencia del siniestro, como sobre el importe de los daños si estos se hubieran producido.

Esta obligación tiene una conexión directa con otra obligación de orden legal como es la de satisfacer la indemnización al término de aquellas investigaciones y peritaciones. A su vez, esta última exigencia legal aparece reforzada en la propia norma al imponer al asegurador, en cualquier supuesto, la obligación de efectuar, en un plazo máximo desde la recepción de la declaración del siniestro, el pago de un importe mínimo de lo que se pueda deber, según las circunstancias por él conocidas.

En la cobertura de un seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho, con la particularidad de que al tercer perjudicado, ajeno a la relación contractual establecida entre el asegurado y el asegurador, se le concede por ley, en concreto por el artículo 76 de la ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, la posibilidad de acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar. En este caso la

valoración de los daños se refiere a los datos aportados por un tercero ajeno a la relación negocial, pero sin los cuales no es posible conocer el montante de la indemnización y en su caso la parte correspondiente a las provisiones técnicas. El desconocimiento de estos datos hace también imposible el cumplimiento de la obligación por parte de la entidad aseguradora.

Por otra parte, y en relación con los datos aludidos anteriormente, las entidades aseguradoras deben llevar un libro de siniestros en los términos establecidos en el artículo 65 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en el que deberá constar entre otros datos la valoración inicial consignada y los pagos que se han hecho en relación con el mismo. Para poder determinar el importe de tales conceptos se hará de nuevo mención a datos que no se corresponden a ninguna de las partes que aparecen en el contrato de seguro, sino a los datos del tercer perjudicado y de los daños sufridos por éste, debidamente probados.

Las citadas obligaciones se complementan con las derivadas del control de las entidades aseguradoras. Así, los artículos 70 a 72 de la misma Ley establecen las competencias del Ministerio de Economía en el control de las entidades aseguradoras previendo específicamente que “el control financiero consistirá, en particular, en la comprobación del conjunto de actividades de la entidad aseguradora, del estado de solvencia y de la constitución de provisiones técnicas...” (artículo 71.2) y las sujetan a la Inspección de Seguros (artículo 72.1).

A tal efecto, los Inspectores de Seguros en el ejercicio de sus funciones comprobarán toda la documentación necesaria para verificar la solvencia técnico-financiera de las entidades aseguradoras sometidas a su supervisión, para lo cual solicitarán de las mismas toda la documentación que acredite los cálculos a los que llega la entidad, como determina el artículo 72 de la Ley. Entre estos documentos se encuentran aquellos en los que se base la entidad para el cálculo de la cuantía de las indemnizaciones, como pueden ser los informes médicos cuando el siniestro de lugar a daños personales.

Es por tanto necesario para la Inspección de Seguros tener acceso a los datos del tercer perjudicado para poder dar cumplimiento a las obligaciones de supervisión que tiene asignadas y garantizar que la empresa tiene la solvencia necesaria para afrontar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por contrato de seguro.

En definitiva, toda información podrá ser requerida por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en el ejercicio de sus labores de supervisión como así lo dispone el artículo 71.4 de la Ley, de manera que la falta de remisión de la misma podrá ser considerada como infracción muy grave, grave o leve en los términos establecidos en el artículo 40 de la Ley pudiendo dar lugar a la imposición de sanciones administrativas.

De todo lo expuesto se concluye que, tanto desde la perspectiva de las obligaciones del asegurador contenidas en la Ley 50/1980, como desde las

derivadas de la Ley 30/1995, las entidades aseguradoras deben recabar y conservar, en su caso, información relativa a la salud de los terceros que deban ser indemnizados como consecuencia de un seguro de responsabilidad civil. Ley 50/1980 del Contrato de Seguro y, en la actualidad, el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, que deroga la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de seguros privados, ampararían la cesión incontestada, tal como se señala en la Resolución transcrita, dichas compañías deben recabar y conservar la información necesaria en relación con la indemnización que debe abonarse a terceros como consecuencia de un seguro de responsabilidad civil.

En segundo lugar, se plantea si resulta posible la cesión de los datos referidos al accidente de tráfico a los particulares o a sus representantes legales -los abogados defensores de los implicados en ellos-, por lo que igualmente debe examinarse si existe una norma que ampare la cesión de los datos sin consentimiento de los afectados, y en este sentido, el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro establece que “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.”

De la misma manera, el artículo 7.1 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 octubre, dispone que “el asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes. El perjudicado, o sus herederos, tendrán acción directa para exigirlo. Únicamente quedará exonerado de esta obligación si prueba que el hecho no da lugar a la exigencia de responsabilidad civil conforme al artículo 1 de la presente Ley. Prescribe por el transcurso de un año la acción directa para exigir al asegurador la satisfacción al perjudicado del importe de los daños sufridos por éste en su persona y en sus bienes.”

A la vista de los preceptos transcritos, cabe considerar que la comunicación a la que se refiere la consulta se encontraría habilitada por lo dispuesto en el artículo 6.1.f del RGPD y el artículo 8 de la LOPDPGD sin precisar el consentimiento del afectado, dado que existen dos normas con rango de Ley que dan cobertura al acceso por el particular a los datos necesarios para exigir, mediante el ejercicio de una acción directa, el abono de la indemnización que proceda.

En la relaciones con la compañía aseguradora, cabe señalar que el artículo 6.1

b) que hay que relacionar con el 9.2 f) del RGPD que citan respectivamente que “el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales” o que se exceptúa el consentimiento del afectado “el tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial”

Teniendo en cuenta que, como consecuencia de la producción del siniestro, se genera una relación jurídica entre la compañía aseguradora del causante del daño y el perjudicado, de la que, de una parte, resulta la obligación de aquella de pagar la indemnización derivada de los daños causados por el siniestro y de otra, otorga al perjudicado una acción directa contra la compañía aseguradora para exigir el pago de dicha indemnización.

### **3.- Qué datos que pueden comunicarse a través del atestado de la Policía Local o Guardia Civil, además de los datos relativos al nombre y DNI de todos los implicados.**

A este respecto, debe tomarse en consideración el informe 411/2010 de la AEPD, el cual deja claro que no solamente los datos relativos a nombre y DNI de los implicados tienen el carácter de datos personales, sino que éste concepto se extiende a otros datos que pudieran estar contenidos en dicho documento. En este sentido, el artículo 4.a) del RGPD, define los datos personales como “toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.

Para determinar qué información, de la contenida en el tratamiento al que pertenece el documento que refiere la consulta, debe facilitarse habrá que estar al caso concreto, teniendo en cuenta el principio de minimización de datos recogido en el artículo 5.1 c) del RGPD, según el cual “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»)”.

Quiere ello decir, que la comunicación de datos deberá limitarse a los datos que sean necesarios, en cada caso, en relación con las finalidades, como recoge el artículo citado. Por tanto, aquí si podría haber algún conflicto por la existencia, o no, de proporcionalidad en los datos facilitados por la Policía Local o Guardia Civil al facilitar una copia del atestado.

#### **4.- La utilización del correo electrónico como medio de recepción y de remisión de la documentación solicitada por las compañías aseguradoras.**

Esta posibilidad es también analizada en el informe 411/2010 de la AEPD, argumentando que en lo que se refiere a comunicaciones electrónicas, es preciso estar a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuyos artículos 13 y 14 establece lo siguiente:

Derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas: “A comunicarse con las Administraciones Públicas a través de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración.”

“Las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas. El medio elegido por la persona para comunicarse con las Administraciones Públicas podrá ser modificado por aquella en cualquier momento.”

Por consiguiente, para que el correo electrónico pueda ser utilizado como un medio de comunicación con los particulares, es un medio que deberá estar al alcance del ciudadano ya habilitado como tal por el Organismo en referencia a la normativa citada.

Respecto a la posibilidad de facilitar datos identificativos de los implicados en los accidentes a los abogados de las compañías de seguros cuando así lo solicitan por vía telefónica, debe tenerse en cuenta que puede dar lugar a una cesión de datos a personas carentes de la habilitación legal, debiendo tenerse en cuenta, además, que en todo caso será precisa la acreditación de la representación que ostenta quien efectúa la llamada.

En este sentido, la AEPD ha señalado la posibilidad de facilitar datos por vía telefónica cuando el sistema utilizado para acreditar la identidad de la persona que llama impida que terceras personas no autorizadas puedan acceder a la información referida al afectado, procedimientos que normalmente exigen la existencia de una clave de acceso como mecanismo de identificación del interesado.

No podemos dejar de hacer referencia aquí al artículo 32. puntos 1 y 4 del RGPD:

“Teniendo en cuenta el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable y el encargado del tratamiento aplicarán medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, que en su caso incluya, entre otros:



- a) la seudonimización y el cifrado de datos personales;
- b) la capacidad de garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento;
- c) la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente físico o técnico;
- d) un proceso de verificación, evaluación y valoración regulares de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad del tratamiento.”

“El responsable y el encargado del tratamiento tomarán medidas para garantizar que cualquier persona que actúe bajo la autoridad del responsable o del encargado y tenga acceso a datos personales solo pueda tratar dichos datos siguiendo instrucciones del responsable, salvo que esté obligada a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros”.

## 5.- Acceso total o parcial a la Historia Clínica con fines judiciales

La Agencia Española de Protección de Datos, tal y como expone Cristina Gómez Piqueras, en su artículo “La historia clínica. Aspectos Conflictivos resueltos por la Agencia Española de Datos”, ya resolvió una consulta sobre si procedía la comunicación a la autoridad judicial de los datos contenidos en la historia clínica que sean solicitados por la misma para su aportación a un proceso o si, por el contrario, es posible oponerse total o parcialmente a dicha aportación, solicitándose del Órgano Jurisdiccional la concreción de los datos que efectivamente son de necesaria aportación, en caso de considerarse por el centro sanitario que la solicitud es genérica. De lo dispuesto en el art. 9.2 f) “el tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial” se desprende que, con carácter general, siempre que una autoridad judicial considere necesaria la aportación de datos contenidos en una historia clínica, en los términos que el propio Órgano determine, será necesario aportar dichos documentos, pudiendo resultar la decisión de la entidad que se niegue a facilitarlos, o decida facilitarlos parcialmente, contraria a lo dispuesto en el artículo 118 de la Constitución, a cuyo tenor: «Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto».

Por tanto, estamos ante una cuestión delicada, siendo en ejemplo que la propia Agencia Española de Protección de Datos inició un procedimiento de declaración de Infracción de Administraciones Públicas a un Hospital de la Comunidad Autónoma Andaluza, al entender que había cedido datos de historias clínicas de pacientes del servicio de ginecología del citado Hospital que no eran necesarios, ya que el órgano jurisdiccional no las había solicitado. En el último Fundamento de Derecho de la Resolución archivando las actuaciones se

indica: «Entrando en el fondo de los hechos denunciados, esto es, si la presentación de documentos de derivación de pacientes procedentes del Distrito de Atención Primaria y reclamaciones del pacientes como parte de la defensa del Hospital Costa del Sol vulnera el secreto profesional y la intimidad de dichos pacientes, se plantea una colisión entre dos derechos fundamentales: el derecho a la protección de datos de carácter personal, derivado del artículo 18 de la Constitución y consagrado como derecho autónomo e informador del texto constitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, por un lado; y el derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, contenido en el artículo 24 de la Constitución, lo que implica para su efectividad la asistencia letrada y representación procesal. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, este derecho «comporta de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa». En el supuesto examinado, se produce una colisión conexas con el derecho al secreto profesional tutelado en el artículo 24.2 de la Norma Fundamental.»

Para resolver esta cuestión, debe indicarse que, en primer lugar, el propio RGPD permite establecer los límites para la exigencia del consentimiento, dado que su artículo 9 sobre el Tratamiento de categorías especiales de datos personales exige, como regla general, el consentimiento para el tratamiento de los datos «salvo que la Ley disponga otra cosa». A la vista de este precepto, el legislador ha creado un sistema en que el derecho a la protección de datos de carácter personal cede en aquellos supuestos en que el propio legislador (constitucional u ordinario) haya considerado la existencia de motivos razonados y fundados que justifiquen la necesidad del tratamiento de los datos incorporando dichos supuestos a normas de, al menos, el mismo rango que la que regula la materia protegida.

En efecto, la exigibilidad del consentimiento de los pacientes para el tratamiento de sus datos supondría dejar a disposición de aquél el almacenamiento de la información necesaria para que el denunciado pueda ejercer, en plenitud, su derecho a la tutela judicial efectiva. Así, la falta de estos datos o su comunicación a la contraparte, puede implicar, lógicamente, una merma en la posibilidad de aportación por el interesado de «los medios de prueba pertinentes para su defensa», vulnerándose otra de las garantías derivadas del citado derecho a la tutela efectiva y coartándose la posibilidad de obtener el pleno desenvolvimiento de este derecho. Tal y como sostiene reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, STC 186/2000, de 10 de julio, con cita de otras muchas): «el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho.»

Pues bien, aplicando la doctrina antedicha al supuesto concreto, debería darse una prevalencia al derecho consagrado por el artículo 24 de la Constitución, que garantiza a los ciudadanos la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, en

los términos expuestos. Por ello, la AEPD archivó las actuaciones contra el hospital malagueño, indicando expresamente en su resolución: «El Hospital Costa del Sol propuso la práctica de prueba documental (documentos de derivación de pacientes procedentes del Distrito de Atención Primaria y reclamaciones de pacientes) que, a su juicio, evidenciaban la deficiente prestación del servicio del Dr. XXX. Dicha práctica de prueba no fue impugnada por la representación legal del Dr. XXX y fue admitida por el Juzgado, por lo que se presume que el órgano judicial debió considerar conveniente e imprescindible que la documentación aportada no se disociara. Asimismo, habiéndose producido en el presente procedimiento Resolución del Juzgado de Instrucción número 8 de Málaga, al objeto de salvaguardar la prejudicialidad derivada de la intervención de un órgano judicial y respetar, en su caso, la prevalencia de la valoración judicial de los hechos, tal como impone el artículo 137.2 de la Ley 30/1992, procede declarar que no existe responsabilidad del Hospital Costa del Sol por los hechos denunciados.»

Por tanto, no hay inconveniente en mantener un criterio amplio, salvo el caso de solicitar unos documentos concretos y específicos de la historia clínica. No obstante, en el Manual de Casos Prácticos del Área de Bioética y Derecho Sanitario del Servicio Madrileño de Salud figura la siguiente consulta: Se ha recibido en una Gerencia de Atención Primaria un oficio del Juzgado de lo Social, solicitando el historial médico completo de una usuaria para presentarlo en el juicio por una demanda al INSS y a Asepeyo Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. ¿Se le puede mandar al Juzgado la copia del historial completo, o como indica la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en el artículo 16.3: “el acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso”.

El criterio general aparece recogido en el art. 16. 3. de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, donde se establece el acceso a la historia clínica con fines judiciales, que exceptúa de la obligación general de anonimización a los “supuestos de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. Hay por lo tanto una obligación de colaboración con la Administración de justicia.

Como ya hemos citado, en el art. 9. 2. f) del RGPD excepciona de la regla general del consentimiento del interesado los supuestos en que “el tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial”. Dicho lo anterior, el criterio general es el de la proporcionalidad, esto es, debe aportarse al juzgado que lo solicite aquello que sea imprescindible para resolver el asunto de que se trate, ya que en la historia clínica pueden además haber datos incorporados no relacionados con el asunto y cuyo conocimiento no sería preciso por la autoridad judicial.

En consecuencia, lo recomendable sería aportar al juzgado solicitante aquellos datos de la historia clínica relacionados con el proceso de que se trate, haciendo notar que se ampliará la información en caso de que la autoridad judicial así lo determine. Si la solicitud efectivamente se refiriera a la historia clínica completa, como se dice en la consulta, habría dos alternativas, o enviarla efectivamente advirtiendo a la autoridad judicial que el envío del historial clínico completo puede contener anotaciones confidenciales del paciente, quedando a criterio de la autoridad judicial su utilización en el procedimiento, o por el contrario solicitar del juzgado información adicional que permita determinar qué partes de dicha historia serían necesarias para el procedimiento.

## **6.- Limitaciones de acceso a las anotaciones subjetivas obrantes en las Historias Clínicas**

La Agencia Española de Protección de Datos ha resuelto numerosos procedimientos de Tutelas de Derechos consecuencia de no haber facilitado al reclamante su historia clínica o la de la persona fallecida con la que le unían relaciones familiares o de hecho. En un procedimiento en el que una señora solicitaba a un psiquiatra su historia clínica, éste argumentó que dada la patología de la solicitante y el contenido de sus anotaciones y diagnóstico, estimaba que sería contraproducente para su estado de salud facilitarle tal documentación. La Tutela de Derechos se resolvió estimando la reclamación de la paciente e instando al facultativo a que facilitara la historia clínica, a excepción de sus anotaciones subjetivas, pero sin matizar el alcance de las mismas.

En una entrevista realizada por Diario Médico al que fuera en su día Director de la Agencia Española de Protección de Datos, éste señaló, acerca de las anotaciones subjetivas, lo siguiente: «Como regla general, es el propio profesional de la medicina el que debe poner todos los medios a su alcance para favorecer la objetivación, en la medida de lo posible, de las anotaciones subjetivas... Por lo demás, corresponde a los centros sanitarios la regulación del procedimiento que garantice este derecho, con pleno respeto del principio de proporcionalidad... Los profesionales de la salud y los centros sanitarios deben esforzarse en delimitar claramente los aspectos subjetivos -derivados de apreciaciones meramente personales y no sustentadas objetivamente en datos clínicos- del resto de la información obrante en el historial médico del paciente, sin menoscabo de la integridad de dicho historial. La determinación de estas anotaciones subjetivas no puede conducir a la extensión indebida del derecho de reserva del médico, dado que dicha práctica, además de suponer una excepción del derecho de acceso a la historia clínica, podría impedir el conocimiento por el afectado de determinados datos que han influido sustancialmente en el diagnóstico y tratamiento médicos.»

La posibilidad de realizar anotaciones subjetivas permite al profesional sanitario que sus comentarios o impresiones personales, que puede reflejar en la historia en un momento determinado, queden excluidos de ese derecho de

acceso, comentarios que tienen trascendencia clínica ya que de otra manera no deberían incorporarse a la historia clínica, y que si podrían ser consultados por otros médicos que atiendan al paciente. También este caso es analizado en el Manual de Casos Prácticos del Área de Bioética y Derecho Sanitario del Servicio Madrileño de Salud, donde se ha valorado si en casos de pacientes fallecidos, y cuando la familia pide copia de la historia clínica, se deben entregar las copias de los datos evolutivos médicos y de enfermería. Se plantea la duda de si se trata de documentos con comentarios subjetivos que la ley 41 no obliga a dar, además de por ser de propiedad intelectual, salvo que la persona que lo ha escrito dé la autorización.

Cuando un familiar de un fallecido reclama copia de la historia clínica, ha de tenerse en cuenta que se trata de datos protegidos que pueden afectar, en principio, al derecho fundamental a la intimidad establecido en la constitución y que, en cuanto tales, pueden no ser transmisibles a terceras personas. En cuanto a este tema la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y deberes en materia de información y documentación clínica, dispone que los centros sanitarios sólo facilitaran el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a los mismos, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En relación a esta cuestión relativa al tratamiento de las anotaciones subjetivas, hay que tener en cuenta, según el anteriormente mencionado Manual del Servicio Madrileño de Salud, lo siguiente:

A) El artículo 18.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica dispone, en relación con las anotaciones subjetivas, lo siguiente: “El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas”.

B) Por lo tanto, las anotaciones subjetivas quedan excluidas del derecho de acceso a la historia clínica por parte del paciente.

C) En caso de reclamación o denuncia, al no ofrecer la citada ley básica criterio alguno, serían en última instancia los tribunales quienes determinarían caso a caso el proceder correcto.

D) Por último, como aportación para intentar la solución de un posible conflicto, se puede citar lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 101/2005, de 22 de diciembre, por el que se regula la historia clínica en la Comunidad de Castilla y León, que dispone lo siguiente: “Al paciente o usuario no se le facilitará el acceso a aquella información que conste en su historia clínica referida a datos aportados por terceras personas, recogidos en interés terapéutico del propio paciente o usuario, ni las anotaciones subjetivas de los profesionales, salvo que aporte la autorización expresa de esas terceras personas o los profesionales no

opongan la reserva de sus anotaciones subjetivas”.

## 7.- Acceso a la historia clínica por compañías aseguradoras

En el ámbito de la actividad aseguradora, el Subdirector General de Inspección de Datos de la Agencia Española de Protección de Datos, Jesús Rubí Navarrete, analizaba en su artículo “El tratamiento de los datos de salud y la legislación sobre protección de datos”, la Resolución de la AEPD de 11 de agosto de 2003, de la que ya hablamos en la introducción, la cual abordó situaciones complejas como es la de si es o no posible el tratamiento de los datos de salud de la víctima de un siniestro, sin su consentimiento, a efectos de las obligaciones inherentes a la entidad aseguradora de responsabilidad civil de vehículos automóviles. Para ello se tiene en cuenta el artículo 6.1 b) que hay que relacionar con el 9.2 f) del RGPD que citan respectivamente que “el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales” o que se exceptúa el consentimiento del afectado “el tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial”. En este sentido, es de suma importancia hacer referencia al artículo 9 LOPDPGDD, que recoge que la ley podrá amparar el tratamiento de datos cuando así lo exija la ejecución de un contrato de seguro del que el afectado sea parte.

Al objeto de determinar la existencia de una ley que ampare la cesión de datos a las aseguradora, realiza un estudio de la normativa de seguros, empezando por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, la cual establece en el art. 18 que establece: “El asegurador está obligado a satisfacer indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo. En cualquier supuesto, el asegurador deberá efectuar, dentro de cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas. Cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo considera, el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado.” De dicho precepto se desprende que el asegurador tiene la obligación legal de realizar las investigaciones y peritaciones precisas tanto respecto de la existencia del siniestro como sobre el importe de los daños si estos se hubieran producido. Esta obligación tiene una conexión directa con otra obligación de orden legal como es la de satisfacer la indemnización al término de aquellas investigaciones y peritaciones. A su vez, esta última exigencia legal aparece reforzada en la propia norma al imponer al asegurador, en cualquier supuesto la obligación de efectuar, en un plazo máximo desde la recepción de la declaración del siniestro, el pago de un importe mínimo de lo que se pueda deber, según las circunstancias por él conocidas.

En la cobertura de un seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de



indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho, con la particularidad de que al tercer perjudicado, ajeno a la relación contractual establecida entre el asegurado y el asegurador se le concede por ley, en concreto por el art. 76 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, la posibilidad de acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar. En este caso la valoración de daños se refiere a los datos aportados por un tercero o a la relación negocial, pero sin los cuales no es posible conocer el montante de la indemnización y en su caso la parte correspondiente a las provisiones técnicas. El desconocimiento de estos datos hace también imposible el cumplimiento de la obligación por parte de la entidad aseguradora.

Por otra parte, y en relación con los datos aludidos anteriormente, las entidades aseguradoras deben llevar un libro de siniestros en los términos establecidos en el art. 65 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en el que deberá constar entre otros datos la valoración inicial consignada y los pagos que se han hecho en relación con el mismo. Para poder determinar el importe de tales conceptos se hará de nuevo mención a datos que no se corresponden a ninguna de las partes que aparecen en el contrato de seguro, sino a los datos del tercer perjudicado y de los daños sufridos por éste debidamente probados. Las citadas obligaciones se complementan con la del control de las entidades aseguradoras. Así los arts. 70 a 72 de la misma Ley establecen las competencias del Ministerio de Economía en el control de las entidades aseguradoras previendo específicamente que "el control financiero consistirá, en particular, en la comprobación del conjunto de actividades de la entidad aseguradora, del estado de solvencia y de la de la constitución de provisiones técnicas..." (art. 71.2) y las sujetan a la Inspección de Seguros (art. 72.1). En definitiva, toda información podrá ser requerida por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en el ejercicio de sus labores de supervisión como así lo dispone el art. 71.4 j de la Ley, de manera que la falta de remisión de la misma podrá ser considerada como infracción muy grave, grave o leve en los términos establecidos en el art. 40 de la Ley.

Por ello si bien será admisible el tratamiento de datos de salud, en los términos expuestos, sin el consentimiento del afectado, éste debe ser informado en los términos precisos de los art. 14 y 15 del RGPD, y el tratamiento de datos que se realice deberá ajustarse a las exigencias de dicha norma.

También este supuesto es analizado en el Manual de Casos Prácticos del Área de Bioética y Derecho Sanitario del Servicio Madrileño de Salud, donde se formulan diversas cuestiones: ¿La aseguradora, como pagador de la asistencia, tiene derecho a ver esas historias clínicas? ¿Sería necesario el consentimiento expreso de los titulares de las historias? Para resolver estas dudas hay que entender que existen diferentes relaciones. Una es la relación clínica entre el médico y el paciente; otra es la relación entre el asegurado y su compañía; y una última es la relación entre el centro sanitario y los profesionales sanitarios que trabajan en el mismo con la compañía de seguros.

Relación médico-paciente.- En la relación clínica médico-paciente, los datos sanitarios sólo pueden ser cedidos cuando así lo disponga una ley o el paciente consienta expresamente. Dado que en el presente caso no hay una ley específica, sólo es posible la cesión de datos con el consentimiento del paciente. Como es natural, el paciente-asegurado habrá dado dicho consentimiento en el momento de suscribir la correspondiente póliza o en su prórroga, pero esta relación, ajena a la relación médica-paciente, debe respetar lo dispuesto en las normas vigentes (ley 41/2002, de autonomía del paciente y RGPD 2016/649, de la Unión Europea). La forma de solucionar el problema es sencilla: en el momento de realización del acto médico debería informarse al interesado de que los datos relacionados con dicha actuación serán comunicados a la entidad con la que el mismo tenga concertado el correspondiente seguro de asistencia sanitaria, de conformidad con el consentimiento previamente prestado en la póliza. La información podría facilitarse mediante la inclusión de una cláusula informativa en el correspondiente volante que haya de emplearse para la realización de la prestación sanitaria o en el resguardo que resulte de la utilización por el asegurado de la tarjeta a la que se refiere la consulta.

Relación asegurado-entidad aseguradora.- Se trata, como se ha dicho anteriormente, de una relación contractual legítima pero ajena a la relación médico-paciente, sin que haya términos hábiles en las normas vigentes para que se pueda exigir desde la misma los datos sanitarios de los pacientes. Sin embargo, puesto que la ley impone a la entidad aseguradora la obligación de satisfacer el gasto de asistencia sanitaria efectuado, la compañía tiene que conocer cuál será éste, dado que la asistencia se realiza generalmente por terceros ajenos a la propia entidad aseguradora. No obstante, ya ha quedado dicho como se debe solventar el problema.

Relación centro sanitario-entidad aseguradora.- Tampoco esta relación permite la cesión de datos, de conformidad con las normas vigentes. En todo caso, la comunicación de los datos deberá respetar el principio de proporcionalidad, por lo que no podrán ser comunicados, ni solicitados por la entidad aseguradora, más datos de los que resulten adecuados, pertinentes y no excesivos para determinar el importe de la asistencia sanitaria que habrá de ser satisfecha por la aseguradora en virtud del contrato de seguro de asistencia médica.

Por último, en cuanto al acceso a la historia clínica por la compañía de seguros, hay que convenir que ésta no tiene un acceso “directo” a la información. Sin embargo, puede citarse en este punto el artículo 15, del Decreto 29/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el uso y acceso a la historia clínica electrónica, de la Comunidad Autónoma de Galicia, que dispone: “A las compañías de aseguramiento privado sólo se les facilitarán aquellos datos de la historia clínica electrónica imprescindibles a efectos de facturación, con la finalidad de la justificación del gasto. Cualquier otra información clínica solicitada por la compañía aseguradora requerirá el consentimiento expreso del/de la paciente”. Por lo tanto, correspondería a los centros sanitarios facilitar la citada información, siempre teniendo en cuenta el criterio de la proporcionalidad, en los casos citados por la norma.

En idéntico sentido (en el de reconocer a las compañías de seguros un derecho

de acceso no directo y en todo caso proporcionado) se ha pronunciado la Agencia Española de Protección de Datos, en su 526/2003 de la AEPD, de fecha 11 de agosto, admitiendo que no se exija el consentimiento en el caso de la cesión por los centros sanitarios públicos a las Compañías de Seguros de los datos relativos a la asistencia sanitaria prestada derivada de accidentes de tráfico, por entender que el tratamiento de datos de salud está habilitado legalmente sin el consentimiento del afectado, dado que las Compañías de Seguros son responsables del pago de la asistencia en aplicación de lo previsto por los artículos 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, con dos matices: a) solo se pueden ceder los datos imprescindibles para la facturación, y b) no se prejuzga el criterio que deba seguirse en el caso de centros privados.

## **8.- Acceso a la historia clínica por parte de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado**

Se plantea en este punto la cuestión de las peticiones de documentación clínica que no vienen directamente solicitadas por el juez, pues en principio la petición policial o de cualquier cuerpo y fuerza de seguridad deberá venir necesariamente autorizada por el órgano judicial correspondiente. Si bien hay excepciones, dado que la Policía adscrita a la Coordinación Judicial puede requerir, motivando y concretando los documentos de la historia clínica que le sean precisos para su investigación, al ser este un caso en el que la Policía actúa como comisionada.

En qué casos actúan los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad como comisionados y cómo pueden acreditar tal carácter. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que se personan en los centros sanitarios para la asistencia sanitaria a personas detenidas, actúan como comisionados de los jueces, tribunales y fiscales. Sobre esta cuestión existen sendos pronunciamientos, tanto de la Agencia Española de Protección de Datos, como de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.

Por lo que respecta a la Agencia Española de Protección de Datos, se transcribe la respuesta dada por la citada Agencia a la siguiente consulta: “Solicitudes de datos efectuadas por la Policía Judicial sin mandamiento judicial o previo requerimiento del Ministerio Fiscal. (Año 1999).

Se ha planteado por diversas empresas la posibilidad de acceder a solicitudes efectuadas por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ejerciendo funciones de Policía Judicial, cuando no existe un previo mandato del órgano jurisdiccional o requerimiento del Ministerio Fiscal para que se obtengan los datos, llevando a cabo la actuación por propia iniciativa o a instancia de su superior jerárquico.

En este caso nos encontramos ante el ejercicio por los efectivos de la Policía Judicial de funciones que, siéndoles expresamente reconocidas por sus disposiciones reguladoras, se identifican con las atribuidas, con carácter

general, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por lo que resultará aplicable en este caso la legitimidad del art. 6 y del 9 del RGPD.

Debe indicarse que, tratándose de actuaciones llevadas a cabo en el ámbito de las competencias consagradas en el apartado a) del artículo 445.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Policía Judicial se encuentra obligada a dar cuenta de los hechos a la Autoridad Judicial y Fiscal de forma inmediata.

Esta finalidad deriva de la actividad de investigación policial reconocida a las fuerzas y cuerpos de seguridad en la Ley Orgánica 2/1986 sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en concreto en lo previsto en el artículo 11.1 que establece que: “Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones: ... f) Prevenir la comisión de actos delictivos. g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y pericia les procedentes. h) Captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia.

Dichas funciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.2, serán desempeñadas por el Cuerpo Nacional de Policía en las capitales de provincia y en los términos municipales y núcleos urbanos que el Gobierno determine. La Guardia Civil las ejercerá en el resto del territorio nacional y su mar territorial. Se entiende por tanto que, con carácter general, la investigación policial requiere de actuación urgente y rápida, y es por ello, que el gestor del Centro de Salud no puede entrar en una valoración y análisis de la petición de datos concretos, sino únicamente en comprobar que el solicitante acredita pertenecer a las fuerzas y cuerpos de seguridad y en que quede constancia de la petición policial.

A la vista de la regulación anterior, la cesión de los datos solicitados por parte de la Dirección General de la Policía podrían tener amparo legal y sería conforme con el RGPD, siempre y cuando como recoge el artículo 8 de la LOPDGDD sobre el tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos, se haga en los términos previstos en el artículo 6.1.c) y 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679.

## **9.- Peticiones de historia clínica de los hijos por parte de cónyuges separados o divorciados**

Analizamos en este apartado el supuesto de cuando un padre divorciado dirige una petición al centro sanitario solicitando la copia íntegra de la historia clínica de un hijo suyo, en el caso de que la custodia la tenga la madre y la patria

potestad esté compartida.

La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. La Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio, ha introducido importantes cambios en cuanto a la guarda y custodia y la patria potestad de los hijos. No es lo mismo la guarda y custodia que patria potestad. Lo normal es que la patria potestad se conceda a ambos y sólo se priva de ellos en casos extremos (malos tratos, no prestación de alimentos, etc.). Los cónyuges pueden acordar por convenio, o el Juez decidir, en su caso, que el ejercicio de la patria potestad se atribuya a uno sólo de los cónyuges o a ambos de forma compartida. En este último supuesto se trataría de la figura de la patria potestad compartida.

Esquemáticamente, los derechos y obligaciones de los progenitores respecto a los hijos serían los siguientes, en función de su condición:

Con custodia de los hijos:

A) Derechos: 1.-El disfrute diario de los hijos. 2.-Tomar las decisiones que afectan a los niños en el día a día. 3.-Administrar sus bienes y la pensión alimenticia. B) Obligaciones: 1.-Alimentarles, educarles y darles la compañía y el cariño necesarios. 2.-Facilitar el cumplimiento del régimen de visitas. 3.-Informar al otro progenitor de las incidencias importantes que le sucedan al menor.

Sin custodia (pero con patria potestad):

A) Derechos: 1.-Disfrutar del régimen de visitas acordado. 2.-Ser informado de todas las incidencias importantes. 3.-Ejercer la patria potestad, que sigue siendo compartida, salvo que el juez indique lo contrario. 4.-Acudir al juez en caso de que se produzca algún incumplimiento. B) Obligaciones: 1.-Cumplir con todo lo acordado en el convenio regulador. 2.-Velar por ellos en todo lo que se refiere a salud, educación y desarrollo integral de su persona.

En el presente supuesto que analizamos nos encontramos ante la situación de patria potestad compartida y custodia a cargo de la madre, por lo que en primer lugar, debería ser la madre, la que, de forma voluntaria, ofreciera al padre de la menor la información solicitada sobre los aspectos relativos a su salud. Si ello no fuera así, y debidamente acreditada la situación mediante la aportación de la correspondiente sentencia, debe facilitarse al padre la información que solicita sobre el hijo sobre el que tiene patria potestad, no debiendo existir ningún problema al estar muy claros su derechos.

## **10.- Acceso a la historia clínica de un paciente fallecido**

En este supuesto hay que atender al artículo 3 de la LOPDGDD Artículo 3 sobre los datos de las personas fallecidas, solo podrán acceder a los datos: “Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus

herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión.”

Como excepción, las personas a las que se refiere el párrafo anterior no podrán acceder a los datos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley.

Las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello podrán también solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de este y, en su caso su rectificación o supresión.

En caso de fallecimiento de menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.

En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades también podrán ejercerse, además de por quienes señala el párrafo anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

## 11.- Conclusiones

La AEPD recibe numerosas denuncias referidas a posibles vulneraciones de la normativa de protección de datos en la sanidad pública y privada. Si hoy realizamos una búsqueda en la página web de la Agencia, en el campo de Resoluciones e incluimos como criterio de búsqueda «datos de salud», y señalamos en el apartado «Resoluciones» nos indicará que un porcentaje considerable de las Resoluciones tratan temas relacionados con el tratamiento de datos de salud, lo que acredita la importancia y trascendencia que para nuestra sociedad tiene este asunto.

Tras un estudio detallado de esas Resoluciones dictadas por la Agencia Española de Protección de Datos referidas a datos de salud, se comprueba que las situaciones que más se denuncian son dos: por un lado, un número elevado de Tutelas de Derecho tramitadas son consecuencia de la negativa, por parte de médicos y centros sanitarios, a entregar la historia clínica a los pacientes que lo solicitan, pues se resisten a ello ante la posibilidad de que la historia clínica se utilice para denunciar al médico por mala praxis o negligencia, desconociendo que se trata de un derecho de los pacientes y que tiene solo las limitaciones reguladas: perjuicio de terceros y anotaciones subjetivas; y, por otro lado, se comprueba que se producen frecuentes vulneraciones del deber de secreto al entregar algún documento que forma parte de la historia clínica a una persona distinta del interesado sin su consentimiento, normalmente a una aseguradora o mutua de accidentes.



## Bibliografía

Antomás Osés, Javier y Huarte del Barrio, Susana. “Confidencialidad e historia clínica: Consideraciones ético-legales”. Anales del sistema sanitario de Navarra, Vol. 34, N° 1, 2011, págs. 73-82.

Gómez Piqueras, Cristina. “La historia clínica. Aspectos Conflictivos resueltos por la Agencia Española de Datos”, dentro del libro “El derecho a la protección de datos en la historia clínica y la receta electrónica” publicado conjuntamente por la Editorial Thomson Reuters y la Agencia Española de Protección de Datos. 2009.

López y García de la Serrana, Javier. "la aplicación de la ley de protección de datos en relación con el artículo 32 de la LCS. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25-03-11", publicado en el nº 6 del año 47 (2011) de la revista RC (Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro) que edita INESE.

López y García de la Serrana, Javier. "Derecho de defensa y protección de datos". Editorial del nº 42 de la Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, correspondiente al 2º Trimestre de 2012.

Portero Lazcano, Guillermo. “Historia Clínica: Problemática sobre la propiedad”. Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal. Junio 2002.

Rubí Navarrete, Jesús. “El tratamiento de los datos de salud y la legislación sobre protección de datos”. Cuadernos de derecho Judicial de la Editorial del Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial. Publicado en 2004.

Sarrato Martínez, Luis. “El régimen legal de acceso a la historia clínica y sus garantías”. Revista Jurídica de Castilla y León nº 17 2009.

Beltrán Aguirre, Juan Luis. “Protección de Datos Personales y su Secreto Profesional en el Ámbito de la Salud”. Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria.

# EL TRATAMIENTO DEL ERROR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. REFLEXIONES DE UN MAGISTRADO

## THE TREATMENT OF ERROR ON THE MODIFYING CIRCUMSTANCES OF CRIMINAL LIABILITY. REFLECTIONS OF A MAGISTRATE

Carlos Cerrada Loranca  
*Magistrado*

---

---

Fecha de recepción: 17 de septiembre de 2019

Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2019

**RESUMEN:** El tratamiento del error es una de las cuestiones más estudiadas por la doctrina penal española que ha desembocado en la aplicación por los Tribunales con ocasión de determinadas conductas. Multitud de autores españoles y alemanes tratan de arrojar luz sobre el concepto del error, las distintas clases del mismo y el tratamiento de las consecuencias de estas clases de error. Anteriormente a la Reforma del Código Penal de 1973 en 1983, en España no se había producido una incorporación a la legislación penal del error y sus consecuencias, generando dudas sobre si era o no irrelevante y qué efectos tenía. El estudio de los efectos del error sobre las atenuantes y las agravantes deviene fundamental para una correcta imposición de la pena.

**ABSTRACT:** The treatment of the error is one of the most studied issues by the Spanish criminal doctrine which has resulted in the application by the courts on the occasion of certain behaviors. Multitude of German and Spanish authors are trying to shed light on the concept of error, different classes of the same and the treatment of the consequences of these kinds of error. Prior to the reform of the Penal Code of 1973 in 1983, in Spain had not occurred an addition to the criminal legislation of the error and its consequences, raising doubts about whether or not it was irrelevant and what effects it had. The study of the effects of the error on the mitigating and aggravating factors becomes fundamental for the correct imposition of the sentence.

**PALABRAS CLAVE:** error de tipo, error de prohibición, dolus generalis, aberratio ictus, in personam, in objecto.

**KEYWORDS:** error of tipe, error of prohibition, dolus generalis, aberratio ictus, in personam, in object.

**SUMARIO:** I. Introducción, Teoría del error; II. Clases de error; III. Tratamiento de las consecuencias del error. IV. Reflexión final.

## I. Introducción, Teoría del error

Cuando en un proceso penal, se alega el padecimiento de un error en el acusado, para explicar el motivo de su conducta o la justificación de su reacción, es cuando se debe argumentar con precisión, en el informe final del Juicio Oral, el tipo de error padecido por el sujeto y si el error ha recaído sobre alguna de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya se trate de las agravantes o de atenuantes. Es fundamental hacer llegar la información al Juez o Tribunal de que el acusado ha presentado un error de tipo o de prohibición y es necesario acreditar suficientemente la concurrencia del mismo como indica el Tribunal Supremo en múltiples resoluciones como en la STS 336/2009, de 2 de abril. Es más, debe describirse en los hechos probados de la sentencia la clase de error, si es de tipo o de prohibición, vencible e invencible y las condiciones del caso concreto para su aplicación a efectos de que un posible recurso en segunda instancia surta los efectos deseados por las defensas. La acreditación debe realizarse desde el mismo comienzo de la instrucción, máxime cuando el actual y desacertado artículo 324 LECr, impone plazos muy breves a fin de que se practiquen las diligencias de investigación precisas para la acreditación de los indicios racionales de criminalidad frente al autor o de las diligencias de prueba de defensa. La acreditación del padecimiento del error desde el principio del proceso penal le otorga credibilidad y base potente para que, cuando se exponga en el juicio oral la pretensión, tenga un peso que goce de cierta verosimilitud. Ni que decir tiene que probar que se desconocía que la sustancia con la que se traficaba contenía otras sustancias muy nocivas para la salud es importantísimo. No se quiere afirmar que si se alega por primera vez en el acto del juicio oral no vaya a ser estimado por el Juez o Tribunal, pero la alegación desde el comienzo de la instrucción dota de mayor fuerza al argumento jurídico y las posibilidades de que sea tenido en cuenta.

El error tuvo su entrada en el Derecho Penal Español con ocasión de la Ley 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 1973, en el artículo 6 bis a), siendo una regulación muy pareja a la del artículo 14 del Código Penal de 1995. Con anterioridad hubo silencio en su regulación, como bien nos indica Bacigalupo, puesto que no se reguló en el Código Penal Francés de 1810 y tampoco en los Códigos Penales Españoles de 1848 y 1973. La influencia en la regulación moderna del error se debe al Código Penal Suizo de 1937 (arts. 19 y 20) y del Proyecto alemán de 1927.

Son muchos los autores que se han detenido para estudiar a fondo el error como Luzón Peña, D.M, Webber, Schasfftein, Roxin, Engisch, Bacigalupo Zapater. E., Córdoba Roda, Muñoz Conde. F., Mir Puig, Jiménez de Asúa, Quintano,

Dorado Montero, Alfonso De Castro, Lesch Heiko, H., Fakhouri Gómez, Y. o Díaz y García Conlledo, M.

El error se regula en el artículo 14 del Código Penal de 1995 que nos señala:

“1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.”

La aparición del error de tipo en delitos menos graves es bastante infrecuente (al menos su alegación en el acto del plenario), no así la del error de prohibición, donde encontramos casos donde la persona desconocía que la conducta estaba prohibida por el Ordenamiento jurídico o que concurría alguna causa de justificación cuando realmente no concurría (inexistente agresión ilegítima). Anteriormente se hablaba de los errores de hecho y de derecho, propios de la teoría causalista o clásica, pero cayó en desuso debido a que el error de tipo contempla errores sobre los elementos de hecho y sobre elementos normativos del tipo, como un delito de hurto, donde no sólo el sujeto debe saber que coger un objeto mueble sin consentimiento es delictivo sino que debe saber que es ajeno. Si creyendo que es propio, lo toma para sí, entonces habrá error de tipo.

Es muy interesante la evolución del tratamiento del error en la dogmática alemana. Podemos destacar la teoría de la culpabilidad, equiparando el error de tipo con el error de prohibición, pues entendía que la voluntad del autor no afectaba a la consideración de la culpabilidad del autor. M. E. Mayer introdujo la teoría de los elementos normativos del tipo (discutido por Díaz y García Conlledo, M. en cuanto a la primicia del descubrimiento), empezándose a hablar de conceptos como “ajeno”, lo que posibilitaba la aplicación de error de tipo si había pleno desconocimiento de la ajenidad. Encontramos también la teoría del dolo, que consideraba que la conciencia de la antijuridicidad es un elemento del dolo, intentando amortiguar las críticas a la distinción de error de tipo y de prohibición. En España, podemos leer a Díaz y García Conlledo, M., el cual ofrece un interesante estudio sobre el error de los elementos normativos del tipo, su consideración como error de tipo, de prohibición o como de ambas clases.

## II. Las clases de error

Comenzaremos la clasificación por la antigua distinción entre error de hecho y derecho, que a su vez puede ser penal y extrapenal: el error de hecho es aquel que recae sobre uno de los elementos del tipo penal. Ejemplo, llevarte una mochila del trabajo creyendo que era la tuya. El error de derecho es aquel que versa sobre elementos jurídicos del tipo relacionado con el desconocimiento de si está o no prohibido. Por ejemplo, persona que considera que quitarle dinero a

otra persona que le debía una cantidad no es constitutivo de un delito de realización arbitraria de propio derecho. El error de derecho extrapenal se refiere a aquellos sobre normas jurídicas no penales que definen elementos normativos del tipo. La dogmática alemana entendía que si había un error de derecho penal, era irrelevante, mientras que si era extrapenal, tenía efectos de exclusión del dolo. Lo estableció así el Código Penal del Reino de Sajonia, en su art. 97.

La siguiente clasificación es aquella que hace referencia al error de tipo y al error de prohibición. El artículo 14.1 Código Penal establece que este error recae sobre “los elementos esenciales que expresan la tipicidad penal de un hecho”. El efecto de este error es la exclusión de la responsabilidad penal, si es invencible, porque no puede decirse que el sujeto haya obrado de manera imprudente si no se le puede exigir mayor cuidado en el respeto al derecho penal. Si es vencible, se entenderá que ha habido imprudencia en el sujeto, siempre y cuando esté regulada la imprudencia para ese delito en el Código Penal.

El error de tipo puede presentarse de diferentes maneras, como un error in objeto (error en el objeto, que puede ser de la misma o diferente valoración jurídica), un error in personam (error sobre la persona, que puede ser de la misma o diferente valoración jurídica), error en el curso causal o “aberratio ictus” (cuando el sujeto realiza lo necesario para conseguir su objetivo pero no lo concluye por causa no voluntaria al mismo), como dolus generalis (el sujeto realiza dos acciones, teniendo la creencia de que el resultado se consuma con la primera acción pero realmente acontece con la segunda. Ejemplo: Un médico, que se propone causar la muerte del paciente en el curso de una intervención quirúrgica, se la causa, sin saberlo, al administrarle la anestesia, de forma que, cuando incide con el bisturí para consumar su propósito, lo hace sobre un cuerpo ya sin vida) o error sobre elementos accidentales o cualificatorios del tipo (art. 14.2 Código Penal).

En cuanto al error de prohibición, según el Tribunal Supremo, constituye “el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho”, (SSTS 1141/1997, de 14 de noviembre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 14-11-1997 (rec. 2445/1996); 865/2005, de 24 de junio Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 24-06-2005 (rec. 2033/2003) ; 181/2007, de 7 de marzo Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 07-03-2007 (rec. 1816/2006); 753/2007, de 2 de octubre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 02-10-2007 (rec. 264/2007) ; y 353/2013, de 19 de abril Jurisprudencia citada a favor STS, Sala de lo Penal, Sección: 1ª, 19/04/2013 (rec. 1805/2012) El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho.).

El artículo 14.3 Código Penal dice: “3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”. A su vez este error de prohibición puede ser directo o indirecto, según se produzca sobre la ilicitud de la acción o sobre una causa de justificación, como por ejemplo, creer obrar en legítima defensa.

Señala la STS 123/2001 de 5 Feb. 2001, que Jurisprudencia citada a favor STS , Sala de lo Penal , Sección: 1ª, 05/02/2001 (rec. 1519/1999) El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse. el error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse. Las SSTS 14 de noviembre de 1997, 29 de noviembre de 1997 y 15 de abril de 1996 se requiere para el enjuiciamiento del error de prohibición, la necesidad de “tener en cuenta las condiciones psicológicas y de cultura del infractor, así como las posibilidades que se le ofrecieran en instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitieran conocer la transcendencia antijurídica de su actuar”.

El Tribunal Supremo condena conductas de personas que voluntariamente deciden no acceder al significado jurídico de sus acciones cuando pueden hacerlo. Así tenemos STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 374/2017 de 24 May. 2017, Rec. 1729/2016 que dice: “La sentencia de instancia excluye expresamente el error: el desconocimiento evitable, derivado de la indiferencia, no es un error, y no puede provocar una descarga de la responsabilidad. No puede errar aquél que no tiene interés en conocer.”

Hay un error de prohibición inverso cuando el sujeto cree que está cometiendo un hecho delictivo cuando en realidad la conducta no es antijurídica.

El error de prohibición puede ser también vencible o invencible. El carácter vencible o invencible del dolo depende de las circunstancias concretas de la situación, considerando la doctrina insuficiente el acudir a la diligencia del hombre medio porque es un concepto indeterminado muy amplio. El artículo 14.1 Código Penal establece la necesidad de acudir a criterios objetivos y subjetivos, al indicar que deberá atenderse a las circunstancias del hecho y a las personales del autor. Cuando se valoren todas estas circunstancias es cuando se puede tomar una decisión sobre el tipo de error del sujeto.

Puede ser el error de prohibición propio cuando se produce en el momento en el que el sujeto internamente decide actuar creyendo que obra lícitamente. El sujeto considera que estando habilitado administrativamente para abrir un local donde se reúnen consumidores de cannabis no es delito, precisamente porque el Ayuntamiento de la localidad le había concedido la licencia de apertura, licencia que debió ser impugnada en la vía contenciosa



administrativa para dejarla sin efecto. Error impropio es aquel que se produce sobre la ejecución de la acción.

En cuanto error en las causas de justificación, podemos destacar como ejemplos: cuando un particular o autoridad o funcionario público realmente creen que pueden detener a otra persona (artículos 491 y 492.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); asegurarse de que la información era creíble aunque luego resulte no serlo, como presupuesto del derecho fundamental a la libertad de información, del artículo 20.1 d) de la Constitución Española; utilización del medio adecuado para defenderse del artículo 20.4 del Código Penal; riesgo permitido en la práctica deportiva; consentimiento presunto cuando realmente no concurre; estado de necesidad, artículo 20.5 Código Penal; cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo del derecho, oficio o cargo, artículo 20.7 Código Penal.

### III. Tratamiento de las consecuencias del error

Los efectos del error se regulan en el artículo 14 del Código Penal, y responden a necesidades técnicas y político-criminales. Los defensores de la teoría del dolo indican que debe eliminarse la responsabilidad penal en los casos de error de prohibición vencible, cuando no haya tipificación imprudente en la legislación penal. Los defensores de la teoría de la culpabilidad consideran que la atenuación de la pena en los errores de prohibición vencibles debería ser facultativa y no obligatoria.

El efecto del error invencible de tipo es la exclusión de la responsabilidad penal, porque no puede decirse que el sujeto haya obrado de manera imprudente sino se le puede exigir mayor cuidado en el respeto al derecho penal (una persona, según sus condiciones culturales, de edad, personales, no hubiera podido actuar de manera diferente). Para poder lograr el efecto de la exclusión de cualquier responsabilidad es muy importante exponer un detallado análisis de la historia personal del acusado, dónde nació, evolución escolar o posibles condicionamientos sociales (lo cual es muy discutible y podría dar lugar a un debate de discriminación en cuanto a que personas que nacen en hogares muy acomodados también podrían recibir estímulos desde la infancia que les llevaran a un actuar concreto). Es importante determinar si es o no consumidor de tóxicos, de corta o larga evolución.

En cambio, si el error es vencible, se entenderá que ha habido imprudencia en el sujeto, siempre y cuando esté regulada la imprudencia para ese delito en el Código Penal. De ahí que se utilice la expresión “en su caso”, que implica que sólo en aquellos supuestos donde haya un precepto donde se castigue el delito por imprudencia, procederá la exigencia de responsabilidad penal. La imprudencia se regula en el artículo 12 del Código Penal: “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.”.

Si el error afecta a los elementos accidentales o los que agravan o cualifican la infracción, el artículo 14.2 nos indica que: “2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”. En la Jurisprudencia se advierte su reclamo en delito contra la salud pública, donde se peticiona que no aplique la agravación por desconocer la misma. (STS 25/03/1998). En este punto, es indiferente que el error sea de tipo vencible o invencible.

En relación al error sobre las circunstancias atenuantes, del artículo 21 del Código Penal, hay autores y en concreto, Vives Antón considera que, se puede aplicar la analógica, del párrafo 7º del artículo 21 del Código Penal mientras que si el error es sobre la no concurrencia de una atenuante, la misma se podrá aplicar igualmente.

En el supuesto de error in objeto: Si dirigía su acción a matar a una persona y mata a otra, la conducta es igualmente constitutiva de delito de homicidio, pero si el autor pretendía cazar un jabalí y mata a un cazador, el error determina la exclusión del dolo, ya que es un error relevante. En el caso de que se produzca un ilícito donde hay variación de tipicidad, por concurrir elemento de agravación de la pena, si hay error, procederá la no aplicación.

Si hubiera error in personam: se estima que el error in personam no deberían ser considerado verdadero caso de error porque se produce únicamente un error sobre la identidad del sujeto pasivo, ya que la identidad no es un elemento del tipo. Diferente sería que se quisiera abatir a un guardaespaldas de un presidente de un estado extranjero y se abata al citado presidente. En ese caso, el error sí que habría que tenerse en cuenta.

Consecuencias del error sobre el curso causal o “aberratio ictus”: se estima que las desviaciones que no afectan a la producción del resultado querido por el autor, son irrelevantes. Si el resultado pretendido por el autor, matar a una persona, se produce por una causa que no domina el autor, se le castigará como tentativa. Autores como Jescheck establecen que el curso causal es un elemento del tipo como lo son la acción y el resultado y el sujeto debe conocerlos. Normalmente, la desviación del curso causal imaginado, cuando es irrelevante, no excluye el dolo, como cuando una persona quiere matar a otra con un hacha, pero la muerte se produce por la infección de las heridas, por el evidente peligro a la acción que se ha realizado en forma de menoscabo de la integridad física del sujeto afectado.

El error en el golpe “aberratio ictus” (desviación de la trayectoria), debido al cambio del curso causal, A quería matar a B pero el disparo mata a C. Aquí hay dos teorías, la teoría de la concreción, según la cual, A debería ser condenado por tentativa de homicidio respecto de B y por homicidio por imprudencia, respecto de C. Faltaría el dolo, pero la teoría de la equivalencia establece que como se ha matado a una persona, objetivo inicial de A, la desviación del curso

causal no tiene influencia en el dolo. Para otros autores, este error debería ser calificado como error in personam, que no excluiría el dolo.

Seguimos con el tratamiento del error de prohibición: El artículo 14.3 Código Penal dice: “3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

A su vez este error de prohibición puede ser directo o indirecto, según se produzca sobre la ilicitud de la acción o sobre una causa de justificación, como por ejemplo, creer obrar en legítima defensa.

Si es invencible, excluye la responsabilidad penal pero si es vencible, persiste el dolo, pero se atenúa la pena en uno o dos grados. Si el error es de prohibición inverso, no hay consecuencias penales porque el delito es imposible o imaginario.

#### **IV. Reflexión Final**

La práctica diaria de los Tribunales de Justicia nos ofrece un escaso grado de enjuiciamiento sobre el error, si bien, en el caso de los delitos contra la Salud Pública atribuidos a asociaciones cannábicas o en delitos contra la Hacienda Pública, existe un mayor intento de acreditación de su concurrencia por parte de los letrados defensores, que no siempre prospera debido a que hay que valorar todas las circunstancias concurrentes del caso, las personales y objetivas de los autores. Es necesario probar suficientemente la existencia de un error en el sujeto activo del delito, labor que corresponde a la parte que lo alega, desde el inicio de la instrucción, no debiéndose dejar todo el trabajo para el informe final en el acto del plenario porque siempre faltará tiempo y elementos de prueba que sostengan tal apreciación. Quien de manera voluntaria decide no conocer lo antijurídico de su conducta no puede peticionar un error de prohibición como manifestó el Tribunal Supremo. El error, ya sea de tipo o de prohibición, se introdujo porque hay ocasiones en que los sujetos activos del delito desconocen que un acto era delictivo o que el mismo estaba prohibido y su regulación demuestra que ello puede acontecer. Las discusiones doctrinales y dogmáticas acerca de la naturaleza del error sobre los elementos normativos del tipo o sobre las causas de justificación son muy interesantes y sirven para el enriquecimiento de todo aplicador del derecho a fin de tener una mejor preparación en su labor profesional.

# REFLEXIONES DE UN MAGISTRADO CONSIDERACIONES AL TRATAMIENTO EN DERECHO POSITIVO SOBRE LA BRECHA SALARIAL DE LA MUJER CON DISCAPACIDAD

## CONSIDERATIONS TO THE TREATMENT IN POSITIVE LAW ON THE WOMEN'S WAGE GAP WITH DISABILITIES

Carlos José Martínez Mateo  
*Doctor en Derecho*  
*Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
*Universidad de Almería*

---

Fecha de recepción: 6 de octubre de 2019  
Fecha de aceptación: 9 de noviembre de 2019

**RESUMEN:** En el presente artículo, se tratarán las carencias jurídicas y procedimentales existentes en la lucha contra la desigualdad salarial de las trabajadoras con discapacidad por cuenta ajena. Para conocer esta cuestión y abordar una estrategia eficaz que afronte esta problemática, analizaremos el concepto y tratamiento de la igualdad salarial en el plano normativo, partiendo desde las perspectivas del derecho internacional, el derecho europeo y el derecho estatal, para posteriormente, en óptica contrastada tratar una serie de consideraciones sobre el esquema común que siguen los actuales Planes de igualdad de las empresas, los cuales tienen como meta fundamental garantizar que el salario sea el justo y efectivamente percibido, porque si bien existen regulaciones cuya finalidad es promover la igualdad salarial, aún existe en este sector una falta de desarrollo normativo y planificador eficaz para erradicar los supuestos de discriminación femenina por discapacidad.

**ABSTRACT** In this article, the legal and procedural deficiencies in the fight against wage inequality of workers with disabilities for others, will be treated. To know this issue and find an effective strategy that treat this problem, we will analyze the concept and treatment of equal pay at the regulatory level, starting from the perspectives of international law, european law and state law, and later, on proven optics, address a series of considerations on the common scheme that the current Equality Plans of companies follow, whose main goal is to ensure that the salary is fair and effectively received, because although there are regulations whose purpose is to promote equal pay, There is still a lack of effective regulatory and planning development in this sector to eradicate the assumptions of female discrimination based on disability.

**PALABRAS CLAVE:** Mujer, discapacidad, salario, plan, igualdad.

**KEYWORDS:** Woman, disability, salary, plan, equality,

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN; 2. LA DEFENSA DE LA IGUALDAD SALARIAL EN EL PLANO NORMATIVO; 3. LA BRECHA SALARIAL POR DISCAPACIDAD Y SU TRATAMIENTO ESTRATÉGICO; 4. EL PLAN DE IGUALDAD DE LA EMPRESA; 5. LA PROBLEMÁTICA DE ADAPTACIÓN A LA IGUALDAD; 6. FACTORES DE ACEPTACIÓN DEL SALARIO DEL PERSONAL FEMENINO CON DISCAPACIDAD DE LAS EMPRESAS; 7. CONCLUSIONES; 8. BIBLIOGRAFÍA; 9. WEBGRAFÍA; 10. LEGISLACIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN.

En todos los estados democráticos, la brecha salarial es un fenómeno cuantificable que existe. No obstante, la situación se agrava dentro del colectivo de las mujeres, cuando nos referimos especialmente a aquellas que sufren grados de discapacidad. El hecho de ser mujer y, además, sufrir, limitaciones de alguna facultad física o mental, (que imposibilite o dificulte el desarrollo normal de la actividad diaria), es un factor que, en el mundo laboral, conlleva a una doble discriminación siéndoles además más complicado desarrollarse, acceder al mercado de trabajo y obtener una buena formación.

Este colectivo, se encuentra en una posición de especial vulnerabilidad, que afecta de manera diferente según el grado de discapacidad, pero que definitivamente es algo que los hombres en estas circunstancias, sufren en una medida mucho menor.

Este problema, presenta una complejidad considerable al quedar agravado por factores sociales o culturales que han promovido tradicionalmente a que las tareas<sup>1</sup> se hayan concentrado en ocupaciones de cuidados familiares, hogar, comercio y labores administrativas. En este sentido, la mujer trabajadora ha luchado porque sus limitaciones no fuesen un hándicap para desarrollar sus funciones, en un marco donde las empresas han pagado un sueldo “mínimo”, consecuencia una infravaloración irracional de sus aptitudes al considerarlas en lo personal como características “naturales o innatas”, ignorando cualquier habilidad adquirida.

En España, a pesar de las continuas reformas legislativas, existen prejuicios discriminatorios al evaluar el trabajo ejecutado por mujeres por razón de su discapacidad contribuyendo al incremento de la feminización de la pobreza.

Es por ello que, para elaborar un catálogo de soluciones a nivel social, se haga necesario un estudio de las carencias existentes en derecho positivo del tratamiento del que ofrece el ordenamiento jurídico internacional, europeo y nacional a la remuneración justa de la mujer trabajadora con grado de discapacidad, así como las medidas para la lucha contra la desigualdad.

---

<sup>1</sup> Siempre y cuando no hayan sido tratadas como niñas y no hayan tenido acceso al trabajo por la sobreprotección en el ámbito familiar o de la escuela, lo que ha limitado tradicionalmente su desarrollo como personas.

A nivel metodológico, en este estudio se analizará la problemática del tratamiento de la defensa de la igualdad salarial, así como el nivel de impacto de la intersección de dos planos diferenciados, uno de carácter vertical relativo al tratamiento normativo de la discriminación salarial y otro horizontal que simboliza la eficacia de los Planes de igualdad de las instituciones y las empresas, los cuales tienen como meta fundamental garantizar que el salario sea el justo y efectivamente percibido.

## 2. LA DEFENSA DE LA IGUALDAD SALARIAL EN EL PLANO NORMATIVO

### 2.1. ÁMBITO INTERNACIONAL

Los factores discriminatorios, como expresión de la interseccionalidad<sup>2</sup> de género que sufre la mujer con discapacidad en el ámbito laboral, se manifiestan en su baja tasa de ocupación, menor estabilidad en el empleo, discriminación retributiva, malos tratos psicológicos y agresiones sexuales. Actualmente, en la lucha por la libertad, la igualdad, la dignidad y la solidaridad humana, de las personas con discapacidad, en el plano internacional, la Organización de Naciones Unidas, (ONU), y su agencia, la Organización Internacional del Trabajo, OIT, se establecen como las instituciones de referencia<sup>3</sup>, por la lucha de los derechos laborales y son las generadoras de un marco normativo evolutivo real, cuyo diseño está marcado por las premisas de la comprensión y el respeto por los derechos civiles y laborales, en el ámbito del empleo y de la ocupación de las personas con discapacidad.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) por “discapacidad” se entiende “todas aquellas deficiencias, limitaciones de la actividad, y las restricciones de la participación en situaciones vitales”. Por tanto, una discapacidad es toda aquella condición física o mental que limita la capacidad humana para adaptarse a las condiciones laborales de la forma en que lo hacen quienes no padecen ningún tipo de discapacidad.

La brecha salarial es una realidad que, como es sabido, se multiplica cuando se trata de mujeres con discapacidad, pues a las conductas discriminatorias que sufren las mujeres, por serlo, se añaden las que surgen otras como consecuencia de dicha discapacidad. Dentro de este doble problema discriminatorio, se procederá a valorar una serie de hitos normativos relevantes en el plano internacional:

---

<sup>2</sup> Ver LOMBARDO.E y VERLOO.M. La interseccionalidad del género con otras desigualdades en la política de la Unión Europea, Revista Española de Ciencia Política, num 23, Edita AECPA, Madrid, julio 2010, pp 11-30

<sup>3</sup> Véase QUINTANILLA NAVARRO, B.: Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad. AAVV Relaciones laborales personas con discapacidad, director Fernando Valdés Dal-Re, Madrid; Biblioteca Nueva, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación ONCE, Fundación Ortega y Gasset; 2.005, p. 411.



El primer punto de partida, se encuentra en el art. 23.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>4</sup>, el cuál establece que: “Toda persona<sup>5</sup> 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”.

Siguiendo esta línea, el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo<sup>6</sup> identifica en términos generales<sup>7</sup> la garantía de un salario vital, como una de las condiciones necesarias para la paz universal y permanente basada en la justicia social.

Una de las referencias más importantes que marcarán las pautas a seguir en el tratamiento de la igualdad salarial en el ámbito internacional, se encuentra en el art 23.2 de la anteriormente citada Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el cual establece que “Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”. La presente disposición, se inspiró en otra anterior destinada a un colectivo más específico como era precisamente el de los discapacitados y sus condiciones de empleo, nos referimos a la Recomendación n° 71 de la OIT<sup>8</sup> de 1944. En ella, se afirma, además, el derecho de este colectivo a contar con las más amplias facilidades de orientación profesional especializada, de formación profesional, de reeducación funcional y profesional y de colocación en un empleo útil.

La lucha por la igualdad de remuneración a nivel general, dio lugar a la lucha por la misma en situaciones específicas como la discapacidad, en este sentido, en el seno de la OIT el Convenio 100 (C100) de 1951, fue uno de los ocho convenios fundamentales<sup>9</sup> que marcó como objetivo la salvaguarda general de la

---

<sup>4</sup> Declaración adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

<sup>5</sup> Desde un punto de vista fisiológico, el concepto persona se identifica como un ser o individuo de la especie humana; como un hombre o mujer dotado/a de un conjunto de características físicas únicas que le permite diferenciarse de los demás.

<sup>6</sup> Adoptada por la Conferencia en su 108.a reunión, 21 de junio de 2019

<sup>7</sup> Delimitar esta garantía es un hecho complejo, pues es conocida la dificultad de reconducir el concepto de salario a una noción general y abstracta que acoja todos los caracteres básicos del mismo, así como la integridad de los elementos que forman parte de su estructura. Vid. MONEREO PÉREZ, J.L., “Régimen legal y estructura del salario: el modelo de regulación jurídica”. Revista Temas Laborales. num 87. 1998, p 27.

<sup>8</sup> R071 Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz) 1944, adoptado en Filadelfia, 26ª reunión CIT, 12 mayo 1944. En: <https://www.ilo.org>

<sup>9</sup> El Consejo de Administración de la OIT ha establecido que ocho convenios son "fundamentales". Estos abarcan temas que son considerados como principios y derechos fundamentales en el trabajo: la libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

igualdad salarial entre la mano de obra masculina y la femenina por un trabajo de igual valor. Los Estados partes del convenio marcaron un hito comprometiéndose a alcanzar dicha igualdad de remuneración estableciendo un plan de estrategias eficaz a través de la legislación, introduciendo para ello un sistema para la determinación de los salarios y/o la promoción de acuerdos de negociación colectiva.

Este convenio dió un gran paso adelante al establecer en su art. 1b) que “la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo<sup>10</sup>”. Este convenio de protección universal impulsó a su vez las condiciones idóneas para la protección de las citadas situaciones específicas con la celebración en 1966 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos<sup>11</sup>, que prohibió expresamente entre otros factores la discriminación de las personas por su discapacidad.

Desde este momento, fueron numerosos los pactos y acuerdos que se realizaron en dicha materia, y que reforzaron el derecho a la remuneración justa, destacando entre otros el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 el cual recoge en su art.7 la igualdad salarial<sup>12</sup>, estableciendo de forma programática que los individuos que realizasen trabajos similares o con la misma productividad, debían recibir la misma remuneración, sin importar el sexo, raza, orientación sexual, nacionalidad, religión o cualquier “otra categoría<sup>13</sup>”.

Posteriormente, en 1979, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CETFDICM), estableció no sólo una declaración internacional de derechos para la mujer, sino también un programa de acción para que los Estados Partes garanticen el goce de esos derechos.

---

Vid: <http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>.

<sup>10</sup> Vid. C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Adopción: Ginebra, 34ª reunión CIT (29 junio 1951).

<sup>11</sup> Vid. Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado mediante resolución 2200 A (XXI) de 16 diciembre de 1966.  
En: [http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs\\_sp.asp?type=conven](http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp?type=conven)

<sup>12</sup> Este principio se había incluido anteriormente en el texto inicial de la Constitución de la OIT. Es el tema del Convenio (núm. 100) y de la Recomendación (núm. 90) sobre igualdad de remuneración de 1951.

<sup>13</sup> Sobre ésta última expresión a pesar de su concepto indeterminado, en 1975, se aprobó además la Declaración de los Derechos de las personas discapacitadas, “que proclamó la igualdad de derechos civiles y políticos de las personas con discapacidad y estableció los principios relativos a la igualdad de trato y del acceso a los servicios”

El ejemplo más significativo se encuentra en su art. 11, donde insta a que éstos “adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos”, y en particular lo establecido en su inciso 1.d) “El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo”.

El establecimiento de medidas garantistas que contribuían a la protección de este derecho de igualdad de trato, se reforzó con lo establecido en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de diciembre de 1993, en la cual, se declaró que, “cualquier discriminación o trato discriminatorio de una persona con discapacidad es una violación de sus derechos”. En 1995, se dio un paso más con la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social en su Programa de Acción estableció ya, medidas específicas para erradicar las discriminaciones de las personas con discapacidad. Finalmente, la protección normativa más significativa para las personas con discapacidad tuvo lugar el 13 de diciembre de 2006 en la ONU con la Convención sobre Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, entrando en vigor en España el 3 de mayo de 2008<sup>14</sup>.

En este texto normativo, se proclama un catálogo de derechos regidos por la libertad, la justicia la igualdad y la paz, los cuales tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana<sup>15</sup>, ello invita a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

## 2.2. DERECHO EUROPEO

A nivel general, la igualdad entre hombres y mujeres, es un principio fundamental que viene recogido por el Derecho Europeo (en virtud del art. 2 y del art.3, apartado 2, del Tratado de la Comunidad Europea), y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las disposiciones del citado Tratado, proclaman la igualdad entre hombres y mujeres como una “misión” y un “objetivo” de la Comunidad e imponen una obligación positiva de promover dicha igualdad en todas sus actividades<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Vid. BOE nº 91, 23 abril 2008

<sup>15</sup> Véase Preámbulo del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006

<sup>16</sup> Vid. Texto. Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). “DOUE”, núm.

El Derecho Europeo, (tanto originario como derivado), posee un mayor rango de protección para la mujer trabajadora al establecerse el “Principio de Igualdad de Retribución”. Como antecedente, la igualdad salarial se recogió como uno de los principios fundacionales de la Unión Europea, “A igual trabajo, igual salario”, consagrado ya en el Tratado de Roma de 1957 (quedando actualmente contemplado como un derecho y principio fundamental (art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

No obstante, a nivel específico, el primer paso eficaz en pro de la defensa de la igualdad de la mujer con grado de discapacidad, se realizó con el reconocimiento del derecho a la independencia, la integración social y la participación en la vida de la comunidad en 1961, con la Carta Social Europea aprobada por el Consejo de Europa.

Este texto, se vió reforzado en sus principios generales en 1992, con la recomendación R (92) 6, adoptado por el Consejo de Ministros de la UE sobre “Una política coherente para la readaptación de las personas con discapacidad” el cual contiene orientaciones para que los gobiernos nacionales pongan en marcha actuaciones en áreas tales como empleo, y protección social, donde se contempla el principio de vida independiente y la evolución hacia el modelo social<sup>17</sup>.

La defensa de la igualdad de la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989<sup>18</sup>, impulsó en el Tratado de Ámsterdam de 1996 la inclusión de este derecho como objetivo y principio constitutivo de la Unión la igualdad de oportunidades.

Los arts. 2 y 3 del Tratado establecen que, la igualdad entre hombres y mujeres es un principio a aplicar en todas las acciones comunitarias. Su eficacia es significativa pues su art. 13 (ex art. 6A del Tratado de Roma) insta además una base jurídica que permite a la Comunidad adoptar<sup>19</sup> las medidas necesarias para impedir cualquier tipo de discriminación no solo exclusivamente ya en el terreno del trabajo.

---

204, de 26 de julio de 2006. (De conformidad con el procedimiento establecido en el art. 251 del Tratado N°2).

<sup>17</sup> En lo relativo a la dinámica evolutiva del anteriormente denominado “Derecho Comunitario”, véase CORDERO GORDILLO, V, “Igualdad y no Discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo”, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, pp 177.

<sup>18</sup> Véase Art. 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los trabajadores (Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989)

<sup>19</sup> Esta labor de la Comunidad y de los Estados miembros por velar la igualdad en materia de igualdad de acceso y de trato en el mercado de trabajo, se estableció en su art.137, yendo más allá el art.141, comprometiéndoles en la tarea del desarrollo de acciones positivas. Esta alternativa, ofrecía un ámbito de aplicación material más completo y acorde con la proclamación de la igualdad ofrecida en nuestra Carta Magna (y, por ende, más amplio que el que sugería nuestro Estatuto de los Trabajadores de 1980).

No obstante, el principal hito que marca el Tratado de Ámsterdam fue la incorporación de un nuevo Protocolo sobre política social<sup>20</sup>, dotado de iniciativas que prohíben expresamente la discriminación de las personas con discapacidad, aunque si bien con un cierto carácter programático y refiriéndose a personas con grado de discapacidad con la inclusión de términos como “minusvalía o minusválidos”.

Se prevé que, para 2020, una quinta parte de la población de la UE tendrá alguna forma de discapacidad. La UE y sus Estados miembros se han comprometido a mejorar la situación social y económica de las personas con discapacidad, tomando como guía la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>21</sup>.

Actualmente, el impulso al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ha sido llevado a cabo por la Directiva 2000/78/CE<sup>22</sup>, haciendo posible la realización posteriormente de programas como la “Estrategia Europea sobre discapacidad 2010-2020, un compromiso renovado para una Europa sin barreras”<sup>23</sup>, COM (2010) 636, aprobada por la Comisión el 15/11/2010, remitida al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.

Esta política, tiene como finalidad “capacitar a las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de todos sus derechos y beneficiarse plenamente de una participación en la economía y la sociedad europeas” e incorpora ocho ámbitos de actuación: accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior, y trata de dar respuesta y cumplimiento a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>24</sup>, (“la Carta”), arts. 1, 21 y 26, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>25</sup> (“el Tratado”), arts. 10 y 19 y a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas (“la Convención”).

---

<sup>20</sup> Esta nueva y eficaz política social, es pionera en incluir en el Derecho de la Unión, políticas de empleo con prohibición expresa de discriminaciones en función de la discapacidad, nacionalidad, sexo, religión u orientación sexual.

<sup>21</sup> Véase: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1137&langId=es>

<sup>22</sup> En España, estas soluciones, ésta se traspuso en plazo, adecuando lo actualmente denominado “el Derecho Europeo” a nuestro Ordenamiento, modificando para ello el art.28 del anterior texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

<sup>23</sup> Vid. COM (2010) 636, Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones; (SEC (2010)1323 SEC2010) 1324; Bruselas,15 de noviembre de 2010, p. 13.

<sup>24</sup> Vid. DOCE 18/12/2000 (2000/C 364/01)

<sup>25</sup> Vid. DOUE 20/3/2010 (C83)

El incremento del grado de protección en mundo laboral para las personas con grados de discapacidad, y en especial al colectivo femenino, es una evidencia de la importancia de la Carta, y del Tratado y de las Directivas 2000/43/EC, de 29 junio y 2000/78/EC, 27 noviembre, ha residido en el fortalecimiento de la constitucionalización de los principios de igualdad y no discriminación en el ámbito europeo, y su consideración sustantiva en los ordenamientos de los estados miembros<sup>26</sup>.

### 2.3. TRATAMIENTO EN NUESTRO ORDENAMIENTO INTERNO

Actualmente, según informes de la OIT, en cuanto a la discriminación retributiva<sup>27</sup>, España es el país desarrollado donde más ha crecido la desigualdad en los últimos años<sup>28</sup>. Según datos del INE, a nivel general, el salario medio anual bruto para los trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena con grado discapacidad<sup>29</sup> fue un 17,1% menor que las personas sin discapacidad. Respecto a las diferencias salariales entre hombres y mujeres con discapacidad, éstas resultaron menores, pues el salario fue un 15,8% inferior para las mujeres que en el caso de la población sin discapacidad (un 22,6%).

En lo relativo a los puestos de ocupación medios (empleados, artesanos y trabajadores cualificados) los salarios de personas con y sin discapacidad se acercaron (ratio del 97,1%). Mientras que, en puestos altos, (directores; gerentes; técnicos y profesionales científicos, técnicos intelectuales y de apoyo) los trabajadores y trabajadoras con discapacidad recibieron un salario un 6,3% inferior al resto de los trabajadores. En los puestos de ocupación bajos (operadores y trabajadores no cualificados) el salario fue un 20,3% menor<sup>30</sup>.

Todos estos hechos, se deben en gran parte al carácter programático de la regulación que existe en el ordenamiento español en materia de igualdad

---

<sup>26</sup> Más ampliamente, véase. GIJZEN M. “Selected issues in equal treatment law: a multi-layered comparison of European, English and Dutch law” Oxford 2006, p.551

<sup>27</sup> Ver MALO OCAÑA. M. A, y PAGAN RODRIGUEZ, R. “¿Existe la doble discriminación salarial por sexo y discapacidad en España? un análisis empírico con datos del Panel de Hogares, Moneda y Crédito, nº 225, 2007, pp 7-42.

<sup>28</sup> Véase: Informe Mundial sobre salarios en: [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_324646/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_324646/lang-es/index.htm).

<sup>29</sup> Son las personas con un grado de discapacidad superior o igual al 33% y asimilados (según el RD Legislativo 1/2013).

<sup>30</sup> Vid. INE. Notas de prensa 26 septiembre de 2018: El Salario de las Personas con Discapacidad (SPD). Explotación de la Encuesta Anual de Estructura Salarial 2016 y de la Base Estatal de Personas con Discapacidad. Año 2016.En: [https://www.ine.es/prensa/spd\\_2016.pdf](https://www.ine.es/prensa/spd_2016.pdf)



salarial tanto a nivel general (hombres y mujeres sin discapacidad, como específica hombre y mujeres con discapacidad), pues ni la Constitución Española<sup>31</sup> ni la ley cuentan con preceptos que diseñen políticas transversales<sup>32</sup> o mecanismos realmente eficaces para hacer frente a las discriminaciones indirectas.

La mujer con discapacidad, está sometida a una acusada discriminación múltiple, a pesar de contar con el mandato constitucional del art 9.2 CE,78, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGDPD), y la LO 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, (LOI).

La redacción técnico-jurídica de estos preceptos, (pese a su intención dispositiva y protectora), ha sido más similar a un programa electoral que a una norma, no siendo lo suficientemente específicas en su redacción como para erradicar la problemática de la brecha salarial.

El ejemplo más significativo, son los art 7.3 y 7.4 de la citada TRLGDPD, el primero insta a las administraciones públicas a proteger "... de forma especialmente intensa" los derechos de las personas con discapacidad en materia de igualdad. Respecto al art.7.4, aun haciendo un llamamiento a la Administración y no al resto de los Poderes Públicos, solicita una protección "de manera singularmente intensa" para aquellas personas o grupos de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple entre las que se encuentran las mujeres con discapacidad. Ambos preceptos sólo hablan de intensidad protectora, pero no señalan a través de qué mecanismos ha de llevarse a cabo dicha protección ni realizan ningún reenvío normativo para esclarecer los mismos.

La impericia legislativa para materializar especial y singularmente estas medidas en intensidad, contrasta inevitablemente en nuestro país, con la realidad basada en el arraigo tradicional de la conformidad y la feminización de diversas profesiones. En este sentido, muchas mujeres con discapacidad, (incluyendo las que padecen una acusada exclusión social), optan por trabajos mal remunerados que tienen que ver con aquellas tareas menos valoradas en la empresa. En estas circunstancias, la mujer, por sus limitaciones y dificultad para encontrar empleo, suscribe (bajo la premisa popular "low cost") un contrato de trabajo más precarizado, que incrementa en estadísticas aún más la brecha salarial. En síntesis, si bien normativamente se lucha con mayor o

---

<sup>31</sup> El compromiso de nuestra Carta Magna de 1978 por la igualdad ante la ley y no discriminación, se contiene en los artículos 1.1, 9.2, (del Título preliminar) artículos 10, 14, 49 y 53 (del Título I de los derechos y libertades fundamentales) y, finalmente, el art. 149.1. 1ª (Título VIII Capítulo Tercero).

<sup>32</sup> Esta transversalidad viene regida por las sinergias entre el poder del Estado y el poder de la sociedad, pues la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito laboral, exige por un lado que el sistema normativo sea más eficaz, decidido, y que exista mayor colaboración social para proteger estos derechos.

menor acierto contra la desigualdad salarial, existen múltiples factores sociales que favorecen el efecto contrario.

En la práctica, la prueba más tangible (por su singularidad) en los últimos años, ha venido dada por el Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del año 2012<sup>33</sup>, el cual recogió que la actividad inspectora (tras realizar 6.097 actuaciones), resultó ser totalmente insuficiente para atajar los problemas discriminatorios que sufre la mujer con grado de discapacidad en los centros de trabajo. Tras realizar 865 requerimientos y descubrir 82 infracciones, las actuaciones estaban encaminadas, a comprobar la existencia de planes de igualdad en las empresas, así como detectar situaciones discriminatorias de índole salarial, entre otras existentes en la relación laboral.

En contraste con esta situación, y partiendo de una inalterable redacción de los arts.14 y 35.1 de nuestra Carta Magna, el legislador, ajeno a la problemática, ha continuado su tarea tratando de mitigar los efectos de la doble discriminación salarial de la mujer trabajadora, y limitándose a dar pequeños pasos en la defensa de la igualdad salarial realizando reformas en la norma general, como ha sido la redacción del nuevo Estatuto de los Trabajadores<sup>34</sup>.

El ejemplo más patente, ha sido la modificación del art. 28 del anterior Estatuto, el cual luchaba contra las sutilezas de la brecha salarial con un alcance inócuo o limitado debido a una redacción genérica del tratamiento técnico-jurídico del salario, (ya fuere en su modalidad de salario base o de complementos salariales), pues excluía de su ámbito de aplicación otras percepciones económicas que la trabajadora pudiese percibir a través de lo estipulado en su contrato de trabajo.

En 2007 y con la promulgación de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, encaminada a promover la adopción de medidas concretas en favor de la igualdad en las empresas, se establecieron las líneas directrices en materia de igualdad de un nuevo Estatuto de los Trabajadores cuyo nuevo art.28 presentó un mayor alcance normativo.

En esta línea, el nuevo artículo establece que: “el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella”.

Otro breve paso que dio el legislador vino dado con el refuerzo de la LOI, que señala como objeto en su art.1: “hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la

---

<sup>33</sup> Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2012, Edita Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, pp 232.

<sup>34</sup> Vid. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. “BOE” núm. 255, de 24/10/2015, pp. 82 a 85.

eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los arts. 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria”.

Todo este conjunto de normas, aun siendo un hito formal en la lucha por la igualdad, siguen siendo insuficientes para la protección de los derechos de la mujer trabajadora con grado de discapacidad, pues no impiden que las empresas sigan careciendo de un control realmente eficaz ante la Administración en materia de brecha salarial en los casos de discapacidad de la mujer trabajadora por las razones ya expuestas.

Una vez visto el plano vertical relativo al tratamiento normativo de la discriminación salarial de este colectivo vulnerable, se procederá a analizar el horizontal que simboliza la eficacia de los Planes de igualdad de las instituciones y las empresas, comenzando por la problemática de garantizar que el salario sea el justo y efectivamente percibido.

### **3. LA BRECHA SALARIAL POR DISCAPACIDAD Y SU TRATAMIENTO ESTRATÉGICO**

La brecha salarial de la mujer con discapacidad es un problema de complejo estudio, pues pesar de la insistencia en el tema de la doble discriminación, los distintos análisis empíricos existentes (pocos, dispersos y casi exclusivamente descriptivos) “la presuponen en lugar de intentar probar su existencia”<sup>35</sup>.

Existen una serie de causas en la práctica, que son el fundamento de la discriminación salarial:

1º Prácticas y culturas históricas.

2º Las dificultades para conciliar vida familiar y laboral

3º Los distintos tipos de trabajo realizados, distintos sectores (los sectores con mayoría de mujeres tienen salarios menores que aquellos dominados por hombres).

4º El denominado techo de cristal<sup>36</sup>.

5º Prácticas y sistemas de pago en los lugares de trabajo (falta de transparencia).

6º Pocas mujeres en puestos de liderazgo con experiencia.

7º Infravaloración del trabajo y de las habilidades de la mujer (“habilidades femeninas”).

---

<sup>35</sup> Vid. MALO OCAÑA. M. A, y PAGAN RODRIGUEZ, R. “¿Existe la doble discriminación salarial por sexo y discapacidad en España? un análisis empírico con datos del Panel de Hogares, Moneda y Crédito. Segunda época. nº 225, 2007, p. 8.

<sup>36</sup> La expresión “techo de cristal” se identifica con aquellas barreras laborales imperceptibles impuestas por los hombres que deben superar las mujeres.

8º La discriminación directa o indirecta en el lugar o entorno de trabajo.

Esta última, supone que, por igual trabajo<sup>37</sup> o de idéntico valor, los hombres perciban un salario superior a las mujeres. A pesar de que la legislación laboral de la UE lo prohíbe, dicha discriminación continúa existiendo en algunas empresas, especialmente en las más grandes y pequeñas.

En este sentido, examinaremos en el plano de la igualdad las estrategias para luchar por la salvaguarda de este derecho retributivo, porque si bien existen regulaciones cuya finalidad es promover la igualdad salarial, aún existe la discriminación además por razón de sexo.

### 3.1. MEDIDAS PARA REDUCIR LA BRECHA DE INGRESOS

Partiendo que la brecha salarial entre hombres y mujeres con discapacidad afecta a los salarios más altos, concurre una menor diferencia en los salarios mínimos o ligeramente por encima de ellos. Tanto en uno como en otro caso, si existen estrategias por parte del legislador y los empresarios para reducir la brecha de ingresos, deberían diseñarse medidas más eficaces para la eliminación de barreras, o bien mediante la revaloración de empleos:

Para llevar a cabo la primera estrategia y eliminar la brecha de ingresos deberían revalorizarse aun más los empleos (Convenio 100 - OIT), aplicando un sistema de valoración libre de prejuicios sexistas, capaz de reconocer plenamente el valor del trabajo “femenino con grado de discapacidad”. Al eliminar el impacto de los estereotipos sobre el valor de trabajos realizados por este colectivo, se aseguraría la justa valoración de trabajos de todos.

Si además de esto, se atendieran otros factores que determinan la productividad de los individuos como la educación o la experiencia, dicha medida daría lugar a una nueva forma de medir la brecha salarial entre mujeres y hombres (favorable para las mujeres).

La segunda estrategia vendría dada por un mayor control administrativo a las empresas por parte de la Inspección de Trabajo. Su papel sería fundamental, pues posee un amplio margen de competencias en el ámbito laboral. Dotada de los recursos suficientes, la Inspección sería el primer organismo que debería velar por la igualdad.

La tercera estrategia de carácter más amplio, consistiría en la eliminación de barreras tomando como base el Convenio 111 – OIT, donde deberían identificarse todos los obstáculos que limitasen a las mujeres con discapacidad

---

<sup>37</sup>Cabe matizar que, la Ley 33/2002 que modificó el ET de 1995 para la Igualdad de remuneración por razón de sexo por trabajos del mismo valor, no exige que sea "igual trabajo", un argumento que había servido de discriminación por la vía del reconocimiento de categorías específicamente femeninas. Vid. Ley 33/2002, de 5 de julio, de modificación del art.28 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

en sus opciones laborales en la empresa, e implementar medidas de carácter legal para remover estas barreras (políticas públicas, cláusulas en los acuerdos, programas y medidas especiales).

Un ejemplo de dichas medidas, ha sido el art.17 ET , donde el legislador declara nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

La razón de la redacción de este precepto, ha sido para intentar paliar las cifras que marcan el índice discriminatorio en el mercado de trabajo, donde entre otros aspectos, la diferencia entre lo que cobran hombres y mujeres en España se ha agrandado durante la crisis a pesar de la devaluación salarial general que ha sufrido la clase trabajadora.

Como ejemplo, durante 2015, la brecha salarial en la UE se situó en el 16,3%, entendiéndose ésta como la diferencia entre la ganancia por hora de hombres y mujeres asalariados. El menor nivel corresponde a Italia (5,5%), Luxemburgo (5,5%) y Rumanía (5,8%). Por el contrario, alcanza las mayores cotas en Estonia (26,9%), República Checa (22%) y Alemania (22%). Para seguir eliminando barreras, también ha de hacerse necesario asegurar más oportunidades para las mujeres en trabajos históricamente masculinos que son mejor remunerados<sup>38</sup>.

### **3.1.2 El establecimiento del pago igual por un trabajo de igual valor.**

Dentro de las medidas para eliminar la brecha salarial, esta estrategia vendría conformada por las siguientes actuaciones:

1º Hacer visible en las empresas las diferencias entre lo que ganan mujeres y hombres con y sin discapacidad, aun cuando los niveles de educación sean iguales, de esta forma se reconocería la brecha general en aras de la

---

<sup>38</sup> En este sentido, la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, ha sido modificadas de forma sustancial, por ello, el art.141, apartado 3, del TCE proporciona una base jurídica específica para la adopción de medidas comunitarias destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

transparencia. Uno de los puntos clave sería la obligación para las empresas de publicar todos los conceptos retributivos que abonan a cada empleado. La publicación debería respetar la Ley de Protección de Datos, estableciendo las cantidades por puesto concreto de trabajo y por sexo. Esta medida permitirá a cada trabajador y trabajadora comparar su sueldo con el de sus iguales. Para ello se haría necesario la aprobación de un proyecto de ley que además garantizase el derecho a conocer los salarios medios de los grupos para evitar la brecha salarial en empresas de más de 200 empleados.

2º Acuerdo entre las partes de estudiar los requisitos de los cargos con un lente de género.

3º Identificar por parte de las empresas elementos discriminatorios (estereotipos basados en el sexo, discapacidad) que influyen en la asignación actual de la remuneración.

4º Aplicar criterios en la determinación de los salarios para hacer más visible el trabajo tanto “femenino” como “masculino”.

Se aplicaría un sistema de evaluación libre de sesgos para determinar el valor de cada puesto, basado en los requisitos del puesto (no el desempeño). Este sistema de evaluación libre de sesgos asegura equivalencias entre puestos femeninos y masculinos de igual valor mediante un sistema de puntuación.

Implementando un sistema justo de determinación de salarios se corrige la discriminación sistémica en la relación entre salarios de hombres y mujeres en la empresa del sector público como privado, para corregir la infravaloración de las ocupaciones tradicionales de mujeres y cambiar su valor en el mercado laboral, además de dar efecto a la obligación de derechos humanos plasmada en el C100 de la OIT.

#### 4. EL PLAN DE IGUALDAD DE LA EMPRESA

Las empresas disponen de un plan de igualdad de esquema similar, que sirve de eje en la gestión de los recursos humanos para combatir la discriminación, por razón de sexo directa o indirecta, evitando todas aquellas prácticas o criterios que, siendo aparentemente neutros, ponen a personas del otro sexo en desventaja.

Este Plan, siendo algo propio de cada empresa<sup>39</sup>, debe ser acorde con su filosofía, inscribiéndose en el marco del cumplimiento de la legalidad vigente, en particular de lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres<sup>40</sup>, que estableció la obligatoriedad,

---

<sup>39</sup> Aunque los planes de igualdad sean únicos para cada empresa independientemente de los centros de trabajo que la compongan, la ley contempla la posibilidad de incluir acciones especiales para algunos centros de trabajo que las requieran.

<sup>40</sup> Vid art. 45.1. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres



para las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, de elaborar un plan.

Este conjunto ordenado de medidas, son unas pautas orientadas a unos determinados objetivos, tales son:

1º Proceso de selección y contratación.

2º Clasificación profesional.

3º Formación.

4º Promoción profesional.

5º Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres.

6º Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral.

7º Infrarrepresentación femenina.

8º Retribuciones.

9º Prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

Estas medidas orientadas a la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres<sup>41</sup> y hombres en la organización o empresa, irán dirigidas conseguir estas metas rompiendo tanto con viejos paradigmas sexistas, como los derivados de la discapacidad de las personas, siendo necesario para su elaboración la realización de un diagnóstico<sup>42</sup>, donde se detectarían aquellas áreas o materias en las que es más necesario implantar medidas de igualdad y se establecerían los objetivos a alcanzar para cumplir con el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación.

Dicho plan, es realizado por una Comisión de Igualdad, y su finalidad se basa en promover la igualdad de oportunidades y de trato de mujeres y hombres. Los firmantes del Plan de Igualdad, posteriormente acuerdan la constituirse como una Comisión de Seguimiento, que se encargará de interpretar y evaluar el cumplimiento del mismo. La duración del plan, según lo previsto en el artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, se deja a decisión de las partes al respecto y, además, será posible asignar períodos de vigencia diferentes según la materia de que se trate. Es recomendable que la elaboración del plan de igualdad se produzca durante el proceso de negociación del convenio y concluir con el cierre del mismo.

---

<sup>41</sup> Una excepción al principio de igualdad, (necesaria mientras no se alcance la igualdad real), son las medidas de discriminación positiva de la mujer (ej. bonificaciones a su contratación, etc.) que goza de amplio reconocimiento internacional (Sentencia del T. de Justicia de UE, la Carta Social Europea o el Pacto de DDEE, Sociales y Culturales de 1966)

<sup>42</sup> Este posee un carácter evolutivo, pues tiene la cualidad de poder adaptarse a los cambios y necesidades que se vayan detectando en la empresa, especialmente a raíz del seguimiento del plan.

## 5. LA PROBLEMÁTICA DE ADAPTACIÓN A LA IGUALDAD

La elaboración control y seguimiento de los Planes de igualdad, es una tarea compleja para las Comisiones. Ello es debido a que, para poder confeccionarlos, se hacen necesario la elaboración de un diagnóstico completo y real de la situación en la empresa para evaluar los siguientes datos:

- 1º Posición laboral del trabajador/a
- 2º Comportamiento de los niveles jerárquicos
- 3º Distribución en el sistema de clasificación profesional,
- 4º Nivel de estabilidad en el empleo
- 5º Retribución de las plantillas, formación, promoción,
- 6º Salud laboral y prevención de riesgos laborales
- 7º Grado de conciliación de la vida personal, familiar y laboral,
- 8º Representación del personal
- 9º Fluidez de comunicación externa e interna en la empresa

La problemática para poder llevar a cabo esta tarea, reside en que la Comisión necesita la totalidad de los datos reales y la empresa ha de aportarlos pronunciándose sobre todo en aquellas cuestiones que afecten a la Igualdad. Dicha información, en muchos casos, no llega a las citadas Comisiones, pues algunas empresas no proporcionan dichos datos, aun así, se detectan carencias como un alto índice de mujeres en las escalas salariales más bajas y una considerable brecha salarial de mujeres respecto a hombres con discapacidad, así como discriminación en los ascensos, puestos de trabajo masculinizados y feminizados.

Ante cualquier negociación sindical por mejorar el plan de igualdad, la única solución posible para acercar posiciones, es que los representantes de los trabajadores y trabajadoras acepten todas las directrices del cuestionado Plan de Igualdad que ofrezca la empresa y que cuenten con el soporte del Convenio Colectivo y el Estatuto de los Trabajadores.

## 6. FACTORES DE ACEPTACIÓN DEL SALARIO DEL PERSONAL FEMENINO CON DISCAPACIDAD EN LAS EMPRESAS

Una de las consecuencias de la escasa eficacia de los planes de igualdad, se refleja en la referida brecha salarial del personal femenino con discapacidad. Este derecho retributivo, viene condicionado por dos factores que suponen una clara desventaja en lo relativo al trato y oportunidades entre sexos, que perjudican a la trabajadora como son:

- 1º La conciliación familiar/tiempo de trabajo.
- 2º El nivel de desempleo<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Vid. TAYLOR JOHN B., "The role of contracts in macroeconomic performance", en AAVV., (Ed. NALBANTIAN HAIG. R.) Incentives, cooperation, and risk sharing: Economic

1) El cuanto, al primer factor que favorece esta brecha, es decir “conciliación familiar/el tiempo de trabajo”, cabe señalar que posee una importancia notoria.

Bajo el reclamo de una estabilidad laboral, (y en muchos casos llevada por la necesidad de aportar una renta para el sostenimiento de su familia), la mujer rebaja considerablemente sus expectativas salariales con la esperanza de obtener unas condiciones favorables para compaginar la familia con el trabajo, pero dichas condiciones nunca llegan. En otros casos, la empresa se compromete a dar formación a la trabajadora, discapacitada, pero sólo se limita a compelerle a realizar trabajos que no le competen. El trato de la gerencia e incluso del personal en muchas ocasiones no la dejan desempeñar sus funciones.

Toda esta problemática es debida a que, tradicionalmente, las mujeres discapacitadas que forman parte del personal de las empresas, son las que principalmente se ven obligadas a compaginar las responsabilidades profesionales con las familiares. Un aspecto que les lleva a reducir el número de horas de trabajo diarias, cuando sus hijos son pequeños, o a pedir una excedencia, (especialmente si la empresa donde trabajan no permite a sus trabajadoras realizar jornada intensiva), por esta razón las mujeres se ven forzadas a aceptar trabajos específicos dentro de la empresa y ocupaciones de mayor flexibilidad laboral para equilibrar las necesidades del trabajo y la familia, por lo que desde un primer momento y con el mínimo coste, la empresa tratará de atraer y retener la fuerza de trabajo femenino durante el tiempo de producción necesario, lo que contribuye a la segregación laboral. En consecuencia, existe una representación excesiva de las mujeres en trabajos de tiempo parcial.

Legalmente, siendo el salario la percepción puntual de la remuneración pactada en relación directa con el tiempo de trabajo, se haría necesario proponer para la mujer unas medidas más beneficiosas de conciliación de la vida laboral y familiar que se hiciesen efectivas: ampliaciones tanto del derecho de reducción de jornada, como del permiso acumulado de lactancia, ayudas destinadas a guarderías infantiles para niños de 0 a 3 años, educación especial y familiares dependientes (geriátricos, ayuda domiciliaria) para el personal peor retribuido o con retribuciones más pequeñas.

2) El segundo factor “el desempleo” que a pesar de ser objeto de numerosas medidas paliativas, está íntimamente relacionado con el primero, pues influye en la consecución de salarios bajos para la mujer.

Éste viene condicionado por el estado precario del mercado de trabajo. Si el nivel de empleo es muy bajo, los representantes de los trabajadores tendrán una posición negocial muy poco influyente para defender la igualdad de trato, porque ante cualquier exigencia por parte de la trabajadora, la empresa estará

---

and psychological perspectives on employment contracts, Roman & Littlefield, Totowa, New Jersey, 1987, pág.192.

menos preocupada de retenerla (pues tiene muchas posibilidades de encontrar otra trabajadora sustituta que acepte esas condiciones).

Por el contrario, si el nivel de empleo es alto, los representantes de los trabajadores y trabajadoras podrán presionar más a la empresa para obtener mejores salarios. Se hace por ello necesario una negociación colectiva enérgica que imponga unos mínimos legales de salario. Cuando existen tasas de paro como las que España tiene tradicionalmente, los salarios prácticamente siempre van a tender a cero.

Todos estos condicionantes, afectan a medio plazo negativamente a la consecución de mejoras retributivas en la mujer, pues numerosos directivos y empresarios piensan que su compromiso con la compañía es inferior al de casi cualquier hombre.

Esta es una de las razones por la que, según el INE, en 2014, el sueldo bruto medio anual en España fue de 22.858 euros, donde el salario medio de los hombres fue de 25.727 euros anuales frente a los 19.744 euros de las mujeres. Por ello, abordaremos desde un punto de vista técnico-jurídico, este elemento fundamental de la relación laboral.

## 7. CONCLUSIONES

El problema de la discriminación salarial hacia las personas con discapacidad se hace más difícil de tratar para el caso de las mujeres debido a la discriminación de género. La igualdad retributiva, es un derecho ampliamente establecido en el plano internacional, europeo e interno, pero la dificultad de demostrar a nivel práctico la existencia de estas discriminaciones, junto con la impericia legislativa y la insuficiencia de medidas y recursos para luchar contra la desigualdad salarial de las mujeres discapacitadas, son causas que impiden crear medidas eficaces que posibiliten la realización de controles más exhaustivos a las empresas para cerrar esta clase de doble discriminación.

Partiendo que la brecha salarial entre los trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena con discapacidad afecta sobre todo a los salarios más altos, concurre una menor diferencia en la zona baja, es decir, en los salarios mínimos o ligeramente por encima de ellos.

Tanto en uno como en otro caso, a pesar de las dificultades, deben diseñarse estrategias por parte del legislador y los empresarios para reducir la brecha de ingresos, e incrementar la lucha por la eliminación de barreras, la revaloración de empleos, o con el establecimiento de los Planes de igualdad.

Actualmente, dichos planes resultan inadecuados, pues no garantizan que el salario sea el justo y efectivamente percibido. Es por ello que, ante la falta de eficacia de estos propósitos, la igualdad salarial por razón de sexo y discapacidad seguirá siendo la asignatura pendiente a superar por parte de las empresas, ya que, en algunos casos, su escasa contribución a la aportación de datos para la creación de estos Planes, terminará por hacer necesario que se establezca un cambio constitucional de los arts. 14 y 35 junto con un nuevo

tratamiento normativo más eficaz que haga posible el desarrollo de tareas de vigilancia y transparencia por parte de la Administración o instituciones externas.

El nivel de impacto de la intersección de los dos planos vistos, (el de carácter vertical relativo al tratamiento normativo de la discriminación salarial y este último horizontal que simboliza la eficacia de los Planes de igualdad de las instituciones y las empresas), han tenido un impacto muy débil en la protección del derecho a la no discriminación, pues el tratamiento jurídico de la igualdad salarial, aunque se haya singularizado por su carácter programático de buena voluntad, ni posee un régimen coercitivo y sancionador ni está provisto de un catálogo eficaz de obligaciones y controles para las empresas con el fin de neutralizar la doble discriminación femenina.

Es por ello que, la igualdad salarial por discapacidad (en mayor medida de mujeres, que de hombres), seguirá siendo una quimera, pues no se puede hacer efectiva al no existir uniones políticas que dicten normas coercitivas, en esta línea, el carácter inocuo y programático de las normas traerán el efecto contrario: el incumplimiento y su impunidad la igualdad salarial, es posible que cualquier norma jurídica establecida para esta materia, tenga un carácter ejemplificador, pero carecerá de eficacia.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

BRAGANZA, N. “Igualdad de retribución por trabajo de igual valor Marco jurídico de la UE y jurisprudencia del TJUE. Garden Court Chambers Londres, Reino Unido. En: [http://www.eracomm.eu/oldoku/SNLLaw/05\\_Equal\\_Pay/2014\\_BRAGANZA\\_PPT\\_NE\\_U\\_ES.pdf](http://www.eracomm.eu/oldoku/SNLLaw/05_Equal_Pay/2014_BRAGANZA_PPT_NE_U_ES.pdf)

CORDERO GORDILLO, V, “Igualdad y no Discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo”, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., Configuración jurídica del salario, Comares, Granada, 2001.

GIJZEN M. “Selected issues in equal treatment law: a multi-layered comparison of European, English and Dutch law” Oxford 2006

LOMBARDO.E y VERLOO.M. La interseccionalidad del género con otras desigualdades en la política de la Unión Europea, Revista Española de Ciencia Política, num 23, Edita AECPA, Madrid, julio 2010.

MALO OCAÑA. M. A, y PAGAN RODRIGUEZ, R. “¿Existe la doble discriminación salarial por sexo y discapacidad en España? un análisis empírico con datos del Panel de Hogares, Moneda y Crédito, nº 225, 2007

MONEREO PÉREZ J.L., El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997 Ed. Tirant Monografías. Granada.1998.

MONEREO PÉREZ, J.L., “Régimen legal y estructura del salario: el modelo de regulación jurídica” Revista Temas Laborales. num 87. 1998.

QUINTANILLA NAVARRO, B.: Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad. AAVV Relaciones laborales personas con discapacidad. Director Fernando

Valdés Dal-Re, Madrid; Biblioteca Nueva, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación ONCE, Fundación Ortega y Gasset; 2.005

TAYLOR JOHN B., "The role of contracts in macroeconomic performance", en AAVV., (Ed. NALBANTIAN HAIG. R.) Incentives, cooperation, and risk sharing: Economic and psychological perspectives on employment contracts, Roman & Littlefield, Totowa, New Jersey, 1987

INFORME ANUAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL 2012, Edita Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid

#### 9 WEBGRAFÍA

<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1137&langId=es>

<http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>

[https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_324646/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_324646/lang-es/index.htm)

<http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/europa/introduccion/marcolegislativo.htm>

<https://www.ilo.org>

[https://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs\\_sp.asp?type=conven](https://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp?type=conven)

#### 10. LEGISLACIÓN

##### DERECHO INTERNACIONAL

CONVENIO SOBRE IGUALDAD DE REMUNERACIÓN, 1951 (núm. 100) Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Adopción: Ginebra, 34ª reunión CIT (29 junio 1951)

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CETFDCM), 1979  
DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, adoptado mediante resolución 2200 A (XXI) de 16 diciembre de 1966.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 1966

R071 Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz) 1944, adoptado en Filadelfia, 26ª reunión CIT, 12 mayo 1944

##### DERECHO EUROPEO

CARTA COMUNITARIA DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES (Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989)

DIRECTIVA 2006/54 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). "DOUE", núm. 204, de 26 de julio de 2006.

DIRECTIVA 86/378/CEE DEL CONSEJO, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social.

COM (2010) 636, Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras; Comunicación de la Comisión al Parlamento



Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones; (SEC (2010)1323 SEC2010) 1324; Bruselas,15 de noviembre de 2010

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA DOCE 18/12/2000 (2000/C 364/01)

TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA DOUE 20/3/2010 (C83)

#### ÁMBITO ESTATAL

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978

LEY 33/2002, de 5 de julio, de modificación del artículo 28 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres

REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. “BOE” núm. 255, de 24/10/2015.

REAL DECRETO DE 24 DE JULIO DE 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (GACETA de 25 de Julio de 1889)

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2013, DE 29 DE NOVIEMBRE, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2015, DE 23 DE OCTUBRE, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

LO 3/2007, DE 22 MARZO, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

LEY 33/2002, de 5 de julio, de modificación del art.28 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 DE MARZO, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

#### JURISPRUDENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL. DE JUSTICIA DE UE, la Carta Social Europea o el Pacto de DDEE, Sociales y Culturales de 1966

# LOS EFECTOS DE LA ACUSACIÓN EN LA SENTENCIA PENAL. PERSPECTIVA TRASNACIONAL Y COMPARADA

## THE EFFECTS OF THE ACCUSATION ON THE CRIMINAL JUDGMENT. TRANSNATIONAL AND COMPARED PERSPECTIVE

María José Fernández-Fígares Morales  
*Profesora de Derecho Procesal  
Universidad de Granada*

---

---

Fecha de recepción: 7 de octubre de 2019  
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2019

**RESUMEN:** La presente investigación somete a examen la regulación del proceso penal en Guatemala, donde pone el punto de atención en revisar si dicho proceso, regulado a través de su correspondiente Código Procesal Penal, presenta los caracteres de un autentico proceso acusatorio o, por el contrario, encuentra reminiscencias del proceso inquisitivo. Dicha indagación se dirige tanto a aspectos generales de la regulación del principio acusatorio como tal como en la concreta incidencia que ha de suponer, hoy día, dicho principio en el alcance de la sentencia penal. Se presentan unas conclusiones al respecto, con propuestas de mejora. Todo ello, tras el repaso histórico y comparativo de los principales hitos dogmáticos y jurisprudenciales que predominan en los sistemas avanzados; se considera, por tanto, la jurisprudencia internacional americana como la europea y los casos de especial relevancia de determinados países, como el caso de España, o el de México.

**ABSTRACT:** The present investigation examines the regulation of the criminal process in Guatemala, where it places the spotlight on reviewing whether said process, regulated through its corresponding Criminal Procedure Code, presents the characteristics of an authentic accusatory process or, on the contrary, find reminiscences of the inquisitive process. This inquiry is directed both to general aspects of the regulation of the accusatory principle as well as to the specific incidence that this principle must entail, today, in the scope of the criminal sentence. Some conclusions are presented in this regard, with proposals for improvement. All this, after the historical and comparative review of the main dogmatic and jurisprudential landmarks that predominate in advanced systems; ; se considera, por tanto, la jurisprudencia internacional americana como la europea y los casos de especial relevancia de determinados países, como el caso de España, o el de México.

**PALABRAS CLAVE:** Principio acusatorio, proceso penal, sentencia, congruencia

**KEYWORDS:** Accusatory principle, criminal proceedings, sentence, congruence

**SUMARIO:** 1. El sistema acusatorio como garante de un verdadero proceso frente al sistema inquisitivo. 1.1. Repaso histórico. 1.2. Proceso y sistema acusatorio. 1.2.1. Principios constitucionales que conforman la relación jurídico-procesal. 1.2.2. Principio propio del Derecho material que informa la relación jurídica procesal: el principio acusatorio en el proceso penal. 1.3. Estatus del juez y de las partes en el proceso. 1.3.1. Principio acusatorio y estatus del juez. 1.3.2. Principio de contradicción, derecho de defensa o audiencia y estatus de parte. 1.4. Ausencias detectadas en la regulación de los principios y garantías del proceso en el Código Procesal Penal de Guatemala; 2. Los vínculos entre la acusación y la sentencia; 2.1. El principio de congruencia como manifestación del principio acusatorio. Examen del artículo 388 de Código Procesal Penal de Guatemala a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2.2 El principio acusatorio, derecho al juez imparcial y el principio de contradicción en los ordenamientos penales avanzados. 2.2.1. La asunción y determinación de los hechos delictivos en la sentencia: consecuencias del principio acusatorio y juez imparcial. 2.2.2. La calificación jurídica de los hechos deducida por el juzgador: efectos del derecho de defensa y el principio de contradicción. 2.3.3. La penalidad asignada por el tribunal: efectos del principio acusatorio, derecho de defensa y principio de seguridad jurídica; 3. Implicaciones de la ausencia de la vigencia del principio acusatorio y del principio de contradicción en el Código Procesal Penal guatemalteco. Conclusiones

## **1. El sistema acusatorio como garante de un verdadero proceso frente al sistema inquisitivo**

### **1.1. Repaso histórico**

El nacimiento del sistema acusatorio se asocia a la idea de democracia desarrollada por la Grecia clásica y que se expandió al Imperio Romano. Se adoptó por los regímenes democráticos y republicanos que se sucedieron hasta el Siglo XIII, momento en el sistema inquisitivo se impuso a través de los denominados Tribunales del Santo Oficio de la Inquisición, lo que se extendió tanto en Europa como en el continente americano.

Dicho Tribunal fue creado en Europa por la Iglesia de Roma en el Siglo XIII y fue instaurado en América cuatro siglos más tarde mediante la creación de tres tribunales: los dos primeros sobre 1570 en Lima y en México por orden del Rey Felipe II de España, el tercero, sobre 1610 en Cartagena de Indias por edicto del Rey Felipe III.

El Tribunal del Santo Oficio fue la primera institución de orden supranacional y recibe el nombre de Inquisición pues esta era una de las tres formas de iniciar el enjuiciamiento de las personas a las que les achacaban determinados errores de Fe. Así, incoar por inquisición implicaba que no era precisa acusación o denuncia-*las otras dos formas*. Por su parte, la acusación era de carácter personal y la efectuaba un individuo contra otro mientras que la denuncia nacía de un mero rumor sobre un sospechoso.

Actualmente, se ha evolucionado de manera diversa de modo que lo habitual es hallar sistemas mixtos, si bien se puede observar la preponderancia

de uno u otro sistema de impartición de justicia. No obstante, el proceso inspirado en el sistema acusatorio se concibe hoy como paradigma de las sociedades libres y democráticas mientras que el sistema inquisitivo se asocia a regímenes más autoritarios e individualistas.

Como referente, es necesario plasmar el contenido del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales<sup>1</sup> en cuanto a la concepción de lo que se conoce como un proceso equitativo.

Tal y como apunta JEANGÉY<sup>2</sup> se ha impuesto un recio criterio que apunta hacia que «una interpretación restrictiva del Art. 6 -como el caso Delcourt contra Bélgica (nº 2689/65, de 17 de enero de 1970)- sería contraria a la finalidad y al objeto de la misma disposición, dada la preeminencia del derecho en un proceso equitativo en una sociedad democrática. Dicha interpretación se impone tanto al Tribunal Europeo como a las jurisdicciones nacionales, las cuales deben tomarla en cuenta en la interpretación y aplicación de dicha disposición».

Por último, mantenemos con PÉREZ VAQUERO<sup>3</sup> que las garantías que ofrece el sistema penal acusatorio frente al anterior método inquisitivo imponen una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas -acusador y acusado- que será resuelta por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley; esto asegura la plena eficacia de los derechos de ambas partes cuando tienen que dirimir sus controversias, evitando la arbitrariedad, la parcialidad o la dependencia e imponiendo que los principios de contradicción e igualdad de armas guíen todo el proceso, en cualquier instancia.

---

<sup>1</sup> Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950. El art. 6 determina: «Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia./ 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada./ 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él. b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa. c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan. d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra. e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia».

<sup>2</sup> C. JEANGÉY, «CEDH. Art. 6. Derecho a un proceso equitativo», en Salvioli, F. y Zanghì, C. *Jurisprudencia regional comparadas de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 417 y 434.

<sup>3</sup> C. PÉREZ VAQUERO, «El principio acusatorio según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho y Cambio social*, 01-02-2016, pág. 28.

### 1.2.1. Principios constitucionales que conforman la relación jurídico-procesal

Los principios que configuran la relación jurídico-procesal son los siguientes:

a) El principio de contradicción y de igualdad. Como hemos señalado, en el proceso conviven el juez y las partes. Estas últimas se ubican en posiciones jurídicas enfrentadas de modo que, al menos, a una de ellas le corresponde la tarea de pedir mientras que a la otra le toca adoptar una postura frente a la petición contraria.

El principio de contradicción implica que se asegure que cada parte pueda ejercitar los derechos propios de dicha posición enfrentada, sin que se le interpongan trabas ilegítimas. Dichos derechos se encuentran amparados constitucionalmente en países como España a través del artículo 24 de la Constitución.

Además, no cabe el desequilibrio en la situación jurídica de una parte respecto a la adversa; dicho equilibrio se extrae de la inexistencia de una situación en la que una parte acapare más derechos, potestades, posibilidades u obligaciones o deberes o cargas, que la otra. Esta idea resulta fundamental, ya que su aplicación da pie a que se depure la posible resolución judicial pues esta no ha sido adoptada gracias a que una de las partes se valió de una situación de prevalencia respecto a la adversaria.

El TEDH<sup>4</sup> justifica la necesidad de este principio ya que «el derecho a un proceso contradictorio significa la oportunidad de que las partes tengan conocimiento y hagan comentarios sobre las alegaciones presentadas o las pruebas aportadas por la otra parte» para poder discutirlos.

En España el Tribunal Supremo<sup>5</sup> se ha ocupado de resaltar los valores de ambos principios al sentar: «Del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla encaminada a asegurar el éxito de la investigación y en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia».

b) El principio de publicidad. Este principio supone que las actuaciones procesales, tanto del juez como de las partes sean de carácter público. La publicidad, entonces, posibilita el control social sobre el devenir procesal. Además, este principio hace posible que las partes cuenten con la oportunidad de ejercer los derechos que le son propios: solo si conoce una parte los actos del juez o de la parte contraria estará en disposición de poder hacer valer los mismos.

---

<sup>4</sup> Sentencia del TEDH de 23 de junio de 1993, caso Ruiz Mateos, nº 12952/87.

<sup>5</sup> Sentencia del TS (español), de 25 de febrero de 2015, nº 677/2015.

Asegura el TEDH<sup>6</sup> que la publicidad de las actuaciones ante los órganos judiciales protege a los litigantes contra una justicia secreta fuera del escrutinio público; también representa una de las formas de mantener la confianza en los tribunales.

c) El principio de oralidad. La oralidad supone, a su vez, la inmediación y la concentración de actos procesales. Se entiende que todos garantizan una mejor justicia ya que, por un lado, la inmediación procura que aquel que ha de juzgar perciba directamente el acto de parte oral; por otro lado, la concentración de actos procesales orales evita la dispersión propia de las actuaciones escritas.

La oralidad no se refiere a todo el proceso mientras no se perjudique este. Por ejemplo, ha sido asumida la posibilidad de realizar ciertos actos de alegación -normalmente, iniciales- así como las resoluciones.

### **1.2.2. Principio propio del Derecho material que informa la relación jurídica procesal: el principio acusatorio en el proceso penal**

La imposición de penas por el Estado a través del juez constituye el derecho material inherente al proceso penal. Se trata, pues de un derecho público. Pero la necesaria diferenciación entre las figuras intervinientes en el proceso y sus funciones reclama la evitación de cualquier tipo de contagio o confusión. Por eso, el juez es quien decide, en su caso, imponer penas y, una parte, constituida por el Ministerio Fiscal o los ciudadanos legitimados, cuentan con derecho a acusar.

Por ello, el derecho a acusar no debe asignarse al juzgador, por lo que rige el principio acusatorio en contraposición al principio de investigación de oficio. De ello deriva también que el enjuiciamiento se refiere a los hechos planteados por las partes acusadoras y conforme a unas pruebas pedidas por estas y practicadas en el juicio. Se reservan a la parte, por tanto, los actos alegatorios y de prueba.

Es cierto que ciertos casos justifican alguna excepción a esta regla -como el supuesto de práctica de prueba de oficio- pero siempre ha de resultar una potestad secundaria y subordinada a la potestad de las partes.

## **1.3. Estatus del juez y de las partes en el proceso**

### **1.3.1. Principio acusatorio y estatus del juez**

Tal y como asegura MONTERO AROCA y otros<sup>7</sup>, los principios de unidad jurisdiccional, la exclusividad, el juez legal o predeterminado, que son los principios políticos de la jurisdicción, y los principios de imparcialidad, independencia, inamovilidad y responsabilidad, que son los determinantes del estatuto personal de los jueces, «se aplican a todos los jueces y no pueden guardar relación con clases o tipos de procesos».

---

<sup>6</sup> Sentencia del TEDH de 15 de julio de 2003, caso Forcellini contra San Marino, nº 34657/97.

<sup>7</sup> J. MONTERO AROCA, J.L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional I Parte General*, 14ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 64 y ss.



De dicho régimen propio de la figura del juez se deriva que sea inconciliable la compatibilidad entre distintas funciones del proceso, que se pueden traducir en las siguientes reglas: La primera consiste en no asumir la tarea de acusar si se juzga. La distinción entre acusador y juez no es propia de un tipo de proceso en particular sino que constituye la esencia de todo proceso. Pero ambas funciones han de concurrir al auténtico proceso, por eso, no existe proceso sin acusación como tampoco podrá imponerse una pena sin acusación. Otro efecto de esta diferenciación de funciones se halla en que el objeto del proceso lo determina el acusador, sin que el juez cuente con potestad para modificarlo o fijar uno diferente<sup>8</sup>. El juzgador, por tanto, le alcanza este límite hasta el punto de que carece de potestad para especificar los hechos que se imputan y la persona contra la que se imputa. La segunda determina no instruir si se juzga. La regla de que quien instruye no juzga es consecuencia de la incompatibilidad de funciones en el proceso. Además, la práctica jurisprudencial lo ha asimilado también con la evitación de imparcialidad objetiva del juez<sup>9</sup>.

### 1.3.2. Principio de contradicción, derecho de defensa o audiencia y estatus de parte

Aunque el principio acusatorio y el principio de contradicción inciden en el planeamiento del proceso destaca una diferenciación entre ambos. Mientras el principio acusatorio imprime una determinada configuración al órgano jurisdiccional, el principio de contradicción es, en esencia, un principio procesal ya que sus efectos se despliegan en el modo de conformar el proceso mismo por cuanto se refiere al juego de las facultades de las partes.

La titularidad del derecho de defensa de la parte deviene como consecuencia de la vigencia del principio de contradicción que regula el proceso. Dicho derecho de defensa se compone de una serie de garantías y, con frecuencia, ha sido protegido constitucionalmente.

El derecho de defensa o de audiencia se asigna a todas las partes en el proceso, por ello, no es patrimonio exclusivo del acusado. En cuanto al contenido del derecho, este se refiere a la necesidad de ser oído, lo que implica que debe actuar un acusador y que en la fase de enjuiciamiento esté presente el acusado. Además, el derecho a ser oído comprende las potestades tanto de alegación o argumentación como de actividad probatoria.

Además, el derecho comprende que las partes conozcan todos los materiales que puedan influir en la resolución judicial. Estos materiales serán tanto de tipo fáctico o de hecho como los puramente jurídicos o de derecho: obviamente, conocidos estos, contará con la posibilidad de alegar lo pertinente frente a ellos.

---

<sup>8</sup> J. MONTERO AROCA, J. FLORS MATÍES, G. LÓPEZ EBRI, *Contestaciones al programa de derecho procesal penal para acceso a las carreras judicial y fiscal*. 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 160 y ss; en esta obra los autores plantean que el juez tampoco podría introducir hechos que favorecieran a la defensa, aunque, matiza no sería por constituir objeto del proceso sino por consistir el mismo en el objeto del debate.

<sup>9</sup> Sentencia del TEDH de 26 de octubre de 1984, caso *De Cubber*.

Añade el TEDH<sup>10</sup> que la esencia de este derecho a la defensa radica en que, una vez que se le haya informado de la acusación, debe garantizarse al acusado la posibilidad de ejercer su derecho de manera efectiva, concreta y, en especial, con un margen de tiempo adecuado para prepararla.

Se entiende por indefensión aquella situación en la que se contiene el ejercicio del derecho de defensa, según se ha expuesto.

Nos referimos al principio de contradicción como aquel que regula el proceso donde el titular del derecho de defensa interviene. Se parte de que la confrontación, precisamente, facilita una decisión más adecuada.

El principio de igualdad de armas conlleva la coexistencia de los mismos derechos, las mismas posibilidades e idénticas cargas para ambas partes y la intolerancia a los privilegios a favor de una parte y en contra de la otra.

Como una de las manifestaciones propias de este principio está la igualdad legal, que prohíbe cualquier ley que suponga trato de favor, sin base objetiva, de unos ciudadanos frente a otros dentro del proceso.

Por otro, se encuentra la igualdad judicial, que conlleva el trato equitativo a las partes en el proceso en cuanto a sus respectivos medios de ataque y defensa.

A menudo se ha tendido a sobreentender una situación de preponderancia o preferencia del Ministerio Público frente a las demás partes cuando el principio de igualdad de armas iguala su situación de influencia en el proceso respecto a las demás partes.

#### **1.4. Ausencias detectadas en la regulación de los principios y garantías del proceso en el Código Procesal Penal de Guatemala.**

Revisada la exposición anterior, se echa en falta una regulación que opte por las plenas garantías de lo que se conoce como un auténtico proceso. Es cierto que la Constitución Política de la República de Guatemala (CPRGT) se establece que es deber del Estado garantizar la Justicia (art.2º) y que dicho texto de rango constitucional también asigna una serie de derechos asimilados a la detención -arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 10º y 11º- pero la ordenación del sistema procesal penal adolece de falta de posicionamiento en cuanto a la relación jurídico-procesal que se diseña. En este sentido, entendemos, no basta la mención al derecho de defensa a la que se refiere el artículo 20 CPP-precepto que, prácticamente, reproduce el texto del constitucional art. 12 de la CPRGT-.

Tampoco es bastante la protección despachada actualmente a la igualdad en el proceso del art. 21 del CPP, dada la tenue y nada sistemática determinación de cuales se consideran esas “garantías y derechos” que según este artículo establecen la Constitución y las Leyes y, además, queda en el aire que el sistema obtenga certeza sobre quiénes son los auténticamente “los sometidos al proceso” quienes, según su propio tenor, gozan de las mismas.

Igualmente, el reconocimiento constitucional del libre acceso a tribunales, plasmado en el art. 29 de la CPRGT, no supone en modo alguno la regulación

---

<sup>10</sup> Sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1999, caso Pélissier y Sassi contra Francia, nº 25444/94.

del contenido de lo que se entiende acceso efectivo a los tribunales ni con qué alcance cuenta.

Y es cierto que, como mantienen RAMIREZ GARCÍA y ÁNGEL URBINA<sup>11</sup>, el principio jurídico al debido proceso involucra un conjunto de garantías que deben revestir los actos y disposiciones judiciales con efectos vinculantes. También la Corte Suprema ha sentado que toda persona tiene derecho a «acudir a los órganos jurisdiccionales, quienes están obligados a emitir sus resoluciones fundadas en ley, que garanticen el derecho de defensa, en observancia del principio de prevalencia constitucional»<sup>12</sup>. Sin embargo, aunque dichas observaciones existen, debemos fijarnos en que el sustrato concreto de dicha noción no aparece suficientemente dibujado, ya que los textos se limitan a regular determinadas situaciones que atañen a sujetos concretos pero sin llegar a expresar de forma meridiana qué es lo que se entiende ha de constituir un debido proceso.

Dicha carencia se observa si se echa la vista a nivel supranacional, por ejemplo, en el texto que dedica a las garantías judiciales la Convención Americana de Derechos Humanos, que está redactado desde la perspectiva del inculcado pero no resuelve tampoco la clarificación del modelo procesal<sup>13</sup>.

Por el contrario, es de anotar lo que se ha evolucionado en los países del entorno, donde destaca especialmente la protección de rango constitucional que ha asumido el proceso y el principio acusatorio en México<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> L.R. RAMIREZ GARCÍA y M. ÁNGEL URBINA, «Guatemala. Bases político-jurídicas del procedimiento penal: principios procesales penales y debido proceso constitucional (incluye convenciones regionales y universales)», en Maier, Julio, Ambos, Kai y Woischnik, Jan (Coords.), *Las reformas procesales penales en América latina*, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 449.

<sup>12</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala del 09/04/2002 Casaciones Acumuladas No. 306-2001 y 316-2001.

<sup>13</sup> Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

<sup>14</sup> El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) indica que «El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación»<sup>14</sup>. Además, dicho precepto sienta los principios generales que, dada su pedagógica redacción, se reproducen a continuación: «A. De los principios generales: I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen; II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica; III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo; IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral; V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente; VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución; VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculcado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculcado cuando acepte su responsabilidad; VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado; IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y

Como puede observarse, dicho texto constitucional mexicano establece con toda claridad cuál es el sistema que debe regir el proceso penal y, además, configura de manera exhaustiva los principios por los que ha de tutelarse.

Nos consta un incipiente proceso de reforma constitucional en Guatemala apoyado, entre otros cimientos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1966 e incorporado al derecho guatemalteco por Decreto Número 9-92 del Congreso de la República, de 21 de febrero de 1992<sup>15</sup>. Ha de considerarse la ratificación de la protección a la que nos referimos recogida en 14 de dicho texto, que dispone: «Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley (...)».

Fruto de la evolución a la que nos referimos, efectivamente, la Propuesta de Reforma Constitucional en materia de Justicia de octubre de 2016<sup>16</sup> promueve que el artículo 205 de la Constitución Política de la República de Guatemala se erija bajo el nuevo rótulo: «Garantías y principios del Sistema de Administración de Justicia» y, tras sentar una serie de garantías, dispone «La justicia se ejerce bajo los principios de oralidad, publicidad, celeridad, unidad, intermediación, equidad, economía procesal y acceso a las garantías del proceso como fundamentales para todo proceso y procedimiento judicial y administrativo».

La intención del legislador constitucional de plasmar esta protección con rango constitucional y la ausencia en Guatemala de una protección siquiera legal de semejante alcance al ejemplo mexicano, reclama que, al menos, mientras se materializa esa reforma constitucional, que sería realmente deseable, el Código Procesal Penal sea capaz de ofrecer a los ciudadanos un nivel de protección suficiente a estas cuestiones claves para la desenvolvura real del Estado de Derecho.

Como señala CONTRERAS LOPEZ<sup>17</sup>, «la legalidad se constituye en un límite fundamental al *ius puniendi* en beneficio de los individuos; a través de este principio queda proscrita la arbitrariedad y discrecionalidad de la autoridad».

Por eso, los ciudadanos deben contar con la suficiente seguridad jurídica respecto al modelo que el proceso penal prefiere, que deberá ser acusatorio y respecto a los principios que lo rigen y los derechos que suponen para las partes. Solo así, si se protege legalmente, los ciudadanos podrán intervenir con de debida certeza ante los tribunales criminales y, asimismo, dispondrán de soportes para hacer valer cualquier tipo de infracción al respecto.

---

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio».

<sup>15</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por Decreto Número 9-92 del Congreso de la República, de 21 de febrero de 1992; se adhirió el 1 de mayo de 1992

<sup>16</sup> Propuesta de Reforma Constitucional en materia de Justicia de 5 de octubre de 2016.

<sup>17</sup> R. E. CONTRERAS LÓPEZ, «Legalidad y convencionalidad como base del sistema penal acusatorio en México, Cuestiones Constitucionales», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 33, julio-diciembre 2015, pág. 35.

Ante la realidad de dichas apreciaciones, procede establecer unas disposiciones que recojan los puntos esenciales que ha de reunir un proceso propio de una sociedad libre y un Estado Democrático de Derecho.

Asimismo, es conveniente marcar el principio acusatorio como eje vertebrador del proceso y regular las implicaciones que dicho principio supone sobre las potestades del juzgador y sobre los derechos, garantías y facultades de las partes procesales, más allá de la actual mención al acusado como único titular de ciertos derechos.

## 2. Los vínculos entre la acusación y la sentencia.

### 2.1. El principio de congruencia como manifestación del principio acusatorio. Examen del artículo 388 de Código Procesal Penal de Guatemala a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El deber de congruencia en las decisiones judiciales constituye una característica consustancial a las sentencias, ya que se entiende que debe haber una correlación entre lo solicitado por las partes y lo decidido por el órgano judicial. Así como en materia civil hay una estrecha vinculación del juez respecto de lo invocado por las partes, en el proceso penal existe una atenuación de la necesidad de congruencia en atención a las características del derecho debatido.

No obstante, la necesidad de la correlación debe matizarse por las características del proceso penal. Se ha considerado que este deber de correlación se presenta entre acusación y sentencia, constituyendo los dos actos procesales determinantes para que se cumplan los principios propios del proceso<sup>18</sup>. Así, en virtud del principio acusatorio, se impone legalmente que la sentencia tiene que responder a una acusación, tal y como señala genéricamente el art. 388 CPP de Guatemala. Por otro lado, la congruencia obedece al derecho fundamental de defensa que asiste a las partes, ya que una decisión respecto de lo que no ha sido conocido en el momento de la acusación, ha sido un ámbito sobre el que no se ha ejercido defensa. En último lugar, la falta de congruencia vulneraría el contradictorio en el proceso penal, el cual debe darse respecto de lo que representa el objeto penal.

La congruencia no se fundamenta en la delimitación del objeto penal por las partes procesales, como sucede en los procesos dispositivos, ya que no depende de la voluntad de éstas; la congruencia se justifica por la necesidad de que el juez se mantenga en posición neutral ante las posturas contrapuestas de las partes. Cualquier decisión al margen de éstas, puede indicar ausencia de imparcialidad.

La propuesta que se efectúa en torno al art. 388 CPP pasa por reforzar los principios que se han mencionado, para lo que es criticable el margen de decisión del tribunal respecto de las acusaciones. En relación a la determinación de hechos probados que exige el artículo, en efecto, sólo sobre aquellos que han constituido objeto de la acusación, puede recaer prueba, y por

---

<sup>18</sup> A. DE LA OLIVA, «El proceso penal», en AAVV, *Derecho Procesal Penal*, 8ª ed., Madrid, 2010, pp. 42-43.



lo tanto, pueden ser considerados como probados a efectos de determinar la condena o absolución del acusado.

Pero mayores dificultades se han encontrado en relación con la apreciación de calificaciones jurídicas judiciales diferentes de las realizadas por las acusaciones. En este sentido, el margen de decisión judicial, como se verá, no interfiere con el principio acusatorio, y en consecuencia, su deber de congruencia se constriñe a las peticiones dentro de un ámbito fáctico concreto.

Otro tanto sucede con la necesidad de quedar vinculado con la petición de pena concreta por parte del tribunal, cuyo margen de decisión arrastra las aportaciones fácticas de las partes.

Dentro del anterior marco, el presente capítulo tiene por objeto la revisión del artículo 388 del Código Procesal de Guatemala en función de los parámetros exigibles a partir del estándar del principio acusatorio que impera en los sistemas jurídico-penales procesales que se sostienen sobre la base de la configuración del Estado como social, democrático y de Derecho.

Antes de aplicar el estudio, hemos de partir de la literalidad de este precepto. Dispone el artículo 388 lo siguiente: «*Sentencia y acusación. La sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y en el auto de apertura del juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezca al acusado.*

*En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o de la del auto de apertura del juicio, o imponer penas mayores o menores que la pedida por el Ministerio Público».*

En virtud de tal redacción, podemos, deducir que dicho artículo define el ámbito que ha de abarcar la congruencia de la sentencia con respecto a la acusación formulada en relación a tres de los contenidos acusatorios; en primer lugar, respecto a los hechos, en segundo lugar, respecto a la calificación jurídica de los hechos y, por último, respecto a la penalidad a aplicar.

Así, la sentencia no podrá apartarse del contenido de los hechos y circunstancias definidas por la acusación en su respectivo escrito y en el auto de apertura del juicio que la recoge o, en su caso, en la posterior modificación o ampliación de la acusación. Se exceptúa que el relato en cuestión favorezca al acusado.

Dicha prescripción se encuentra en concordancia con el artículo 8 que regula las Garantías Judiciales de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y de las garantías adicionales que ha proveído la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en adelante), al sentarse el denominado principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia. En su virtud, debe mediar identidad entre los hechos de los que se informa al inculpado y aquellos por los que se le procesa, acusa y sentencia<sup>19</sup>.

También supone que la sentencia puede versar únicamente sobre los hechos o circunstancias contemplados en la acusación<sup>20</sup>. En consecuencia, constituye un corolario indispensable del derecho de defensa y una garantía fundamental

---

<sup>19</sup> Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206. § 47.

<sup>20</sup> Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126. § 67.



del debido proceso en materia penal; por ello los Estados deben observarlos en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incisos b) y c) del artículo 8.2 de la Convención<sup>21</sup>.

En cuanto al alcance de la descripción en la sentencia, la Corte IDH señala que ha de contener los datos fácticos recogidos en la acusación que supongan una referencia indispensable para el ejercicio del derecho de defensa del imputado.

El segundo aspecto se refiere a la calificación jurídica de los hechos, estos sí podrán ser alterados, no solo por el órgano acusador sino también por el juzgador, En este sentido constituye un requisito que se mantengan sin variación los hechos calificados y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación<sup>22</sup>.

Y el tercer aspecto de repercusión de la sentencia se refiere a la penalidad impuesta. Se trata de un asunto para lo que se habilita al juez a alterar la condena respecto a la petición de la acusación, ya que puede ser asignada una pena no solo menor, sino incluso mayor a la determinada por la respectiva acusación. Dichas regulaciones precisan de la una exploración más detenida, lo que requiere el estudio de los siguientes apartados.

## 2.2 El principio acusatorio, derecho al juez imparcial y el principio de contradicción en los ordenamientos penales avanzados

### 2.2.1. La asunción y determinación de los hechos delictivos en la sentencia: consecuencias del principio acusatorio y juez imparcial

El principio acusatorio tal y como lo concibe el Derecho europeo, conlleva varias vertientes. En primer término y por lo que a este apartado se refiere, engloba el denominado derecho a un juez imparcial. Efectivamente, tal y como prescribe el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos «*toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial...*».

Este derecho ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>23</sup>. En España, si bien no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución española de 1978, sin embargo ha sido plenamente asumido por la jurisprudencia como integrante del derecho al proceso con todas las garantías previsto en el artículo 24.2 de la Constitución española.

La idea inspiradora del proceso penal implica que el juzgador no puede intervenir de oficio o a propia iniciativa tanto en el ejercicio de la propia acción penal como en la concreción del particular objeto de proceso en lo que se refiere a los hechos y en relación a las personas sobre las que se acciona

---

<sup>21</sup> Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126. § 68.

<sup>22</sup> Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180. § 85.

<sup>23</sup> Sentencia del TEHH. Caso De Cubber de 26 de octubre de 1984, Caso Hauschildt de 24 de mayo de 1989, Caso Sainte-Marie de 16 de diciembre de 1992, entre otras sentencias.

criminalmente. Tampoco estaría habilitado para introducir hechos o pruebas nuevas.

Por ello, la imparcialidad del juez se materializa en que la condena solo podrá existir si un agente diferente al propio juzgador ejercita la acusación. Además, no se podrá condenar por hechos diferentes a los que mantienen la acusación ni a persona diferente. Tampoco cuenta con potestad para introducir hechos en el proceso pues son las partes a quienes les corresponde esta función. Otra dimensión de este derecho es que en un mismo órgano judicial no puede recaer la fase preliminar, de instrucción o investigativa y la de enjuiciamiento.

A fin de mostrar su debido encuadre, recapitulamos cuales constituyen las auténticas manifestaciones del principio acusatorio, que sintéticamente son las siguientes. En primer lugar, la acusación ha de estar formulada por quien no sea órgano sentenciador; en segunda lugar, se determina la prohibición de condena por hechos distintos a los que han sido objeto de acusación o respecto a persona diferente de la acusada; en tercer término, el Juez o Tribunal que enjuicia no puede aportar hechos al proceso; y por último, un mismo órgano judicial no puede realizar las labores de investigación en una fase preliminar, de instrucción o investigativa y después las de enjuiciamiento. Dichos postulados conllevan, a su vez, una serie de concretas implicaciones, como lo son las que se exponen a continuación:

En primer lugar, la acusación ha de haberse formulado por quien no sea órgano sentenciador. Pero, además, dicha acusación, diferente a la figura del juez decisor, deberá ser: a) Explícita. Se exige que quede sin duda patente de modo que el imputado pueda posicionarse frente a ella para, en su caso, contestarla, aceptarla, rechazarla o desvirtuarla a través de cualquier medio admitido; y b) Mantenido por agente externo al órgano de fallo.

En segundo lugar, la prohibición de condena por hechos distintos a los que han sido objeto de acusación o respecto a persona diferente de la acusada. Dado que el delito o falta se identifica con un aspecto objetivo, centrado en el relato en sí del hecho, como en su aspecto subjetivo, a través de la identidad de una o varias personas responsables, el juzgador no tiene potestad para alterar cualquiera de estos elementos.

En tercer lugar, El Juez o Tribunal que enjuicia no puede aportar hechos al proceso. La posibilidad de acordar cualquier diligencia de prueba durante el proceso se admite mientras se limite a los hechos discutidos en el proceso y no implique la enmienda o modificación de los elementos fácticos alegados en los escritos de calificación. Otro requerimiento lo constituye el que consten en los autos o expediente del proceso las fuentes de prueba sobre las que se practicará la prueba acordada. Además, deberá admitirse a las partes la posibilidad de instar la práctica de prueba que pueda contradecir los resultados de la prueba realizada a instancia del Juez; ello por imperativo del derecho de defensa y el principio de defensa.

Y en cuarto lugar, no unificar en un mismo órgano jurisdiccional la fase preparatoria, de instrucción o investigativa y la fase de debate y fallo. Representa un exponente fundamental en el derecho a juez imparcial, que previamente a juzgar no se haya involucrado en el seguimiento del delincuente.

En síntesis y respecto al precepto estudiado, entendemos que el artículo 388, párrafo primero del Código Procesal de Guatemala, se muestra acorde con

los parámetros que ordenan el principio acusatorio en la Corte Internacional de Derechos Humanos y con la doctrina mayoritaria.

### 2.2.2. La calificación jurídica de los hechos deducida por el juzgador: efectos del derecho de defensa y el principio de contradicción

Dado que la calificación jurídica de los hechos no sirve para determinar el objeto del proceso, se mantiene que una alteración de la misma no afectaría al principio acusatorio. El derecho a un juez imparcial tampoco se vería perturbado, ya que el principio *iura novit curia* avala la facultad de introducir una calificación diferente por aplicación de lo que el juez considere mejor derecho.

Sin embargo, la eficiencia del principio de contradicción conlleva ciertos reparos a la plena libertad a la hora de establecer una calificación jurídica diferente a la mantenida por la acusación. Por eso, se mantiene que concurrirá esa infracción a este principio si la sentencia realiza una calificación jurídica que contiene un elemento esencial que, de hecho, no fue ni pudo ser plenamente debatido durante el proceso. Y, al contrario, como sienta el Tribunal Constitucional de España *"la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio"*<sup>24</sup>.

Por ello, no existe lesión del principio de contradicción –y por ende, al derecho de defensa– cuando entre la acusación y la sentencia exista lo que se denomina identidad fáctica y homogeneidad en la calificación jurídica. La identidad fáctica supone que no podrá condenarse a un autor diferente al acusado ni por un relato de hechos divergente.

Respecto a la homogeneidad en la calificación jurídica, son delitos o faltas homogéneos los que constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que estén contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, y, además, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse.

Ha de matizarse que aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también las formas de comportamiento respecto de las que se protegen. También, debe anotarse que puede no bastar con que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena se encuentre genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa si se da el caso de que esta genericidad sea tal que no haga posible un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia<sup>25</sup>.

Como consecuencia de ello, la admisibilidad de un cambio de calificación en sentencia respecto de lo que presenta la acusación, exige un serio examen de lo acontecido en el debate, de modo que no se innoven hechos o autores y no se incorpore algún elemento sobre el que las partes no hayan contado con la oportunidad de debatir efectivamente durante el enjuiciamiento.

---

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 225/1997, de 15 de diciembre; Fundamento Jurídico Tercero, párrafo 3º.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 225/1997, de 15 de diciembre.

En consecuencia y respecto al artículo 388, segundo párrafo, (primera parte), sería deseable mantener la posibilidad de cambio en la calificación jurídica distinta a la acusación, pero, al mismo tiempo, fijar un límite consistente en que no se calificará por un delito o falta que conlleve un elemento del delito o falta distinto de los efectivamente debatidos durante el enjuiciamiento. Dicha adicción sería deseable a fin de procurar un auténtico ejercicio del derecho de defensa de las partes y, por tanto, de la implicación del principio acusatorio.

### **2.3.3. La penalidad asignada por el tribunal: efectos del principio acusatorio, derecho de defensa y principio de seguridad jurídica**

Si bien de forma tradicional se entendía que la concreta pena solicitada por la acusación no determinaba el objeto del proceso y no tenía incidencia alguna en el principio acusatorio, sin embargo, hoy en día, los regímenes jurídicos más avanzados mantienen con rotundidad que el tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa.

De esta forma, mientras era el principio de legalidad el que amparaba el ámbito al que estaba sujeto el juez en cuanto a la cuantificación de la pena, con independencia de la posición al respecto de la acusación, dicho sustento se ha superado, al cobrar pleno vigor la idea estructural del proceso acusatorio.

La vinculación del juzgador a la pena mayor solicitada por la acusación en el proceso concreto conlleva una efectiva delimitación de las facultades de este y dimana del núcleo del principio acusatorio, en particular, de la estructura que este principio imprime sobre el proceso penal.

Ya hemos destacado que el sistema acusatorio conlleva la incompatibilidad entre las funciones de acusar y juzgar; pues bien, de igual manera que el tribunal decisor no puede condenar por hechos delictivos diferentes a los planteados por la acusación y debatidos en el seno del enjuiciamiento, tampoco puede imponer una pena que no haya sido solicitada por la acusación. El fundamento se encuentra, como hemos señalado, en la esencia del principio acusatorio y también en cierta afectación del principio de congruencia.

Téngase en cuenta que corresponde a la acusación la carga de pedir pena en concreto. Además, ante tal prevención está en juego el derecho de defensa y el principio de seguridad jurídica, pues la parte se genera una serie de legítimas expectativas en torno a la máxima penalidad que le puede corresponder como resultado del debate. Ello radica en el posicionamiento que al respecto de la pena plantea el Ministerio Público y, en su caso, el querellante o la acusación particular, en sus respectivos escritos de acusación. De ellos deriva una determinada actitud y comportamiento procesal de la defensa del imputado. Ante dichas circunstancias procesales, la sorpresiva imposición de una pena de mayor rango o longitud, dejaría en una situación lesiva a la defensa del imputado, quien tras el conocimiento de la sentencia, ya no puede articular táctica o técnica alegatoria pero, sobre todo y

principalmente, probatoria alguna tendente a reforzar una postulable minoración de la pena.

En España ha sido asumido este criterio a partir de 2006 en el que un Acuerdo del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para Unificación de Criterios estimó que el tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa<sup>26</sup>. Este criterio fue asumido por la jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo<sup>27</sup> y ha sido respaldada por las sentencias del Tribunal Constitucional español.

El citado Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo español significó la plasmación de una evolución de más de veinte años atrás que se inició a partir de la promulgación de la Constitución de 1978.

Como advierte DOLZ LAGO<sup>28</sup>, hasta dicho hito, el Tribunal había interpretado que el juzgador no se encontraba comprometido por la pena solicitada por la Acusación sino que por la pena en abstracto legalmente prevista para el tipo delictivo; esto facultaba al juez a imponer penas incluso más graves que las sostenidas por las acusaciones. Desvinculaban, entonces, el influjo del principio acusatorio a la imposición de la pena, basándose en que se trataba de una función del juez ajena al acusatorio, quien solo venía vinculado por el principio de legalidad.

Voces oficiales como la de la institución del Ministerio Fiscal se habían manifestado en contra de dicha desvinculación del juez a la petición de las acusaciones. Así, es relevante la Circular 1/1989<sup>29</sup> que afirmaba lo siguiente: «el principio acusatorio, consagrado en el art. 794.3 impide que en la sentencia, cualquiera que sea el órgano que la dicte, se imponga pena cuya cuantía exceda de la más grave de las pedidas por las acusaciones».

Una vez hecho público el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de España, posteriormente, se reformaron las razones que apoyaban la limitación en la imposición de penas por parte del juzgador. De esto modo, es de resaltar la Sentencia del TS de 12 de enero de 2007<sup>30</sup>. En ella se parte de que la estructura propia de un sistema acusatorio implica la separación de las funciones de acusar y de juzgar. Se pone en evidencia que si el tribunal pudiera imponer de forma plenamente libre la pena que corresponda al tipo penal que fue objeto de acusación sin considerar las peticiones de las acusaciones, entonces dicho tribunal se convertiría en acusación. Ello supondría un notable quebranto de los principios inherentes al derecho procesal moderno.

Pero, además, el derecho de defensa o de audiencia también justifica la necesidad de esta cortapisa a la libre imposición de pena por el tribunal. Como

---

<sup>26</sup> Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del Tribunal Supremo para Unificación de Criterios, 20 de diciembre de 2006.

<sup>27</sup> STSs (Sala Penal) 159/2007 de 21 de febrero, 424/2007 de 18 de mayo y 20/2007 de 22 de enero, entre otras.

<sup>28</sup> J. DOLZ LAGO, «Principio acusatorio y pena. Nueva jurisprudencia ¿Hacia un reforzamiento del poder de acusar y del Ministerio Fiscal?», *Diario La Ley*, Año XXVIII, Número 6771, 4 de septiembre de 2007.

<sup>29</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado (de España) núm. 1/1989, de 8 de marzo de 1989.

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (España) de 12 de enero de 2007.

asegura MUÑOZ CUESTA<sup>31</sup> “si el Tribunal sentenciador supera las penas solicitadas por la acusación, razonándolo en la resolución que dicta, esa argumentación aducida no ha sido discutida por las partes y por tanto no han tenido oportunidad de refutarla, lo que da al traste con la estrategia de defensa que se tenía planteada en función de la pena que el Fiscal o las acusaciones solicitaban”.

A esto se suma que también entra en juego el derecho del imputado de ser informado de la acusación, esta información debe comprender también la linde de la penalidad, pues, de otro modo, resulta insuficiente dicha información sobre la que no ha podido alegar o defenderse durante el juicio. También la imparcialidad del juzgador quedaría comprometida si cuenta con la facultad de introducir mayor gravedad a la pena de la solicitada por las acusaciones.

Con todo, queda en el aire una interrogante ante una situación que pone en cuestión el *Ius Puniendi* del Estado: ¿Cómo ha de intervenir el tribunal en el caso de la acusación omisa o yerre en la petición de penalidad? ¿Debe quedar impune el delincuente? Sobre este particular, otro Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo español de noviembre de 2007<sup>32</sup> aclaró que «cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena». Supone una cierta restricción de la plena eficacia del principio acusatorio ideada en este caso a fin de favorecer la justicia material, que se evite que el mero error en el funcionamiento de una de las partes, a quien le corresponda la acusación, se traduzca en la imposibilidad de ejercer el *Ius Puniendi* o derecho a imponer una pena por parte del Estado a aquel a quien, jurídica y legalmente, le corresponde.

Y para concluir la exposición de la evolución argumentativa española, destacamos el aval constitucional que vino de la mano de la Sentencia de 2009<sup>33</sup>. Estudiaba aquel recurso de amparo resuelto la situación consistente en que el Ministerio Fiscal, que constituida la única posición jurídica acusadora, había interesado la pena de cuarenta y cinco días de multa, con cuota diaria de seis Euros, por una falta de hurto. El Juzgado de Instrucción que conoció la causa en primera instancia condenó al acusado a doce días de localización permanente e, incluso, el tribunal que resolvió el recurso de apelación redujo la pena a ocho días pero mantuvo que se trataba de localización permanente, no de multa como se pedía por la acusación.

Ante dicha situación, el Tribunal Constitucional español sostiene que se ha impuesto un gravamen en la pena que no ha de tolerarse. Este gravamen se deduce por el hecho de que la mutación implica un empeoramiento del derecho a la libertad del demandante de amparo, al haber canjeado por los jueces la multa planteada en el plenario por la localización permanente.

---

<sup>31</sup> F.J. MUÑOZ CUESTA, «El principio acusatorio en casación: prohibición de imponer una pena superior a la solicitada por la acusación», *Revista Aranzadi Doctrinal* num.2/2014, 2014, parte Comentario, pág. 2.

<sup>32</sup> Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (español) de 27 de noviembre de 2007.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional (español) de 25 de junio, nº 155/2009, Caso Sánchez Sánchez).



### 3. Implicaciones de la ausencia de la vigencia del principio acusatorio y del principio de contradicción en el Código Procesal Penal guatemalteco. Conclusiones

Se ha revisado el artículo objeto del estudio, artículo 388 del CPP de Guatemala y la regulación de las garantías procesales recogidas en el Capítulo I del Título I del Libro Primero del Código Procesal Penal, así como los derechos del imputado. En su virtud, se detecta que la falta de reconocimiento expreso del principio acusatorio, de una configuración profunda del derecho a un debido proceso y del derecho de defensa, así como la falta de mención al principio de contradicción y al principio de seguridad jurídica y la congruencia despliega efectos indeseados en el artículo 388 CPP y ello en base a la siguiente pormenor.

Es cierto que se aprecia correspondencia con el principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos al sancionar o prohibir la condena por hechos distintos y al permitir la imposición de una penalidad diferente a la pedida por la acusación. Sin embargo, no encontramos dicha equivalencia con la interpretación en cuanto a la posibilidad de diferente calificación, pues la Corte IDH, en el Caso Yvon Neptune Vs. Haití<sup>34</sup>, hace alusión al requerimiento de que, además de mantener inalterados los hechos calificados, se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. Ninguna mención efectúa el precepto sobre la protección de dichas garantías ni cita ningún mecanismo conducente a su debida salvaguarda.

Si la comparativa se realiza a un nivel supra regional y nos trasladamos a los principios y garantías reconocidos por la Unión Europea o España como referente, la aplicación de la normativa y la jurisprudencia apuntan a lo siguiente:

El principio de contradicción y paridad que hemos abordado anteriormente, presupone la posibilidad del ejercicio equitativo de derechos y garantías procesales por las partes en el proceso. En este sentido, una legislación que permita la condena al imputado en base a una calificación jurídica diferente a la fijada definitivamente por la acusación durante el debate, debe asumirse pero con ciertas limitaciones. Debe acogerse en virtud de la virtualidad del principio *Iura Novit Curia* que permite al juzgador aplicar el mejor Derecho. También ha de aceptarse dado que la calificación jurídica no incide en el objeto del proceso que se fija.

No obstante, como señalamos, el respeto al debido proceso y la eficacia procesal del principio de contradicción y paridad incide aquí de forma que un cambio de valoración jurídica manifestado directamente en la sentencia no suponga una lesión en la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa del imputado. De esta forma, si dicha modificación introduce un elemento de valoración del delito que no ha sido previamente sometido a discusión de las partes, dicha alteración no debería resultar admitida.

Por eso, tal y como actualmente reza el texto del artículo 388: «...el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o de la del auto de apertura del juicio...», este texto debería comprender la

---

<sup>34</sup> Corte IDH en el Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180. § 85.

condición de que, caso de incorporar una modificación de la calificación, esta no deberá suponer la concurrencia de cualquier elemento del delito o falta que previamente no haya podido debatirse por las partes durante el enjuiciamiento.

Por último, el tercer aspecto objeto de valoración, la posibilidad de incrementar la gravedad de las penas respecto a las instadas por la acusación ha de ser matizada. Asimismo, caso de permitirse la posibilidad del ejercicio de la acción penal por un particular, ha de convalidarse la eficacia de su solicitud de pena con idéntica fuerza vinculante al tribunal que la del Ministerio Público.

Efectivamente, el texto del artículo 388 dispone: «...el tribunal podrá...imponer penas mayores o menores que la pedida por el Ministerio Público».

El principio acusatorio, como hemos señalado, supone la imposibilidad del aunar las funciones de acusación y enjuiciamiento. Si el juez impone en sentencia una pena de mayor gravedad que la pena máxima pedida por cualquiera de las acusaciones, se está extralimitando en su función y asumiendo una tarea que no le corresponde. Además, se ocasiona un menoscabo al derecho de defensa del imputado y se impacta el principio de seguridad jurídica.

Téngase en cuenta que la articulación y dirección de la defensa del acusado se habrá articulado a partir de un conjunto de legítimas expectativas generadas según el contenido de la acusación, bien sea del Ministerio Público o bien sea de otra Acusación personada en la causa. La intervención pasiva y activa de la defensa, tanto en su faceta alegatoria como en la probatoria, se erige en torno a dicha acusación y, por supuesto, ante la posibilidad de la penalidad máxima que el proceso le puede deparar caso de resultar condenado el acusado.

En este sentido, la convalidación de la opción del juzgador de sorprender ya en el instante de la sentencia con una penalidad más gravosa avoca a la defensa a la imposibilidad de incorporar tácticas que hubieras sido, en su caso, idónea para la defensa ante semejante gravedad punitiva.

En consecuencia, además de avalar idéntica fuerza vinculante a la del Ministerio Público la figura de petición de pena de la acusación de un particular, ha de establecerse un sistema que restrinja la posibilidad de extensión o gravedad de la pena impuesta más allá de la mayor pena solicitada por cualquiera de las acusaciones.

Por todo ello, finalizamos el presente trabajo referido al estudio del artículo 388 del Código Procesal Penal de Guatemala, mediante la síntesis de las siguientes conclusiones:

Primera. Sería recomendable una reforma legislativa que incorpore con reconocimiento expreso, el principio acusatorio en toda su extensión, con descarte de toda reminiscencia inquisitiva.

Segunda. Es preciso que se regule con más detalle el derecho a un juez imparcial y su alcance respecto a la conducta incorporada de este en el debate, en el enjuiciamiento y en la sentencia.

Tercera. Respecto a las concretas medidas reguladas por el artículo 388 CPP, si bien el precepto otorga una efectiva vinculación del contenido de la sentencia respecto a la acusación en cuanto al relato de los hechos, sin embargo, la protección de la declaración de la calificación jurídica y de la penalidad debería adecuarse a los estándares avanzados de Derecho.

Cuarta. La posibilidad de ofrecer una diferente calificación jurídica a los hechos debería mantenerse pero bajo la condición de que no se incorpore algún elemento sobre el que las partes no hayan contado con la oportunidad de debatir efectivamente durante el enjuiciamiento.

Quinta. Debe conservarse la posibilidad de variación en cuanto a la penalidad solicitada por la acusación pero ha de guardar el límite máximo identificada con la mayor pena solicitada por las acusaciones que concurran. Este límite ha de operar tanto en cuanto a tipo o naturaleza de la pena como en su alcance temporal.

Sexta. No obstante, y en pos de la justicia material, ha de preverse que si la única acusación que pueda vincular al tribunal en cuanto a la pena resulta omitida o errónea la pena solicitada, el tribunal podrá imponer la pena mínima que legalmente corresponda al tipo penal previamente calificado.

Séptima. En cuanto a la determinación de la máxima penalidad prevista, ha de equipararse el valor vinculante de la acción penal ejercida por el Ministerio Público con las posibles acusaciones particulares que concurran, ello a través de la introducción de la modificación correspondiente.

#### 4. Bibliografía

C. JEANGHEY, «CEDH. Art. 6. Derecho a un proceso equitativo», en Salvioli, F. y Zanghì, C. *Jurisprudencia regional comparadas de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

C. PÉREZ VAQUERO, «El principio acusatorio según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho y Cambio social*, 01-02-2016.

J. MONTERO AROCA, «El principio acusatorio entendido como eslogan político», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol.1, n. 1, 2015, pág. 70. Se puede consultar en <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>

V. MORENO CATENA, y V. CORTES DOMINGUEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, 8ª Edición, Valencia, 2015.

J. MONTERO AROCA, J.L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional I Parte General*, 14ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

J. MONTERO AROCA, J. FLORS MATÍES, G. LÓPEZ EBRI, *Contestaciones al programa de derecho procesal penal para acceso a las carreras judicial y fiscal*. 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

L.R. RAMIREZ GARCÍA y M. ÁNGEL URBINA, «Guatemala. Bases político-jurídicas del procedimiento penal: principios procesales penales y debido proceso constitucional (incluye convenciones regionales y universales)», en Maier, Julio, Ambos, Kai y Woischnik, Jan (Coords.), *Las reformas procesales penales en América latina*, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

R. E. CONTRERAS LÓPEZ, «Legalidad y convencionalidad como base del sistema penal acusatorio en México, Cuestiones Constitucionales», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 33, julio-diciembre 2015.

A. DE LA OLIVA, «El proceso penal», en AAVV, *Derecho Procesal Penal*, 8ª ed., Madrid, 2010.

J. DOLZ LAGO, «Principio acusatorio y pena. Nueva jurisprudencia ¿Hacia un reforzamiento del poder de acusar y del Ministerio Fiscal?», *Diario La Ley*, Año XXVIII, Número 6771, 4 de septiembre de 2007.

F.J. MUÑOZ CUESTA, «El principio acusatorio en casación: prohibición de imponer una pena superior a la solicitada por la acusación», *Revista Aranzadi Doctrinal* num.2/2014, 2014, parte Comentario.

# DISCAPACIDAD: NUEVOS HORIZONTES

## DISABILITY: NEW HORIZONS

Martín Corera Izu  
*Letrado de la Administración de Justicia*  
*Profesor del Master de Acceso a la Abogacía.UPNA*  
*Especialista en Derecho Registral*  
*JPI nº 1 Pamplona*

Fecha de recepción: 21 de octubre de 2019  
Fecha de aceptación: 24 de noviembre de 2019

**RESUMEN:** El presente trabajo pretende reflejar y adelantarse a los nuevos tiempos que llegan en materia de discapacidad. La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), ha impulsado un cambio de paradigma en las políticas sobre discapacidad. El cambio de modelo es evidente. De un enfoque asistencial pasaremos a otro de garantía de derechos y de medidas de apoyo. El Anteproyecto de Ley, si sale a delante, será quien marcará las pautas del nuevo modelo.

**ABSTRACT:** The present work tries to reflect and anticipate the new times that come with regard to disability. The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CDPD), it has promoted a change in the model of disability politics. The change of model is evident. We will move from an assistance approach to another one of guarantee of rights and support measures. The project of Act, if it goes ahead, will be the one who sets the guidelines the new model.

**PALABRAS CLAVE:** Discapacidad. Capacidad Jurídica. Titularidad de Derechos.

**KEYWORDS:** Disability. Juridical Capacity. Ownership of Rights.

**SUMARIO:** I.- INTRODUCCIÓN: - CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (CE). EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN - CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CDPD). - MUERTE SOCIAL Y MUERTE LEGAL. II.- CONCEPTO DE DISCAPACIDAD; III.- MODELO REHABILITADOR VS. MODELO MEDIDAS DE APOYO: - ARTICULO 12 CDPD: RESPETO A LA VOLUNTAD. - APOYO. - ACOMPAÑAMIENTO. - TEORÍA DEL TRAJE A MEDIDA: STS, SALA PRIMERA, DE 01/JULIO/2014. IV.- ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE SE REFORMA LA LEGISLACION CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD. IV.1: CAMBIO DE MENTALIDAD EN LOS OPERADORES JURÍDICOS. IV.2: ACTUACIONES DE APOYO. INTERESES PATRIMONIALES E INTERESES PERSONALES. IV.3: APOYOS ESTABLECIDOS POR LA PROPIA PERSONA. PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS. PREFERENCIA INEQUÍVOCA.

## I.- INTRODUCCIÓN

La Constitución Española (CE) de 1978, además de suponer uno de los grandes éxitos de la Transición de nuestro país, ha sido un hito trascendental en la reciente historia de España. En estas últimas décadas, la sociedad española ha realizado una auténtica revolución democrática, económica, social, cultural y tecnológica. Un elemento común de los países democráticos es el reconocimiento institucional y social de todas las personas. Y, en este sentido, la CE 1978 sitúa a las personas y a sus derechos en el centro de la acción pública.

Las personas con discapacidad constituyen un sector de población heterogéneo. Sin embargo, todas tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en todos y cada uno de los aspectos de la vida: político, social, económico, laboral, cultural, deportivo, etcétera.

No es un colectivo menor. En nuestro país, en la actualidad, forman este colectivo 1.800.000 personas. Es decir, seis de cada cien, aproximadamente, están dentro del concepto de persona con discapacidad. Es una parte muy importante de nuestra sociedad.

Una legislación avanzada significa el inequívoco reconocimiento de la dignidad y de la igualdad entre todos sus ciudadanos. Sin discriminación de ningún tipo ni condicionante alguno. Es por ello que la CE 1978 asume que las personas, iguales en dignidad y derechos, son su única razón de ser. Así, el texto constitucional, desde el Título Preliminar al Título I (Arts. 9.2, 10.1, 14, 23.2 y 49, pese a hablar “de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”, en perspectiva de solucionarse<sup>1</sup>), refleja tres aspectos fundamentales en relación a las personas con discapacidad, y ello, recuerdo, hace más de cuarenta años:

- Respeto a la dignidad de la persona. Ya el propio artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>2</sup> establece, entre otros, que el propósito de la Convención es “promover el respeto de su dignidad inherente”.
- La tutela de sus derechos fundamentales.
- El respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad. Reconocimiento de la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

---

<sup>1</sup> Ver Consejo de Ministros de 07 diciembre 2018. Anteproyecto de reforma del Artículo 49 CE.

<sup>2</sup> Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (“CDPD” o “Convención”).



Una cuestión, quiero añadir como declaración de principios o de intenciones, antes de seguir desgranando los aspectos normativos y legales de las personas con discapacidad. Mejor dicho, dos cuestiones. Una es que, pese a estas proclamaciones constitucionales que hemos visto, en nuestra sociedad persisten las desigualdades. Es una obviedad, están ahí. Y otra cuestión. Es la referida a que, es cierto, aún reconociendo que los cambios en la normativa han sido muy importantes. Ahora tenemos nuevos enfoques, nuevas estrategias, el esfuerzo de adaptación es muy importante. Existe un claro avance en cuanto a la mentalidad y visión de las personas con discapacidad. Sin embargo, y pese a lo dicho, lo cierto es que nuestra sociedad está concebida respecto al patrón de la persona media, y está claro que este patrón, este modelo, se opone a la plena participación de estos ciudadanos. Y este aspecto lo debemos interiorizar que es así.

Ahora bien, tampoco quiero dejar de reflejar que en nuestra sociedad, en nuestro modelo occidental, en nuestra cultura, a día de la fecha, la atención a las personas con discapacidad es una prioridad estatal en todos los órdenes: social, político y administrativo. Los poderes públicos están obligados a prestar todos los recursos necesarios para que las personas con discapacidad puedan ejercitar los derechos que el artículo 49 CE les reconoce. Las políticas públicas deben garantizar siempre el respeto a los derechos e igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Y ello, en razón a la dignidad que les es propia.

Estos principios fueron el soporte y fundamento de lo que con posterioridad se ha regulado en la materia: la **Ley 13/1982, de 7 de abril**<sup>3</sup>, de integración social de las personas con discapacidad (bueno, en realidad, el título oficial de la Ley es el “de integración social de los minusválidos”, (sic), acrónimo, LISMI). Fue la primera ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos de las personas con discapacidad y sus familias. Supuso un avance relevante para la época. Tan avanzada fue que ya interpretaba garantizar los derechos de las personas con discapacidad debía ser a través de apoyos complementarios, ayudas técnicas y servicios especializados que les permitieran llevar una vida normal en su entorno.

Ya hablaba, recordemos, es 1982, de integración en el sistema ordinario de la educación general o de educación especial, según programas de apoyo y recursos.

Regulaba también la integración en el sistema ordinario de trabajo o la fórmula especial de trabajo protegido (“Centros Especiales de Empleo”, los denomina). Una pequeña digresión. En nuestro país, en la actualidad, su tasa de actividad laboral alcanza únicamente el 35%. La del resto de personas en edad de trabajar es más del doble, el 77%. La tasa de desempleo en las personas con discapacidad supera en más de 9 puntos los datos que se proyectan en las oficinas de empleo. Por no hablar de que la situación de las mujeres de este colectivo dobla los ratios fijados de empleabilidad.

Es decir, se fijaba en los tres soportes sobre los que con posterioridad ha pivotado toda la regulación en la materia, ya sea nacional o internacional: el

---

<sup>3</sup> BOE nº 103, de 30 de abril de 1982.

reconocimiento de los derechos del colectivo, la educación y la integración laboral.

Suponía esa norma de 1982 avanzar a oscuras en una materia desconocida. Después se precisó más. Ayudó a ello la **Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000**<sup>4</sup>, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, exigía luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

Aquí ya se precisan conceptos como los de “discriminación directa”, “discriminación indirecta”, y, muy importante, “ajustes razonables” y “medidas adecuadas”. Este es el criterio que después fijó, y sobre el que volveremos, la STS 341/2014, de 1 julio 2014, que instauró la “teoría del traje a medida”. Que consiste en establecer medidas adecuadas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad. Porque, recordemos que, a tenor del artículo 2 de la Convención de la ONU, la discriminación por motivos de discapacidad incluye todas las formas de discriminación, entre ellas la denegación de ajustes razonables.

¿Qué entendemos por discriminación? Pues genéricamente lo estableció la jurisprudencia del TJUE (Asunto C-394/96: Brown y Asunto C-342/93: <sup>5</sup>Gillespie), cuando dispone que la discriminación implica la aplicación de reglas diferentes a situaciones comparables o la aplicación de la misma regla a situaciones diferentes. Definición, estaremos de acuerdo, verdaderamente descriptiva.

Como digo, resultó adelantarse del orden de treinta años a lo que en estos momentos estamos conociendo, reivindicando y defendiendo. Empleó en su artículo 1 una palabra clave que después se reflejó en textos tanto de Naciones Unidas como de la Unión Europea, fue el de promover el respeto de su dignidad inherente, el de las personas con discapacidad.

La **Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad**. Se centró en la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal. Muy interesante fue que la acompañó de un régimen de infracciones y sanciones a través de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre.

Asimismo, es necesario destacar en la configuración del marco legislativo de los derechos de las personas con discapacidad, la **Ley 27/2007, de 23 de octubre**<sup>6</sup>, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

---

<sup>4</sup> “DOCE” núm. 303, de 2 de diciembre de 2000, páginas 16 a 22.

<sup>5</sup> BOE nº 289, de 3 de diciembre de 2003.

<sup>6</sup> BOE nº 255, de 24 de octubre de 2007.

Por último, la **Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad**<sup>7</sup>, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008, formando parte, en consecuencia, de nuestro ordenamiento interno (Art. 96 CE). La Convención implica un cambio fundamental de las políticas públicas. Quiere para las personas con discapacidad que avancen hacia una vida independiente y hacia una sociedad plenamente inclusiva.

La Convención, en definitiva, ha impulsado un cambio de paradigma en las políticas sobre discapacidad, pasando desde el enfoque asistencial al de garantía de derechos. Y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo. El protagonismo es de la propia persona con discapacidad en el libre desarrollo de su personalidad y en la toma de decisiones sobre todos los aspectos de su vida<sup>8</sup>.

Tras la Convención, como decía, se inició una carrera legislativa de adaptación. La modificación normativa encuentra su fundamento en el artículo 4 de la Convención, en virtud del cual los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.

En primer lugar, la Ley 26/2011, de 1 de agosto<sup>9</sup>, llamada, precisamente, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y que se encargó de modificar numerosos cuerpos legales de nuestro Derecho interno.

La reforma continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Intenta seguir con la adaptación normativa a la Convención. Tarea harto difícil, por otra parte, ya que la CDPD, como señalo, supone una auténtica revolución en la protección de las personas con discapacidad.

A ellas se suma la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. La nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, referida, precisamente, a que las personas con discapacidad puedan prestar el consentimiento matrimonial). La Ley del Tribunal del Jurado, por Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, precisando que “las personas con discapacidad no podrán ser excluidas por esta circunstancia de la función de jurado”. La Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre<sup>10</sup>, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Todo un hito que ha supuesto que más de 100.000 personas hubieran podido ejercer, por primera

---

<sup>7</sup> BOE nº 96, de 21 de abril de 2008.

<sup>8</sup> EM, Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las personas con Discapacidad en Andalucía. “BOE” núm. 191, de 4 de octubre de 2017.

<sup>9</sup> “BOE” núm. 184, de 02/08/2011.

<sup>10</sup> “BOE” núm. 294, de 06 diciembre 2018.

vez, su derecho al voto en las elecciones generales, locales, autonómicas y europeas de marzo/abril/noviembre-2019<sup>11</sup>. Aclara la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral Central, que se pueden valer de “alguien que les acompañe” o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral. El que la declaración de incapacidad llevara implícito la incapacidad para el derecho de sufragio suponía, según expresión de la STEDH de 6 de octubre de 2005, Asunto Hirst c. UK, condenar a estas personas a la “muerte social y legal”. De igual forma se expresó en la Sentencia de 20 de mayo de 2010, dictada en el Asunto n. 38832/06, Alajos Hiss c./ Hungría.

Este ha sido, a grandes rasgos, el íter legislativo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD. Es lo ordenado por el ya citado y reflejado artículo 4 de la propia Convención.

## II.- CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

Como señala la Convención en su Preámbulo, letra e), “la discapacidad es un concepto que evoluciona”. Y, dentro del ámbito de la Unión Europea<sup>12</sup>, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE establece el principio de no discriminación por razón de discapacidad y el artículo 26 incluye el principio de integración de las personas con discapacidad.

La STS, Sala Primera, de 11 de septiembre de 2019, va más allá, aún es más clara, y dice que, además de reconocer que la discapacidad es un concepto que evoluciona, señala que la discapacidad resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Si, como punto de partida, nos fijamos en el artículo 49 CE, recordemos aquello “de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”, a continuación hemos pasado de hablar, como decía, de disminuidos, minusválidos o deficientes, a sustituir estos términos por los de personas con déficit de ciudadanía (?) o por el definitivamente recogido en la Convención de “personas con discapacidad”, que es el único que es utilizado y aceptado en todo y por todos.

Delimitar el propio concepto de discapacidad en absoluto es una cuestión baladí. Es una palabra con una pluralidad de significados. Múltiples definiciones. Un concepto complejo, en definitiva. Personalmente, entiendo que la definición que refiere la Organización Mundial de la Salud (OMS) encaja perfectamente el ámbito en el que se desenvuelve la discapacidad. Quizás es acertado por lo genérico que resulta: Comprende deficiencias, limitaciones de

---

<sup>11</sup> Opúsculo: “Discapacidad y Derecho al voto”, del propio autor. Febrero/2018. Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral Central (“BOE” núm. 62, de 13 marzo 2019).

<sup>12</sup> Publicado en DOUEC núm. 364 de 18 de diciembre de 2000.

las actividades y restricciones a la participación. Vemos que es un concepto muy amplio en el que caben un gran número de problemas de la salud.

El artículo 1 de la CDPD precisa más: dice que las personas con discapacidad son aquellas que tengan “deficiencias físicas, psíquicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo”. Lo importante no es que la discapacidad tenga un origen psíquico o físico. Lo sustantivo es que a esa persona le impida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Misma interpretación que refleja la STJUE, de 11 de julio de 2006, poco antes de la CDPD, en el asunto Sonia Chacón Navas, cuando de forma tajante afirma que el concepto de discapacidad no puede ser sinónimo de enfermedad. Vemos que es el propio legislador quien, de forma deliberada y consciente, excluye dicho término.

Pero el propio Tribunal de Justicia Europeo aporta una de las características fundamentales del concepto de discapacidad, nos referimos a que tanto la limitación, o la restricción, o la propia deficiencia, en términos de la OMS, han de ser de permanencia, de larga duración. De aquí la CDPD recoge la expresión “a largo plazo”. Y digo “recoge” o “utiliza”, porque la resolución judicial, como he señalado, es anterior a la propia normativa CDPD. También nuestro Código Civil (Art. 200), al referirse a las causas de incapacitación dice que son aquellas “enfermedades o deficiencias” (sic) persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

A partir de aquí la propia normativa UE, en la protección de las personas con discapacidad, progresa o evoluciona desde dos perspectivas bien diferenciadas. Por una parte, desde el desarrollo legislativo en el seno de cada uno de los Estados Miembros. Por otra parte, dentro del seno de la propia UE se ha producido un incremento de la concienciación en las Instituciones Europeas consecuencia, entre otros aspectos, de que en el espacio de la Unión hay más de 80 millones de personas que presentan una discapacidad. En nuestro país, ya lo he reflejado, 1.800.000 personas. Seis de cada cien. Puede ser, la discapacidad, leve, puede ser grave. No es un dato baladí.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ya establece que la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad. En esta concienciación de eliminar desventajas y, sobre todo, la expresión que ha triunfado en las distintas Directivas sobre discapacidad ha sido la de “ajustes razonables”. Significa tomar las medidas adecuadas en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidad acceder a un empleo o progresar profesionalmente. Son, en concreto, la Directiva 2000/78 y la 2017/1564, de 13 de septiembre de 2017.

### III.- MODELO REHABILITADOR VS. MODELO MEDIDAS DE APOYO

Empero, si interesante es haber contrastado la evolución del concepto de discapacidad, muchísimo más trascendente resulta analizar la evolución del modelo o enfoque que, desde la CE 1978 hasta la actualidad, pasando, claro, por la CDPD, se ofrece para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer todos sus derechos y libertades fundamentales de forma plena y sin discriminación.

Como digo, la evolución en estos últimos cuarenta años ha sido extraordinaria, y la “causante” de la misma, entiendo, se relaciona de forma directa e inmediata con lo dispuesto en el artículo 12 CDPD: “Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Al respecto, ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas<sup>13</sup> elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos, como la legitimación para ejercitarlos. Lo analizaremos, claro.

Pero, volviendo al modelo. La evolución del mismo es una obviedad. Según cómo se perciba en cada momento la perspectiva de la discapacidad, la solución es una u otra. Así, la CE 1978, en su artículo 49, además de hablar, como hemos dicho, de “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”, refleja expresiones tales como: “prestar atención”, “rehabilitación”, “amparo”.

Quiere decir y quiero interpretar que el artículo 49 CE se inspiró en el modelo médico o rehabilitador. Era el predominante en el momento de su aprobación, en 1978. Contempla la discapacidad como un problema de la persona, causado directamente por una enfermedad, accidente o condición de su salud, que requiere asistencia médica y rehabilitadora, en forma de tratamiento individualizado prestado por profesionales. Estas personas están centradas en su enfermedad y rehabilitación y, por tanto, al no poder valerse por sí mismas debe haber alguien de su entorno más o menos cercano que le sustituya en la toma de decisiones.

Hablando del entorno, permítaseme una pequeña digresión de reconocimiento, admiración y afecto hacia quienes hacen posible que la persona con discapacidad no esté aislada: su familia. Es necesario reconocer la dedicación y trabajo no remunerado por cuidar al familiar con discapacidad. Como, así mismo, resulta una evidencia que la renuncia al empleo para cuidar al familiar recae fundamentalmente en las mujeres. Una desventaja económica que se traduce en una discriminación de la persona con discapacidad y sus familias, puesto que gozan de un nivel de vida (económico, laboral, de ocio,...) menor que el que tendrían en ausencia de la discapacidad.

---

<sup>13</sup> Observación general Número 1 del 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU.



Retomando el hilo sobre el modelo, tras la digresión, cuando decimos lo de la sustitución en la toma de decisiones estamos hablando, claro, de la tutela. Institución jurídica cuyo objeto es la guarda de la persona y sus bienes, o solamente de los bienes o de la persona, de quien, no estando bajo la patria potestad es incapaz de gobernarse por sí mismo por ser menor de edad o estar declarado judicialmente como incapacitado.

Al llegar la Convención y reconocer, como hemos señalado, capacidad jurídica a las personas con discapacidad, provoca el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, el del modelo biosanitario y rehabilitador, en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad (el tutor), por otro sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

Con el nuevo modelo partimos de que estas personas con discapacidad son titulares de derechos, pueden contraer obligaciones, y en donde los poderes públicos “no tratan de rehabilitar”, lo que tienen ahora es la obligación de garantizar que el ejercicio de estos derechos y obligaciones por parte de estas personas sea plenamente efectivo.

Y, ¿cómo, nos podemos preguntar, las instituciones públicas podrán proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad? Pues mediante el apoyo a la persona que lo precise. Apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: acompañamiento amistoso, ruptura de barreras arquitectónicas, ayuda técnica en las declaraciones de voluntad, toma de decisiones delegadas, el consejo,...

La Fiscalía del Tribunal Supremo interpretó, en informe elevado a la Sala Primera del Alto Tribunal, que la Convención “incide de lleno en el proceso especial de capacidad de las personas, fundamentalmente en la incorporación del ‘modelo de apoyos’, que se enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional”.

Hemos visto y contrastado que nuestro legislador ya tiene interiorizado estas medidas de apoyo. Cuando garantiza el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad ya dice expresamente que al emitir el voto pueden valerse de alguien que les acompañe, o el traslado del sobre a la Mesa Electoral mediante algún medio material. Incluso, va más allá: Si algún miembro de la Mesa Electoral, o interventor o apoderado, considera que el voto de una persona con discapacidad no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna. La Instrucción citada 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral Central, es taxativa. La Mesas Electorales deberán admitir el voto de cualquier persona con aparente discapacidad que se encuentre inscrita en el censo electoral.

Cuando la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre<sup>14</sup>, modifica la Ley del Tribunal del Jurado de 1995, en el sentido de señalar que “las personas con discapacidad no podrán ser excluidas por esta circunstancia de la función de jurado”, ya se encarga de añadir que con “los apoyos precisos y los ajustes razonables” que proporcione la Administración de Justicia para que estas personas puedan desempeñar este cometido con normalidad.

Y si hablamos de prestar el consentimiento matrimonial y acreditar que se reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos, el artículo 56 del Código Civil, redacción dada por Ley 4/2017, de 28 de junio, que modifica la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, obliga a proteger los derechos de las personas con discapacidad con los adecuados apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes (Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre interpretación del artículo 56 CC).

A esta sensibilización del legislador hay que añadir la de nuestros propios Tribunales de Justicia. La Sala I del Tribunal Supremo, de lo Civil, en la interpretación de la norma referida a colectivos como el de los menores, las mujeres o las personas con discapacidad, es decir, los grupos más vulnerables de nuestra sociedad y más necesitados de protección y ayuda, siempre da un paso más que la propia norma y permite abrir y despejar el camino frente a las dudas que estas cuestiones tan sensibles puedan suscitar.

No sé, sinceramente, si es el legislador es el que “arrastra” a los Tribunales o son éstos los que “tiran” del legislador. No importa el orden. Lo sustantivo es que si se considera a las personas con discapacidad como titulares de derechos, los poderes públicos están obligados a que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo. Eso es lo que avanzó la STS 341/2014, Sala 1ª, de 1 de julio de 2014<sup>15</sup>. Es la denominada “**teoría del traje a medida**” que ha servido de modelo a tantas y tantas resoluciones posteriores de distintas jurisdicciones y que ha supuesto un cambio de mentalidad sobre la apreciación de la discapacidad en el mundo jurídico.

La teoría del traje a medida significa, en primer lugar, conocer con la mayor precisión posible la situación y circunstancias que concurren en la persona concreta. En segundo lugar, disponiendo de todos los datos, contrastar si puede o no actuar por sí misma o necesita ayuda. Y ya, en tercer lugar, movilizar los mecanismos de apoyo y ayudas adecuados a esa persona y a sus circunstancias.

Esta es la teoría que persigue que la institución, pública o privada, o persona que presta el apoyo deberá actuar “atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera”. Así lo hemos visto en distintas circunstancias: Cuando se forma parte de un Jurado; cuando la persona con discapacidad ejercita su derecho a votar; al prestar un consentimiento matrimonial; y lo podemos extender a cuando una persona con discapacidad

---

<sup>14</sup> “BOE” núm. 303, de 14 de diciembre de 2017.

<sup>15</sup> Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

otorga una disposición testamentaria ante Notario y es impugnada la misma considerando que dicha persona no reúne los requisitos de aptitud necesarios (Sala Primera del Supremo, otra vez la Sala 1ª, de lo Civil, S 146/2018, 15 Mar. 2018 (Rec. 2093/2015))<sup>16</sup>.

Al respecto de la eliminación de restricciones en materia testamentaria de las personas con discapacidad sensorial, un avance legislativo importantísimo ha sido la Ley 6/2019, de 23 de octubre, de modificación del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones<sup>17</sup>. Será el Notario quien en cada caso valore la capacidad de comprensión del otorgante. El hecho de que éste tenga una discapacidad sensorial no se considerará circunstancia especial que requiera la intervención de testigos. Ni que no pueda intervenir en calidad de testigo en el acto de otorgamiento de testamento por otra persona. Además, en el otorgamiento de estos documentos notariales de naturaleza sucesoria, deberá poder utilizarse el braille, la lengua de signos, la lectura labial u otros medios lingüísticos o técnicos que permitan suplir la discapacidad. En la misma dirección, la Resolución de 22 de octubre de 2019, de la Secretaría de Estado de Justicia, en materia de mejora de las condiciones de las personas sordas en el ámbito de la Administración de Justicia<sup>18</sup>.

Adoptando estas medidas conseguiremos la igualdad de trato y de oportunidades en el ejercicio de sus derechos y deberes como ciudadanos. El objetivo será, pues, de que en el ámbito del derecho civil, conseguir que una persona con discapacidad sensorial sea tratada igual que cualquier otra persona que no tenga la capacidad modificada judicialmente. El Código Civil, en materia testamentaria, establece restricciones para las personas con discapacidad sensorial, que pueden calificarse de discriminatorias. Estaremos de acuerdo. La discapacidad sensorial afecta a los sentidos pero no puede en ningún caso restringir su autogobierno.

¿Qué entendemos por discapacidad sensorial? Pues, con independencia de que la misma sea temporal o permanente, afecta a las personas que sufren una disfunción o una discapacidad o un hándicap visual, auditivo o verbal que les limita sus facultades de comunicación expresiva y receptiva. Hasta ahí. Son personas que pueden manifestar su voluntad consciente y libre y tienen facultades de comprensión y discernimiento y pueden y deben tomar las decisiones más adecuadas en relación al ámbito personal o patrimonial.

Se impone, en definitiva, el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución (tutela) en la toma de decisiones (tutor) que afectan a las personas con discapacidad, por otro sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. Pasamos, en consecuencia, del que hemos denominado modelo biosanitario y rehabilitador, al actual prototipo de apoyo o asistencia a la persona con discapacidad en la toma de sus propias decisiones.

---

<sup>16</sup> Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán.

<sup>17</sup> D.O.G.C. de 28 de octubre de 2019. “BOE” núm. 264, de 2 noviembre 2019.

<sup>18</sup> “BOE” núm. 262, de 31 octubre 2019.

Lo cierto es que, a través de la normativa y jurisprudencia que he mencionado, se han realizado unos muy importantes avances legislativos principalmente respecto a la discapacidad física. Ahora bien, en lo relativo a la “discapacidad intelectual” y a la “discapacidad psíquica”, que son dos conceptos diferentes, sus avances y progresos son menores y más lentos. Y creo que el motivo o causa de ello es que los apoyos exigen ser mucho más intensos.

#### **IV.- ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD<sup>19</sup>**

Si la formación de un nuevo Gobierno, tras las elecciones generales de Noviembre/2019, sale adelante, es muy probable que la redacción de este Anteproyecto, más o menos retocado, pueda llegar a ver la luz del BOE. En la pasada legislatura, el Consejo de Ministros del 27 de septiembre de 2018, ya lo informó favorablemente. Y, puedo asegurar, que su aprobación supondrá un paso decisivo, y casi definitivo, en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD. España garantizará así el derecho de igualdad de trato y no discriminación para todos los ciudadanos y ciudadanas con discapacidad.

Será todo un hito en este trabajo de adaptación que venimos realizando de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, así como en la puesta al día de nuestro Derecho interno en un tema, como es el del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, que es objeto de atención por parte de todo tipo de instituciones tanto nacionales como internacionales (Naciones Unidas, UE, Parlamento Europeo, Consejo de Europa,...).

El número de nuestras leyes que se verán afectadas es considerable. Empezando por el Código Civil, siguiendo por la Ley de Enjuiciamiento Civil y pasando por Leyes tan referentes como la Ley Hipotecaria, Ley del Registro Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Nada más y nada menos.

Y, adelanto, toda esta nueva normativa de adecuación a la Convención va a suponer un cambio de mentalidad sobre la apreciación de la discapacidad en el mundo jurídico, y, especialmente, de aquellos profesionales del Derecho que prestarán sus funciones a requerimiento de las personas con discapacidad. No va a ser ésta una tarea fácil. La del cambio del chip. La del cambio de mentalidad. Tenemos excesivamente estandarizado que la declaración de incapacidad implica, como si de un automatismo se tratase, la limitación de todo tipo de facultades para regir la persona y bienes del declarado incapaz. Como ejemplo absolutamente cierto podemos reflejar el de la privación del derecho de sufragio de las personas declaradas incapaces. Era una especie de automatismo. Se declara la incapacidad y de forma directa e inmediata, tal si se tratase de una auténtica presunción legal, se privaba del derecho al sufragio de esa persona.

---

<sup>19</sup> <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto>

Por eso, el cambio de mentalidad sobre la apreciación de la discapacidad, en todos los operadores jurídicos (Magistrados, Letrados, Ministerio Fiscal, Forenses, Notarios y Registradores) va a resultar una cuestión verdaderamente trascendente.

El planteamiento del Anteproyecto es claro: El nuevo sistema se basa en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad. El principio que inspira la reforma es la preponderancia de la voluntad de la persona sobre la actual judicialización. Las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones.

En el Anteproyecto, lo que hoy conocemos como declaración de incapacidad o modificación judicial de la capacidad, desaparece. La nueva regulación que recoge el Título XI del Libro Primero del Código Civil se rubrica “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”. En la nueva regulación no cabe la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de APOYO a la persona que lo precise. Apoyo es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: Información, ayuda en la comprensión y razonamiento, ayuda técnica, acompañamiento, modificación de barreras arquitectónicas, etcétera (Art. 248-3º CC).

Es una protección integral de la persona. No solo, casi como hasta ahora nuestro Código Civil, preocuparse por los intereses patrimoniales de la persona en cuestión. No. Va bastante más allá. Ahora, de convertirse en una realidad este Anteproyecto, además de los asuntos de naturaleza patrimonial, también se atenderán los aspectos personales relativos a las vicisitudes de su vida ordinaria (desde la vivienda, a cuestiones de ocio pasando por la agenda diaria de comunicaciones, a trámites personales o burocráticos). El día a día, en una palabra.

Las medidas de apoyo se inspiran en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad. Son todos ellos aspectos que, como vimos, recoge el artículo 10 CE.

Estas medidas de apoyo pueden ser de dos tipos: Las establecidas por la propia persona (son los poderes y mandatos preventivos), y las establecidas por la autoridad judicial (guardador de hecho, la curatela y el nombramiento de defensor judicial).

Entre estos dos tipos de medidas de apoyo el legislador manifiesta una preferencia inequívoca por las primeras, por ser las que más respetan la voluntad y la dignidad de las personas con discapacidad. Y lo dice con claridad, sin ambages, sin dudas: “Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate” (Art. 248-2º CC). Asimismo, el párrf. 2º del artículo 251, señala que “Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad

judicial adoptar otras supletorias o complementarias”. Está clara, pues, la apuesta del legislador por respetar por encima de todo la voluntad de la persona con discapacidad.

Los poderes preventivos o continuados son aquellos en los que el poderdante prevé que, en el caso de sobrevenirle una situación de discapacidad psíquica, su apoderado pueda actuar o seguir actuando por él. Su actual regulación está en los artículos 1732 y 223 CC, y fue introducido por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad<sup>20</sup>.

La aceptación de esta figura jurídica en nuestra sociedad ha sido extraordinaria. Si vemos las cifras y estadísticas que facilita el Consejo General del Notariado<sup>21</sup>, contrastamos que el número de otorgamientos no ha dejado de crecer. A ello podemos añadir los poderes generales a los que, generalmente, y si son entre familiares, se les adjunta la cláusula de subsistencia para el caso de discapacidad.

Con todo, nos podemos hacer una idea sobre el enorme grado de aceptación social de los mismos y de la importancia en la práctica de estos poderes. Es lógico, por otra parte. La mayor longevidad. La mayor esperanza de vida en los países occidentales en general, y en nuestro país en particular, hacen necesario buscar instrumentos que nos faciliten la vida. Desde sanitarios, pasando por los financieros, y los de ocio, claro. También, por supuesto, jurídicos. Y ellos son los que intentamos explicar.

Esta herramienta jurídica del apoderamiento es magnífica. Frente al áspero, difícil y hasta farragoso procedimiento judicial de declaración de incapacidad, una simple comparecencia ante un Notario resuelve el problema de enfermedades degenerativas (alzheimer) o de la aparición de la discapacidad.

Así mismo, la citada Ley 41/2003 dio nueva redacción al artículo 223 CC y permitió que cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, puede acudir a un Notario para, en documento público notarial, adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

En el Anteproyecto, para confirmar la importancia que el legislador quiere conceder a los poderes y mandatos preventivos, le dedica no dos preceptos como la actual regulación, los hemos visto, los artículos 223 y 1732 CC, no, le llega a dedicar los dos primeros Capítulos del Título XI, en concreto del artículo 248 al 260, ambos inclusive. Esto es, trece preceptos en donde pormenoriza las distintas situaciones de apoyo, el dónde se otorga, el cómo se otorga, la posibilidad de otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador (“autocuratela”).

Muy importante. La escritura pública de medidas de apoyo relativas a la persona o bienes estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance

---

<sup>20</sup> “BOE” núm. 277, de 19/11/2003.

<sup>21</sup> Consejo General del Notariado. Centro de Información Estadística del Notariado. [www.notariado.org](http://www.notariado.org)



de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo, se remitirá por el propio Notario y “sin dilación”, dice, al Registro Civil, para su constancia en el registro individual del otorgante. Sin ambages, la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto refleja que “El Registro Civil se convierte en la pieza central de la materia”.

Señalo muy importante porque será en el órgano registral donde quedará constancia de todos y cada uno de los poderes otorgados, de forma y manera que, si queremos saber si una persona ha solicitado o no medidas de apoyo, será necesario acudir al Registro Civil y con una simple certificación registral podremos contrastar este dato. Lógicamente, esa información no estará disponible para “cualquiera” que se le ocurra pedir esos datos. Será necesario contrastar el oportuno interés legítimo para acceder a los mismos.

Coordina este proceder con la previsión de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil<sup>22</sup>, de que cada persona tendrá su registro individual en el que constarán los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás circunstancias (Art. 5 Ley 20/2011). Ley del Registro Civil que, si no hay una sexta prórroga de *vacatio legis*, entrará en vigor el 30 de junio de 2020. Han leído bien, llevamos cinco prórrogas desde su publicación en julio de 2011.

Cuando he reflejado el cambio de mentalidad en esta nueva regulación de las medidas de apoyo que debemos tener los distintos operadores jurídicos, es precisamente en los Notarios en donde recae esta nueva e importantísima función de asesorar y dar a cada uno de los poderes y mandatos preventivos que se otorguen esa dimensión del “traje a medida” que hemos hablado con anterioridad. Ya son un referente en esta materia, pero con el Anteproyecto, entiendo, su actuación y, sobre todo, el asesoramiento que desarrollen, va a ser decisivo.

Las medidas de apoyo de origen judicial serán tres: la guarda de hecho, la curatela y la figura del defensor judicial.

Es muy importante, en este punto, dejar constancia al respecto de que el procedimiento de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean éstos personales, patrimoniales o políticos. Es muy importante que este aspecto quede claro.

Desaparecen del ámbito de la discapacidad, no solo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. El artículo 199 CC dice que solo quedan sujetos a tutela, con su tradicional connotación representativa, los menores no emancipados en situación de desamparo y los menores no emancipados no sujetos a patria potestad. Para que veamos el cambio excepcional respecto a lo que conocemos en la actualidad, el propio Título IX del Libro Primero pasa a referirse “De la tutela y de la guarda de los

---

<sup>22</sup> “BOE” núm. 175, de 22/07/2011.

menores”. La tutela queda reservada para los menores que no estén protegidos a través de la patria potestad.

Me parece muy interesante la reflexión que realiza el legislador en relación a cuestionar si los progenitores son las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre el mayor grado de independencia y autonomía posible. O si los progenitores, por una simple razón biológica, se hacen mayores, envejecen, merman sus facultades físicas y psíquicas, y esa patria potestad rehabilitada o prorrogada puede incluso convertirse en una carga demasiado gravosa. La solución del Anteproyecto es que al menor de edad con discapacidad, llegada su mayoría de edad, se le prestarán las medidas de apoyo que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier otro adulto que los requiera.

Personalmente, me parece acertada la eliminación de unas figuras demasiado rígidas como la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. Está claro que no encajan en el sistema de protección de las personas con discapacidad que el Anteproyecto propone.

La **guarda de hecho** significa que existe una persona que vela y protege a un menor o a una persona con discapacidad sin haber sido nombrado al efecto. Ejerce, por así decirlo, una función tutelar sin la previa formalización típica de la tutela, curatela o defensor judicial.

No se nos puede escapar el hecho evidente que reforzar la guarda de hecho, como hace el Anteproyecto, es consecuencia de que las personas con discapacidad están adecuada y dignamente atendidas por un familiar/guardador de hecho que no precisa de una investidura judicial formal. Ya vemos que, como cuando he realizado la digresión sobre la familia, volvemos al entorno más próximo de la persona con discapacidad, volvemos a reconocer el sacrificio, esfuerzo y dedicación que su atención les supone, y volvemos, en definitiva, a reconocer que en nuestra sociedad la familia es el grupo básico de solidaridad y apoyo entre los integrantes más vulnerables de la misma.

La guarda de hecho se regula en los artículos 261 y ss CC. No precisa de una investidura judicial formal. Solo en los casos en que el guardador necesite acreditar la representación solicitará una autorización judicial ad hoc. Pero será una autorización para ese supuesto y previo examen de las circunstancias se concederá o no. En ningún caso se abre un procedimiento judicial general de provisión de apoyos. La persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria (Arts. 27 y ss Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria<sup>23</sup>).

Hay supuestos en que resulta preceptivo solicitar esta autorización judicial: prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado (Art. 261 CC).

---

<sup>23</sup> “BOE” núm. 158, de 03 julio 2015.

La principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad es, sin duda, **la curatela**. Yo creo que el legislador acierta cuando plantea interpretar lo que en la actualidad es la tutela y su naturaleza representativa, por el futuro con la curatela y su naturaleza asistencial.

La finalidad de la institución de la curatela es la que conocemos como: asistencia, ayuda, apoyo. El propio significado de la palabra “curatela-cuidado”, revela su finalidad asistencial. Solo en casos muy, muy excepcionales y especialmente graves de discapacidad, se le atribuirán al curador funciones representativas.

Se regula en los artículos 266 y ss CC y, como bien dice el legislador, la curatela se constituirá judicialmente cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad.

Lo que el Anteproyecto plantea en todo momento es que no quiere que las medidas de apoyo que se adopten se puedan convertir en la representación de la persona. Salvo los casos excepcionales en los que resulte necesario por las circunstancias de la persona con discapacidad. De ahí que exija que las medidas de apoyo adoptadas sean proporcionadas a las necesidades de la persona que las necesite, respete la autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atienda en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

Lo mismo que la regulación actual del Código Civil plantea para la tutela, artículo 223, también por escritura pública se puede proponer el nombramiento o la exclusión para ejercer como curador. Es la denominada “autocuratela” (Art. 269-1º CC). Se puede, asimismo, establecer el funcionamiento y contenido de la curatela, el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, medidas de vigilancia y control, etcétera.

¿Estamos sustituyendo la figura del tutor por la del curador? Pues el Anteproyecto intenta marcar bien las diferencias entre representación y asistencia. Obliga al curador a mantener contacto personal con la persona necesitada de apoyo. Le debe asistir en el ejercicio de su capacidad jurídica. Debe respetar su voluntad, deseos y preferencias. Debe facilitar que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de toma de decisiones. Fomentar sus aptitudes. Incluso, si tiene facultades representativas, debe conocer y tener en cuenta la trayectoria vital, sus valores y creencias de la persona a la que presta apoyo y tratar de determinar la decisión que hubiera tomado su asistido en caso de no requerir representación (Art. 280-5º CC).

Vemos, en consecuencia, que si, que quiere marcar distancias y diferenciar que estamos en otro tiempo, en otro modelo.

En el nuevo texto se recoge también la figura del **defensor judicial**. Se nombrará defensor judicial de las personas con discapacidad para cierto tipo de situaciones. Así, cuando ocasionalmente necesite apoyo que no esté garantizado por otra medida voluntaria o fáctica, o cuando quien deba ejercer el apoyo no pueda realizarlo, o cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.

## V.- CONCLUSIONES

Después de todo lo que hemos expuesto queda claro que nos encontramos ante un cambio de sistema. En la apreciación de la discapacidad, a los operadores jurídicos nos va a obligar a readaptarnos. Hay que reconocer, porque ello es una evidencia, que tenemos verdaderamente interiorizado aquello de que en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad predomine la sustitución. Y esto es así. Que de la noche a la mañana pasemos a entender que lo que prima es y debe ser el respeto a la voluntad y las preferencias de estas personas, pues, como digo, no va a resultar una tarea sencilla.

Me quedo con lo positivo de que hemos sentado las bases para ello. La reforma del ordenamiento jurídico español consecuencia de la ratificación por España del Convenio es la que sienta las bases del nuevo modelo, de la nueva concepción de la discapacidad.

Y el nuevo ordenamiento nos suprime la declaración de incapacidad. Y promueve la protección integral de la persona con discapacidad, no solo los intereses patrimoniales. Y, en definitiva, permitir a estas personas un desarrollo completo de su persona mediante el nuevo sistema de medidas de apoyo a la persona que lo precise.

Ya he comentado que todo va a depender de si la clase política llega o no a ponerse de acuerdo en formación de un nuevo Gobierno. Si es así, con este Anteproyecto, o lo que el mismo concreta, se van a sentar unas muy importantes bases para garantizar este derecho a la igualdad de trato de todos los ciudadanos. Todo un hito. También, y somos conscientes, la progresión de la discapacidad psíquica y de la discapacidad intelectual es mucho más compleja y lenta que lo ya conseguido para la discapacidad física. Empero, en cualquier caso, es necesario persistir y ser constantes en estas tareas de apoyo para estas personas que redundarán en el respeto a su dignidad. Este opúsculo intenta contribuir a ello. Nunca cejar.

# LAS RELACIONES LABORALES DENTRO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA. BREVE ALUSIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

## LABOR RELATIONS WITHIN THE COLLABORATIVE ECONOMY. SHORT ALLUSION TO SOCIAL SECURITY

Raluca Lavinia Blajan  
*Abogada*  
*Investigadora*  
*Universidad de Sevilla*

Fecha de recepción: 15 de octubre de 2019  
Fecha de aceptación: 25 de noviembre de 2019

**RESUMEN:** La economía colaborativa es un fenómeno que ha surgido hace una década y avanza a pasos gigantescos. A pesar de tener origen en un determinado sector – mayoritariamente alojamiento -, está abarcando otros sectores – tales como transporte, financiación o servicios -. La calificación laboral de sus intervinientes debería ser una prioridad para dotar de seguridad jurídica las relaciones laborales. Además, de ello depende un adecuado encuadramiento en el sistema de seguridad social evitando, tanto el fraude social como el fiscal. Para dar solución al problema de la cotización, eludiendo así la economía informal, surgen determinadas alternativas entre las cuales están el denominado el sistema “voucher-based work” o las monedas accesorias.

**ABSTRACT:** The collaborative economy is a phenomenon which has emerged a decade ago and advance in gigantic steps. Despite having origins in a certain sector – for the most part accommodation- it is covering other sectors – such as transport, financing or services-. The qualification of it is interveners should be a priority in order to provide legal security for labor relations. In addition, it depends on an adequate framework in the health care system avoiding social and fiscal fraud. To solve the problem of contribution, thus avoiding the black economy, certain alternatives arise, among which are the so-called “voucher- based work” system or accessory coins.

**PALABRAS CLAVE:** Economía colaborativa; calificación trabajadores; seguridad social; sistemas bonos.

**KEYWORDS:** Collaborative economy; qualification of the worker; healthy care; voucher-based work.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: UNA NUEVA FORMA DE COLABORACIÓN. - 2. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ECONOMÍA COLABORATIVA? 2.1. SUJETOS INTERVINIENTES EN LA ECONOMÍA COLABORATIVA. 2.1.1. LOS PRESTADORES DE SERVICIOS. CALIFICACIÓN JURÍDICA TRADICIONAL DE LA PRESTACIÓN LABORAL. 2.1.2. TRANSFORMACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DENTRO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA. 2.1.3. LOS USUARIOS. 2.1.4 LAS PLATAFORMAS. - 3. IMPACTO, EXTENSIÓN Y PROBLEMAS DEL FENÓMENO COLABORATIVO. 3.1. IMPACTO. 3.2. EXTENSIÓN. 3.3. PROBLEMAS: EMPLEOS PRECARIOS Y DESPROTECCIÓN SOCIAL. - 4. LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y LA SEGURIDAD SOCIAL. 4.1. CONSIDERAR LA RELACIÓN POR CUENTA AJENA. 4.2. CONSIDERAR LA RELACIÓN POR CUENTA PROPIA. 4.3. EL PROBLEMA DE LA FALTA DE CALIFICACIÓN Y LA ECONOMÍA INFORMAL. 5. ALTERNATIVAS AL SISTEMA DE COTIZACIÓN TRADICIONAL. 5.1. LAS COOPERATIVAS DE FACTURACIÓN. 5.2. EL SISTEMA POR BONOS O VOUCHER-BASED WORK. 6. ALGUNAS CONCLUSIONES PARA DEBATE.

## 1. INTRODUCCIÓN: UNA NUEVA FORMA DE COLABORACIÓN.

Una nota característica que comparten todas las sociedades existentes es que las personas necesitan trabajar, en tanto en cuanto, dependen de ello para desarrollarse dentro de la comunidad – basada en una economía capitalista -.

El mercado de trabajo es un complejo cambiante que ha de ser estudiando, aportando respuestas a los problemas que vayan generándose a lo largo de su madurez.

El fenómeno que se analiza ha irrumpido en la esfera laboral y ha revolucionado sus elementos. Rompe con los estándares fijados introduciendo nuevos componentes de difícil catalogación.

No tiene una denominación unívoca, todo lo contrario, su matización y encuadramiento ha sido objeto de estudio por parte de diferentes disciplinas. Por tanto, la finalidad es intentar llegar a la aproximación conceptual de lo que se entiende por economía colaborativa. Un análisis pormenorizado de su continente y su contenido.

Una de las aristas más importantes es saber la composición de este nuevo fenómeno tan revolucionario. Los sujetos intervinientes son dispares entre sí y, en general, con los existentes hasta el momento. Se observan tres actores diferentes: los trabajadores, los usuarios y las plataformas. A su misma vez, los tres se subdividen en diferentes clases, que no por ello, de fácil catalogación.

En lo que respecta a los trabajadores, habrá que examinar si coinciden o se han flexibilizado sus características con las notas establecidas para la calificación laboral tradicional; dependencia, ajenidad, voluntariedad, remuneración, etc.

Los usuarios adquieren un poder, inimaginable, sobre las relaciones laborales. Una valoración negativa otorgada por parte de estos a un determinado trabajador puede desembocar en el cese por parte del último de la actividad que estaba desarrollando en una determinada plataforma.



Por último, y no por ello menos importante, las plataformas mediante las cuales se desarrollan las interrelaciones entre usuarios y trabajadores son abundantes y desarrollan distintas funciones pudiendo ser intermediaria o de servicio subyacente.

El impacto que causa la economía colaborativa, dado que no queda circunscrito a un sector determinado, provoca el nacimiento de copiosas plataformas encargadas de administrar diferentes ámbitos con innumerables transformaciones.

Existen sectores que se desarrollan de forma más rápida y otros, por el contrario, progresan de forma más ralentizada, pero, en ningún momento, han visto frenada su trayectoria.

Pero ninguna innovación está exenta de problemas y, menos aún, la economía colaborativa. Uno de los enigmas más preocupantes es la catalogación y calificación de las relaciones laborales que se desarrollan en su seno. Como consecuencia de su falta de regulación es palpable la precariedad de estas y la desprotección social en la que pueden verse inmersos los prestadores de servicios.

Es innegable que, en gran media, dicha desprotección es provocada por el difícil encuadre de estos nuevos prestadores de servicio en el sistema actual de Seguridad Social. Se trata de un sistema basado en la profesionalización: dependiendo de la calificación de la relación laboral, se estará en un régimen u otro. Por ende, se trata de un paradigma de difícil solución: al no calificar la relación laboral, no se estará en ningún sistema y, como consecuencia, se estará ante una inseguridad jurídica.

La calificación inadecuada de los prestadores de servicio no lo repercute en el encuadre del sistema de seguridad social, siendo otro fruto de la no regularización la aparición de la economía informal.

Para dar solución a los problemas planteados ha habido muchas propuestas para calificar a estos prestadores de servicios, en gran medida, amoldándose a los regímenes existentes. Aunque también existen otras respuestas que rompen de forma brusca con la amoldación y proponen nuevas: las cooperativas de facturación o el sistema voucher-based work.

En suma, se trata de estudiar distintas aristas, todas ellas necesarias, para poder decantarse por una propuesta que pueda solventar las cuestiones planteadas.

## **2. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ECONOMÍA COLABORATIVA?**

Como punto de partida es necesario llevar a cabo una aproximación conceptual del tema objeto. Según el diccionario de la Real Academia Española la economía es “la ciencia que estudia los métodos más eficaces para satisfacer las necesidades humanas materiales”. Con más precisión, se

trata de una ciencia que analiza las relaciones humanas en lo que se refiere a la producción, intercambio y consumo de servicios<sup>1</sup>.

Dicha disciplina no es lineal y se ve alterada en cada momento histórico. Además, su fluctuación e inestabilidad tienen un efecto directo en las relaciones humanas. Por ello, en los últimos años, la posesión del bien se ha situado en la cúspide de la montaña, dejando en las faldas de la misma la adquisición de la propiedad. Como consecuencia de este cambio de paradigma, términos como “colaborar”, “compartir” o “intercambiar” están en pleno auge.

Es innegable que siempre las personas han colaborado, compartido o intercambiado, pero en ningún momento precedente los individuos han disfrutado conjuntamente, ya sea al mismo tiempo o en distinto, de la manera en la que se hace en la era que nos ocupa.

En conjunto, economía colaborativa, es un término que, de forma escueta, se podría definir como sistemas de nueva producción y consumo, tanto de bienes como de servicios, surgidos a comienzos de este siglo. Un elemento imprescindible y que hay que añadir es que se desarrolla a través de internet, por ende, es consecuencia, también, de la revolución tecnológica que irrumpió hace dos décadas en el mundo contemporáneo.

Hay quien asemeja la economía colaborativa a la economía social<sup>2</sup>, afirmando que tienen características comunes: democracia y participación. Los rasgos definitorios de este tipo de economías serían: el desarrollo en el entorno digital; no siempre prima el lucro rigiendo los principios de cooperación y solidaridad; se desarrolla tanto nacional como internacionalmente; abarca distintas disciplinas y sobresale el acceso al bien, no únicamente la prestación de servicio *on demand*, esto es, donde el bien que se comparte es la capacidad de trabajo.

Pero este término no ha sido el único, a lo largo de los años este nuevo fenómeno ha recibido diversas denominaciones, cohabitando todas ellas. Se partió del concepto “consumo colaborativo” pero no se adecuaba de manera fiel a lo que realmente se quería definir. Así, fueron irrumpiendo otros como *economía entre pares* o *mesh*. Pero las más extendidas son *gig economy*, *access economy* o *sharing economy*.

Según la Comisión Europea - en el informe de “una agenda para la economía colaborativa”- no se trata meramente de una economía que se desarrolla a través de internet y tampoco se puede definir en términos únicamente colaborativos. Por eso, se opta por entender el término economía colaborativa como aquellos modelos de negocio que se manifiestan principalmente, pero no únicamente, a través de las plataformas digitales, creando un nuevo mercado – por el momento abierto –, con la finalidad de utilizar de forma temporal bienes y servicios ofrecidos, en un primer momento, por particulares.

<sup>1</sup> R. ALFONSO SÁNCHEZ Y J. VALERO TORRIJOS, *Retos Jurídicos de la economía colaborativa*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2016.

<sup>2</sup> H. ÁLVAREZ CUESTA, *El futuro del trabajo vs. El trabajo del futuro. Implicaciones laborales de la industria 4.0.*, Editorial Colex, Galicia, 2017.

Sin lugar a duda, se trata de un concepto polisémico, de difícil definición, dado que se puede abarcar de distintas ópticas.

### 2.1. Sujetos intervinientes en la economía colaborativa.

En esta nueva disciplina son borrosas las líneas establecidas entre los distintos intervinientes, tales como: el consumidor y el proveedor, los empleados y trabajadores por cuenta propia, o la prestación profesional y no profesional de los servicios<sup>3</sup>.

Grosso modo, se establecen tres tipos de agentes intervinientes:

- Prestadores de servicios. Se encuadran en este apartado todos aquellos que comparten recursos, competencias y tiempo. No se trata de un conjunto único, todo lo contrario. Se pueden subdividir en particulares y profesionales. Además, la forma de prestar los servicios puede ser habitual u ocasional.
- Los usuarios de tales servicios. Serán aquellos individuos que interactúan a través de las plataformas con el fin de satisfacer una necesidad concreta.
- Los intermediarios. Entendiéndose en dicho sentido las “plataformas colaborativas”, puesto que, ponen en contacto a los prestadores de servicios con los usuarios. La peculiaridad reside en la actividad que desarrollan estas plataformas. Podrán actuar como meras intermediarias o prestando un verdadero servicio subyacente.

#### 2.1.1. Los prestadores de servicios. Calificación jurídica tradicional de la prestación laboral.

A pesar de formar parte del mismo grupo, los prestadores de servicios profesionales se distinguen de forma sustancial de aquellos que son prestadores particulares. Los primeros son responsables de la prestación del servicio y de disponer del título que se requiere para el desarrollo de la actividad.

Las notas características del proveedor profesional, según la Asociación Española de Economía Digital es que, se trata de un tipo de usuario que lleva a cabo una actividad – o varias -, presta uno servicio – o varios- con ánimo de lucro y de forma habitual a través de la plataforma digital.

En contraposición, el particular es una de las figuras novedosas que recoge la economía colaborativa. Ciertamente es que, siempre un individuo ha podido ceder bienes o servicios, por la singularidad, en la actualidad, reside en que se hace a través de las plataformas digitales.

---

<sup>3</sup> A.F. MUÑOZ PÉREZ “Economía colaborativa y consumidores”, en J. MONTERO PASCUAL (ed.), *La Regulación de la economía colaborativa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 195 a 233.

Entre el proveedor particular y el profesional, surge lo que se denomina como “prosumidor”<sup>4</sup>. Se trata de un individuo que interactúa a través de las plataformas virtuales, y a su vez, produce y consume bienes y servicios.

Las líneas divisorias entre estas tres formas son poco nítidas y cada vez más borrosa. El Parlamento Europeo instó – tal y como viene recogido en la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017- a los Estados Miembros a esclarecer dichas líneas para poder aplicarles un régimen jurídico concreto. Establecer unas reglas para la conversión de un particular en un profesional. Aunque ya hay quien señala que cuando existe remuneración y el objetivo no es compensar los gastos, el individuo es profesional extinguiéndose posibilidad alguna de ser particular.

En función de todo ello, el verdadero reto reside en determinar la relación jurídica de estos trabajadores entre sí, con los usuarios y, sobre todo, con las plataformas digitales. Además, el dilema se planeta a la hora de determinar si pueden cohabitar las relaciones laborales asentadas hace centenares de años con el nuevo modelo económico colaborativo.

Los trabajadores, se pueden calificar según trabajen por cuenta ajena, por cuenta propia o con una relación especial;

Los primeros, según el Estatuto de los Trabajadores serán todos aquellos trabajadores asalariados que “voluntariamente preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Por tanto, las notas características que se desprenden de este tipo de relación laboral serían: ajenidad, subordinación y dependencia jurídica, voluntariedad y onerosidad.

En lo que respecta a los trabajadores por cuenta propia, según el Estatuto del Trabajador Autónomo, serán aquellos que “realicen de forma habitual, personal, directa por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo”.

Especial mención merece la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente – TRADE-. Realizan una actividad económica según las notas escritas anteriormente, la diferencia reside en que presentan una dependencia económica respecto a un único empleador “por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo de actividades económicas o profesionales”.

Por último, los trabajadores con relación laboral de carácter especial son aquellos que viene recogidos específicamente en el Estatuto de los Trabajadores. Las relaciones están desarrolladas por una serie de normativa que se aplica con carácter preferente y, supletoriamente, se acude al Estatuto.

---

<sup>4</sup> J. MONTERO PASCUAL, *La regulación de la economía colaborativa Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

### 2.1.2. Transformación de la relación laboral dentro de la economía colaborativa.

Las relaciones laborales comprendidas hasta el momento son llevadas a su límite dentro de la economía colaborativa. De hecho, en la mayoría de los casos, tal y como se ha hecho referencia, no conjugan en ningún tiempo la relación laboral tradicional con las nuevas surgidas dentro de la disciplina colaborativa.

Únicamente se podrá aplicar un marco sindical, social o fiscal existente si se califica la relación laboral. En consecuencia, determinar si las recientes relaciones laborales se enmarcan en el régimen tradicional tendrá como resultado la aplicación en bloque de una determinada normativa laboral<sup>5</sup>.

La tarea de calificar a los nuevos perfiles de prestadores de servicios es ardua, en gran medida porque no se trata de un grupo unívoco. Aunque en algunas situaciones resulte fácil apreciar que se está ante un contrato de trabajo encubierto otras, se puede dar el caso de que las partes involucradas actúen sometidas a determinadas condiciones que hacen difícil apreciar los vicios en la relación laboral<sup>6</sup>.

Por parte de la Unión Europea – en el informe de “una agenda para la economía colaborativa”- se apuntaba que los trabajadores dentro de este modelo están “a medio camino entre el trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena”. Se planteaba, incluso, la posibilidad de crear otra fórmula de clasificación que no sea la tradicional, pues, intentar encuadrarlos dentro de lo común podría desembocar en la creación de empleos precarios.

La jurisprudencia y parte de la doctrina han optado por datos indiciarios para negar o afirmar la existencia de relación laboral y, posteriormente, para la calificación de la misma.

En caso de superar el primer peldaño, esto es, afirmar la existencia de relación laboral, quedarían dos premisas básicas: dentro de que cupo entrarían estos nuevos trabajadores o, por el contrario, si supone la creación de un nuevo grupo.

Llegados a este momento cabe plantearse tres cuestiones fundamentales para la existencia de relación laboral y la consecuente calificación; ¿Se dan los requisitos del Estatuto de los Trabajadores? ¿Es más adecuada la figura autónoma? ¿Es posible el encuadre dentro de una relación de carácter especial?

En lo que respecta a la primera cuestión, según el artículo 1.1. del estatuto de los Trabajadores serán laborales todas aquellas actividades humanas que se presten de forma voluntaria, personal, retribuida, dependiente y por cuenta ajena. Los cinco elementos han de cohabitar para que se dé una verdadera relación, pero el foco se ha de centrar en las notas de control, ajenidad y dependencia que ejerce el empresario sobre el empleado.

---

<sup>5</sup> S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas”, *Temas laborales*, núm. 138, pp. 85-123.

<sup>6</sup> A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 2017.

En lo que respecta a las notas de ajenidad y dependencia hay que destacar que, a través de las plataformas, aparecen de forma distorsionada, se manifiestan de forma diferente, pero están presentes<sup>7</sup>.

De la misma forma, las notas de dirección y control aparecen de forma más flexible, pero, no es motivo de negación de la existencia de las mismas. Que el prestador de servicio pueda decidir formalmente el número de horas que quiera trabajar, la libertad de determinar la franja horaria, el día, la semana o el mes o la capacidad de aceptar o rechazar un encargo, no pueden ser motivos para afirmar la inexistencia de dirección o control de las plataformas.

Por ejemplo, en el supuesto de la plataforma UBER se dan las notas señaladas *ut supra*. Los trabajadores deciden las horas en las que quieren trabajar, pero, este hecho no excluye que exista una verdadera dirección y control por parte de la plataforma. La vinculación también se deduce por los siguientes motivos (Conferencia Nacional OIT “el futuro que queremos”):

- Los conductores han de superar un proceso de selección: alguien decide si su perfil es el correcto o no.
- Se establecen instrucciones concretas e indicaciones sobre la forma de prestación de los servicios como: la forma de vestir, la manera de comportarse o como desarrollar la actividad.

Estas recomendaciones han sido entendidas como instrucciones empresariales. El poder empresarial también se aprecia a la hora de establecer el precio o las estrategias comerciales y empresariales.

Del mismo modo, se aprecia relación laboral basada en indicios en el caso de los *riders* de DELIVEROO. La inspección de trabajo de Valencia determina que estos prestadores de servicios están subordinados a la empresa pues la misma ejerce un control claro y unas directrices concretas a la hora de llevar a cabo la actividad.

El caso contrario se presenta con la plataforma TAKE EAT EASY pues la jurisprudencia - como por ejemplo la Sentencia de la Corte de apelación de París, 20 de abril de 2017- entiende la inexistencia de subordinación y dependencia económica por parte del trabajador. La fundamentación reside en las siguientes premisas:

- No existe imposición o repercusión algún por parte del empresario cuando el trabajador elige los días y las franjas horarias en las que desea trabajar.
- Existe una libertad de dejar de realizar las actividades vinculadas a la plataforma con un preaviso de 48 horas.
- El material con el que se desarrolla la actividad es propiedad del trabajador.
- La formación ofertada por la empresa son meras directrices, sin relevancia alguna.
- La guía que imparte la plataforma son instrucciones en materia de seguridad e higiene.

---

<sup>7</sup> S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas”, *cit.*, nota 6.



- El contrato telefónico y los congresos organizados por la plataforma son potestativos.

La segunda cuestión, la figura autónoma, en contraposición a la primera, se estudia la autonomía, coordinación y participación. Existen autores - el profesor J. MERCADER UGUINA, entre otros- que afirman que la posible solución del problema clasificatorio sería la modalidad del TRADE, pues “se sitúa en la frontera entre el trabajo autónomo y el dependiente”.

El problema reside en que, los prestadores de servicios de la economía colaborativa no tienen un cliente mayoritario como exige la figura del TRADE -75% del negocio-. Otra cuestión distinta sería amoldar esta figura para regular las relaciones generadas en el seno del modelo colaborativo.

Cabe traer a colación la figura del falso autónomo, pues, hay quien considera que, es la relación laboral que más se produce dentro de este nuevo modelo. Recientemente el Tribunal Supremo - Sentencia núm. 4552/2017 de 16 de noviembre. (MP:D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga)- ha ampliado la doctrina en lo que respecta a la figura del falso autónomo. Esta nueva interpretación tiene como objeto “la ampliación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo a toda prestación personal de servicios”.

Por último, la relación laboral de carácter especial, según la doctrina laboralista lo ideal sería crear una nueva relación que incluya las siguientes notas<sup>8</sup>: autonomía, libertad de horarios y jornada, libertad para trabajar en varias plataformas, responsabilidad por daños de los trabajadores, salario mínimo por el tiempo que prestan los servicios, compensación de gastos y aplicación subsidiaria del estatuto de los trabajadores.

Por todo lo desarrollado, es más que claro y evidente la necesidad de clasificación y la inexistencia de unanimidad en cuanto a la forma de tratar a estos trabajadores. Es indudable la existencia de relación laboral y, en concreto, de las notas que caracterizan a la relación laboral a medio camino entre cuenta ajena y cuenta propia.

### 2.1.3. Los usuarios

Se entenderá por usuario toda persona física o jurídica que se registra en una plataforma y que interactúa con prestadores de servicios – ya sean particulares o profesionales-.

Se generar unos principios propios de la economía colaborativas lo que motiva a su incremento; “confianza digital”, “motivación de los usuarios” y “conocimiento de las plataformas”<sup>9</sup>.

El marco jurídico de los consumidores y usuarios se activará cuando un “comerciante” interactúe con un “consumidor” – informe “una agenda para

---

<sup>8</sup> A. TODOLÍ SIGNES, “El impacto de la *Uber Economy* en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo, *Ius laboral*, núm. 3, pp. 1-25.

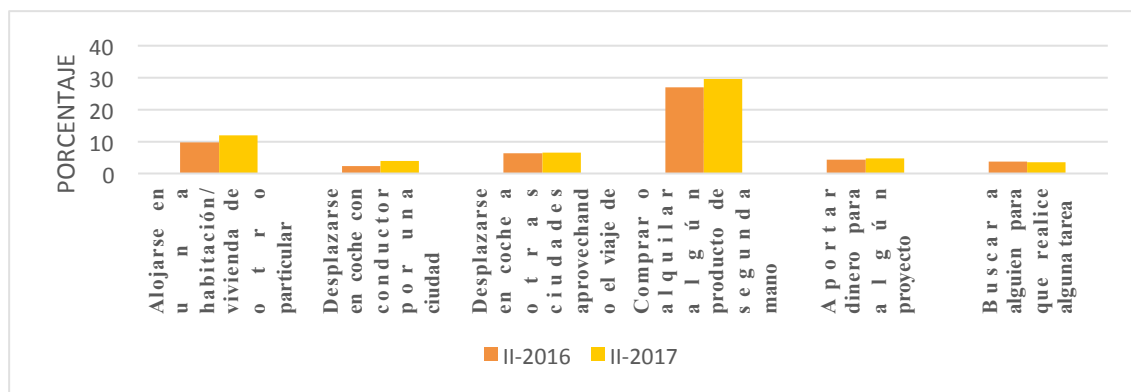
<sup>9</sup> D. PATIÑO RODRÍGUEZ, R. GÓMEZ ÁLVAREZ Y J. PLAZA ÁNGULO, “Característica económica y cuantificación de la economía colaborativa”, en VV. AA, *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 51-133.

la economía colaborativa”. Se considera a este último como una parte débil dentro del desarrollo de la actividad y, por dicho motivo, necesita de una especial protección.

En España, según datos de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia tal y como viene especificado en el informe de año 2017- , 3 de cada 10 españoles utilizan las plataformas de la economía colaborativa para adquirir productos o servicios.

**Gráfico 1.**

Individuos que usan plataformas de economía colaborativa al menos una vez al año.

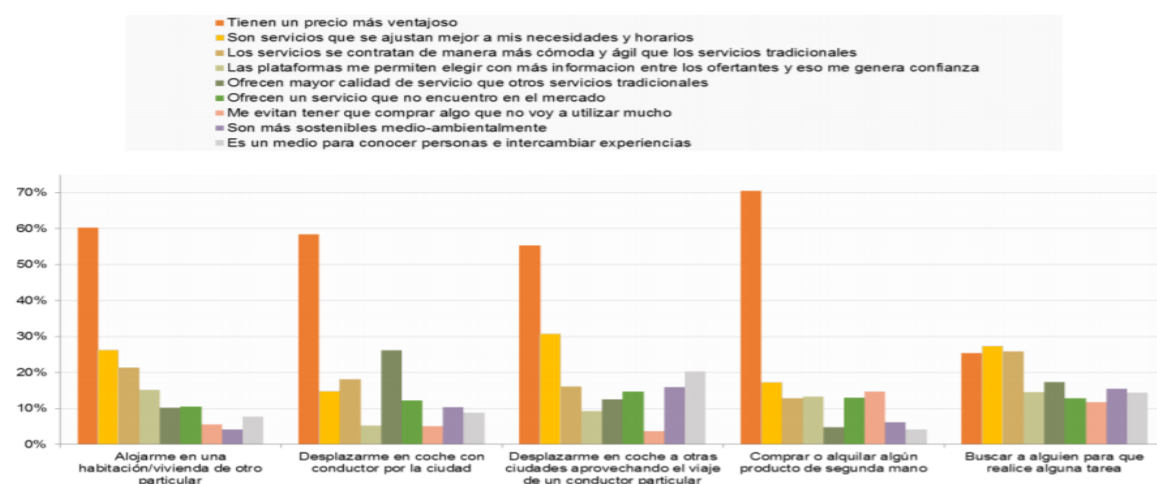


**Fuente:** elaboración propia a partir de datos de CNMC.

El 30% utilizaban dichas plataformas para la venta o alquiler de productos de segunda mano. El 12% de ellos emplean para alojarse en la vivienda de un particular y el 6,5 % son aquellas plataformas que ponen en contacto para desplazarse en coche a otras ciudades aprovechando el viaje de un conductor particular. La demanda de servicios profesionales se situaba en un 3,5% y los desplazamientos en coche con conductor en el interior de las ciudades un 4%.

**Gráfico 2.**

Motivos por que usan las plataformas.

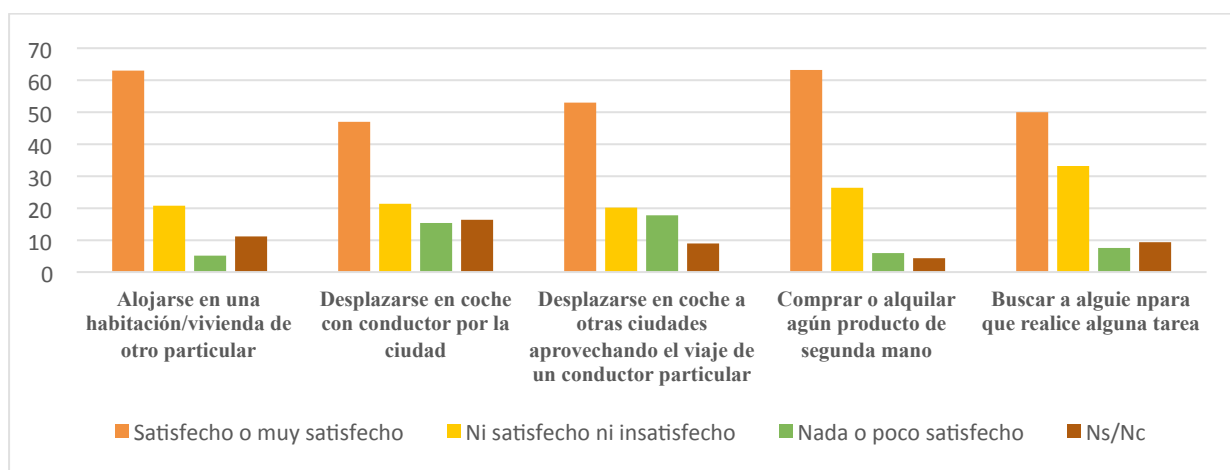


**Fuente:** CNMC.

En este caso se observa en el gráfico que la mayoría de las actividades, los usuarios las realizan a través de las plataformas digitales pues supone un ahorro – este motivo, dependiendo de la plataforma, se coloca entre un 25% y un 70% de los usuarios. Además, entre el 15% y 27% de usuarios consideran que estas plataformas se ajustan mejor a sus necesidades y horarios. Cabe destacar la variable de que las plataformas son utilizadas por los usuarios pues proporcionan unos servicios que no se encuentra en el mercado – entre un 10% y un 26%-.

**Gráfico 3.**

Satisfacción con los servicios de la economía colaborativa.



**Fuente:** elaboración propia a partir de datos de CNMC.

La satisfacción de los usuarios es un punto clave dentro de la economía colaborativa. En la mayoría de las plataformas la opinión de los usuarios determina que un prestador de servicios siga colaborando con dicha plataforma. Además, los sistemas de reputación reducen la desigualdad informativa y son una importante garantía para los usuarios de las plataformas. Por el contrario, suponen un control preocupante para aquellos que prestan el servicio. Hay autores que se cuestionan la legalidad de estos sistemas, basándose en tres razones fundamentales:

- El hecho de valorar a una persona, un trabajador, no es lo mismo que valorar la calidad de un restaurante o de un hotel.
- La consecuencia de la valoración puede ser el despido o una sanción disciplinaria.
- “Doble sanción”, esto es, la mala reputación online puede dar lugar a inconvenientes en el trabajo actual pero también en un trabajo futuro.

#### 2.1.4. Las plataformas.

Serán todas aquellas “empresas” que se desenvuelven en mercados – tanto bilaterales como multilaterales - desarrollando su actividad en internet para posibilitar la interrelación entre distintos actores con el fin de satisfacer necesidades mediante la contratación y el uso temporal de bienes y servicios<sup>10</sup>.

Se trata de un conjunto heterogéneo que se amplifica a través de la red, utilizando sus herramientas, ofertando y demandando servicios o actividades, con o sin lucro, limitadas a un espacio geográfico o no, y se caracterizan por<sup>11</sup>:

- Se tratan de nuevas formas de participación que tiene efecto incipiente en un aumento de la competencia.
- Se desarrolla en mercados a distintos niveles, “plurifacéticos”.
- Es importante la intervención de los usuarios, sus comentarios y opiniones.
- Toman auge debido a las tecnologías de la información y la comunicación y acumulan datos – tanto de trabajadores como de consumidores-.
- Es necesaria una gran inversión en infraestructuras informáticas.
- Al aumentar la oferta, aumentan las posibilidades de los consumidores para satisfacer sus necesidades.

A pesar de no ser un grupo homogéneo es fundamental distinguir entre aquellas plataformas que actúan como sociedad de la información y aquellas que prestan un servicio subyacente.

La nota distintiva entre esta división reside en que, a pesar de que las dos existe una remuneración y media distancia entre quien y en favor de quien se realiza el servicio, en la plataforma colaborativa con un servicio subyacente adquiere relevancia el control o influencia que ejerce la plataforma sobre el prestador de servicios.

La Comisión Europea señala tres cuestiones para deducir si se trata de una plataforma que ofrece servicios subyacentes; ¿quién fija el precio del servicio? ¿quién fija los términos y condiciones del servicio? ¿a quién corresponde la propiedad o titularidad de los activos clave para prestar el servicio?

Si la respuesta a todas esas cuestiones es la plataforma colaborativa, será entonces cuando se trate de una plataforma que ofrece servicios subyacentes pues, establece el precio del servicio, impone unos términos y condiciones y, posee la propiedad de los activos clave.

Estas notas son apreciadas en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2017 - Asunto C- 434/15 Asociación Profesional Élite

---

<sup>10</sup> J. MONTERO PASCUAL, *La regulación de la economía colaborativa Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, cit., nota 5.

<sup>11</sup> E. CASTELLANO BURGUILLO “Plataformas de empleo y plataformas de trabajo. Aspectos fundamentales”, en VV. AA, *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 261 a 295.

Taxis. Sentencia 20 de diciembre de 2017- , además de proclamar que UBER es un servicio de transporte, lo que conlleva a ser un servicio de intermediación y no un mero agente de la sociedad de la información.

En caso contrario, si el propietario del bien fija el precio, establece las condiciones y posee los activos clave del negocio, la plataforma queda relegada a un segundo plano donde su única función es la de intercambio y disfrute del bien o prestación de un servicio. Por lo tanto, se trataría de plataformas cuya única función es la intermediación.

Las plataformas digitales que prestan un servicio subyacente pueden ser:

- Crowdfwork online vs. Crowdfwork offline. Se pueden completar de manera virtual, sin necesidad de realizar un trabajo físico complementario. La compensación típica de estos trabajos es en base al trabajo realizado y no del tiempo empleado. También cabe hacer referencia a la posibilidad del Crowdfwork voluntario, donde los sujetos son simples anónimos que realizan los trabajos sin ánimo de lucro (este sería el caso de Wikipedia, siendo una de más mayores enciclopedias online, sus artículos son hechos por voluntarios sin contar en plantilla con trabajadores retribuidos).
- El crowdfwork offline requiere que el trabajador se encuentre en el momento y lugar oportuno, pues se necesita una ejecución física por su parte. Desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, será más fácil la clasificación de la relación laboral por el simple motivo de llevarse a cabo de forma física en algún lugar. Además, el trabajador de este tipo de plataformas asume un riesgo que no asumen los trabajadores online (como por ejemplo accidente a la hora de dirigirse a llevar a cabo el trabajo).
- Crowdfwork global vs. Crowdfwork local. Será global cuando la oferta puede extrapolarse a toda la población sin necesidad de realizarse en un lugar concreto. En este supuesto, la plataforma contará con trabajadores en todas las partes del mundo. La problemática de este tipo de plataformas es que la protección de los trabajadores no está acotada a un nivel local – nacional- esto es, distintas legislaciones laborales se verán afectadas en cuanto a la clasificación de la relación laboral. En contraposición, la competencia será menor cuando la actividad se desarrolle en un marco territorial acotado. No entran en juego distintos derechos laborales, sino que las condiciones serán uniformes para todos los prestadores de servicios.
- Crowdfwork genérico vs. Crowdfwork específico. Las primeras son aquellas donde los demandantes encuentran cualquier tipo de trabajo (como por ejemplo TASSKRABBIT o AMAZON TURK). Las segundas, en contraposición, son aquellas plataformas donde se encuentra una única actividad (UBER o CHEFLY).

### 3. IMPACTO, EXTENSIÓN Y PROBLEMAS DEL FENÓMENO COLABORATIVO.

#### 3.1. Impacto.

Los primeros pasos que se dieron en la disciplina fueron en el año 2007 en un artículo denominado “Collaborative Consumption” publicado en el boletín *Leisure Report* en el mes de abril. Pero no fue hasta el año 2010 – cuando el mundo se encontraba subsumido en una crisis económica y una constante recesión- que la economía colaborativa comenzó a acaparar las miradas de las distintas doctrinas y en especial de la laboralista. En este contexto dos autores, Rachel Botsman y Roo Rogers publicaron el libro “What’s Mine is Yours: The Rise of Collaborative Consumption”. Por primera vez se hacía referencia a que la posesión de los bienes no tenía que conllevar su propiedad.

En un contexto donde la sociedad tenía como prioridad el ahorro y compartir gastos, plataformas como AirBnB y BlaBlaCar fueron ganando terreno. Pero lejos de quedarse en sectores como los inmobiliarios o del transporte, la economía colaborativa, poco a poco, atravesó la mayoría de las fronteras, abarcando el resto de las zonas.

El objetivo de la doctrina y la respuesta de la jurisprudencia, intentaron, desde su génesis, establecer una mínima protección para los agentes que intervienen activamente en el marco de la economía colaborativa.

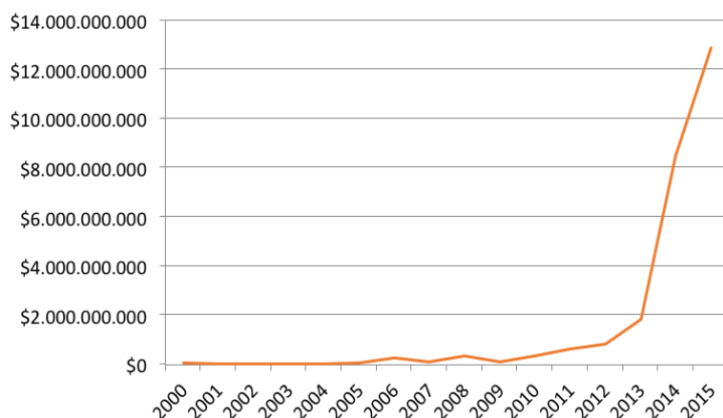
Tanto UBER como DELIVEROO han sido objeto de estudio por parte de la jurisprudencia. Pero, aún no existe una línea jurisprudencial clara que asiente doctrina.

#### 3.2. Extensión.

Se aprecia que la economía colaborativa se ha desarrollado de forma transversal en todos los sectores, aunque varía su intensidad de uno a otro. Conforme a esta afirmación se detallan los siguientes datos:

##### Gráfico 4.

Evolución de la inversión mundial anual en plataformas de economía colaborativas.



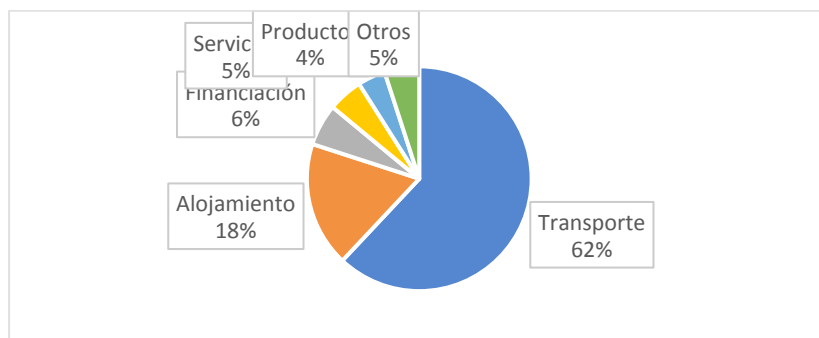
**Fuente:** CNMC (2016).



Como se aprecia en el gráfico, desde el año 2000 hasta el año 2015, en el transcurso de 15 años, la inversión ha aumentado con gran diferencia. Cada plataforma avanza a su manera, por ello, no es uniforme el crecimiento en todas ellas.

### Gráfico 5.

Inversión durante el período 2000-2015 en plataformas digitales de economía colaborativa.



**Fuente:** elaboración propia con datos CNMC (2016).

En este gráfico se puede apreciar que la inversión se produce, sobre todo, en plataformas de transporte y alojamiento turístico. La financiación, servicios y productos quedan relegados a estos dos primeros. En la actualidad, el uso de los servicios y los productos ha tenido un auge considerable.

Es indudable que se trata de un ámbito que evoluciona a diario y las cifras irán aumentando proporcional al desarrollo de las distintas plataformas.

### 3.3. Problemas: empleos precarios y desprotección social.

Las nuevas fórmulas de trabajo llevan consigo preocupaciones no tan coetáneas. La calidad del empleo siempre ha sido un tema de interés por parte de la doctrina laboralista. Tal y como viene expuesto en distintas obras reflejadas por autores de renombre en la doctrina<sup>12</sup>, las condiciones laborales en las que se prestan estos nuevos servicios no son las más acomodadas. Todo lo contrario, se denota un empeoramiento de las mismas.

La calidad del trabajo es viciada en todas las perspectivas de este y no solo en una determinada faceta. En comparación con los trabajos convencionales, el prestador de servicio dentro de la economía colaborativa ve mermados sus derechos referentes a la jornada laboral, el salario mínimo o la protección social. Este último asunto es de gran trascendencia, pues se da una mayor incidencia de los riesgos profesionales que no tienen una respuesta efectiva para su aminoración.

<sup>12</sup> M. RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, “La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social”, *Temas Laborales*, núm. 138, pp. 125 a 161.

Desde algunos ámbitos se afirma que las ventajas de libertad y flexibilidad del empleo que proporciona la economía colaborativa es la moneda que se paga por una situación precaria en el trabajo.<sup>13</sup>

Los trabajadores están divididos en Estados Unidos en cuanto a preferir la flexibilidad que caracteriza el trabajo – un 43%- o decantarse por la seguridad que caracteriza al trabajo tradicional para una empresa – un 41 %-.<sup>14</sup>

Los prestadores de servicios de las plataformas colaborativas, en gran medida, se encuentran en una mala posición desde el punto de vista de la seguridad social. Independientemente de la calificación que adopte la relación laboral los riesgos de desprotección son palpables a simple vista.

#### 4. LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y LA SEGURIDAD SOCIAL.

El sistema de Seguridad Social es un conjunto ordenado de normas y procedimientos que regulan su funcionamiento. Está predestinado a salvaguardar a los individuos frente a ciertos riesgos o contingencias.

Se trata de un sistema que da cobertura económica en determinados momentos donde el sujeto atraviesa una fase de necesidad, teniendo como misión evitar la precariedad.

La Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, divide el sistema de la siguiente forma:

- Un régimen general, se incluirán de forma obligatoria todos los trabajadores por cuenta ajena y asimilados – socios trabajadores y miembros de órganos administradores de sociedades mercantiles y laborales-.
- Un “sistema especial” incluidos en el régimen general o especial, con determinadas notas características en materia de encuadramiento, afiliación cotización u recaudación. Siendo por ejemplo los trabajos fijos discontinuos en empresas de exhibición cinematográfica o los empleados de hogar.
- Un régimen especial. Aquellos que por sus condiciones de tiempo y lugar o índole de proceso productivos necesitan una regulación de seguridad social diferenciada de la establecida en el régimen general.
- Las mutualidades de previsión social. Además, también están en el ámbito privado los seguros planes o fondos de pensiones.

Aunque el sistema de Seguridad social tiende a la universalidad- así viene recogido en la Constitución Española-, sigue siendo un sistema profesional o contributivo. Esto es así, puesto que está comprendido por

---

<sup>13</sup> L. DONCEL, “Los precarios de la nueva economía digital”, *El País*. 2017.

<sup>14</sup> BUCHAND GIDUMAL Y S. MELIÁN GONZÁLEZ, *Una Guía para entender la economía colaborativa. De clientes- consumidores a individuos-proveedores*, Editorial Fundación Universitaria de Las Palmas, Las Palmas de Gran Canaria, 2016.

todos aquellos que realizan un trabajo o actividad, ya sea por cuenta ajena o cuenta propia.

Por tanto, está pensado para relaciones lineales que tienen vocación de continuidad en el tiempo y un fin claro. Tiene una vinculación con el salario del trabajador y, sobre todo, una relación con el tiempo que desempeña el individuo la actividad. El sistema se activa cuando el actor cesa la actividad que estaba realizando.

Las notas características del sistema de Seguridad Social son difíciles de encajar dentro de la economía colaborativa. Sobre todo, en lo que respecta al tiempo que se desarrolla la actividad, pues muchas veces un prestatario de servicios de las plataformas digitales puede estar inactivo durante, días, semanas o meses.

De la misma forma que resulta difícil clasificar a estos prestatarios, es de suma dificultad incardinarlos dentro del sistema de cotización de la Seguridad Social. Se trata de dos perspectivas que actúan conjuntamente, dependiendo de su clasificación se aplicará un bloque social u otro.

#### 4.1. Considerar la relación por cuenta ajena.

Los tiempos de trabajo y el salario son determinantes para los diferentes aspectos de la cotización. Las empresas, como norma, están obligadas a informar a la Tesorería General de la Seguridad Social. Además, la empresa ha de tramitar el alta y la baja, que han de coincidir con el inicio y el fin de la relación laboral.

Los retos de situar los prestatarios de la economía colaborativa en este encuadre están en el hecho de que muchas de las características que les corresponde chocan con esta estructura de cotización.

En términos generales, son los siguientes elementos:

- Los colaboradores de las plataformas normalmente atienden a los resultados y no al tiempo de trabajo.
- El tiempo de trabajo no está impuesto por la plataforma, sino que es elegido libremente por el trabajador.
- No existe una estabilidad temporal lineal – comienzo y fin de la relación. Así, un colaborador puede colaborar dos días, parar tres y volver a colaborar otros cinco días.

Conjugar estas notas que caracterizan al sistema de cotización y a la actividad desarrollada dentro de la economía colaborativa es una tarea ardua. Además, existe cierta resistencia a la aplicación de dicho marco de cotización pues se teme acabar con un número importante de plataformas.

#### 4.2. Considerar la relación por cuenta propia.

A diferencia de los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores autónomos tienen cierta libertad para la forma de cotización social, siempre dentro de los límites y condiciones prefijadas. Pero ningún requisito depende de la cantidad de la retribución que le corresponde por la actividad realizada.

Lo destacable es que, la cotización no dependerá del tiempo invertido en el desarrollo de la actividad.

Para que un trabajador de la economía colaborativa sea considerado trabajador autónomo y cotice por este régimen, su actividad ha de tener la consideración de habitual.

Se trata de un sistema poco flexible. Este hecho complica que los trabajadores que prestan servicios dentro de la economía colaborativa sean incluidos en este módulo pues, aunque cuentan con notas de independencia, retribución, carácter personal y fuera del ámbito de dirección la prestación es “accesoria, discontinuada en el tiempo y de poca trascendencia económica y por tanto no existe obligación de alta y cotización en el RETA, aunque cumplan los restantes requisitos”<sup>15</sup>.

#### 4.3. El problema de la falta de calificación y la economía informal.

La doctrina iuslaboralista apuesta por una visión *pro operaria*, esto es, que ni el ordenamiento laboral ni el sistema de Seguridad Social excluya la actividad desarrollada por las nuevas actividades, para no dar lugar a la apertura de una brecha en la precarización laboral.<sup>16</sup>

Pero es inevitable la aparición del fenómeno de la economía informal en ámbitos nuevos donde la regulación es escasa o inexistente.

La economía informal o economía sumergida comprenderá todas aquellas actividades que coloquialmente se entienden como “trabajo no formalizado” o “no declarado”. Al ser un concepto tan amplio puede ajustarse a las dos formas primordiales de calificación de la relación laboral, esto es, por cuenta propia y por cuenta ajena<sup>17</sup>.

Las partes desvirtúan los elementos que configuran la relación laboral con la pretensión de eludir sus obligaciones fiscales y de cotización a la Seguridad Social. Debido a su carácter novedoso, la normativa de la seguridad social no se opone ni es incompatible con la economía

<sup>15</sup> J. LAMARCA, “Aspectos laborales y de seguridad social de la economía colaborativa”, en J. MONTERO PASCUAL (ed.), *La regulación de la economía colaborativa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 169-193.

<sup>16</sup> M. LÓPEZ ANIORTE Y F. ORTIZ GONZÁLEZ, “El trabajo Colaborativo y su encuadramiento en el Sistema de Seguridad social”, en VV. AA, *Retos jurídicos de la Economía colaborativa en el contexto digital*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017, pp.96 a 109.

<sup>17</sup> SELMA PENALVA, “Delimitación de fronteras: diferencias entre trabajo colaborativo y relación laboral no declarada”, en VV. AA, *Retos jurídicos de la Economía colaborativa en el contexto digital*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 123 a 152.

colaborativa, únicamente no la contempla de forma expresa – por el momento<sup>18</sup>.

Pero este hecho puede provocar que en la actualidad se den situaciones de huida del ordenamiento social. Según la Organización Internacional de Trabajo las personas que se integran en la economía informal “no lo hacen por elección, sino como consecuencia de la falta de oportunidades en la economía formal y por carecer de otros medios de sustento”- según la “Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal” de la CIT-.

La OIT insta a la necesidad de que los Estados lleven a cabo “medidas urgentes y adecuadas” para que se pueda dar la conversión de la economía informal a la formal y así los trabajadores y las unidades económicas mejorasen sus condiciones.

Así pues, el plano de la economía colaborativa existe un alto riesgo de que se incurra en vicios de ilegalidad y se de la economía sumergida. No tiene por que darse la evasión del ordenamiento laboral en todas las facetas sino en una determinada parte. Así “puede cumplir con deberes fiscales, incluso con los laborales y de seguridad social, pero no puede hacerlo con las reglas propias de esta actividad cuando afecta a pasajeros”<sup>19</sup>.

Es algo habitual encubrir “bajo una falsa apariencia de trabajo colaborativo, una prestación de servicios que posee todas y cada una de las notas que identifican un contrato de trabajo”<sup>20</sup>. Lo que se pretende lograr es la elusión de las normativas de las diferentes disciplinas del derecho.

Grosso modo, se trata de una forma de fraude que afecta a todo el sistema económico en general y las actividades que se llevan a cabo no se computan de ninguna forma posible. Este hecho hace que se tenga consecuencias tanto presentes – en caso de accidente de trabajo la protección sería nula- y futuras – en lo relacionado a las posibles pensiones-.

Para dar respuesta a los problemas de cotización a la seguridad social, para evitar que se eluda el ordenamiento jurídico laboral, surgen ideas como las cooperativas de facturación o el sistema pro-bono.

Con estas soluciones doctrinales se busca que los dos ámbitos mediante “los cauces, estructuras y medios” converjan en pro de una regulación jurídica política expresa<sup>21</sup>.

En la práctica ha habido tres propuestas de carácter político para la regulación del trabajo y la seguridad social en las plataformas de la economía colaborativa. Estas propuestas son:

<sup>18</sup> R. ALFONSO SÁNCHEZ Y J. VALERO TORRIJOS, *Retos Jurídicos de la economía colaborativa*, cit., nota 1.

<sup>19</sup> M. RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, “La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social”, cit., nota 12.

<sup>20</sup> SELMA PENALVA, “Delimitación de fronteras: diferencias entre trabajo colaborativo y relación laboral no declarada”, en VV. AA, *Retos jurídicos de la Economía colaborativa en el contexto digital*, cit., nota 18.

<sup>21</sup> L. TRIGUERO MARTÍNEZ “Gig economía y prestación de servicios profesionales: puntos críticos”, en M. HERNÁNDEZ BEJARANO Y A. TODOLÍ SIGNES (ed.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 87 a 103.

- El pacto de Gobierno firmado entre los partidos políticos PSOE y Ciudadanos: se planteaba “encontrar fórmulas de cotización para el trabajo autónomo a tiempo parcial, así como el de vocación de no habitualidad o complementariedad económica, fenómeno que se extiende con la nueva realidad de la economía colaborativa”. La protección social en este tipo de trabajo – típico de las plataformas- en la mayoría de los casos es nula. Se pretendía revestir a la relación laboral esporádica y escueta de unos derechos de protección social mínimos.
- La moción del Grupo Parlamentario Unidos Podemos- En común Podem- En Marea. En propuesta se pide que se regule la situación de las empresas que pertenecen al ámbito de la economía colaborativa. Los puntos que tratar son diversos, pero, en síntesis, evitar la laboralidad encubierta, garantizar los derechos y obligaciones de los sujetos intervinientes o crear un plan de respuesta para la Inspección del Trabajo para solucionar los problemas nacidos en el seno de la economía colaborativa.
- La “Declaración común sobre la economía colaborativa y sus repercusiones en el ámbito del trabajo y las relaciones laborales” proveniente del Consejo de Relaciones Laborales de Cataluña. En este documento se señala que uno de los retos de la economía colaborativa es la protección del trabajo de las personas, apostando por una intervención normativa.

## 5. ALTERNATIVAS AL SISTEMA DE COTIZACIÓN TRADICIONAL.

### 5.1. Las cooperativas de facturación.

Una solución alternativa al método de cotización son las denominadas “cooperativas de facturación”. La Ley 27/1999. De 16 de julio, de Cooperativas, en su capítulo X, comprende las clases existentes de este tipo entidades. Así, se entenderá por cooperativas de trabajo asociado las que “tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo profesional y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros.

Sus notas características vienen reflejadas en el artículo 80 y siguientes de dicha ley:

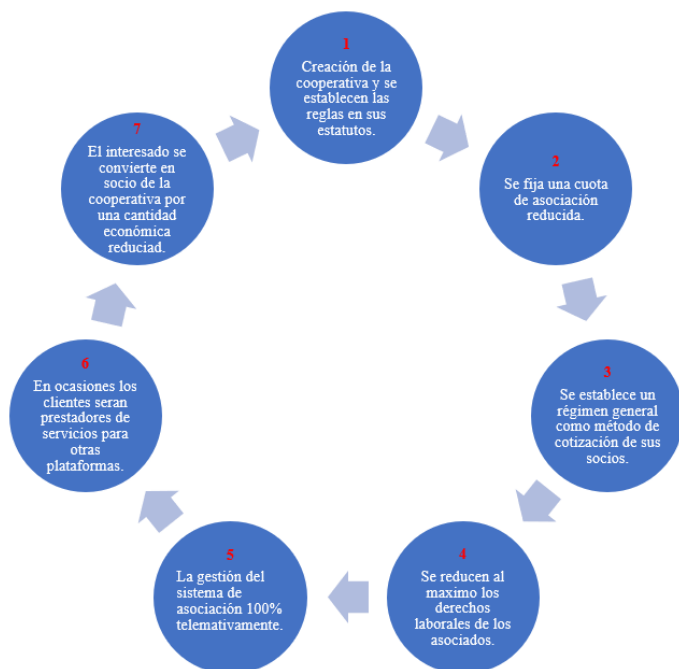
- Los trabajadores no tienen relación laboral con la cooperativa, sino una relación societaria.
- La duración de la jornada, descanso, fiestas, vacaciones estará regulado por los estatutos, por tanto, existe libertad en cuanto a establecer dichas condiciones de trabajo por parte de sus integrantes.
- El trabajador también puede elegir el régimen de cotización a la Seguridad social – ya sea régimen general o RETA.

El desarrollo de la economía colaborativa dentro de esta tipología podría ser el siguiente:



### Cuadro 3.

Funcionamiento de las iniciativas de plataformas colaborativas.



**Fuente:** elaboración propia a partir de premisas expuestas en Montero Pascual (2017:192).

El socio trabajador obtiene su renta de la cooperativa y, además, contará con una deducción desde el punto de vista de las cotizaciones. La cooperativa es la que tiene que dar de alta al socio y cotizará solo aquellos días que haya trabajado. Aunque su objetivo era otro, esta fórmula jurídica está siendo utilizada para fines totalmente impensables.

El fin último es facilitar al prestatario de servicios fin último es facilitar al trabajador autónomo “*el desarrollo de su actividad en régimen de autonomía sin tener que facturar a su nombre, sin que deba preocuparse por realizar toda la tramitación administrativa y fiscal que conlleva el ejercicio autónomo y sin que tenga que soportar los costes de seguridad social como trabajador por cuenta propia*”<sup>22</sup>.

El problema de este modelo es cuando no existe una verdadera prestación de trabajo asociado sino una prestación de servicios, esto es, el socio no desarrolla su actividad en el régimen de autonomía, sino que existe una dependencia a una organización, con cierta influencia societaria.

Se trataría de cooperativas falsas que tendrían como finalidad la evitación de la cotización a la Seguridad social y la correspondiente obligación fiscal.

<sup>22</sup> HERNÁNDEZ BEJARANO Y M.C. RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, *Economía colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017.

## 5.2. El sistema por bonos o voucher-based work.

Algunos ordenamientos de los países vecinos incorporan este modelo para evitar los problemas de Seguridad Social y, además, el fiscal. Portugal, Bélgica o Italia han adoptado unas formas emergentes de trabajo que se denominan *voucher-based work*. Se tratan de sistemas de pago por bono y no en dinero. Aunque, en un final, se da la conversión de bono a dinero con la singularidad de que se descuentan los gastos sociales y fiscales.

El Parlamento Europeo, mediante un informe realizado por EUROFOUND, insta a los estados miembros a la utilización de los *voucher* como solución a los problemas generados en la economía colaborativa. Recomienda la utilización de estos pues advierte que es un modo adecuado para evitar también la economía sumergida.

La utilización de este instrumento a veces se acota a unas determinadas actividades y otras quedan fuera de su alcance.

actividades quedando la mayoría fuera de su alcance.

### a. EL SISTEMA BELGA.<sup>23</sup>

El panorama belga supone un avance en la legislación laboral para evitar que se den “zonas grises” en lo referente a los ingresos provenientes de las plataformas colaborativas. El objeto primordial es evitar el fraude social y fiscal, además de la competencia desleal.

Para llevar a cabo dicha lucha, se instauró el sistema de bonos. El problema es que su utilización se reduce a profesiones determinadas por ejemplo, la limpieza doméstica o el cuidado de ancianos.

La Ley- Programa de 1 de julio de 2016 contiene un capítulo dedicado a los impuestos provenientes de la economía colaborativa. Los impuestos son retenidos directamente por la plataforma. Existe un tipo impositivo específico para las actividades que se desarrollan en este ámbito, pero en caso de superarse, se tributará de forma normal.

En cuanto a los trámites administrativos, el privilegio reside en que los particulares están exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido. Así mismo, tampoco existe necesidad de estar en la base de datos de empresas.

A partir del 1 de enero de 2018 el Gobierno Federal tenía que promover exenciones fiscales y social para todos los ingresos hasta 500 euros mensuales o 6000 euros anuales. En lo referente a la seguridad social, no se cotizará hasta que no se supere el límite de 5100 euros anuales. En general, el régimen de cotización dependerá del estatuto social aplicable en función de la calificación del trabajador.

### b. EL SISTEMA ITALIANO.

La legislación italiana en el Decreto Ley de 24 de abril de 2017, más concretamente en su artículo 54 abarca el trabajo ocasional. Estarán

---

<sup>23</sup> La información proporcionada se ha obtenido del Diagnóstico de los interlocutores sociales relativo a la digitalización y la economía colaborativa- Ejecución del Acuerdo Interprofesional 2017-2018. Informe conjunto del Consejo Nacional de Trabajo y del Consejo Central de la Economía de 04/10/2017.

comprendidas en este precepto todas aquellas actividades que su remuneración no exceda, en general, los 5000 euros anuales netos.

Se prevé la cotización obligatoria a la seguridad social y como resultado el prestador tendrá derecho a un seguro de invalidez, a un seguro contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

El sistema *voucher* en Italia se fue deteriorando gradualmente<sup>24</sup> y viciando las intenciones por las cuales fue introducido. Aun así, en el artículo 54 de la ley antes mencionada, introduce una rectificación de este sistema.

Así, existen dos tipos de bonos – según el artículo 54 bis del decreto ley 24 de abril de 2017, n° 50, introducido por la Ley de Conversión el 21 de junio de 2017- siendo el primero el destinado a las familias, denominado “Family Booklet”. Se puede asimilar a una tarjeta electrónica con la cual se puede comprar y acreditar los cupones electrónicos. El segundo es el bono de trabajo ocasional destinado a las empresas, denominado “bono PrestO”. Servirá para pagar el trabajo ocasional sujeto a comunicación previa con el instituto nacional de seguridad social - Istituto Nazionale della Previdenza Social.

La nota diferenciadora con la antigua legislación es que la nueva establece el primer requisito de registrarse en el INPS y, posteriormente, a través de la plataforma se han de cumplir las obligaciones tanto fiscales como las contribuciones a la seguridad social de los prestamistas.

#### c. EL SISTEMA FRANCÉS Y ALEMÁN.

Los bonos laborales son instrumentos reguladores que también se dan en otros países. El modelo alemán se denomina “mini-jobs” que se utilizan para empresas y negocios. El límite del salario mensual son 450 euros y 15 horas de trabajo a la semana. No existe gravamen de impuestos y se da exención de las cotizaciones de cotizaciones sociales por parte del prestamista y corren al cargo del empleador.

Mientras, el modelo francés se emplea, mayoritariamente, en el trabajo doméstico- solo pueden ser empleados por las familias para pagar a empleados domésticos-. A diferencia con los bonos italianos, es que los bonos franceses se encuentran bajo el control del Centro Nacional Cheque Empleo Servicio Universal.

Antes de finalizar, cabe destacar otros sistemas diferentes a las cooperativas de financiación o los sistemas *voucher* que pretenden dar solución a los problemas que genera la economía informal y los trabajos dentro de la economía colaborativa.

#### d. OTRAS POSIBILIDADES.

Las monedas sociales son una buena alternativa para la lucha contra la economía informal y los problemas derivados de la economía colaborativa.

---

<sup>24</sup> Expresión utilizada por el Primer Ministro Paolo Gentiloni cuando anunció la eliminación de los bonos laborales y la nueva etapa con la regeneración del sistema *voucher*.

Cierto es que este tipo de monedas complementarias no pueden ser el pilar fundamental, pero sí accesorio.

## 6. ALGUNAS CONCLUSIONES PARA DEBATE

La economía colaborativa es un modelo que necesita una regulación expresa para evitar las lagunas jurídicas y aportar seguridad a las relaciones laborales. Es aconsejable la creación de un marco jurídico que regule todos los ámbitos de esta nueva disciplina. Esta regulación lo adecuado sería que procediese del nivel europeo pues se aseguraría una aplicación homogénea en todos los Estados Miembros, dado que se trata de actividades que traspasan las fronteras nacionales.

Desde el punto de vista de la rama laboral se ve necesario la calificación de sus trabajadores para asegurarles unos derechos, esto es, evitar las denominadas “zonas grises” en la regulación jurídica y salvaguardar la respectiva protección social de los prestadores de servicios.

Tras analizar las notas características de cada relación laboral tradicional – trabajador por cuenta ajena y cuenta propia-, quizás, lo más adecuado será englobarlo dentro de los trabajadores por cuenta ajena, puesto que, aunque sus notas se hayan flexibilizado siguen apareciendo sin lugar a duda – así lo señalan la jurisprudencia y doctrina al hacer referencia a “datos indiciarios” para considerar si se trata de una verdadera relación laboral-.

En caso de crear una nueva figura, sería a medio camino entre el prestatario por cuenta ajena y aquel por cuenta propia. Una especie de TRADE, pero con unas notas características diferenciadas.

Esta regulación dotaría de seguridad el ejercicio de la actividad dentro de la economía colaborativa, pues, una vez calificado el prestatario, se le aseguraría un estado de bienestar para el desarrollo de su trabajo. Evitando el fraude fiscal, social y de cotización.

# EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL TDAH EN INGLATERRA Y GALES<sup>1</sup>

## THE LEGAL TREATMENT OF ADHD IN ENGLAND AND WALES

Alberto Pintado Alcázar  
*Profesor asociado de Derecho Penal y Criminología*  
*Universidad de Murcia*

---

---

Fecha de recepción: 5 de noviembre de 2019  
Fecha de aceptación: 30 de noviembre de 2019

**RESUMEN:** Actualmente, la incidencia del TDAH en Inglaterra y Gales está aumentando. Por lo tanto, resulta necesario estudiar su posible relación con la delincuencia.

**ABSTRACT:** Currently, the incidence of ADHD in England and Wales is increasing. Thus, it is necessary to study its possible relationship with crime.

**PALABRAS CLAVE:** TDAH, delincuencia, Criminología.

**KEYWORDS:** ADHD, crime, Criminology.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Incidencia del TDAH en Inglaterra y Gales. III. Análisis de casos. 1. Año de comisión de la acción penal. 2. Circunstancias personales. 2.1. Sexo de la pareja penal. 2.2. Edad de víctima y victimario. 3. Circunstancias penales y criminológicas. 3.1. Delitos cometidos. 3.2. Penas impuestas. 3.3. Formas de comisión. 3.4. Antecedentes penales. 4. Comorbilidad. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

---

<sup>1</sup> Investigación enmarcada dentro del Proyecto de Investigación “La responsabilidad penal de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad” (DER 2016-80604-P).

## 1. INTRODUCCIÓN.

Al hablar del Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad -en adelante, TDAH-, resulta imprescindible acudir a la bibliografía anglosajona, ya que es aquí donde se comienzan a vislumbrar los primeros atisbos de dicho padecimiento. Por este motivo, considero relevante el estudio de diversas sentencias condenatorias, así como de diferentes investigaciones, de los principales tribunales de Inglaterra y Gales.

En primer lugar, cabe destacar que diferentes estudios muestran como la prevalencia mundial de personas con TDAH es superior en menores que en mayores de edad. Así, los resultados de dichas investigaciones muestran como los sujetos con menos de 18 años se estima que se encuentran en torno al 5,29%, mientras que los adultos con dicho padecimiento estarían rondando el 2,5%<sup>2</sup>.

Respecto a la prevalencia mundial del TDAH, existe la creencia que Estados Unidos es la nación donde se encuentran mayores porcentajes de personas con TDAH, habiendo llegado a esta conclusión por el hecho de ser el emplazamiento donde mayor número de investigaciones se llevan a cabo sobre este padecimiento<sup>3</sup>. No obstante, cabe matizar que diversos estudios han demostrado que la proporción de ciudadanos con dicho trastorno es similar en una amplia variedad de países<sup>4</sup>.

Como se puede apreciar en los porcentajes descritos, el TDAH es un trastorno que presenta una elevada prevalencia dentro de la sociedad actual, debiendo ser estudiado en profundidad para intentar identificar los elementos o contextos sociales que facilitan su desarrollo. En consecuencia, Young, Adamou, Bolea, Gudjonsson, Muller, Pitts, Thome y Asherson elaboraron un estudio sobre la implicación de los sistemas de justicia del Reino Unido ante este tipo de alteración. Estos investigadores concluyeron, entre otros aspectos, que resulta imprescindible llevar a cabo un análisis detallado de los componentes sociales y legales que resultan necesarios para hacer ver la importancia que requiere examinar en profundidad este padecimiento, tanto a la colectividad como al Sistema de justicia criminal. Finalmente, dichos autores establecieron que “dadas las tasas desproporcionadamente elevadas de delincuentes con

---

<sup>2</sup> SZATMARI, P., “The epidemiology of attention-deficit hyperactivity disorders”, en *Child & Adolescent Psychiatric Clinics*, Vol. 1, 1992, págs. 361-371.; SCAHILL, L., and SCHWAB-STONE, M., “Epidemiology of ADHD in school-age children”, en *Child & Adolescent Psychiatric Clinics*, Vol. 9, 2000, págs. 541-555.; FARAONE, S.V., SERGEANT, J., GILLBERG, C., and BIEDERMAN, J., “The worldwide prevalence of ADHD: Is it an American condition?”, en *World Psychiatry*, Vol. 2., 2003, págs. 104-113.; POLANCZYK, G., DE LIMA, M.S., HORTA, B.L., BIEDERMAN, J., and ROHDE, L.A., “The worldwide prevalence of ADHD: A systematic review and metaregression analysis”, en *American Journal of Psychiatry*, Vol. 164, 2007, págs. 942-948.; SIMON, V., CZOBOR, P., BALINT, S., MESZAROS, A., and BITTER, I., “Prevalence and correlates of adult attention-deficit hyperactivity disorder: meta-analysis”, en *British Journal of Psychiatry*, Vol. 194, 2009, págs. 204-211.

<sup>3</sup> TAYLOR, E., and SANDBERG, S., “Hyperactive behaviour in English schoolchildren: a questionnaire survey”, en *Journal of Abnormal Child Psychology*, Vol. 12, 1984, págs. 143-155.

<sup>4</sup> KESSLER, R.C., ADLER, L.A., BARKLEY, R., BIEDERMAN, J., CONNERS, K., GREENHILL, L.L., and SPENCER, T., “The prevalence and correlates of adult ADHD”, en Buitelaar, J., Kan, C., and Asherson, P (Eds.), *ADHD in adults: Characterization, Diagnosis, and Treatment*, New York, 2011, pág. 13.; FARAONE, S.V., SERGEANT, J., GILLBERG, C., and BIEDERMAN, J., “The worldwide prevalence....”, cit., págs. 104-113.



TDAH en comparación con la población normal y la asociación con delitos violentos y persistentes, el TDAH es una condición que el Sistema de Justicia Criminal (CJS) no puede ignorar”<sup>5</sup>.

Por este motivo, considero conveniente proceder a estudiar en profundidad la visión que se le da a esta alteración desde la esfera de los tribunales de justicia británicos. De este modo, resulta idóneo señalar cómo diversos estudios elaborados en España e Italia muestran que la presencia del TDAH no está intrínsecamente unida a la generación de violencia en las personas condenadas por la comisión de alguna conducta delictiva, no existiendo una conexión directa entre dicho padecimiento y la comisión del delito<sup>6</sup>.

Por otro lado, respecto a la visión científica que se le aplica a esta alteración desde el Reino Unido, hay una serie de investigaciones que destacan que este trastorno tiene su punto de partida en una mala adaptación social durante la infancia, lo que genera un futuro comportamiento violento y conflictivo en la edad adulta, traducándose finalmente en el desarrollo de diversas acciones delictivas<sup>7</sup>.

En referencia a la incidencia que tiene este trastorno sobre la sociedad, el investigador McInnis establece una serie de requisitos indispensables que se presentan en la gran mayoría de estas personas. Así, los resultados obtenidos por dicho experto muestran las siguientes características:

- Pobre control de los impulsos
- Habla en voz alta
- Búsqueda la satisfacción instantánea de sus necesidades personales
- Elevado nivel de energía e inquietud
- Mal control de la ira y frecuentes arrebatos emocionales
- Participación frecuente en acciones agresivas o antisociales en el hogar, la escuela o la comunidad
- Tendencia a tomar riesgos desaconsejados
- Escasas habilidades sociales
- Breve capacidad de atención
- Fácil distracción
- Al mantener una conversación con ellos, son personas que dan la impresión de no estar atendiendo
- No siguen las tareas que les son encargadas
- Insuficientes habilidades de organización

---

<sup>5</sup> YOUNG, S.J., ADAMOU, M., BOLEA, B., GUDJONSSON, G., MULLER, U., PITTS, M., THOME, J., and ASHERSON, P., “The identification and management of ADHD offenders within the criminal justice system: a consensus statement from the UK adult ADHD Network and criminal justice agencies”, en *BMC Psychiatry*, Vol. 11, 2011, págs. 11-32.

<sup>6</sup> PINTADO ALCÁZAR, A., “Análisis criminológico de la relación TDAH/delincuencia en España”, en Peris Riera, J., *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal*, Madrid, 2017, págs. 182-184.; PINTADO ALCÁZAR, A., “Estudio empírico sobre responsabilidad penal y TDAH en Italia”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 20, 2019, págs. 1-23.

<sup>7</sup> ROSLER, M., RETZ, W., RETZ-JUNGINGER, P., HENGESCH, G., SCHNEIDER, M., SUPPIRAN, T., SCHWITZGEBEL, P., PINHARD, K., DOVI-AKUE, N., WENDER, P., and THOME, J., “Prevalence of attention deficit-/hyperactivity disorder (ADHD) and comorbid disorders in young male prison inmates”, en *European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience* Vol. 254, 2004, págs. 365-371.; ROSLER, M., RETZ, W., YAQOOBI, K., BURG, E., and RETZ-JUNGINGER, P., “Attention deficit/hyperactivity disorder in female offenders: prevalence, psychiatric comorbidity and psychosocial implications”, en *European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience*, Vol. 259, 2009, págs. 98-105.

- Baja autoestima
- Dificultad para aceptar responsabilidades de sus acciones y suelen culpabilizar de su mal comportamiento a los demás<sup>8</sup>.

J De acuerdo con esto, otros investigadores han centrado sus estudios en determinar la incidencia de tener un sujeto con TDAH dentro del núcleo familiar. Así, Hinshaw establece que los padres con hijas que sufran dicho trastorno se exhiben más autoritarios que el resto<sup>9</sup>. Por otro lado, Chronis, Lahey, Pelham, Kipp, Baumann y Lee afirman que las madres que tienen hijos que presentan este padecimiento se muestran más propensas a desarrollar una sintomatología depresiva o ansiosa<sup>10</sup>.

En este sentido, diversos estudios ratifican los resultados señalados, mostrando a unos padres que presentan una disminución de la estima y satisfacción, así como una mayor angustia o discordia ante sus hijos. Por otro lado, cabe destacar que dichos progenitores presentan bajas expectativas de éxito en el desarrollo normal de sus descendientes, desplegando un aumento notable de los niveles de estrés, principalmente cuando dicho padecimiento está ligado a determinados problemas de conducta<sup>11</sup>.

## II. INCIDENCIA DEL TDAH EN INGLATERRA Y GALES

Según Morillas Fernández, “la presencia de TDAH en la persona conlleva además unas características propias que pueden apreciarse en el individuo. En este sentido, desde el prisma de las relaciones sociales hasta las connotaciones del mismo en la esfera delincinencial presentan unas pautas claras y precisas”<sup>12</sup>, afirmación que lleva aparejada la necesidad de realizar diferentes investigaciones para intentar extraer e identificar cuáles son dichos prototipos.

Existen numerosos análisis que centran sus recursos en intentar determinar el porcentaje de personas internas en centros penitenciarios que

---

<sup>8</sup> MCINNIS, W.P., *The juvenile justice and residential care treatment planner, with DSM-5 updates*, New York, 2015, pág. 48.

<sup>9</sup> HINSHAW, S.P., “Preadolescent girl with attention-deficit/hyperactivity disorder: I. Background characteristics, comorbidity, cognitive and social functioning, and parenting practices”, en *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, Vol. 70, 2002, págs. 1086-1098.

<sup>10</sup> CHRONIS, A.M., LAHEY, B.B., PELHAM, W.E., KIPP, H.L., BAUMANN, B.L., and LEE, S.S., “Psychopathology and substance abuse in parents of young children with attention-deficit/hyperactivity disorder”, en *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, Vol. 42, 2003, págs. 1424-1432.

<sup>11</sup> JOHNSTON, C., and MASH, E.J., “Families of children with attention-deficit/hyperactivity disorder: Review and recommendations for future research”, en *Clinical Child and Family Psychology Review*, Vol. 4, 2001, págs. 183-207.; PODOLSKI, C.L., and NIGG, J.T., “Parent stress and coping in relation to child ADHD severity and associated child disruptive behaviour problems”, en *Journal of Clinical Child Psychology*, Vol. 30, 2001, págs. 503-513.; JOHNSON, J.H., and READER, S.K., “Assessing stress in families of children with ADHD: Preliminary development of the Disruptive Behaviour Stress Inventory (DBSI)”, en *Journal of Clinical Psychology in Medical Settings*, Vol. 9, 2002, págs. 51-62.; MANIADAKI, K., SONUGA-ABRKE, E., KAKOURUS, E., and KARABA, R., “Maternal emotions and self-efficacy beliefs in relation to boys and girls with AD/DH”, en *Child Psychiatry & Human Development*, Vol. 35, 2005, págs. 245-263.

<sup>12</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Valoración del grado de imputabilidad de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*. Vol. 13, 2018, págs. 78-92.

padecen este trastorno. Con la idea de conseguir tal finalidad, se puede observar cómo diferentes investigadores de diversas naciones han profundizado en esta temática, obteniendo resultados verdaderamente muy significativos. En consecuencia, a modo de ejemplo, Australia muestra una prevalencia del 35% de los internos con este padecimiento, mientras que Estados Unidos entre el 20 y 30% de adultos en prisión que sufren TDAH<sup>13</sup>. Por otro lado, respecto a las conclusiones extraídas de la zona europea, Suecia exterioriza unos resultados bastante llamativos, llegando a establecer que dicho trastorno está presente en un 40% de los reclusos<sup>14</sup>. Estudios desarrollados en Reino Unido dictaminan que el 23% de los presos presentan características sintomatológicas<sup>15</sup>. Finalmente, Irán ostenta una tasa aproximada del 16%, haciendo referencia exclusivamente a los varones<sup>16</sup>.

Respecto a la población juvenil, existen datos muy llamativos, ya que diferentes investigaciones demuestran que existen países como Bélgica<sup>17</sup>, Suecia<sup>18</sup> o Estados Unidos<sup>19</sup> que estarían rondando entre el 15 y el 20%, mientras que en otros como Islandia<sup>20</sup>, Irán<sup>21</sup> y Alemania<sup>22</sup> existiría una prevalencia del 30, 33 y 45%, respectivamente.

Tomando como referencia los datos señalados, se observa cómo existe un elevado índice de internos que padecen TDAH dentro de las prisiones anglosajonas. En consecuencia, trasladando dicha cifra a la realidad penitenciaria que vivía Reino Unido en el año 2009, se reitera la afirmación aportada, ya que en aquella época el número total de reclusos estaba cifrado en 85.184. Así, aplicando los porcentajes mencionados -23%- al número total de

<sup>13</sup> GUNTER, T.D., ARNDT, S., WENMAN, G., ALLEN, J., LOVELESS, P., SIELENI, B., and BLACK, D.W., "Frequency of mental and addictive disorders among 320 men and women entering the Iowa prison system: use of the MINI-Plus", en *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 36, 2008, págs. 27-34.; MOORE, E., SUNJIC, S., KAYE, S., ARCHER, V., and INDIG, D., "Adult ADHD among NSW prisoners: prevalence and psychiatric comorbidity", en *Journal of Attention Disorders*, Vol. 11, 2016, págs. 958-967.

<sup>14</sup> GINSBERG, Y., HIRVIKOSKI, T., and LINDEFORS, N., "Attention Deficit Hyperactivity Disorder (ADHD) among longer-term prison inmates is a prevalent, persistent and disabling disorder", en *BMC Psychiatry*, Vol. 10, 2010, págs. 1-13.

<sup>15</sup> YOUNG, S., GUDJONSSON, G.H., and WELLS, J., "Attention deficit hyperactivity disorder and critical incidents in a Scottish prison population", en *Personality and Individual Differences*, Vol. 46, 2009, págs. 265-269.

<sup>16</sup> HAMZELOO, M., MASHHADI, A., and FADARDI, J.S., "The prevalence of ADHD and comorbid disorders in Iranian adult male prison inmates", en *Journal of Attention Disorders*, Vol. 20, 2016, págs. 590-598.

<sup>17</sup> VERMEIREN, R., DE CLIPPELE, A., and DEBOUTTE, D., "A descriptive survey of Flemish delinquent adolescents", en *Journal of Adolescence*, Vol. 23, 2000, págs. 277-285.

<sup>18</sup> SIPONMAA, L., KRISTIANSOON, M., JONSON, C., NYDEN, A., and GILLBERG, C., "Juvenile and young adult mentally disordered offenders: The role of child neuropsychiatric disorders", en *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 29, 2001, págs. 420-426.

<sup>19</sup> PLISZKA, S.R., SHERMAN, J.O., BARROW, M.V., and IRICK, S., "Affective disorder in juvenile offenders: A preliminary study", en *American Journal of Psychiatry*, Vol. 157, 2000, págs. 130-132.

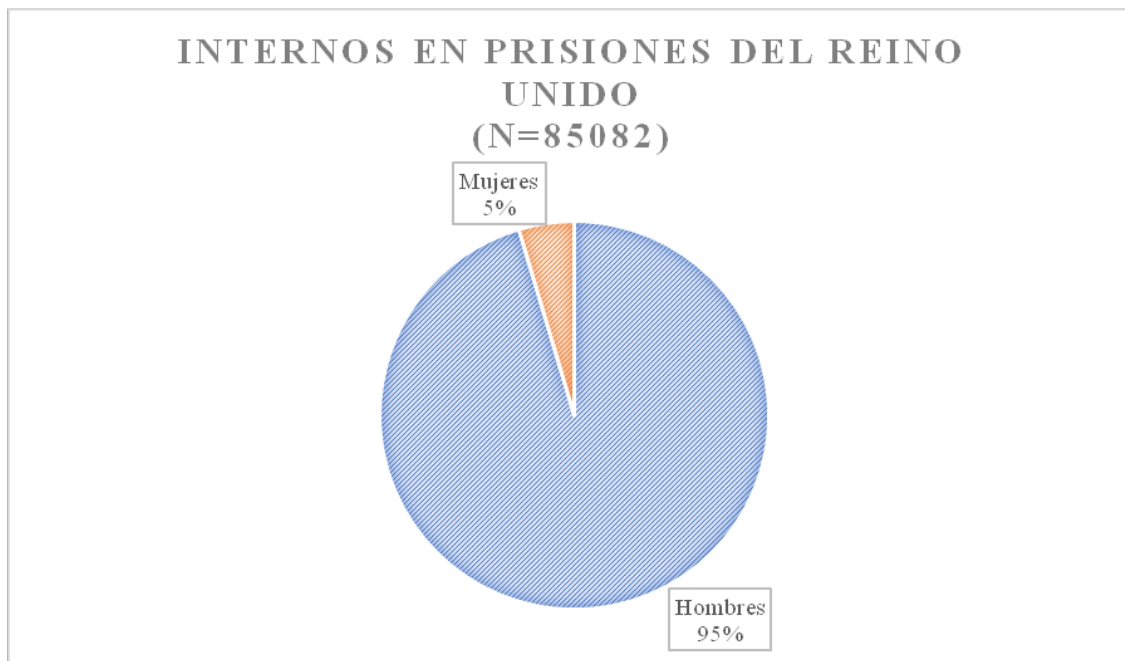
<sup>20</sup> EINARSSON, E., SIGURDSSON, J.F., GUDJONSSON, G.H., NEWTON, A.K., and BRAGASON, O.O., "Screening for attention-deficit hyperactivity disorder and co-morbid mental disorders among prison inmates", en *Nordic Journal of Psychiatry*, Vol. 26, 2009, págs. 1-7.

<sup>21</sup> HAMZELOO, M., MASHHADI, A., and FADARDI, J.S., "The prevalence of ADHD and comorbid...", cit., págs. 265-269.

<sup>22</sup> ROSLER, M., RETZ, W., RETZ-JUNGINGER, P., HENGESCH, G., SCHNEIDER, M., SUPPIRAN, T., SCHWITZGEBEL, P., PINHARD, K., DOVI-AKUE, N., WENDER, P., and THOME, J., "Prevalence of attention deficit/hyperactivity disorder (ADHD) and comorbid... cit., págs. 365-371.

penados, se deduce que casi 20.000 presos presentarían TDAH, exhibiéndose como una cantidad muy relevante.

Actualmente, como se puede apreciar en el siguiente gráfico, y tras extraer los datos de las estadísticas oficiales del Ministerio de Justicia, en septiembre de 2019, el Reino Unido presenta un alto número de reclusos, existiendo una amplia diferencia entre los hombres sobre las mujeres<sup>23</sup>.



Analizando los resultados descritos, resulta llamativo observar el elevado índice de internos que padecen TDAH. En este sentido, sería interesante estudiar los estilos de vida de estas personas, haciendo especial hincapié sobre los posibles síntomas que surgieron durante la infancia, así como aquellos que han ido desarrollándose a lo largo del ciclo vital de estos individuos. No obstante, ante la dificultad de conseguir tales indagaciones, podría resultar idóneo examinar los comportamientos que llevan a cabo estos sujetos dentro de prisión, intentando extraer aquellos que sean identificativos de los mismos.

La importancia de detectar el TDAH de forma precoz resulta muy significativo, ya que se podría llegar a reducir las posibles conductas antisociales cometidas por estas personas. No todos los sujetos que padecen este trastorno son propensos a tener problemas de comportamiento, pero aquellos que presenten unos síntomas elevados de impulsividad e hiperactividad tendrían más posibilidades de abusar de determinadas sustancias ilícitas, así como de desarrollar actuaciones problemáticas, tanto dentro del entorno familiar como fuera de él.

Kessler, Adler, Barkley, Biederman, Connors, Demler, Faraone, Greenhill, Howes, Secnik, Spencer, Ustun, Walters y Zaslavsky afirman que resulta prioritario descubrir y tratar el TDAH, ya que de no hacerlo con la debida

<sup>23</sup> Recurso electrónico disponible en: <https://www.gov.uk/government/organisations/ministry-of-justice/about/statistics>.

antelación, dicho padecimiento puede generar problemas para la sociedad en determinados contextos relacionados con la vida familiar, el empleo, la educación o la delincuencia<sup>24</sup>.

Por otro lado, Timimi y Taylor establecen que aquellas personas que presentan TDAH, pero que no han sido diagnosticadas o medicadas, presentan unos mayores porcentajes para desarrollar trastornos de conducta, problemas psiquiátricos en la adolescencia, acompañados de problemas académicos, laborales y personales<sup>25</sup>.

Siguiendo esta misma línea argumental, Sayal, Prasad, Daley, Ford y Coghill determinan que la falta de control directo sobre las personas que padecen TDAH puede configurarse como un desencadenante de diversos trastornos mentales lo cual puede llegar a desembocar en una serie de contextos negativos que pueden llevar a dicho sujeto a presentar un bajo rendimiento educativo, viéndose reflejado en las dificultades que se generarían para poder encontrar empleo, así como en las relaciones personales. Finalmente, estos autores destacan las altas probabilidades que presentan estos individuos de cometer actos criminales, con independencia de su gravedad<sup>26</sup>.

Diversos estudios perpetrados sobre esta materia han determinado que las personas que durante la etapa infantil padecen TDAH muestran un comportamiento más violento que aquellos sujetos que no presentan rasgos de este trastorno. Así, en base a dichas investigaciones, se aprecia como existen unas mayores tasas de conductas antisociales y posteriores detenciones en estos individuos, llegando, posteriormente, a triplicar el tiempo de condena durante la adolescencia o en la edad adulta<sup>27</sup>.

En referencia a la posible relación entre el TDAH y la delincuencia, Gonzalez, Kallis y Coid, en un estudio realizado sobre familias de Inglaterra donde algún miembro padece dicho trastorno, afirman que la violencia mostrada por estas personas tiene su punto de partida en la psicopatología coexistente, considerando determinante proceder a su correspondiente análisis<sup>28</sup>.

Recientemente, se ha llevado a cabo una investigación con la finalidad de analizar la posible incidencia que tiene la violencia representada en los medios

---

<sup>24</sup> KESSLER, R.C., ADLER, L., BARKLEY, R., BIEDERMAN, J., CONNERS, C.K., DEMLER, O., FARAONE, S.V., GREENHILL, L.L., HOWES, M.J., SECNIK, K., SPENCER, T., USTUN, T.B., WALTERS, E.E., and ZASLAVSKY, A.M., "The prevalence and correlates of adult ADHD in the United States: results from the National Comorbidity Survey Replication", en *American Journal of Psychiatry*, Vol. 163, 2006, págs. 716-723.

<sup>25</sup> TIMIMI, S., TAYLOR, E., CANNON, M., MCKENZIE, K., and SIMS, A., "ADHD is best understood as a cultural construct", en *The British Journal of Psychiatry*, Vol. 184, 2004, págs. 8 y 9.

<sup>26</sup> SAYAL, K., PRASAD, V., DALEY, D., FORD, T., and COGHILL, D., "ADHD in children and young people: prevalence, care pathways, and service provision", en *The Lancet Psychiatry*, Vol. 5, 2018, págs. 175-186.

<sup>27</sup> SCHILLING, C.M., WALSH, A., and YUN, I., "ADHD and criminality: A primer on the genetic, neurobiological, evolutionary, and treatment literature for criminologists", en *Journal of Criminal Justice*, Vol. 39, 2011, págs. 3-11.; MOHR-JENSEN, C., and STEINHAUSEN, H.C., "A meta-analysis and systematic review of the risks associated with childhood attention-deficit hyperactivity disorder on long-term outcome of arrests, convictions, and incarcerations", en *Clinical Psychology Review*, Vol. 48, 2016, págs. 32-42.

<sup>28</sup> GONZÁLEZ, R.A., KALLIS, C., and COID, J.W., "Adult Attention Deficit Hyperactivity Disorder and violence in the population of England: Does comorbidity matter?", en *PLOS ONE*, Vol. 8, 2013, págs. 1-10.



de comunicación y el TDAH. Nikkelen, Vossen, Piotrowski y Valkenburg determinan que la participación de los padres es fundamental, ya que la restricción de estos al acceso de determinados programas puede ayudar a la prevención de probables acciones delictivas. Por ello, dichos autores afirman que este hallazgo resulta importante dentro de las investigaciones relacionadas con este trastorno, ya que “no solo respalda la noción de influencias contextuales críticas para comprender los efectos de los medios, sino que También ofrece una sugerencia de como los padres pueden manejar el uso violento de los medios de sus adolescentes y, por extensión, los comportamientos relaciones con el TDAH”<sup>29</sup>.

Actualmente, las investigaciones sobre el TDAH se ciernen casi con exclusividad dentro del campo de la psicología o la medicina. No obstante, y en palabras de Morillas Fernández, a pesar de que dicho trastorno es uno de los grandes desconocidos dentro del ámbito judicial, aparecen casos “en los que no sólo se alega la presencia del TDAH en el sujeto activo del delito, sino que se acompaña de informes periciales que acreditan la presencia del citado trastorno desde incluso la infancia/adolescencia, pudiendo, no sólo motivar la conducta criminal, [...], sino explicar el por qué del comportamiento ilícito desde una perspectiva lógica”<sup>30</sup>.

Ante tales afirmaciones, considero que resulta indispensable llevar a cabo una investigación pormenorizada, desde un punto de vista jurídico y criminológico, de aquellas personas que padecen TDAH, han realizado alguna conducta antisocial y están internos en alguna de las prisiones del Reino Unido, intentando con ello determinar la existencia de una posible relación entre este trastorno y la violencia. Así, con dicho análisis se pretenden resaltar las principales variables de dichos sujetos, elaborando con ello un exhaustivo perfil.

### III. ANALISIS DE CASOS

En atención a lo expresado anteriormente, se han analizado diversas sentencias condenatorias de la Court of Appeal (Criminal Division)<sup>31</sup>, donde se

<sup>29</sup> NIKKELEN, S., VOSSSEN, H., PIOTROWSKI, J., and VALKENBURG, P., “Media violence and adolescents’ ADHD-Related behaviours: The role of parental mediation”, en *Journal of Broadcasting & Electronic Media*, Vol. 60, 2016, págs. 657-675.

<sup>30</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Imputabilidad y trastorno por déficit de atención e hiperactividad”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 3, 2013, págs. 1-40.

<sup>31</sup> (2002) EWCA Crim 2106; (2003) EWCA Crim 1877; (2003) EWCA Crim 2469; (2003) EWCA Crim 2979; (2005) EWCA Crim 2549; (2007) EWCA Crim 864; (2007) EWCA Crim 803; (2007) EWCA Crim 2104; (2008) EWCA Crim 2900; (2009) EWCA Crim 401; (2009) EWCA Crim 2107; (2009) EWCA Crim 2484; (2010) EWCA Crim 547; (2010) EWCA Crim 716; (2010) EWCA Crim 2799; (2010) EWCA Crim 2974; (2011) EWCA Crim 54; (2011) EWCA Crim 673; (2011) EWCA Crim 1101; (2011) EWCA Crim 1115; (2011) EWCA Crim 1206; (2011) EWCA Crim 1820; (2011) EWCA Crim 2266; (2012) EWCA Crim 320; (2012) EWCA Crim 981; (2012) EWCA Crim 2745; (2012) EWCA Crim 3196; (2013) EWCA Crim 67; (2013) EWCA Crim 465; (2013) EWCA Crim 666; (2013) EWCA Crim 1229; (2013) EWCA Crim 1410; (2013) EWCA Crim 2482; (2014) EWCA Crim 747; (2015) EWCA Crim 910; (2015) EWCA Crim 1062; (2015) EWCA Crim 2242; (2015) EWCA Crim 2499; (2016) EWCA Crim 388; (2016) EWCA Crim 685; (2016) EWCA Crim 1511; (2016) EWCA Crim 1513; (2016) EWCA Crim 1317; (2017) EWCA Crim 116; (2017) EWCA Crim 509; (2017) EWCA Crim 874; (2017) EWCA Crim 1247; (2017) EWCA Crim 1291; (2017) EWCA Crim 1823; (2017) EWCA Crim 2224; (2017) EWCA Crim 2307; (2018) EWCA Crim 185; (2018) EWCA Crim 207; (2018) EWCA Crim 297; (2018) EWCA Crim 507; (2018) EWCA Crim 654; (2018) EWCA Crim 1360; (2018) EWCA Crim 1381; (2018) EWCA Crim 1716; (2018) EWCA Crim 1878; (2018)

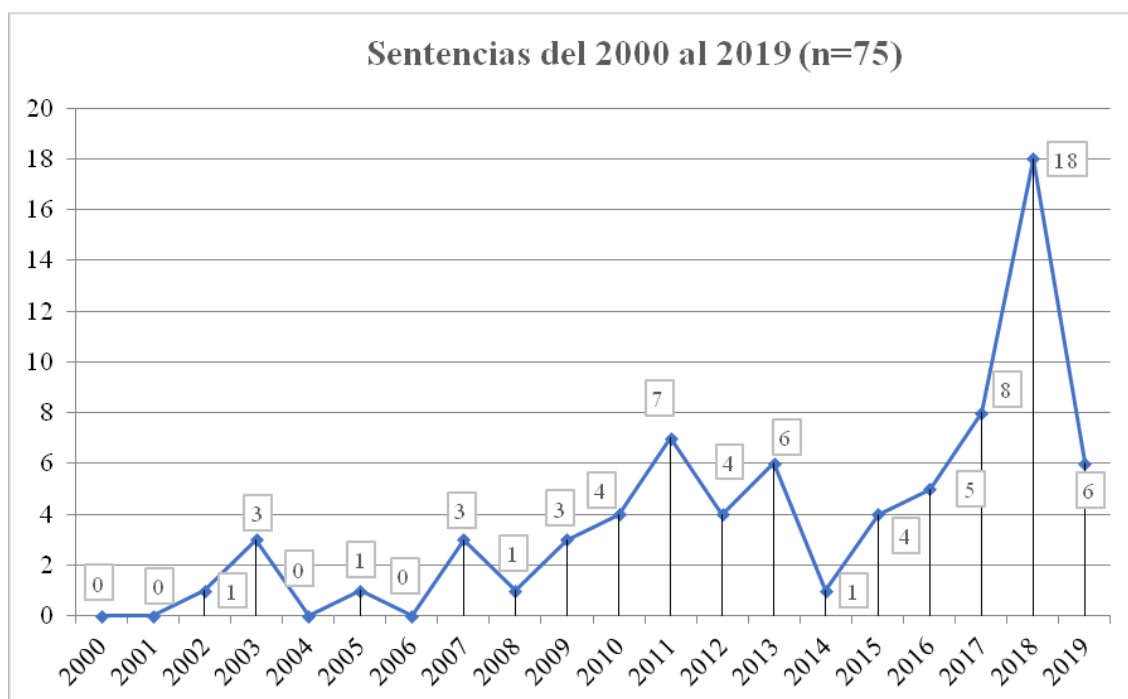


pretende extraer todos aquellos datos relevantes que permitan investigar a aquellas personas que padecen TDAH y que han cometido algún tipo de acción delictiva.

### 1. Año de comisión de la acción penal

En primer lugar, considero relevante proceder al análisis del momento temporal en el que se llevaron a cabo las sucesivas infracciones. Para ello, resulta conveniente aclarar que las mencionadas sentencias son posteriores al año 2000, hecho que se ha llevado a cabo para intentar traer a colación datos más actuales, los cuales, teniendo en cuenta las acciones cometidas, pueden llegar a ser más importantes a la hora de realizar esta investigación.

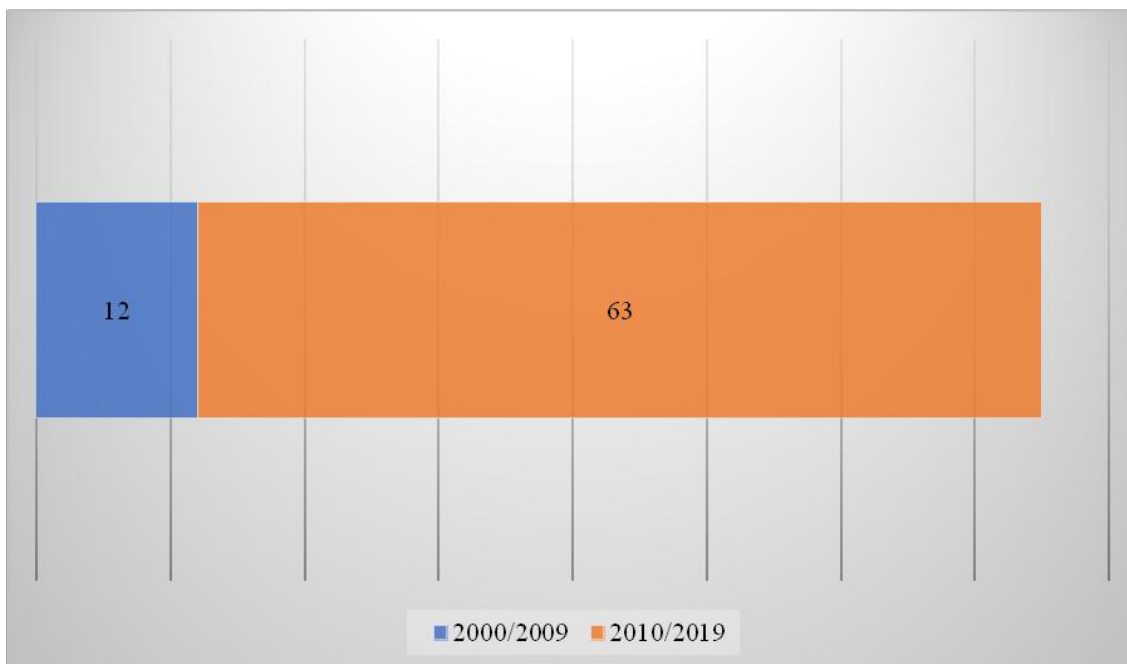
En consecuencia, en el siguiente gráfico se puede observar como el mayor número de sentencias referidas al TDAH tienen su origen en el año 2018. En este sentido, considero necesario señalar que no existe una causa determinante para afirmar el motivo por el cual en ese periodo temporal se cometieron más acciones delictivas que en cualquier otro lapso de tiempo.



Por otro lado, en referencia al gráfico anterior, al observar detenidamente la distribución de las mencionadas sentencias, y dividiendo los resultados obtenidos en dos fragmentos temporales similares, los cuales estarán integrados por los escritos judiciales del 2000 al 2009, por un lado, y del 2010 al 2019, por otro, resulta llamativo señalar cómo la amplia mayoría de las infracciones penales se cometieron en periodos temporales más actuales, como se puede apreciar en la siguiente imagen.

---

EWCA Crim 1974; (2018) EWCA Crim 1976; (2018) EWCA Crim 2311; (2018) EWCA Crim 2436; (2018) EWCA Crim 2464; (2018) EWCA Crim 2648; (2018) EWCA Crim 2691; (2018) EWCA Crim 2880; (2018) EWCA Crim 2941; (2019) EWCA Crim 86; (2019) EWCA Crim 253; (2019) EWCA Crim 1085; (2019) EWCA Crim 1089; (2019) EWCA Crim 1378; (2019) EWCA Crim 1458.



## 2. Circunstancias personales

### 2.1. Sexo de la pareja penal

En relación a la importancia de llevar a cabo un estudio donde se relacione el género y este trastorno, Williamson y Johnston afirman que “comprender la relación entre género y TDAH es importante no solo desde las perspectivas teóricas y de investigación, sino también para facilitar la comprensión clínica de las experiencias de las personas con TDAH. Como aspecto central de la identidad, el género tiene implicaciones en numerosos aspectos básicos del funcionamiento, incluido el rendimiento físico, interpersonal, escolar y vocacional”<sup>32</sup>.

En una investigación llevada a cabo sobre 39 estudios realizados desde el año 1992 hasta la actualidad, Skounti, Philalithis y Galanakis detectaron que el TDAH es más proclive a aparecer durante la etapa infantil que en la adolescencia o la edad adulta, y que suele presentar unos porcentajes más amplios en hombres que en mujeres. No obstante, estos autores continúan sus análisis sobre la prevalencia de este trastorno y dictaminan que hay otros factores que también influyen en la generación de este, haciendo especial hincapié en las características sociales y culturales<sup>33</sup>.

En lo que respecta a la condición sexual de los implicados en las diferentes sentencias analizadas, habiendo procedido al estudio del agresor y de la víctima, considero relevante destacar que los datos extraídos muestran que los hombres son los que presentan unos porcentajes más elevados que las mujeres. En este sentido, el siguiente gráfico hace referencia al sexo del sujeto activo del delito, el cual presenta un diagnóstico de TDAH. El resultado de la búsqueda de

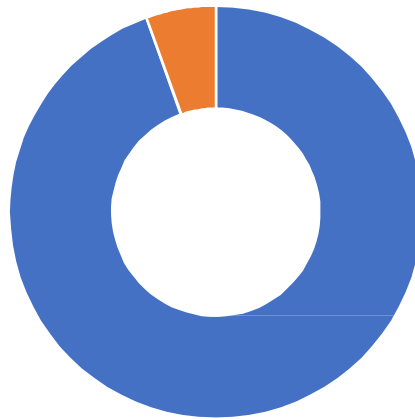
<sup>32</sup> WILLIAMSON, D., and JOHNSTON, C., “Gender differences in adults with attention-deficit/hyperactivity disorder: A narrative review”, en *Clinical Psychology Review*, Vol. 40, 2015, págs. 15-27.

<sup>33</sup> SKOUNTI, M., PHILALITHIS, A., and GALANAKIS, E., “Variations in prevalence of attention deficit hyperactivity disorder worldwide”, en *European Journal of Paediatrics*, Vol. 166, 2007, págs. 117-123.

dicha información nos muestra como los hombres que padecen este trastorno son más propensos que las mujeres a realizar algún tipo de conducta delictiva.

### Sexo delincuentes con TDAH (n=73)

Mujeres  
5%



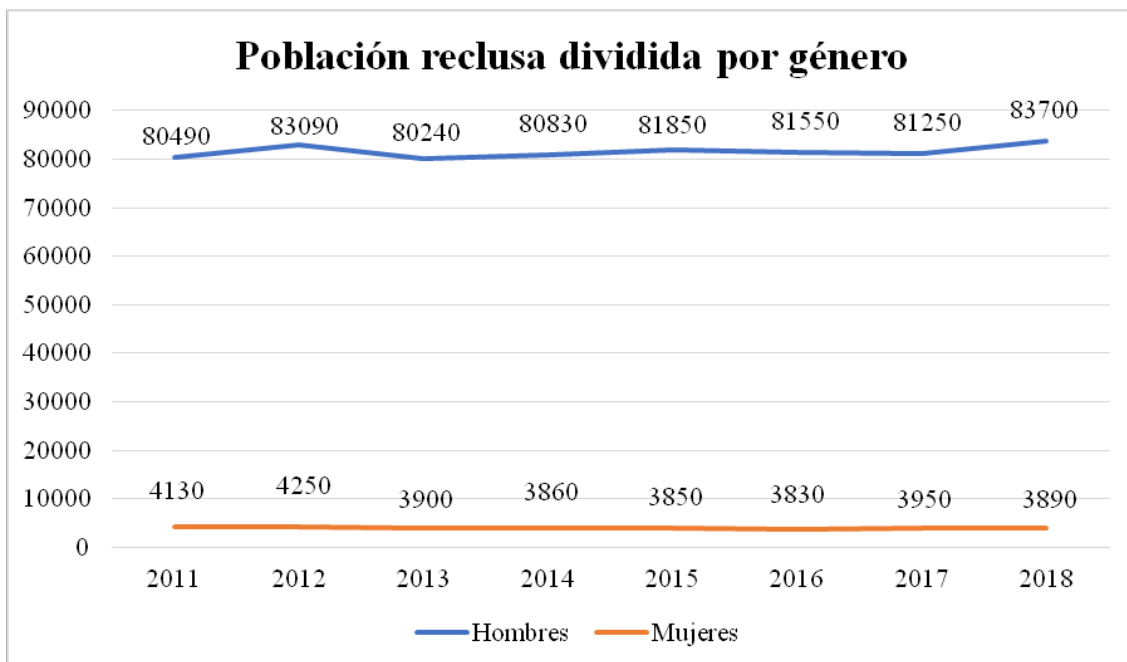
Hombres  
95%

En consecuencia, Realpe Quintero y Serrano Maíllo establecen que “en comparación con las mujeres, los hombres cometen un porcentaje desproporcionado de los delitos de una comunidad”<sup>34</sup>, afirmación que se podría relacionar directamente con los resultados obtenidos en el estudio realizado.

En alusión a dicha afirmación, tomando como punto de referencia las estadísticas oficiales que trimestralmente publica el Gobierno del Reino Unido, en el mencionado país las tasas referidas a la población reclusa muestran unos porcentajes muy esclarecedores, ya que se puede observar cómo en la última década el número de hombres internos es mucho más elevado que el de mujeres<sup>35</sup>.

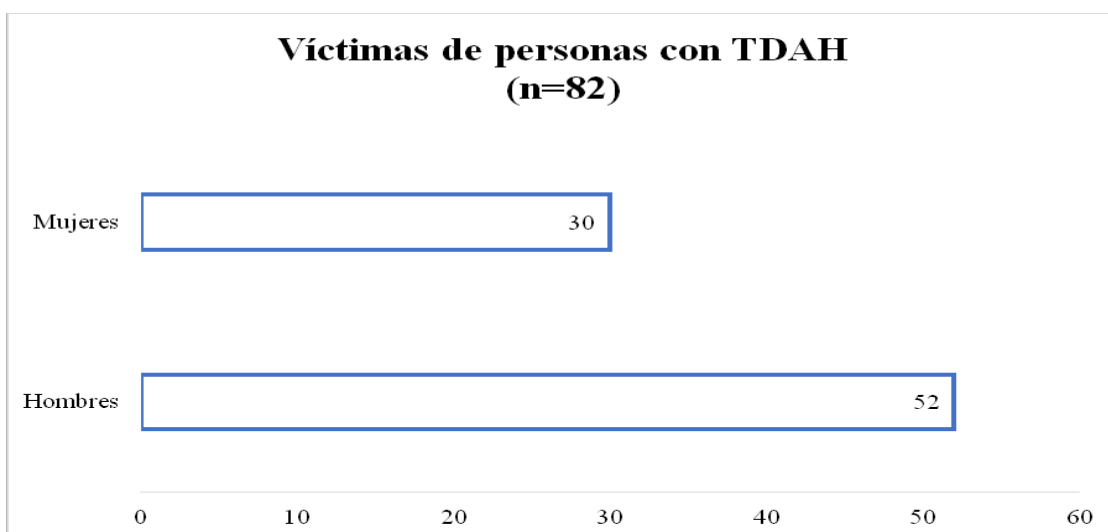
<sup>34</sup> REALPE QUINTERO, M.F., y SERRANO MAILLO, A., “La brecha de género en la criminalidad. UN test de la teoría del poder-control mediante modelos de ecuaciones estructurales con datos del Estudio de Delincuencia Juvenil de Cali”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Vol. 18, 2016, págs. 1-19.

<sup>35</sup> Recurso electrónico disponible en: <https://www.gov.uk/government/organisations/ministry-of-justice/about/statistics>



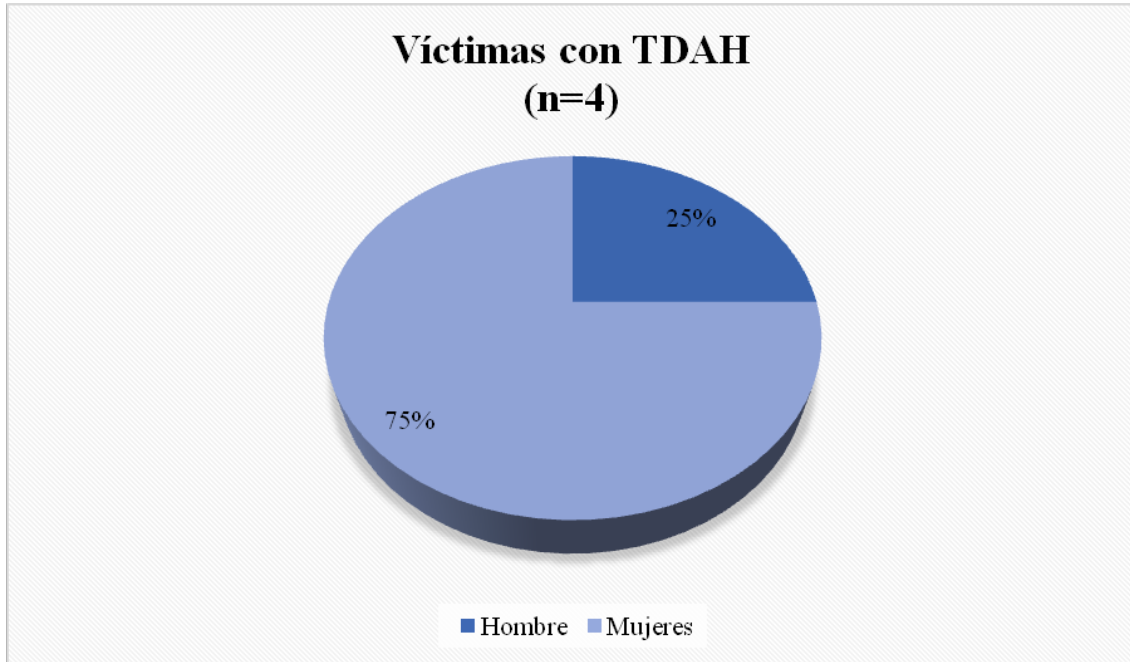
Como se puede apreciar en el gráfico anterior, las cifras exponen cómo ambos sexos muestran unos números constantes a lo largo de este periodo temporal. Permutando dichos números a porcentajes, se observa como desde el año 2011 hasta la actualidad los hombres estarían rondando el 95% del total de internos en los centros penitenciarios del Reino Unido, mientras que las mujeres estarían cerca del 5%.

Por otro lado, en alusión a las víctimas de algún delito cometido por personas que padecen TDAH, en el siguiente gráfico se aprecia como existe un mayor número de hombres que se convierten en sujetos pasivos. No obstante, considero conveniente mencionar que los datos aquí mostrados difieren a los obtenidos en la investigación realizada en España, donde el número de mujeres perjudicadas por estos delincuentes era más elevado<sup>36</sup>.



<sup>36</sup> PINTADO ALCÁZAR, A., “Análisis criminológico de la relación TDAH/delincuencia... cit., pág. 167.

Posteriormente, en atención a las cifras obtenidas en el estudio llevado a cabo sobre diferentes sentencias referidas al sexo de las personas que padecen TDAH y que han sido víctimas de algún tipo de delito, el siguiente gráfico exterioriza que las mujeres con este trastorno son más propensas a convertirse en sujeto pasivo de una infracción penal. No obstante, resulta relevante destacar el escaso número de individuos que presentan esta condición, hecho que dificulta un estudio en profundidad sobre dicha variable.

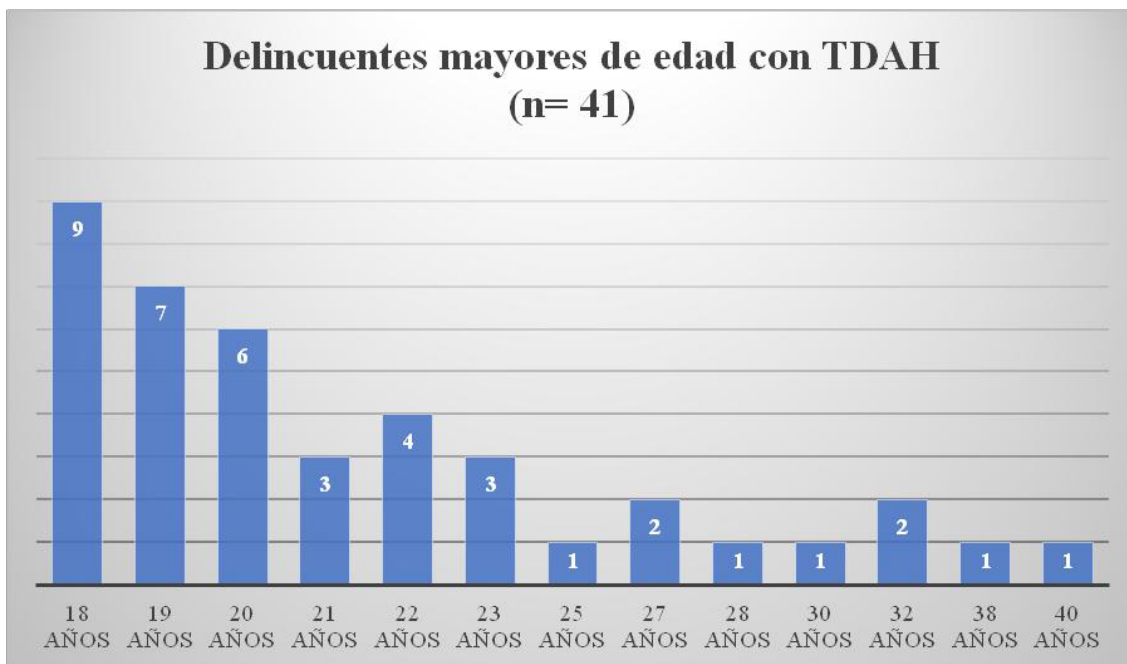


## 2.2. Edad de víctima y victimario

Por otro lado, una de las variables que considero indispensables a la hora de proceder al estudio de estos sujetos es la referida a la edad, tanto del delincuente como de la víctima, lo que nos puede proporcionar información muy relevante acerca de las principales etapas vitales que suelen ser más propensas para convertirse en una figura u otra dentro de la pareja penal. De acuerdo con esto, Birkbeck afirma que “la posible asociación entre la edad y la delincuencia ocupa un lugar interesante en la criminología”<sup>37</sup>.

En consecuencia, analizando las sentencias extraídas de los tribunales anglosajones, se puede apreciar como existe una amplia gama de delincuentes que padecen TDAH y que cometen sus acciones delictivas siendo mayores de edad. En el siguiente gráfico se observa como las personas con 18 años son los que presentan unos números más elevados. No obstante, las cifras van disminuyendo proporcionalmente con el aumento de las edades, lo que podría estar intrínsecamente relacionado con el contacto directo con la minoría de edad, hecho que proporciona a estos individuos una sensación de libertad y de poder al presentar escasas obligaciones, las cuales sí serían más propias de edades más avanzadas.

<sup>37</sup> BIRKBECK, C.H., “El significado de la adolescencia para la criminología”, en Buenos Arús, F., y Guzmán Dalbora, J.L. (Eds.), Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez, Madrid, 2006, pág. 167.



Steffensmeier y Allan establecen cinco justificaciones que consideran indispensables para valorar los contextos sociales existentes en las personas con edades comprendidas entre los 17 años y los 22, lo que provocaría una disminución de la delincuencia una vez cumplido ese ciclo vital.

1. Más cercanía a determinados placeres

2. Mayor asimilación de la condición de adulto y menor aceptación de la categoría de sujeto propenso a la realización de conductas antisociales.

3. Comienzan a tener más contacto con personas de otra edad y condición sexual

4. Más conocimiento de las reglas penales, sabiendo que sus conductas podrían llevar emparejadas una condena en un centro penitenciario.

5. A partir de esas edades, muchas de las personas que siguen cometiendo infracciones modifican su modus operandi y centran sus esfuerzos en realizar acciones más relacionadas con determinados delitos donde la fuerza no es necesaria, por lo que pueden generar mayores dificultades a la hora de ser descubiertos y detenidos<sup>38</sup>.

En este sentido, según Farrington y Loeber, el inicio de las conductas antisociales tiene su origen durante las últimas etapas de la adolescencia, acontecimiento que tiene su principal motivación en el hecho de coexistir y relacionarse con mayor frecuencia con personas de su misma edad y condición sexual<sup>39</sup>. Por su parte, Warr afirma que los primeros contactos con el mundo delictivo tienen su naturaleza en los 17 y 18 años<sup>40</sup>, datos que se asemejan a los

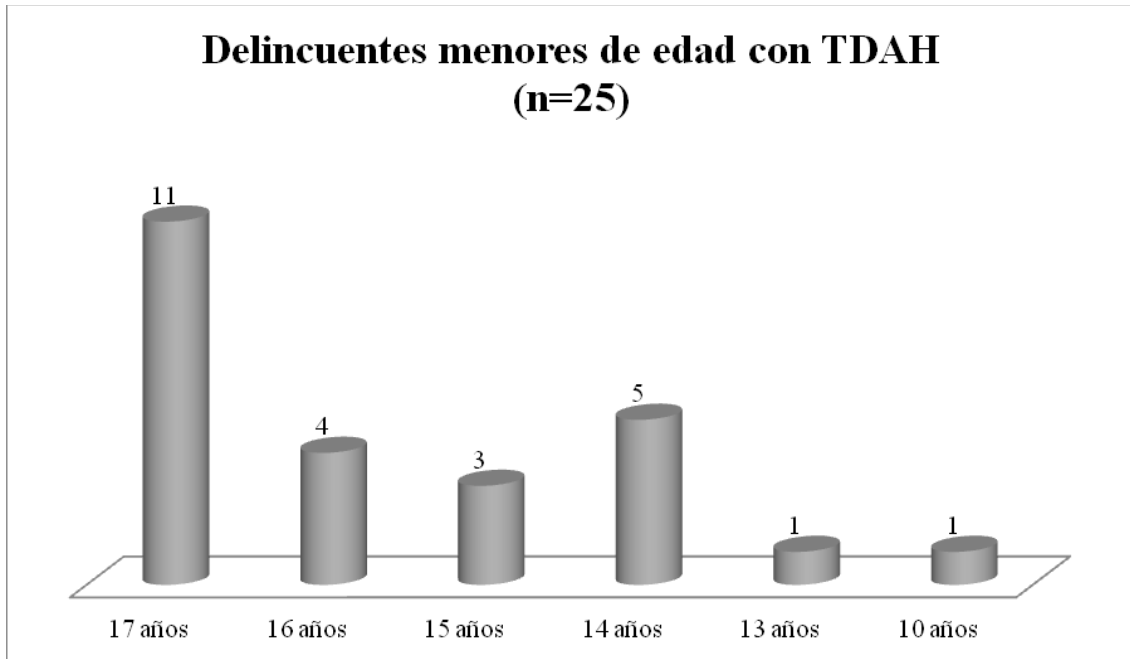
<sup>38</sup> STEFFENSMEIER, D., and ALLAN, E., "Gender and crime: Toward a gendered theory of female offending", en *Annual Reviews of Sociology*, Vol. 22, 2003, págs. 459-487.

<sup>39</sup> FARRINGTON, D.P., and LOEBER, R., "Two approaches to developmental/life-course theorizing", en Cullen, F., and Wilcox, P., (Eds.), *The Oxford Handbook of Crime Prevention*, Oxford, 2013, págs. 226-289.

<sup>40</sup> WARR, M., *Companions in crime: The social aspects of criminal conduct*, Cambridge, 2002, págs. 97-98.



obtenidos en el estudio de las sentencias mencionadas, los cuales vienen reflejados en el siguiente gráfico.



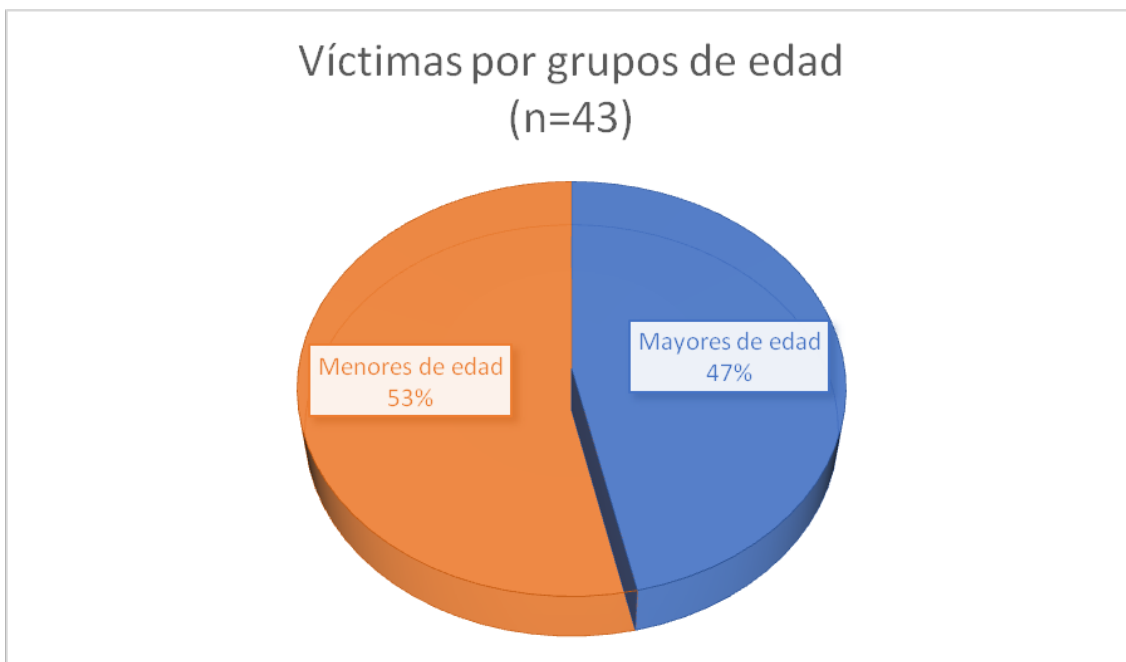
En lo que respecta a las carreras criminales, Martínez Catena y Redondo Illescas afirman que “la delincuencia juvenil y adulta es un fenómeno complejo y multicausal, en el que diversos factores de riesgo y de protección se asocian a la probabilidad de comisión de un delito. [...], los diversos correlatos de riesgo para el delito se han organizado en tres grandes fuentes: a) riesgos personales; b) riesgos en el apoyo prosocial recibido; y c) riesgos relativos a las situaciones y oportunidades favorecedoras de los delitos”<sup>41</sup>.

Por su parte, Morillo Puente y Birkbeck, en referencia a la reiteración de comportamientos antisociales, los cuales podrían desembocar en una carrera criminal, establecen que “es probable que una vez que el adolescente se convierta en adulto puedan desaparecer estas conductas, pero también pudiesen ser el inicio de una carrera delictiva”<sup>42</sup>.

En atención al siguiente gráfico, se puede contemplar la existencia de un mayor número de víctimas que no han cumplido los 18 años. No obstante, conviene destacar que la diferencia entre ambos grupos de edad no es excesivamente elevada, ya que los porcentajes son muy similares.

<sup>41</sup> MARTÍNEZ CATENA, A., y REDONDO ILLESCAS, S., “Carreras delictivas juveniles y tratamiento”, en Zerbitzuan. Revista de servicios sociales, Vol. 54, 2013, págs. 171-183.

<sup>42</sup> MORILLO PUENTE, S., y BIRKBECK, C.H., “Conducta antisocial adolescente bajo un enfoque integrador de tres teorías criminológicas”, en Revista de Ciencias Sociales (RCS), Vol. XXIII, 2017, págs. 76-88.

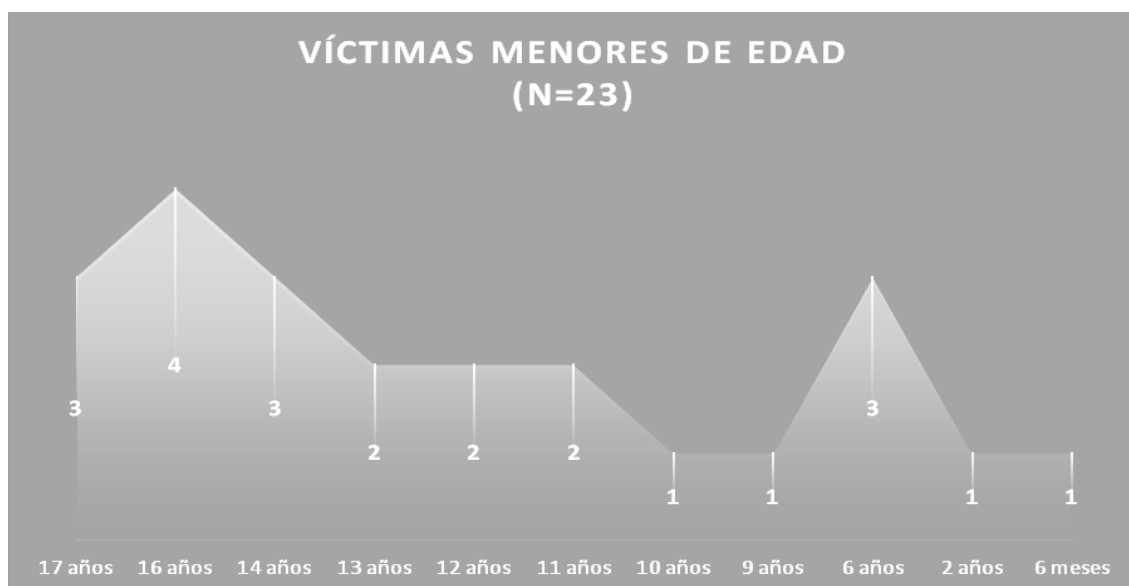


En alusión a las víctimas que se engloban dentro del grupo referido a aquellas personas que sobrepasan los 18 años, existe un cuantioso número de sentencias analizadas que no determinan con exactitud la edad de la perjudicados, lo que podría dificultar su análisis. No obstante, ante los datos obtenidos, se contempla cómo serán los sujetos con 19 años y los que se encuentran entre los 50 y los 71 los que presentan unas cifras más elevadas.



Posteriormente, en lo que respecta a las víctimas jóvenes, los datos obtenidos muestran que las acciones delictivas están divididas en varios grupos de edad, no centrándose únicamente en una franja concreta. Así, se observa que los adolescentes más cercanos a la edad adulta son los que más tienden a convertirse en sujetos perjudicados por algún tipo de acción delictiva cometida

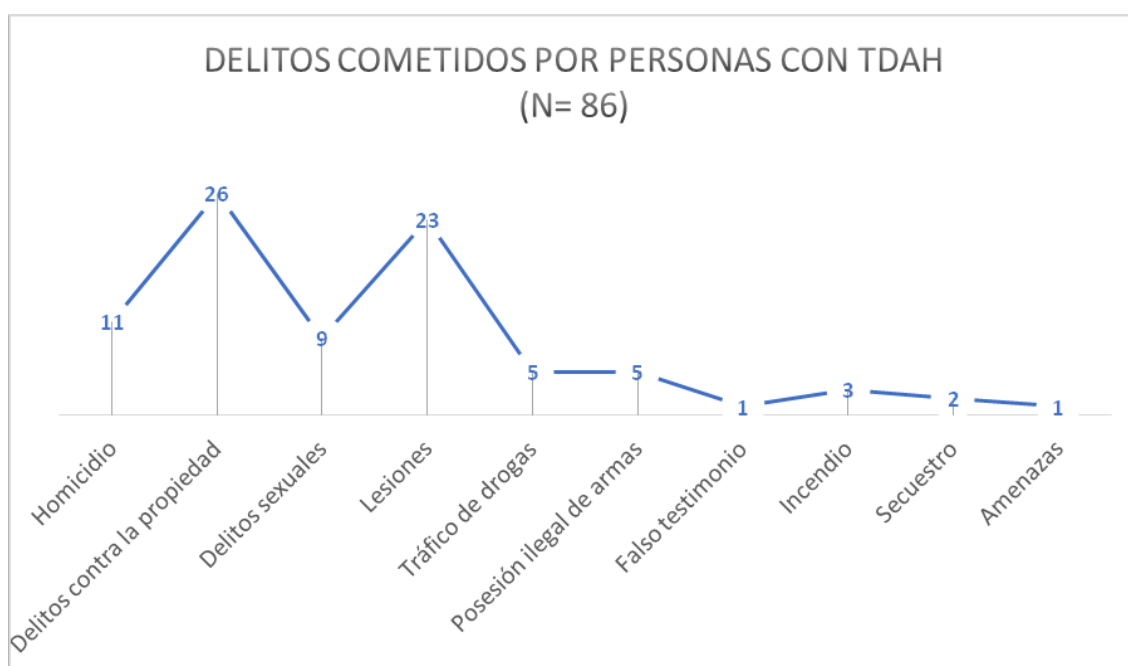
por personas con TDAH. No obstante, resulta necesario aclarar que los sujetos de 6 años también tienen un elevado número de sucesos, lo que podría estar relacionado con su alto nivel de vulnerabilidad.



### 3. Circunstancias penales y criminológicas

#### 3.1. Delitos cometidos

Una vez analizadas las características personales de los delincuentes y de las víctimas que tienen TDAH, considero indispensable proceder al estudio de las circunstancias penales y criminológicas de los mismos, hecho que resulta fundamental para poder determinar con exactitud cuales son las infracciones penales más repetidas, así como otras variables de gran relevancia para desarrollar esta investigación. En primer lugar, la investigación se enfoca en el examen de las acciones delictivas realizadas por dichos sujetos.



En atención a la representatividad de los delitos expuestos, se establecen diferentes grupos comparativos en los que se intentan agrupar las diversas infracciones penales cometidos por estas personas.

A) Mayor representatividad. Este grupo engloba aquellas acciones que presentan unos números elevados dentro de la totalidad de delitos analizados; es decir: los realizados contra la propiedad y las lesiones. En este caso concreto, conviene decir que la suma de ambas infracciones supera la mitad de las acciones cometidas (49 de 86, lo que equivaldría a un 57%).

En lo que se refiere a los delitos contra la propiedad, la legislación anglosajona los divide en el hurto, robo con fuerza o robo doméstico. En este sentido, la Theft Act 1968 establece una serie de requisitos esenciales para que se lleve a cabo el hurto, los cuales se fundamentan en: a) apropiación; b) deshonesto; c) propiedad; d) pertenece a otra persona; e) con la intención de privar permanentemente al otro. La unión de todos estos requisitos es lo que daría lugar al mencionado delito. En consecuencia, en referencia a los actos jurídicos que constituyen las fuentes integradoras de la ley, conviene

mencionar que una persona no puede robar propiedad de la cual es el único propietario. Solo puede robar propiedad que pertenece, o se considera por ley que pertenece, al menos en parte, a otra persona<sup>43</sup>.

B) Representatividad media. Dentro de este conjunto de delitos cabe destacar la presencia de dos subgrupos; uno referido a aquellas infracciones que presentan unos números por encima de la media y, por otro lado, otro que hace alusión a las acciones que presentan unas cifras más bajas pero que siguen siendo relevantes.

b1) Delitos sexuales y los referentes al homicidio y sus formas. En referencia a estos últimos, resulta llamativo el amplio abanico de penas que los Jueces pueden imponer a los sujetos que han cometido este delito, pudiendo llegar a imponer life (cadena perpetua), con independencia de la edad del agresor. Por otro lado, conviene destacar el elevado número de acciones contra la vida y la libertad sexual cometidas por las personas que padecen TDAH.

b2) Cifras más bajas, pero de gran relevancia. A pesar de no presentar unos porcentajes sumamente llamativos, considero que el tráfico de drogas y la posesión ilegal de armas de fuego merecen figurar en este apartado. Ambas infracciones representan un 5% del total de delitos cometidos, dato que podría resultar insignificante, pero que no es así debido a la gravedad de los actos.

C) Escasa representatividad. Las acciones que presentan un menor índice de comisión por parte de las personas que padecen TDAH son las referidas al falso testimonio, incendio, secuestro y amenazas. Entre todas ellas suman siete infracciones, lo que supondría un 8% del total.

Al igual que sucedía con los resultados conseguidos en España, los delitos contra la propiedad son los que presentan unos resultados comisivos más elevados en el estudio realizado en Inglaterra y Gales, coincidiendo estos datos con los obtenidos por Barkley, Murphy y Fischer, quienes estudiaron a personas adultas con TDAH y analizaron las conductas ilícitas de aquellos que habían desarrollado algún tipo de acción antisocial<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> ORMEROD, D., and LAIRD, K., *Criminal Law*, Oxford, 2015, pág. 826.

<sup>44</sup> BARKLEY, R.A., MURPHY, K.R., and FISCHER, M., *El TDAH en adultos. Lo que nos dice la ciencia*, Barcelona, 2008, pág. 328.

### 3.2. Penas impuestas

Antes de proceder al análisis de esta nueva variable, resulta imprescindible mencionar que en el Reino Unido no se utiliza un texto legal como, por ejemplo, si se hace en España. En este país, los tribunales basan sus decisiones en las Definitve Guideline que son unos manuales jurídicos en los que se detallan los posibles delitos cometidos, así como las correspondientes sanciones penales. En este caso, y para dejar libre albedrío al Tribunal competente, se suelen utilizar periodos temporales concretos en los que se especifican las características que debe cumplir la infracción realizada.

En atención a las principales penas impuestas dentro de las sentencias analizadas, en el siguiente gráfico se puede apreciar cómo la gran mayoría de estas se encuentran en una horquilla que oscila entre las condenas que van desde los 2 hasta los 7 años, las cuales representarán cerca del 60% del total. En el lado opuesto se encuentran aquellas de mayor duración, siendo relevante destacar las dos acciones delictivas que han sido castigadas con life.



Según el Crime and Disorder Act 1998, vigente en la actualidad, en relación a la imposición de condenas, en el Reino Unido existe el Grupo Consultivo sobre Imposición de Penas, el cual está integrado en su totalidad por profesionales de la justicia y la seguridad, estableciendo la necesidad por parte de los Tribunales de centrar sus esfuerzos en intentar fomentar “la coherencia en la imposición de penas y el coste de las distintas penas y su eficacia relativa para evitar la reincidencia”<sup>45</sup>.

### 3.3. Formas de comisión

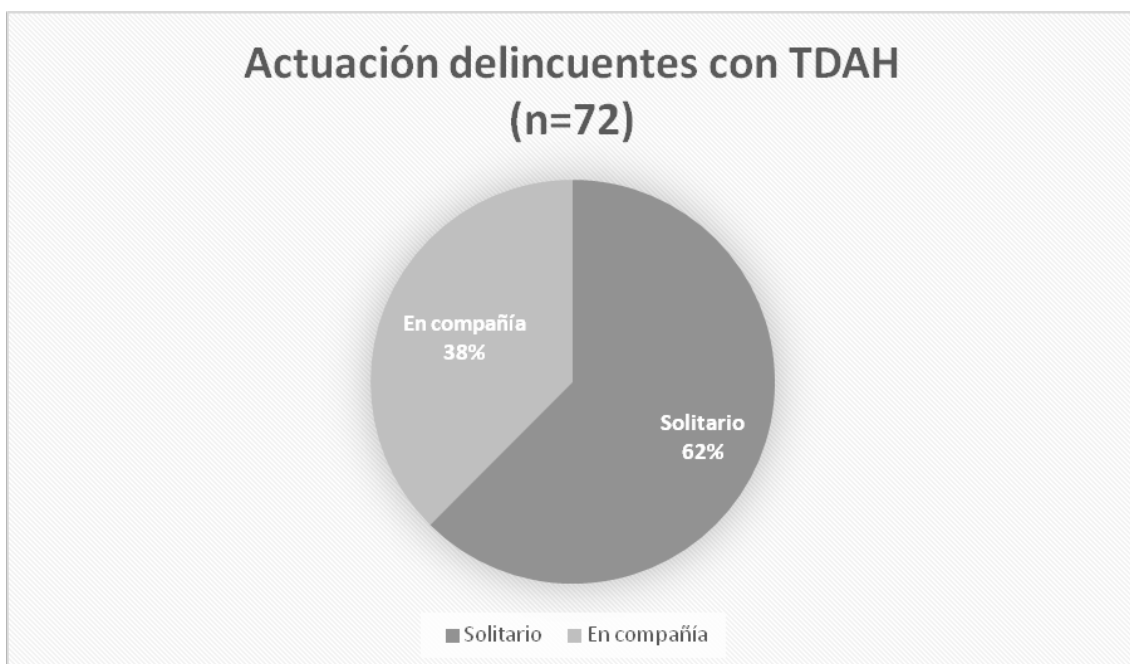
Este apartado se centra en establecer la diferencia existente entre los hechos cometidos de forma colectiva y aquellos realizados por una única persona. En términos generales, las acciones realizadas en ambos supuestos presentan grandes diferencias, ya que los actos llevados a cabo por dos o más sujetos suelen presentar individuos dominantes y dominados dentro del mismo grupo

<sup>45</sup> Recurso electrónico disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/37/contents>

delictivo, pudiendo llegar a representar acciones más violentas que las exteriorizadas por un solo criminal.

En relación a la actuación de un evento criminal por parte de dos personas, Siguele instauró, desde un punto de vista criminológico, los términos “incubo”, para hacer referencia al sujeto dominante, el cual ejerce un potente control interno sobre el otro delincuente; y, por otro lado, el “súcubo”, quien profesará el rol de persona dominada, realizando aquellas acciones que les sean encomendadas<sup>46</sup>.

En el siguiente gráfico se puede apreciar como en las sentencias analizadas predominan las acciones realizadas de forma individual. No obstante, cabe destacar el porcentaje relativo a los actos cometidos de forma conjunta, ya sea en pareja o mediante la unión de más miembros, acontecimiento que no suele ser habitual en este tipo de delincuentes.



A modo de ejemplo, y para reafirmar lo anteriormente mencionado, considero relevante traer a colación los datos emanados del estudio realizado en España. Así, dicho análisis mostró que tan sólo un 20% de las personas que padecían TDAH y cometían un delito lo hacían en compañía, siendo este dato sustancialmente inferior al obtenido en Inglaterra y Gales<sup>47</sup>.

### 3.4. Antecedentes penales

Finalmente, en referencia a la última variable vinculada a las circunstancias penales y criminológicas, el estudio de aquellas acciones que han sido cometidas con anterioridad al delito por el cual se encuentran en prisión actualmente, con independencia de la naturaleza de dichos actos, resulta determinante el análisis de la misma para poder discernir el grado de peligrosidad que muestran estas personas.

<sup>46</sup> SIGHELE, S., La muchedumbre delincuente. Ensayo de psicología colectiva, Madrid, 1892, pág. 54.

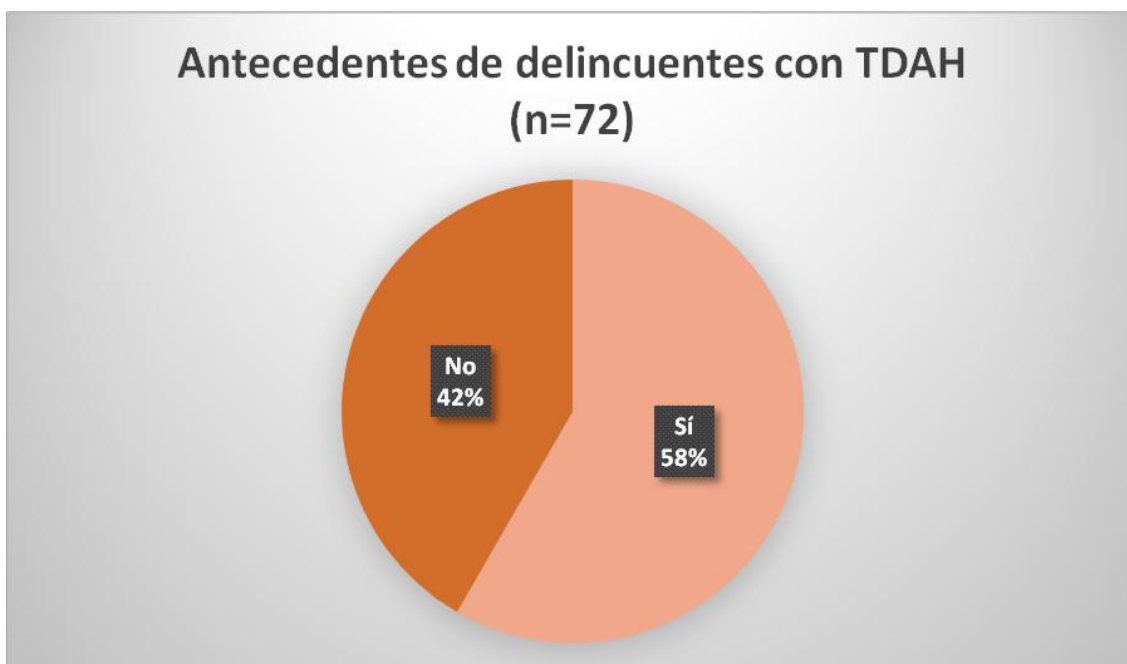
<sup>47</sup> PINTADO ALCÁZAR, A., “Análisis criminológico de la relación TDAH/delincuencia... cit., pág. 172.



Larrauri Pijoan señala la dificultad que genera la existencia de antecedentes penales para la obtención de un trabajo o simplemente para poder llevar a cabo una vida normalizada. En este sentido, dicha investigadora hace referencia a la difusión de dicha circunstancia en el sujeto delincente. Así, afirma que “una de las variables que previsiblemente afecta a la importancia que los antecedentes penales tienen para la reinserción de las personas es la publicidad que se realiza de los mismos. Para una persona el estigma perpetuo de “delincente” y tolerar la publicidad de su condena, como una marca, disminuyen considerablemente sus posibilidades de reintegrarse en la sociedad”<sup>48</sup>.

En este sentido, Lam y Harcourt llevaron a cabo un estudio sobre el uso de los antecedentes penales en las decisiones que se toman a la hora de ser seleccionados para un puesto de trabajo concreto, haciendo especial hincapié en los derechos de los antiguos delincentes y de los empresarios. Así, estos autores concluyeron, entre otros aspectos, que el hecho de tener antecedentes delictivos no lleva aparejada necesariamente la realización de futuras acciones criminales<sup>49</sup>.

Retomando el estudio de las sentencias extraídas en Inglaterra y Gales, en el siguiente gráfico se observa como las personas que tienen antecedentes penales, presentan TDAH y se ubican en los mencionados contextos geográficos, exteriorizan unos porcentajes más elevados que aquellas que no han cometido previamente otras acciones delictivas, con independencia de la naturaleza de las mismas.



Con este gráfico no quiero afirmar que las personas con este trastorno son más propensas a la realización de diferentes acciones delictivas prolongadas durante un período duradero de tiempo, siendo mi idea principal señalar simplemente

<sup>48</sup> LARRAURI PIJOAN, E., “Antecedentes penales”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Vol. 8, 2015, págs. 153-159.

<sup>49</sup> LAM, H., and HARCOURT, M., “The use of criminal record in employment decisions: the rights of ex-offenders, employers and the public”, en *Journal of Business Ethics*, Vol. 47, 2003, págs. 237-252.

los porcentajes de aquellas personas que en el momento de llevar a cabo el estudio se encontraban en prisión.

#### 4. Comorbilidad

El estudio de esta variable resulta extremadamente importante cuando se está llevando a cabo una investigación sobre personas internas que padecen TDAH. En consecuencia, analizar los trastornos asociados a estos sujetos puede resultar básico para determinar la capacidad delictiva de los mismos, atendiendo para ello a las circunstancias personales o contextos sociales que rodean a estos individuos.

Como señalan diferentes autores, el TDAH es un trastorno que difícilmente se muestra de forma solitaria, siendo habitual que se manifieste conjuntamente con otras perturbaciones, con independencia de la naturaleza de las mismas. En este sentido, y haciendo referencia a la importancia de llevar a cabo el análisis de esta variable, López Soler, Isabel Belchí y Romero Medina señalan que dos tercios de los menores que padecen TDAH presentan al menos otro trastorno diagnosticado<sup>50</sup>.

Por otro lado, San Sebastián Cabasés, Soutullo Esperón y Figueroa Quintana establecen que la comorbilidad se presenta en un 70% de las personas que padecen TDAH, cuando se habla de un sólo trastorno asociado, y en torno a un 40% de los pacientes, haciendo especial referencia a los supuestos en los que al menos son dos trastornos relacionados<sup>51</sup>.

En atención al estudio de las sentencias condenatorias extraídas de la jurisprudencia de Inglaterra y Gales, en el gráfico que se puede apreciar a continuación se vislumbran notoriamente dos grandes grupos que se intercalan dependiendo de la representatividad de cada uno de ellos.

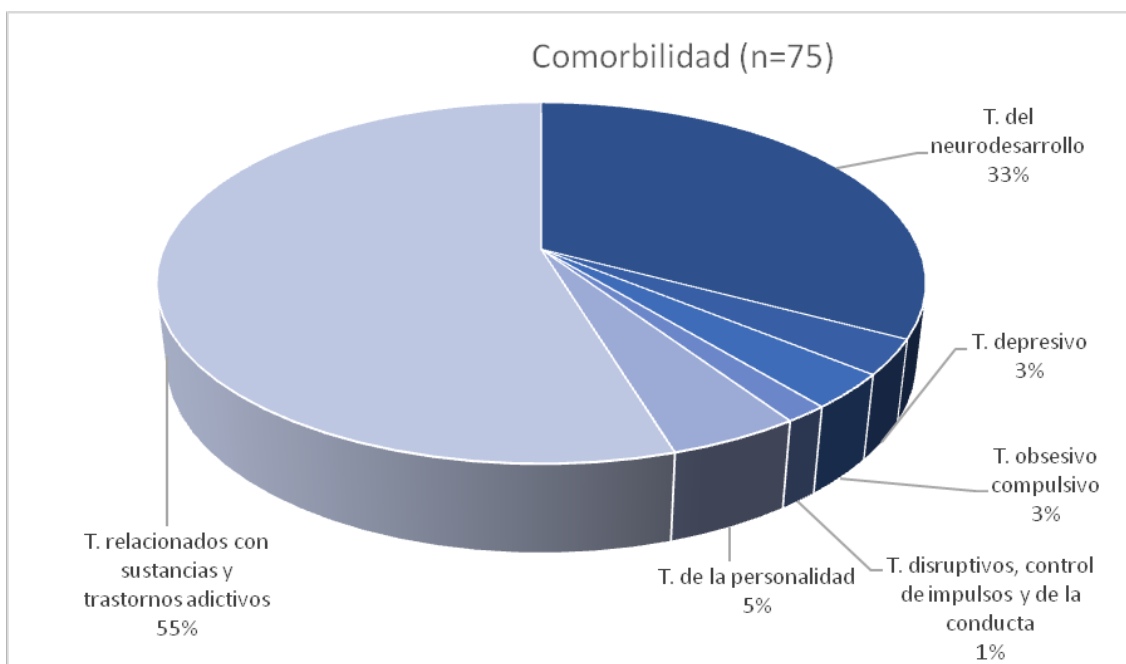
a) Mayor frecuencia. En este apartado se engloban aquellos trastornos que están relacionados con el abuso de sustancias y otros trastornos adictivos, los cuales representan un 55% del total de casos analizados. Por otro lado, los trastornos del neurodesarrollo también llevan aparejado unos niveles porcentuales bastantes elevados, llegando al 33%, siendo el trastorno del espectro autista el más repetido dentro de este tipo de perturbaciones. Como se puede apreciar, la suma de ambas alteraciones se corresponde con el 88% de los supuestos analizados, datos que exteriorizan una gran representatividad en estos sujetos.

b) Menor frecuencia. Por otra parte, en el lado opuesto se encuentran aquellos desordenes que suman el 12% restante. Dentro de este grupo se encuentran los trastornos de la personalidad, depresivo, obsesivo compulsivo y los disruptivos, control de impulsos y de la conducta, por este orden.

---

<sup>50</sup> LÓPEZ SOLER, C., ISABEL BELCHÍ, A., y ROMERO MEDINA, A., “Prevalencia/comorbilidad del TDAH”, en López Soler, C., y Romero Medina, A. (Coords.), TDAH y trastornos del comportamiento en la infancia y la adolescencia. Clínica, diagnóstico, evaluación y tratamiento, Madrid, 2013, pág. 40.

<sup>51</sup> SAN SEBASTIÁN, CABASÉS, J., SOUTULLO ESPERÓN, C., y FIGUEROA QUINTANA, A., “El trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH)”, en Soutullo Esperón, C., y Mardomingo Sanz, M.J., (Coords.), Manual de Psiquiatría del niño y del adolescente, Madrid, 2010, pág. 58.



Estatuto. Como ya he mencionado anteriormente, el trastorno relacionado con el abuso de sustancias es el más frecuente entre los internos que padecen TDAH. En este sentido, Biederman, Milberger, Faraone, Liely, Guite, Mick, Ablon, Warburton y Reed en un estudio que llevaron a cabo sobre los factores de riesgo dentro del entorno familiar, determinaron que el 52% de las personas que presentan TDAH en la infancia desarrollaron un trastorno afín al consumo de sustancias, mientras que en poblaciones sin TDAH rondaría el 27% de casos<sup>52</sup>.

Dentro de este mismo hilo argumental, Ohlmeier, Peters, Te Wildt, Zedler, Ziegenbein, Wiese, Emrich y Schneider afirman que “puede asumirse que las enfermedades adictivas con una elevada comorbilidad están, en efecto, conectadas con el TDAH. Esto puede expresarse en forma de dependencia del alcohol o de consumo de drogas ilegales”<sup>53</sup>.

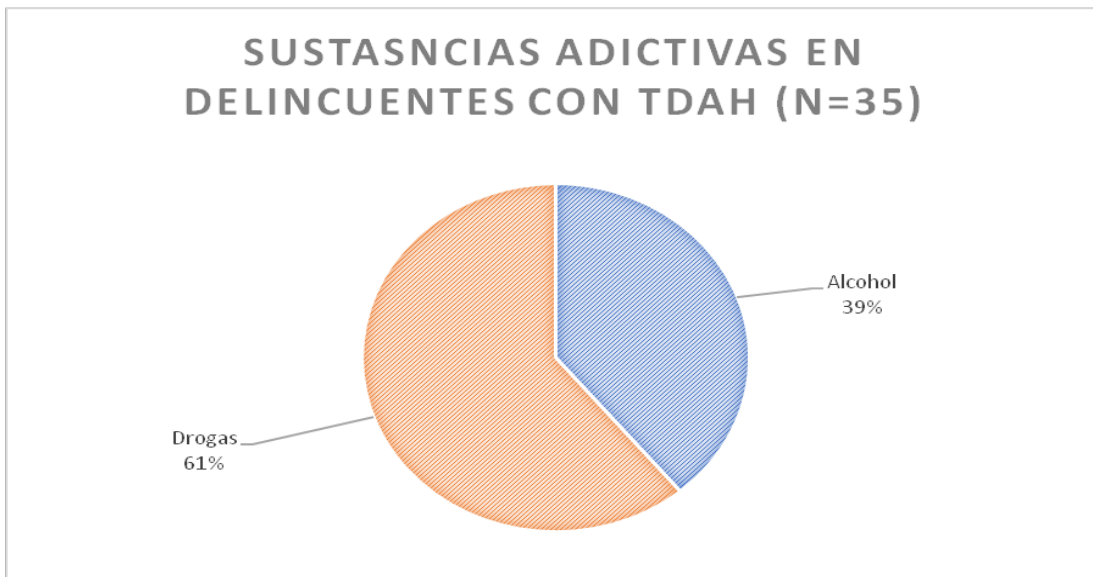
Por otro lado, Wilens, Faraone, Biederman y Gunawardene, en un estudio llevado a cabo sobre la interrelación existente entre el TDAH y el consumo de determinadas sustancias, afirman que el consumo de alcohol por parte de estas personas es muy frecuente, existiendo entre el 17% y el 45% de los casos analizados. En lo que respecta a otras drogas, estos autores determinan que los porcentajes serán inferiores, entre el 9% y el 30% de los casos analizados<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> BIEDERMAN, J., MILBERGER, S., FARAONE, S.V., KIELY, K., GUITTE, J., MICK, E., ABLON, S., WARBURTON, R., and REED, E., “Family-environment factors for attention-deficit hyperactivity disorder. A test of Rutter’s indicators of adversity”, en *Archives of General Psychiatry*, Vol. 52, 1995, págs. 464-470.

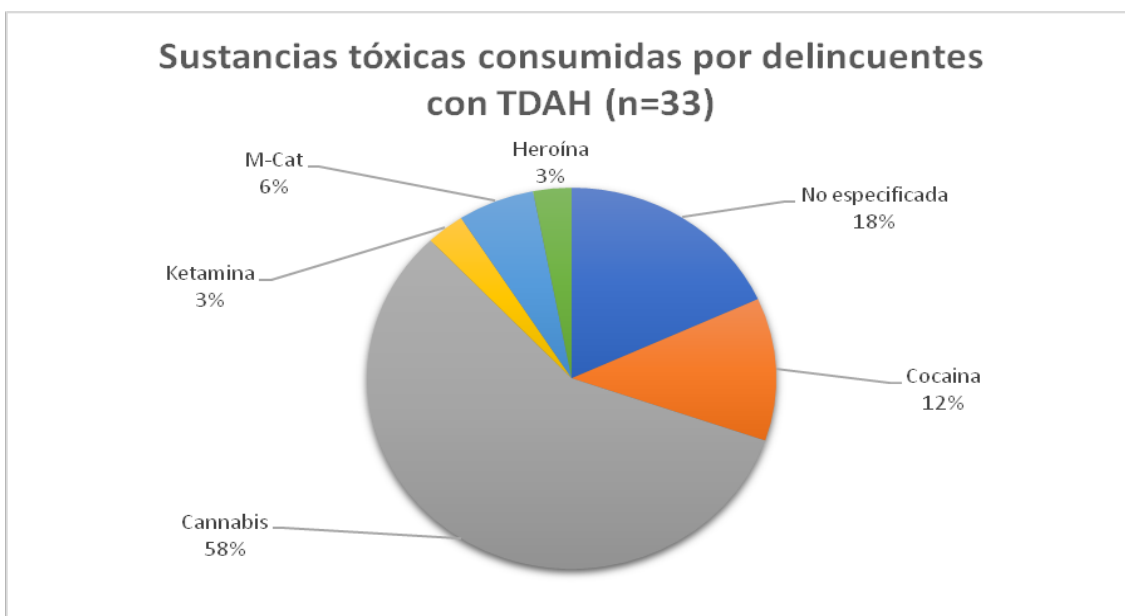
<sup>53</sup> OHLMEIER, M.D., PETERS, K., TE WILDT, B.T., ZEDLER, M., ZIEGENBEIN, M., WIESE, B., EMRICH, H.M., and SCHNEIDER, U., “Comorbilidad de la dependencia al alcohol y drogas y el Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH)”, en *RET, Revista de Toxicomanías*, Vol. 58, 2009, págs. 12-18.

<sup>54</sup> WILENS, T.E., FARAONE, S.V., BIEDERMAN, J., and GUNAWARDENE, S., “Does stimulant therapy of Attention-Deficit/Hyperactivity Disorder beget later substance abuse? A meta-analytic review of the literature”, en *Pediatrics*, Vol. 111, 2003, págs. 179-185.

En referencia al estudio de las sentencias mencionadas, los resultados nos muestran que, a pesar del elevado porcentaje de estos sujetos que abusan del alcohol, existe una mayoría de individuos que se encuentran en prisión, que padecen TDAH y que consumen otro tipo de sustancias tóxicas.



En este sentido, en el siguiente gráfico se puede apreciar cómo será el cannabis la sustancias más utilizada por estas personas. Teniendo en cuenta los resultados obtenidos, se observa una amplia diferencia entre la mencionada droga con el resto de componentes tóxicos. Con la finalidad de dar relevancia a los resultados obtenidos, traigo a colación las conclusiones a las que llegaron Ohlmeier, Peters, Te Wildt, Zedler, Ziegenbein, Wiese, Emrich y Schneider, quienes establecieron que el 97% de las personas que padecen TDAH y que fueron analizadas en su investigación consumían cannabis<sup>55</sup>.



<sup>55</sup> OHLMEIER, M.D., PETERS, K., TE WILDT, B.T., ZEDLER, M., ZIEGENBEIN, M., WIESE, B., EMRICH, H.M., and SCHNEIDER, U., “Comorbilidad de la dependencia al alcohol... cit., págs. 12-18.

## IV. CONCLUSIONES

Estatuto. El gran número de habitantes que se concentran en Inglaterra y Gales hace que las posibilidades de encontrar individuos con TDAH sean elevadas. Algo similar ocurre con las cifras referentes a las personas privadas de libertad, las cuales ejemplifican perfectamente la mayor tendencia de los hombres a cometer algún tipo de acción delictiva, dato que se ratifica con los dígitos extraídos del análisis de los internos diagnosticados con el trastorno propio de este estudio.

Llevar a cabo una investigación sobre las personas que están en prisión y que presentan un diagnóstico de TDAH resulta esencial para poder crear diferentes patrones asistenciales que permitan ayudar a todas aquellas personas que, no habiendo cometido ningún delito, se encuentran en contextos situacionales proclives para el desarrollo de una futura carrera criminal.

A pesar del número de sentencias analizadas en Inglaterra y Gales, el TDAH se continúa presentando como un gran desconocido dentro de los sistemas legales, ya sea desde un ámbito puramente legalista o desde una perspectiva criminológica, acontecimiento que irá variando con el paso del tiempo gracias al desarrollo de futuras investigaciones relacionadas con este trastorno, las cuales considero imprescindibles para que se pueda llegar a tener una conciencia del mismo desde una visión alejada del terreno de la psicología o de la psiquiatría.

Con el análisis de las sentencias se intenta llegar a encontrar de forma fidedigna los acontecimientos delictivos, y demás contextos vitales, que se pueden considerar identificativos de cada uno de estos individuos a la hora de desarrollar una acción criminal, con independencia de los necesarios estudios clínicos por parte de los especialistas, ya sea con anterioridad o posterioridad a la ejecución del mismo.

Las conclusiones aquí expuestas nos muestran datos que pueden diferir de los detectados en territorio español, acontecimiento que también puede verse definido por las costumbres propias de cada país. No obstante, una de las variables que considero más determinantes desde un punto de vista criminológico es la relacionada

con el delito cometido por estas personas. En este sentido, resulta bastante determinante señalar que las acciones ejecutadas contra el patrimonio y el orden socioeconómico son las que presentan unas cifras más elevadas. Así, con la obtención de tales resultados se debería comenzar a llevar a cabo planes de prevención relacionados con tales infracciones, intentando con ello conseguir una disminución porcentual que se pueda llegar a considerar concluyente.

Finalmente, el consumo de determinadas sustancias por estos sujetos merece ser examinado con detenimiento. Los problemas que lleva aparejada la ingesta de este tipo de componentes resulta muy perjudicial para la colectividad, pudiendo llegar a multiplicarse en aquellos colectivos que padecen TDAH. A pesar de la gran cantidad de investigaciones que existen sobre las drogas y su consumo, considero imprescindible llevar a cabo un análisis pormenorizado de este tipo de elementos y sus consecuencias negativas en estos individuos, ya que podría ser interpretado como un gran avance en el estudio de este trastorno.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BARKLEY, R.A., MURPHY, K.R., and FISCHER, M., *El TDAH en adultos. Lo que nos dice la ciencia*, Barcelona, 2008.
- BIEDERMAN, J., MILBERGER, S., FARAONE, S.V., KIELY, K., GUTE, J., MICK, E., ABLON, S., WARBURTON, R., and REED, E., "Family-environment factors for attention-deficit hyperactivity disorder. A test of Rutter's indicators of adversity", en *Archives of General Psychiatry*, Vol. 52, 1995.
- BIRKBECK, C.H., "El significado de la adolescencia para la criminología", en Buenos Arús, F., y Guzmán Dalbora, J.L. (Eds.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, 2006.
- CHRONIS, A.M., LAHEY, B.B., PELHAM, W.E., KIPP, H.L., BAUMANN, B.L., and LEE, S.S., "Psychopathology and substance abuse in parents of young children with attention-deficit/hyperactivity disorder", en *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, Vol. 42, 2003.
- EINARSSON, E., SIGURDSSON, J.F., GUDJONSSON, G.H., NEWTON, A.K., and BRAGASON, O.O., "Screening for attention-deficit hyperactivity disorder and co-morbid mental disorders among prison inmates", en *Nordic Journal of Psychiatry*, Vol. 26, 2009.
- FARAONE, S.V., SERGEANT, J., GILLBERG, C., and BIEDERMAN, J., "The worldwide prevalence of ADHD: Is it an American condition?", en *World Psychiatry*, Vol. 2., 2003.
- FARRINGTON, D.P., and LOEBER, R., "Two approaches to developmental/life-course theorizing", en Cullen, F., and Wilcox, P., (Eds.), *The Oxford Handbook of Crime Prevention*, Oxford, 2013.
- GINSBERG, Y., HIRVIKOSKI, T., and LINDEFORS, N., "Attention Deficit Hyperactivity Disorder (ADHD) among longer-term prison inmates is a prevalent, persistent and disabling disorder", en *BMC Psychiatry*, Vol. 10, 2010.
- GONZÁLEZ, R.A., KALLIS, C., and COID, J.W., "Adult Attention Deficit Hyperactivity Disorder and violence in the population of England: Does comorbidity matter?", en *PLOS ONE*, Vol. 8, 2013.
- GUNTER, T.D., ARNDT, S., WENMAN, G., ALLEN, J., LOVELESS, P., SIELENI, B., and BLACK, D.W., "Frequency of mental and addictive disorders among 320 men and women entering the Iowa prison system: use of the MINI-Plus", en *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 36, 2008.
- HAMZELOO, M., MASHHADI, A., and FADARDI, J.S., "The prevalence of ADHD and comorbid disorders in Iranian adult male prison inmates", en *Journal of Attention Disorders*, Vol. 20, 2016.



- HINSHAW, S.P., "Preadolescent girl with attention-deficit/hyperactivity disorder: I. Background characteristics, comorbidity, cognitive and social functioning, and parenting practices", en *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, Vol. 70, 2002.
- JOHNSON, J.H., and READER, S.K., "Assessing stress in families of children with ADHD: Preliminary development of the Disruptive Behaviour Stress Inventory (DBSI)", en *Journal of Clinical Psychology in Medical Settings*, Vol. 9, 2002.
- JOHNSTON, C., and MASH, E.J., "Families of children with attention-deficit/hyperactivity disorder: Review and recommendations for future research", en *Clinical Child and Family Psychology Review*, Vol. 4, 2001.
- KESSLER, R.C., ADLER, L., BARKLEY, R., BIEDERMAN, J., CONNERS, C.K., DEMLER, O., FARAONE, S.V., GREENHILL, L.L., HOWES, M.J., SECNIK, K., SPENCER, T., USTUN, T.B., WALTERS, E.E., and ZASLAVSKY, A.M., "The prevalence and correlates of adult ADHD in the United States: results from the National Comorbidity Survey Replication", en *American Journal of Psychiatry*, Vol. 163, 2006.
- KESSLER, R.C., ADLER, L.A., BARKLEY, R., BIEDERMAN, J., CONNERS, K., GREENHILL, L.L., and SPENCER, T., "The prevalence and correlates of adult ADHD", en Buitelaar, J., Kan, C., and Asherson, P (Eds.), *ADHD in adults: Characterization, Diagnosis, and Treatment*, New York, 2011.
- LAM, H., and HARCOURT, M., "The use of criminal record in employment decisions: the rights of ex-offenders, employers and the public", en *Journal of Business Ethics*, Vol. 47, 2003.
- LARRAURI PIJOAN, E., "Antecedentes penales", en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Vol. 8, 2015.
- LÓPEZ SOLER, C., ISABEL BELCHÍ, A., y ROMERO MEDINA, A., "Prevalencia/comorbilidad del TDAH", en López Soler, C., y Romero Medina, A. (Coords.), *TDAH y trastornos del comportamiento en la infancia y la adolescencia. Clínica, diagnóstico, evaluación y tratamiento*, Madrid, 2013.
- MANIADAKI, K., SONUGA-ABRKE, E., KAKOURUS, E., and KARABA, R., "Maternal emotions and self-efficacy beliefs in relation to boys and girls with AD/DH", en *Child Psychiatry & Human Development*, Vol. 35, 2005.
- MARTÍNEZ CATENA, A., y REDONDO ILLESCAS, S., "Carreras delictivas juveniles y tratamiento", en *Zerbitzuan. Revista de servicios sociales*, Vol. 54, 2013.
- MCINNIS, W.P., *The juvenile justice and residential care treatment planner, with DSM-5 updates*, New York, 2015.
- MOHR-JENSEN, C., and STEINHAUSEN, H.C., "A meta-analysis and systematic review of the risks associated with childhood attention-deficit hyperactivity disorder on long-term outcome of arrests, convictions, and incarcerations", en *Clinical Psychology Review*, Vol. 48, 2016.
- MOORE, E., SUNJIC, S., KAYE, S., ARCHER, V., and INDIG, D., "Adult ADHD among NSW prisoners: prevalence and psychiatric comorbidity", en *Journal of Attention Disorders*, Vol. 11, 2016.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., "Imputabilidad y trastorno por déficit de atención e hiperactividad", en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 3, 2013.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., "Valoración del grado de imputabilidad de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad", en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*. Vol. 13, 2018.
- MORILLO PUENTE, S., y BIRKBECK, C.H., "Conducta antisocial adolescente bajo un enfoque integrador de tres teorías criminológicas", en *Revista de Ciencias Sociales (RCS)*, Vol. XXIII, 2017.
- NIKKELÉN, S., VOSSEN, H., PIOTROWSKI, J., and VALKENBURG, P., "Media violence and adolescents' ADHD-Related behaviours: The role of parental mediation", en *Journal of Broadcasting & Electronic Media*, Vol. 60, 2016.
- OHLMEIER, M.D., PETERS, K., TE WILDT, B.T., ZEDLER, M., ZIEGENBEIN, M., WIESE, B., EMRICH, H.M., and SCHNEIDER, U., "Comorbilidad de la dependencia al alcohol y drogas y el Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH)", en *RET, Revista de Toxicomanías*, Vol. 58, 2009.
- ORMEROD, D., and LAIRD, K., *Criminal Law*, Oxford, 2015.

- PINTADO ALCÁZAR, A., “Análisis criminológico de la relación TDAH/delincuencia en España”, en Peris Riera, J., *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal*, Madrid, 2017.
- PINTADO ALCÁZAR, A., “Estudio empírico sobre responsabilidad penal y TDAH en Italia”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 20, 2019.
- PLISZKA, S.R., SHERMAN, J.O., BARROW, M.V., and IRICK, S., “Affective disorder in juvenile offenders: A preliminary study”, en *American Journal of Psychiatry*, Vol. 157, 2000.
- PODOLSKI, C.L., and NIGG, J.T., “Parent stress and coping in relation to child ADHD severity and associated child disruptive behaviour problems”, en *Journal of Clinical Child Psychology*, Vol. 30, 2001.
- POLANCZYK, G., DE LIMA, M.S., HORTA, B.L., BIEDERMAN, J., and ROHDE, L.A., “The worldwide prevalence of ADHD: A systematic review and metaregression analysis”, en *American Journal of Psychiatry*, Vol. 164, 2007.
- REALPE QUINTERO, M.F., y SERRANO MAILLO, A., “La brecha de género en la criminalidad. UN test de la teoría del poder-control mediante modelos de ecuaciones estructurales con datos del Estudio de Delincuencia Juvenil de Cali”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 18, 2016.
- ROSLER, M., RETZ, W., RETZ-JUNGINGER, P., HENGESCH, G., SCHNEIDER, M., SUPPIRAN, T., SCHWITZGEBEL, P., PINHARD, K., DOVI-AKUE, N., WENDER, P., and THOME, J., “Prevalence of attention deficit/hyperactivity disorder (ADHD) and comorbid disorders in young male prison inmates”, en *European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience*, Vol. 254, 2004.
- ROSLER, M., RETZ, W., YAQOOBI, K., BURG, E., and RETZ-JUNGINGER, P., “Attention deficit/hyperactivity disorder in female offenders: prevalence, psychiatric comorbidity and psychosocial implications”, en *European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience*, Vol. 259, 2009.
- SAN SEBASTIÁN, CABASÉS, J., SOUTULLO ESPERÓN, C., y FIGUEROA QUINTANA, A., “El trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH)”, en Soutullo Esperón, C., y Mardomingo Sanz, M.J., (Coords.), *Manual de Psiquiatría del niño y del adolescente*, Madrid, 2010.
- SAYAL, K., PRASAD, V., DALEY, D., FORD, T., and COGHILL, D., “ADHD in children and young people: prevalence, care pathways, and service provision”, en *The Lancet Psychiatry*, Vol. 5, 2018.
- SCAHILL, L., and SCHWAB-STONE, M., “Epidemiology of ADHD in school-age children”, en *Child & Adolescent Psychiatric Clinics*, Vol. 9, 2000.
- SCHILLING, C.M., WALSH, A., and YUN, I., “ADHD and criminality: A primer on the genetic, neurobiological, evolutionary, and treatment literature for criminologists”, en *Journal of Criminal Justice*, Vol. 39, 2011.
- SIGHELE, S., *La muchedumbre delincuente. Ensayo de psicología colectiva*, Madrid, 1892.
- SIMON, V., CZOBOR, P., BALINT, S., MESZAROS, A., and BITTER, I., “Prevalence and correlates of adult attention-deficit hyperactivity disorder: meta-analysis”, en *British Journal of Psychiatry*, Vol. 194, 2009.
- SIPONMAA, L., KRISTIANSOON, M., JONSON, C., NYDEN, A., and GILLBERG, C., “Juvenile and young adult mentally disordered offenders: The role of child neuropsychiatric disorders”, en *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 29, 2001.
- SKOUNTI, M., PHILALITHIS, A., and GALANAKIS, E., “Variations in prevalence of attention deficit hyperactivity disorder worldwide”, en *European Journal of Paediatrics*, Vol. 166, 2007.
- STEFFENSMEIER, D., and ALLAN, E., “Gender and crime: Toward a gendered theory of female offending”, en *Annual Reviews of Sociology*, Vol. 22, 2003.
- SZATMARI, P., “The epidemiology of attention-deficit hyperactivity disorders”, en *Child & Adolescent Psychiatric Clinics*, Vol. 1, 1992.
- TAYLOR, E., and SANDBERG, S., “Hyperactive behaviour in English schoolchildren: a questionnaire survey”, en *Journal of Abnormal Child Psychology*, Vol. 12, 1984.
- TIMIMI, S., TAYLOR, E., CANNON, M., MCKENZIE, K., and SIMS, A., “ADHD is best understood as a cultural construct”, en *The British Journal of Psychiatry*, Vol. 184, 2004.

- VERMEIREN, R., DE CLIPPELE, A., and DEBOUTTE, D., "A descriptive survey of Flemish delinquent adolescents", en *Journal of Adolescence*, Vol. 23, 2000.
- WARR, M., *Companions in crime: The social aspects of criminal conduct*, Cambridge, 2002.
- WILENS, T.E., FARAONE, S.V., BIEDERMAN, J., and GUNAWARDENE, S., "Does stimulant therapy of Attention-Deficit/Hyperactivity Disorder beget later substance abuse? A meta-analytic review of the literature", en *Pediatrics*, Vol. 111, 2003.
- WILLIAMSON, D., and JOHNSTON, C., "Gender differences in adults with attention-deficit/hyperactivity disorder: A narrative review", en *Clinical Psychology Review*, Vol. 40, 2015.
- YOUNG, S., GUDJONSSON, G.H., and WELLS, J., "Attention deficit hyperactivity disorder and critical incidents in a Scottish prison population", en *Personality and Individual Differences*, Vol. 46, 2009.
- YOUNG, S.J., ADAMOU, M., BOLEA, B., GUDJONSSON, G., MULLER, U., PITTS, M., THOME, J., and ASHERSON, P., "The identification and management of ADHD offenders within the criminal justice system: a consensus statement from the UK adult ADHD Network and criminal justice agencies", en *BMC Psychiatry*, Vol. 11, 2011

# LOS FACTORES INTERNOS DE LAS PYMES Y SU INFLUENCIA EN LA COMPETITIVIDAD (CASO SECTOR COMERCIO EN LÁZARO CÁRDENAS MICHOACÁN)

## THE INTERNAL FACTORS OF SMES AND THEIR INFLUENCE ON COMPETITIVENESS (CASE TRADE IN LAZARO CÁRDENAS MICHOACÁN)

Rebeca Almanza Jiménez  
Patricia Calderón Campos  
*Doctoras*

*Tecnológico Nacional de México*

José G. Vargas-Hernández  
*M.B.A.; PhD.*  
*Universidad de Guadalajara*

---

---

Fecha de recepción: 05 de noviembre de 2019

Fecha de aceptación: 05 de diciembre de 2019

**RESUMEN:** El presente estudio pretende identificar los factores internos y externos que influyen en la competitividad de las Pymes del sector abarrotero de Lázaro Cárdenas Michoacán ya que la competitividad es un aspecto que adquiere cada vez mayor relevancia en el ámbito empresarial, lo cual se deriva de las exigencias del entorno económico actual enmarcado en el proceso de la globalización. El desarrollo del sector privado, y en particular de las pequeñas y medianas empresas (pymes), es de suma relevancia, ya que, los factores internos de las mismas como son: Planeación estratégica, capital humano, innovación, productividad, sistemas de información y aseguramiento de la calidad resultan cruciales para que estas hagan un uso eficiente de sus recursos y alcancen grandes niveles de productividad y competitividad.

**ABSTRACT:** This study aims to identify the internal and external factors that influence the competitiveness of SMEs in the Lazaro Cárdenas Michoacán grocery sector, since competitiveness is an increasingly important aspect in the business sector, which derives from the demands of the current economic environment framed in the process of globalization. The development of the private sector, and in particular of small and medium-sized enterprises (SMEs), is of great importance, since the internal factors of these are: Strategic planning, human capital, innovation, productivity, systems of Information and quality assurance are crucial for them to make efficient use of their resources and reach high levels of productivity and competitiveness.

**PALABRAS CLAVE:** Competitividad, Factores Internos, Pymes, Productividad.

**KEYWORDS:** Competitiveness, Internal Factors, SMEs, Productivity.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Planteamiento del problema. III. Justificación. 1. Hipótesis de investigación 2. Objetivo General. 3. Factores Internos de las Pymes para la Competitividad a) Planeación Estratégica b) Capital Humano c) La innovación d) Producción e) Sistemas de Información f) Aseguramiento de la Calidad IV. Conclusiones. V. Bibliografía

## 1. Introducción

Las pequeñas y medianas empresas (PYMES), tienen una gran importancia en la economía y el empleo a nivel nacional y regional, tanto en los países industrializados como en los de menor grado de desarrollo. En México, las pequeñas y medianas empresas (Pymes) constituyen el 99.8% del total del universo empresarial de ahí la importancia que reviste este tipo de empresas y la necesidad de fortalecer su desempeño, al incidir estas de manera fundamental en el comportamiento global de las economías nacionales. Los criterios para clasificar a la pequeña y mediana empresa son diferentes en cada país, de manera tradicional se ha utilizado el número de trabajadores como criterio para estratificar los establecimientos por tamaño y como criterios complementarios el total de ventas anuales, los ingresos y/o los activos fijos.

En la actualidad las empresas tienen que ser eficientes, competitivas y ofrecer productos de calidad; ya que las condiciones del mercado, tanto a nivel nacional e internacional demandan de las empresas mejorar la calidad; para lo cual resulta necesario modernizar las capacidades productivas y administrativas e identificar los factores internos que influyen en la competitividad con el propósito de que puedan insertarse al proceso mundial globalizado en las mejores condiciones. La planeación estratégica, el capital humano, la innovación, la productividad, los sistemas de información y el aseguramiento de la calidad resultan elementos clave en este proceso.

La presente investigación se desarrolla de la siguiente forma: en el primer apartado se presentan las generalidades de la investigación, el segundo comprende los factores internos de las pymes para la competitividad, el tercer apartado presenta el diseño metodológico y por último se incluyen las conclusiones.

## II. Planteamiento del problema

Actualmente, en México las pequeñas y medianas empresas funcionan como un importante motor de desarrollo económico del país, ya que poseen una amplia movilidad que les permite ampliar o disminuir su trabajo y cambiar sus procesos técnicos, según les convenga. Es de suma importancia señalar que las Pymes tienen una gran capacidad de generar empleos y aplicar nuevas tecnologías para su desarrollo, favoreciendo así el avance de la economía nacional; a pesar de ello es importante señalar que existen factores que ponen en riesgo su estabilidad y sobrevivencia, siendo la ausencia de un plan

estratégico de negocios el que impacta principalmente el crecimiento y permanencia de una Pyme.

Es común que los emprendedores, al conformar un negocio, sólo tengan una idea y el talento, pero no es suficiente, ya que es indispensable el desarrollo de un plan de negocios, en donde se visualice a la Pyme como una empresa corporativa y no como un negocio de tipo familiar. Adicionalmente, por sus características estructurales suelen encontrarse en desventaja en recursos y capacidades en comparación con las grandes empresas. Por ello es importante estudiar los factores que determinan su competitividad de las pymes. Por lo que esta investigación plantea las siguientes interrogantes, ¿Cuáles son los factores internos y externos que influyen en la competitividad de las Pymes? ¿Que deben de mejorar o reorientar las Pymes para que sean competitivas?

### III Justificación

En la actualidad, se discute la repercusión de los cambios en la escena económica mundial sobre la competitividad de la (pyme). A este aspecto, algunas empresas cuestionan sus potencialidades, en un contexto en el cual se enfrenta a la competencia de la gran empresa multinacional, la auténtica protagonista del proceso de globalización. Desde esta perspectiva, ciertos autores defienden que se está acentuando la centralización internacional del control, asociada a la homogenización del mercado y la globalización de la industria encabezada por las grandes corporaciones. Por lo que se hace necesario el estudio e influencia de los factores internos de las Pymes para alcanzar el éxito competitivo de la misma e insertarse con facilidad al mercado global.

#### 1. Hipótesis de Investigación

¿Los factores internos de la empresa influyen de forma positiva en la competitividad de las Pymes?

#### 2. Objetivo General

Identificar los factores internos de las Pymes y su influencia en el éxito competitivo de las mismas.

Tabla 1. Bosquejo del método de investigación

Título de la investigación	Pregunta general	Preguntas específicas	Hipótesis general	Objetivo General	Objetivos específicos
Los factores internos de las Pymes y su influencia	¿Los factores internos de las pymes influyen en	¿Cuál es nivel de competitividad de las pymes en	Los Factores internos de las pymes	Determinar el nivel de competitividad del	Determinar el nivel de competitividad del sector comercio de LZC



en la competitividad (Caso Sector Comercio de LZC, MICH.	la competitividad?	función de los factores internos de las mismas? ¿Qué tipo de factores internos se deben de considerar para incrementar la competitividad de las pymes en Lázaro Cárdenas Michoacán	tienen una relación directa positiva con la competitividad	sector comercio de LZC en función de los factores internos de las pymes.	en función de la Productividad. Determinar el nivel de competitividad del sector comercio de LZC en función de los sistemas de información. Determinar el nivel de competitividad del sector comercio de LZC en función del aseguramiento de la calidad
--	--------------------	--	--	--	---

Fuente: elaboración propia

### 3. Factores Internos de las Pymes para la Competitividad

La competitividad está determinada por los factores internos de la empresa, por lo que el éxito competitivo se debe al conjunto de recursos y capacidades que esta posee y que la hacen diferente de los demás competidores del sector. Mediante el análisis de recursos y capacidades se identifican las fortalezas y debilidades de una organización y si en base a ellos se pueden explotar las oportunidades y neutralizar las amenazas, se constituye una fuente de ventaja competitiva.

Partiendo del modelo de las cinco fuerzas de Porter (1982), herramienta fundamental para entender el entorno competitivo y los sectores que desde el exterior (competidores potenciales, productos sustitutos, proveedores, compradores y competidores en la industria) influyen en las empresas de un mismo sector, el análisis estratégico ha intentado investigar por qué dentro de un mismo sector se producen diferencias en el desempeño de las organizaciones. La Teoría de Recursos enlaza los conceptos asociados a la Gestión del Conocimiento, ambos enfoques se centran en la generación de capacidades distintivas también llamadas competencias fundamentales a largo plazo. Dentro de esta investigación se encuentran diferentes tipos de teorías que nos ayudan a entender y comprender mejor la competitividad y el nivel de éxito que tienen las Pymes dentro del mercado.

La Real Academia Española (2012) define competitividad como competitivo, capaz de competir y competitividad capacidad de competir, rivalidad para la consecución de un fin. Al respecto, Porter (1985) señala que la competitividad es la capacidad de una empresa para producir y mercadear productos en mejores condiciones de precio, calidad y oportunidad que sus rivales. Por su

parte Ivancevich y Lorenzi (1997), la competitividad es la medida en que una nación, bajo condiciones de mercado libre y leal, es capaz de producir bienes y servicios que puedan superar con éxito la prueba de los mercados internacionales y aumentando al mismo tiempo, la renta real de sus ciudadanos.

Sin embargo, Gutiérrez (2005:21) define competitividad como “capacidad de una empresa de generar valor, para el cliente y sus proveedores, de mejor manera que sus competidores”. Manifiesta el autor que esta capacidad se refleja en la calidad y diferenciación del producto o servicio, precio y términos de pago, así como calidad en el servicio que incluye tiempos, oportunidad y flexibilidad de entrega. Asimismo, la competitividad de una empresa es su capacidad para suministrar bienes y servicios igual o más eficaz y eficiente que sus competidores (Enright et al. 1994).

La competitividad empresarial no es producto de una casualidad ni surge espontáneamente, se crea y se logra a través de un proceso de aprendizaje y negociación por grupos colectivos representativos que configuran la dinámica de la conducta organizativa; con ella las empresas esperan elevar sus índices de rentabilidad, competir con empresas de clase mundial y sostener su ventaja competitiva en el largo plazo.

Para el caso de las empresas grandes, el camino es más conocido, aparte de que cuentan con recursos humanos y tecnológicos que facilitan su andar. Sin embargo, para las pequeñas y medianas empresas (Pymes) alcanzar la competitividad y sostenerse en ella no es tan fácil por lo que pueden apoyarse de factores internos y externos como la planeación estratégica, el capital humano y la innovación, la productividad, los sistemas de y Aseguramiento de la Calidad.

#### a) Planeación Estratégica

La estrategia consiste en la determinación de los objetivos básicos a largo plazo de una empresa y la adopción de los cursos de acción y la asignación de los recursos necesarios para su cumplimiento (Koontz y Weihrich, 2001). Al respecto Garrido (2006, p. 229), la estrategia es un elemento en una estructura de cuatro partes. Primero están los fines a alcanzar; en segundo lugar, están los caminos en los que los recursos serán utilizados; en tercer lugar, las tácticas, las formas en que los recursos que han sido empleados han sido realmente usados y, por último, en cuarto lugar, están los recursos como tales, los medios a nuestra disposición ya que la estrategia dependerá de múltiples factores.

Al respecto Porter (2008, p.3) considera que las estrategias permiten a las organizaciones obtener una ventaja competitiva por tres vías: el liderazgo en costos, la diferenciación y enfoque y añade que para competir se debe de cuidar el manejo de cinco fuerzas a saber: la amenaza de nuevos competidores, la amenaza de productos o servicios sustitutos, el poder de negociación de los proveedores, el poder de negociación con la competencia y la rivalidad entre las empresas. Por su parte Ross y Kami (1973) definen las estrategias como

programas generales de acción que llevan consigo compromisos de énfasis y recursos para poner en práctica una misión básica y por último Steiner (2007), la estrategia se refiere a aquella acción que la alta dirección de una empresa realiza como respuesta a la acción o posible acción de un competidor.

La planeación estratégica es el proceso por el cual los directores de una organización prevén su futuro y desarrollan los procedimientos y operaciones para alcanzarlos. Pacheco (2006, p. 38), este autor señala que la planeación estratégica se puede dividir en cinco componentes diferentes: selección de la misión y principales metas corporativas, el análisis competitivo externo de la organización para identificar las oportunidades y amenazas, en análisis del ambiente operativo interno para identificar las fortalezas y debilidades de la organización, la selección de estrategias fundamentales en las fortalezas de la organización y que corrijan sus debilidades con el fin de tomar ventaja de oportunidades externas y contrarrestar las amenazas externas y la implementación de la estrategia.

Sielinski (2007, p. 33), considera que la Planeación estratégica debe de comprender los siguientes elementos: crear una misión, crear una visión, establecer metas, identificar estrategias, crear planes de acción, dar seguimiento al plan y actualizarlo.

## b) Capital Humano

El desarrollo de la teoría del capital humano reconoce que, para la explicación de ciertos fenómenos macroeconómicos, como por ejemplo, el crecimiento del ingreso nacional, es necesario incluir, además de los factores: capital y trabajo, un tercer factor, que considera el conjunto de habilidades y capacidades de los trabajadores. El capital humano ha sido definido por la Organización para el Comercio y el Desarrollo Económico como: el conocimiento, las competencias y otros atributos que poseen los individuos y que resultan relevantes a la actividad económica.

Se considera capital humano, al valor que generan las capacidades de las personas mediante la educación, la experiencia, la capacidad de conocer, de perfeccionarse, de tomar decisiones y relacionarse con los demás. Boisier (2002) precisa más el concepto y agrega que este corresponde al cúmulo de conocimientos y habilidades que poseen los individuos y su capacidad para aplicarlos a los sistemas productivos y otros factores que permiten aumentar la productividad.

Por lo que, debe tenerse en cuenta, todos los atributos humanos, no sólo a nivel de educación, sino también el grado en el cual, una persona, es capaz de poner en acción productiva un amplio rango de habilidades y capacidades, entendiendo por capacidad la potencia para el desarrollo de los procesos mentales superiores (memoria, pensamiento y lenguaje), por habilidad se entiende la forma como se operacionalizan los procesos mentales superiores, los cuales se manifiestan en las diferentes formas de conocimiento acumulados, que permiten a su poseedor, desarrollar eficazmente diversas

actividades para lograr crecimiento de la productividad y mejoramiento económico.

El Capital Humano, constituye, un conjunto intangible de habilidades y capacidades que contribuyen a elevar y conservar la productividad, la innovación y la empleabilidad de una persona o una comunidad. En este contexto, la teoría del capital humano distingue dos formas posibles de formación: La formación general, adquirida en el sistema educativo, formativo. Su transferibilidad y su compra, explica el que esté financiada por el trabajador, ya que puede hacerla valer sobre el conjunto del mercado de trabajo.

Cabe señalar, que el concepto de capital humano se asocia a conocimiento de las personas (capacidad y compromiso), y se relaciona con las competencias (conocimientos, habilidades y cualidades profesionales). Igualmente, tiene que ver con la capacidad de innovar y mejorar, y con el compromiso y la motivación (dedicación y calidad en la actuación).

### c) La innovación

La innovación se define como un cambio en los productos y procesos, en la mejora de ellos, en la orientación hacia nuevos mercados o nuevas formas de distribución (Nort et al., 2001). Para que la innovación sea efectiva requiere de herramientas y sistemas de gestión específicos. Cuando los motores de la innovación en una empresa funcionan correctamente, se convierte en una fuente de valor constante (Shelton, Dávila & Brown, 2005). La innovación es un mecanismo de respuesta al ambiente para asegurar la supervivencia y los recursos de la organización de forma que pueda inspirar la mejor elección del sistema de gestión (Gopalakrishnan & Damanpour, 1997). La innovación en las pymes se basa en gran parte en los recursos humanos de que dispone la empresa. El gerente de la pyme debe de alentar la generación y desarrollo de nuevas ideas.

### d) Producción

La importancia de la producción sobre la competitividad de las pymes radica en la complejidad de los procesos de producción, uso de herramientas modernas de producción, certificaciones, flexibilidad en procesos productivos, Planeación de materias primas e insumos, desarrollo de nuevos productos, manejo de inventarios, entre otros factores. Estos aspectos permiten que las empresas puedan reaccionar en el corto plazo ante los cambios en los patrones de la demanda y factores externos a la organización; por tanto, a mayor flexibilidad y modernización de los procesos y operaciones, mayor será el nivel de competitividad de la empresa (Du y Banwo, 2015; Medina y Naranjo, 2014; Saavedra y Tapia, 2011, Zevallos, 2003).

### e) Sistemas de Información

Existe una amplia evidencia de la importancia de la tecnología como mecanismo de competitividad empresarial. Las organizaciones que son

conscientes y adoptan las tecnologías de información y comunicación, cuentan con personal especializado, tienen un cierto grado de sistematización y generan planes de contingencia 'proclives a ser más competitivas a escala no solo nacional sino internacional. (Aragón et al, 2010; Aragón y Rubio, 2005; Cuevas-Vargas, Aguilera, González y Servín, 2015; Estrada et al., 2009; Flores y González, 2009, Ibarra, González y Cervantes, 2014; Zevallos, 2003).

#### f) Aseguramiento de la Calidad

Conjunto de acciones planificadas y sistemáticas, implementadas en el Sistema de calidad, que son necesarias para proporcionar la confianza de adecuada de que un producto satisfará los requisitos dados sobre la calidad. El aseguramiento de la calidad con normas internacionales es una urgente necesidad para las micro, pequeñas y medianas empresas en nuestro país ya que una de las estrategias del gobierno para generar empleo es activar las exportaciones de las MIPYMES.

La implementación de los sistemas de calidad bajo la Norma ISO 9000, prioritario para alcanzar la certificación, es un reto que incluye estrategias Modernas de capacitación para acceder a los sitios más alejados del país y a los micro empresarios ya que por su capacidad económica y su perfil de formación no han iniciado su implementación. (ver figura 1 abajo).

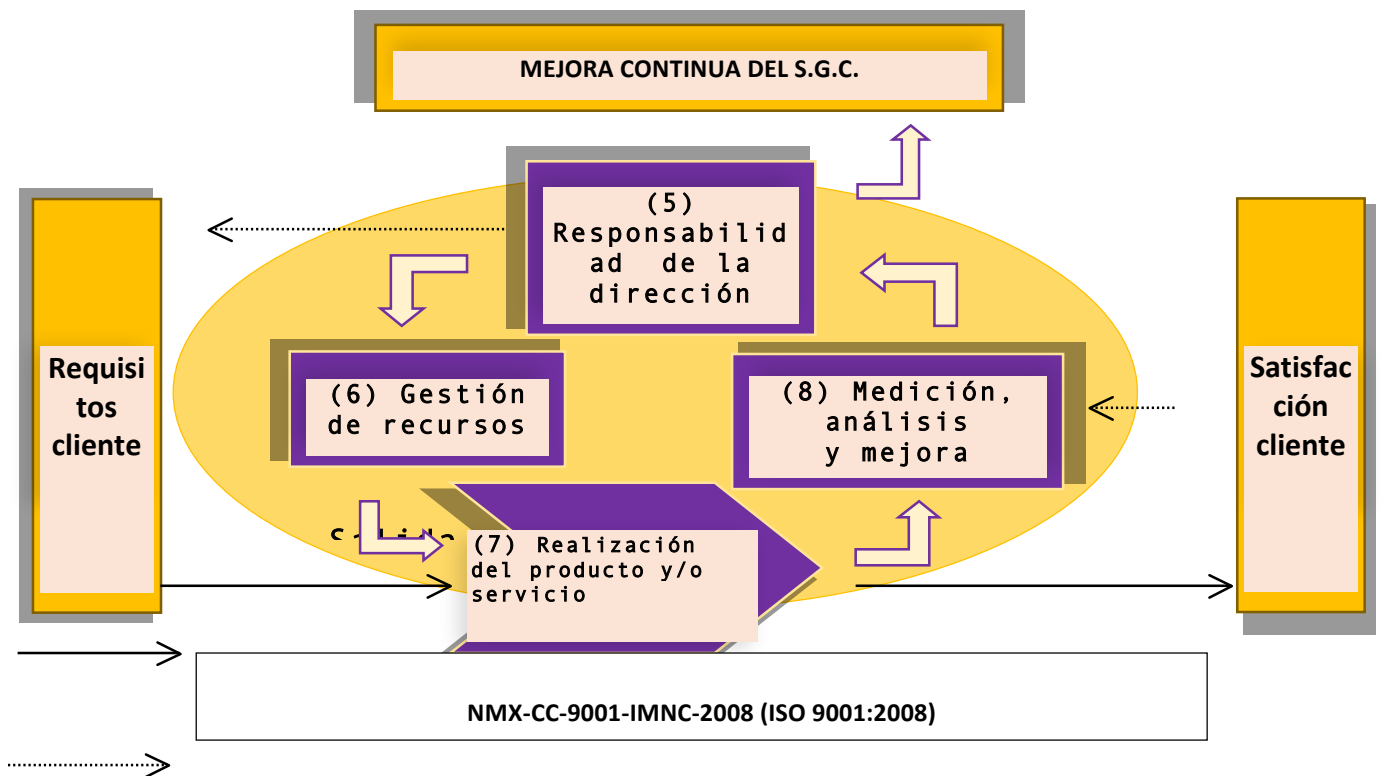


Figura 1: Modelo de un Sistema de Gestión de Calidad Basado en Procesos.  
Fuente: Elaboración propia

## Metodología de la investigación

La presente investigación es una investigación cualitativa-cuantitativa de tipo correlacional y consiste en identificar la forma en que se relaciona la variable X e Y, en un contexto en particular. Este contexto está dado por un estudio de caso que consiste en identificar los factores internos que determinan la competitividad de las pymes. Los estudios cuantitativos correlacionales “miden el grado de relación entre esas dos o más variables (cuantifican relaciones). Es decir, miden cada variable presuntamente relacionada y después también miden y analizan la correlación. Tales correlaciones se expresan en hipótesis sometidas a prueba” (Hernández, et al. 2006: 121)

## Diseño de la investigación

El diseño de esta investigación se centra en la estrategia desarrollada a partir de la cual se obtiene la información y se analiza, se determinan las principales características y se obtienen las conclusiones. Para esta investigación el diseño que se sigue se presenta en la tabla abajo indicada (Ver tabla 2 abajo).

Tabla 2. Diseño de la investigación

VARIA-BLE	NOMBRE DE LA VARIAB-LE	DEFINICIÓN DE LA VARIABLE DE ESTUDIO	DIMEN-SIONES	INST-RU-MEN-TO	OPERACIO-NALI-ZACIÓN DE LAS VARIABLE-S	ANÁLIS-IS DE DATOS
X	<b>Factores Internos de las Pymes</b>	Aspectos que forman parte de la gestión de la compañía, que lógicamente es quien puede proporcionar la mejor interpretación sobre ellos. (Chiavenato, 2014)	Planeación estratégica  Capital Humano  Innovación	Encuesta en Escala Likert	Los ítems de esta variable aparecen agrupados del: 1 al 15 para Planeación estratégica Del 16 al 30 para capital humano. Del 31 al 45 para Innovación. Los cuales presentan un orden lógico	Alfa de Crombach, correlación de Pearson o Canónica mediante el software SPSS



					en relación a la variable X.	
Y	<b>Competitividad</b>	La competitividad está determinada por la productividad, definida como el valor del producto generado por una unidad de trabajo o de Capital. (Porter, 1990)	Producción Sistemas de Información Aseguramiento de la calidad	Encuesta en Escala Likert	Los ítems de la variable Y aparecen agrupados del: 1 al 15 para producción Del 16 al 30, Sistemas de información y del 31 al 45 para Aseguramiento de la calidad	Alfa de Crombach mediante el software SPSS

Fuente: elaboración propia

### Instrumentos de investigación

La encuesta con base a la escala de Rensis Likert comprende 45 preguntas para la variable X Factores internos de las pymes donde ya validados para esta variable quedan 21 y distribuidos en sus dimensiones son 06 preguntas para planeación estratégica, 09 para capital humano y 06 para innovación, y para la variable de Y, competitividad de 45 preguntas donde una vez validados quedan 20 las cuales distribuidas por dimensión quedan 04 por cada dimensión: producción, 06 para la dimensión de sistemas de información y 10 para la dimensión de aseguramiento de la calidad.

### Operacionalización de las variables.

Este apartado consiste en un listado de preguntas con opciones de respuesta en escala tipo Likert de 1 a 5 agrupados en dos grandes variables: factores internos de las Pymes y Competitividad. La recolección de datos se aplica al sector comercio de Lázaro Cárdenas Michoacán, mediante encuestas en forma personalizada, una vez tabulados los resultados se utilizan procedimientos convencionales de estadística descriptiva y el análisis de los datos se realiza a través de tablas y gráficos, para el procesamiento de los mismos se utiliza el paquete estadístico SPSS/WIN versión 25.0.

Como parte del método se decide usar la escala tipo Likert, que lleva el nombre de su creador Rensis Likert y quien explica que “es una escala de clasificación que pide a los entrevistados indiquen un grado de siempre o nunca” (Malhotra, 1997: 392), por lo regular una escala de Likert tiene cinco categorías de respuesta, es un tipo de escala indirecta, en la cual el investigador debe clasificar numéricamente cada respuesta, para obtener un puntaje de resumen de cada encuestado. Esta escala es de medición ordinal que consiste en una serie de indicadores y reactivos que se desean medir, ante los cuáles se pide la opinión de los encuestados y las respuestas son solicitadas en términos de grado de nunca o siempre que la persona encuestada tenga con la pregunta en particular (Hernández, et al. 2004).

### Determinación de la muestra

La información se obtiene de un grupo representativo de comerciantes de Lázaro Cárdenas Michoacán. En esta investigación la población es finita ya que se conoce el número de comerciantes los cuáles son 680 en el mes de julio del 2019 y el muestreo es por conveniencia en virtud de que se entrevistó únicamente a los comerciantes que se pudieron contactar. Este tipo de muestreo permite comprobar las hipótesis planteadas, obtener los datos básicos y las tendencias en esta investigación. Por lo que se aplicaron 383 encuestas representando un 56.32% del universo. En términos de margen de error el tamaño de la muestra se determina con la siguiente ecuación. Según Hernández, et al (2004).

VARIABLE	DEFINICION	VALORES
n	Tamaño de la muestra.	383
z	Valor normal estándar correspondiente al nivel de confianza deseado. ( $\alpha = 95\%$ )	1.96
p	Probabilidad de que el evento ocurra o de aceptabilidad del mismo	0.5
q	Probabilidad de que el evento no ocurra o de no aceptabilidad del mismo = ( $1 - P$ )	0.5
s	Error máximo admisible = ( $1 - \alpha$ )	0.05
N	Tamaño de la población	Empresarios registrados=680

$$n = \frac{Z^2 P Q N}{\epsilon^2 (N - 1) + Z^2 P Q}$$

$$n = \frac{(1.96)^2 (0.5)(0.5)(680)}{(0.05)^2 (680 - 1) + (1.96)^2 + (0.5)(0.5)}$$

$$n = \frac{3.8416(0.0025)(680)}{(0.0025)(680) + (3.8416)(0.0025)}$$

$$n = \frac{653.072}{1.7071}$$

$n = 382.56 \text{ PYMES} = 383$

**Análisis de datos**

El análisis de los datos, se realiza por medio de gráficas, porcentajes y cálculos estadísticos. Para la determinación de la fiabilidad de la aplicación de la encuesta de factores internos y la competitividad se usa el método estadístico Alfa de Crombach el cual permite estimar la fiabilidad de los indicadores de la variable dependiente e independiente a través de un conjunto de ítems (medidos en escala tipo Likert, los cuales miden el mismo constructo y que están altamente correlacionados (Welch y Comer, 1988). Cuanto más cerca se encuentre el valor del alfa al 1 mayor es la consistencia interna de los ítems analizados. Como criterio general George y Mallery (2003) sugieren las evaluaciones siguientes para evaluar los coeficientes de Alfa de Crombach:

- Coefficiente alfa > .9 es excelente
- Coefficiente alfa > .8 es bueno
- Coefficiente alfa >.7 es aceptable
- Coefficiente alfa >.6 es cuestionable
- Coefficiente alfa > .5 es pobre
- Coefficiente alfa <.5 es inaceptable

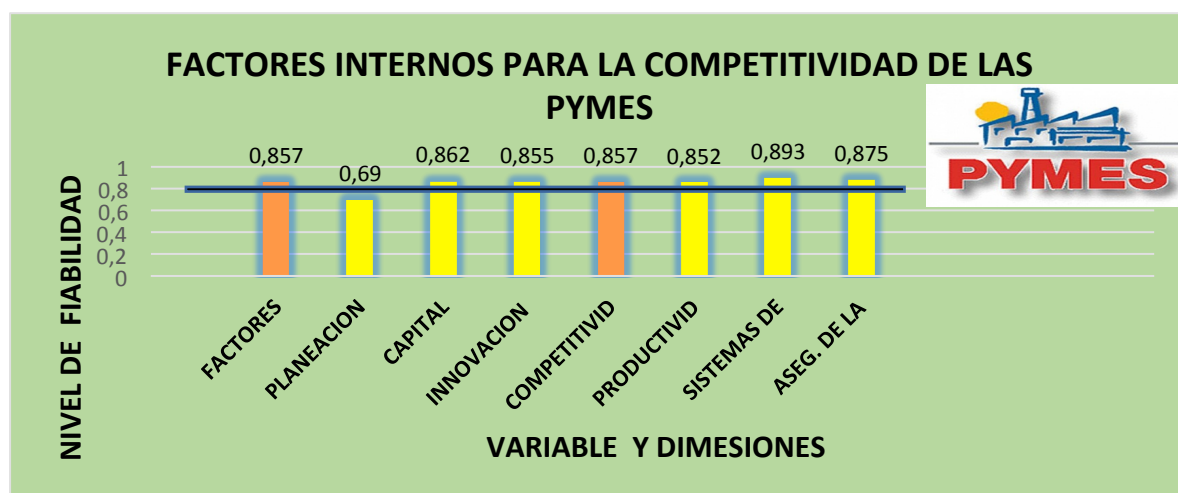


Figura 2. Factores Internos para la Competitividad de las Pymes  
Fuente: Elaboración propia

Sin embargo, Huh, Delorme & Reid (2006) aseveran que el valor de fiabilidad en las investigaciones exploratorias debe ser igual o mayor a 0.6; en estudios confirmatorios debe estar entre 0.7 y 0.8.

Tabla 3. Análisis y fiabilidad de datos

<b>ANALISIS DE FIABILIDAD DE FACTORES INTERNOS DE LAS PYMES</b>	<b>ANALISIS DE FIABILIDAD DE COMPETITIVIDAD</b>
---	---

Escala: Todas las Variables Resumen del procesamiento de casos				Escala: Todas las Variables Resumen del procesamiento de casos			
		N	%			N	%
Casos	Válidos	383	100.0	Casos	Válidos	383	100
	Excluidos	0	.0		Excluidos	0	.0
	Total	231	100.0		Total	231	100.0
a. Eliminación por lista basada en todas las variables del procedimiento.				a. Eliminación por lista basada en todas las variables del procedimiento.			
Estadísticos de fiabilidad				Estadísticos de fiabilidad			
Alfa de		N de		Alfa de		N de	
Crombach		elementos		Crombach		elementos	
	.909		45		.773		45

Fuente: Desarrollo propio a partir de los datos obtenidos de la investigación de campo y procesados a través del programa SPSS.

La aplicación de Alfa de Crombach con resultados de .909 y .773 muestran que la aplicación de la encuesta es robusta.

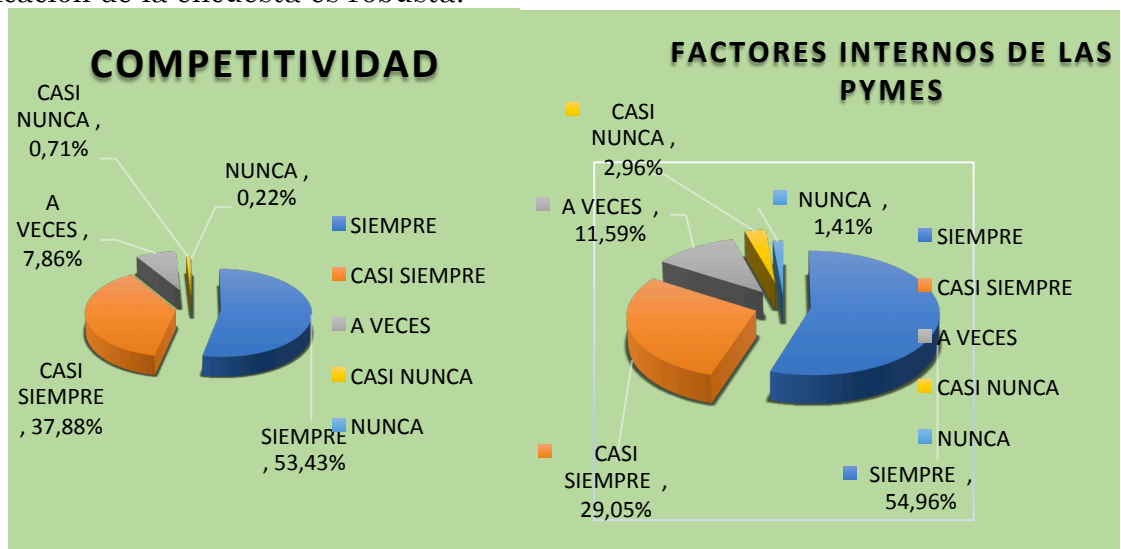


Figura 3. Factores internos de las pymes para la competitividad  
Fuente: Elaboración propia

#### IV. Conclusiones

Los resultados de este estudio encontraron evidencia empírica de que las Pymes con mayor éxito competitivo son aquellas que planean estratégicamente, que cuentan con recursos humanos capacitados y experiencia lo cual les permite tomar mejores decisiones, entendiendo la innovación como un proceso permanente donde se privilegie la iniciativa, las nuevas ideas, dónde se rompa con las estructuras establecidas por su parte la calidad es uno de los factores más apreciados para la competitividad y la certificación un medio para el aseguramiento de la misma

La planeación estratégica es una herramienta útil puede brindar múltiples beneficios si se utiliza en el momento y la forma requerida ya que permite visualizar un futuro deseable a largo plazo y esta visión debe de representar el motor que guie las actividades de la empresa. La fijación de objetivos la determinación de estrategia y acciones para lograrlos son necesarias para la eficiencia y eficacia de las Pymes. Toda empresa debe evitar convertirse en prisionera de su propia estrategia porque aun las mejores se vuelven obsoletas, tarde o temprano (Barragán et al, 2002).

Para que la Pyme en México logre el éxito competitivo es necesario estar en continuo proceso de innovación. Proceso que solo se alcanza si hay sinergia entre los factores internos de la empresa.

### **Limitaciones de los métodos**

Una de las principales limitantes que se tiene para la aplicación de los métodos arriba señalados se encuentra en que fue imposible encuestar a la totalidad de comerciantes de Lázaro Cárdenas Michoacán y solamente el (56.32%) del total de los mismos debido a sus múltiples ocupaciones. Sin embargo, de acuerdo a la muestra calculada y la cantidad de encuestas aplicadas y analizadas, se contó con suficiente información para responder a las preguntas planteadas, cubrir los objetivos de investigación y probar las hipótesis de este estudio.

Ausencia de datos personales como: Teléfono particular y celular, correo electrónico y domicilio derivado de la inseguridad que se vive en el país lo que dificulta la disponibilidad de estas fuentes de contacto. La encuesta se aplicó en reuniones de la Cámara de Comercio de Lázaro Cárdenas Michoacán.

Otra limitante es la inherente al método de encuesta de Rensis Likert. Este método ha dado lugar a muchos debates sobre la validez de la información obtenida ya que sólo analiza las percepciones de los entrevistados, las cuales pueden modificarse con el paso del tiempo, por lo que el mismo individuo puede opinar muy diferente en otro momento de su aplicación. Aunado a lo anterior la escala Likert no incluye preguntas abiertas. Se corre así el riesgo de asignar los mismos puntajes a dos opiniones diferentes y que incluso pueden ser opuestas.

Se suele reducir el nivel de confianza o fidelidad de las respuestas cuando se realizan los ítems en largas baterías una debajo de otras, para evitar esto llamado "*Response Set*" (conjunto de respuestas) es conveniente intercalar afirmaciones opuestas en la misma batería.

Las escalas de Likert presentan un sesgo si observamos su distribución de frecuencias. Las aprobaciones siempre superan a las desaprobaciones independientemente de las afirmaciones planteadas ya que el declararse "siempre" con cualquier frase de la batería Likert, implica un menor esfuerzo por parte del entrevistado. La respuesta neutral "a veces" que es la posición central de la escala, es asociado con el acuerdo moderado, y no con la respuesta "indeciso". Muchos entrevistados perciben que declararse "indeciso"

es negativo y por ello tienden a desplazarse más cerca de las posiciones de siempre.

## V. Bibliografía

- Aragón, A. Rubio, A., Serna A. y Chablé, J. (2010). *Estrategia y competitividad empresarial; un estudio en las pymes de tabasco*. Revista Investigación y Ciencia, (47), pp. 4-12.
- Barragán, J. Pagan, J., Brown C. et al (2002). *Administración de las pequeñas y medianas empresas: retos y problemas ante la nueva economía global*. México. Editorial Trillas.
- Boisier, S. (2002). *Conversaciones Sociales y Desarrollo Regional*. Editorial Universidad de Talca. Talca. Chile.
- Cuevas-Vargas, H., Aguilera, L. González, M. y Servín, J. (2015). *The use of icts and its relation with the competitiveness of Mexican smes*. European Scientific Journal, 11 (13), 294-310.
- Du, J. y Banwo, A. (2015). *Promoting sme competitiveness: Lessons from China and Nigeria*. American Advanced .Research in Management, 1(1), 1-12.
- Enright, M.; Frances, A. y Scott, E. (1994). *El Reto de la Competitividad*. Ediciones IESCA. Caracas, Venezuela.
- Estrada, R., Garcia, D. y Sanchez, V. (2009). *Factores determinantes del éxito competitivo en la pyme: Estudio empírico en México*. Recuperado el 12/05/2019 de: <http://repository.uaed.edu.mx>.
- Flores, B. y González, F. (2009). *La competitividad de las pymes morelianas*. Cuadernos del cimbage, No. 11, pp. 85-104.
- Garrido, S. (2006). *Dirección estratégica*. 2ª. Ed. España: Mc Graw Hill.
- George, D. y Mallery, P. (2003). *SPSS/PC+step by step: a simple guide and reference*. Wadsworth Publishing Co. Belmont, CA. EEUU.
- Gopalakrishnan, S., & Damanpour, F. (1997). *A Review of Innovation Research in Economics, Sociology and Technology Management*. Omega, International Journal Management Science, 25(1), 15-28
- Gutiérrez, H. (2005). *Calidad Total y productividad*. 2ª. Edición. México Mc Graw Hill Interamericana Editores, S.A.
- Hernández, R. (2004). *Marco teorico-conceptual de la competitividad*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), disponible en Extraído el 25/06/2019 <http://www.eclac.org/mexico/noticias/competitividad.pdf>.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2004). *Metodología de la Investigación*. México, D.F.: Editorial McGraw Hill.
- Huh, j., DeLorme, D.E. & Reid, L.N. (2006). *Perceived third-person effects and consumer attitudes on prevetting and banning DTC advesiting*. En: *Journal of Consumer Affairs*, 40 (1) pp. 90-116.



- Ibarra, M. Gonzalez, L. y Cervantes, K. (2014). *El aprovechamiento de las Tics en empresas pequeñas y medianas de Baja California Mexico*. Revista Internacional de Economía y Gestion de las Organizaciones, No. 3 (1), pp. 43-57.
- Ivancevich, J. y Lorenzi, P. (1997). *Gestion de calidad y Competitividad*. 2ª. Edición Mc Graw Hill. España.
- Koontz, H. y Wehrich, H. (2001). *Administración una perspectiva global*. 11a. edición. México Mc Graw Hill.
- Pacheco, C. (2006). *Presupuestos un enfoque gerencial*. México: IMCP.
- Malhotra, N. (1997). *Investigación de mercados. Un enfoque práctico*. México. Editorial Prentice Hall Hispanoamericana, S.A. ISBN 9789688808443.
- Medina, M. y Naranjo, I. (2014). *Variables relevantes en el diseño de estrategias para la competitividad en pymes*. Orbis. Revista Científica Ciencias Humanas, 9(27), pp.116-129.
- Porter, M. (1985). *Ventaja Competitiva. (Creación y sostenimiento de un desempeño superior)*. Editorial CECSA.
- Porter, M. (2008). *The Five Competitive Forces That Shap Strategy*. Harvard Business Review. No. 35, pp. 1-10.
- Ross, J. y Kami, M. (1973). *Corporate management crisis ¿why the mighty fail?* E.U.A. Prentice Hall.
- Saavedra, M. y Tapia, B. (2011). *Mejores prácticas y factores de competitividad en las micro, pequeñas y medianas empresas mexicanas*, Economía 36(32), pp. 11-36. Recuperado el 23/06/2019 de <http://www.redalyc.org/articulo>.
- Shelton, R., Dávila, T., & Brown, P. (2005). *The Seen Rules of Innovation Optimize*, 4(8), 51.
- Sielinski, H. (2007). *Strategic planning is key to family business success*. Grand Rapids Business Journal, p. 24. Extraído el 24/06/2019 de <http://www.grbj.com/GRBJ/Article>.
- Steiner, G. (2007). *Planeacion estrategica lo que todo director debe saber*. México. Grupo editorial patria. Trigésima cuarta reimpresión.
- Welch, S. y Comer, J. 1988). *Quantitative Methods for Public Administration: Techniques And Applications*. Editorial Books/Cole Publishing Co. ISBN 10:0534108881/ 13: 9780534108885. U.S.A.
- Zevallos, E. (2003). *Micro, pequeñas y medianas empresas en América Latina* Revista de la CEPAL, (79), pp. 53-70, recuperado el 25/06/2019 de <http://repositorio.cepal.org>.

# JURISDIÇÕES CONTEMPORÂNEAS

## CONTEMPORARY JURISDICTIONS

Fabiola Utzig Haselofl

*Juíza Federal Titular – TRF da 2ª Região/Brasil*

*Doutoranda em Processo pela UERJ*

*Universidade do Estado do Rio de Janeiro*

Fecha de recepción: 11 de noviembre de 2019

Fecha de aceptación: 10 de diciembre de 2019

**RESUMEN:** Fenômenos contemporâneos ocorridos a partir da segunda metade do século XX, especialmente o constitucionalismo e a facilitação do acesso à justiça, provocaram um movimento espontâneo de convergência recíproca entre o sistema romano-germânico e o anglo-saxão. Essa convergência pode dar origem a um novo tipo de jurisdição mista, que surge espontaneamente pela incorporação recíproca de mecanismos de proteção e aprimoramento do sistema jurídico e da estrutura de administração da Justiça. Jurisdição contemporânea, portanto, define adequadamente o sistema que, diante de fenômenos contemporâneos, acompanha as mudanças e promove ajustes que combinam o uso de códigos e casos e aplicação dos métodos dedutivo e indutivo na fundamentação do raciocínio jurídico, com o objetivo de aprimoramento da segurança jurídica e racionalidade do sistema jurisdicional.

**ABSTRACT:** *Contemporary phenomena occurring from the second half of the twentieth century on, have caused a spontaneous movement of reciprocal convergence between the roman-germanic and the anglo saxon system models. This convergence can give rise to a new type of mixed jurisdiction, which arises spontaneously through the reciprocal incorporation of mechanisms that seek to improve the legal system and the structure of administration of justice. Contemporary jurisdiction therefore appropriately defines a system that promotes adjustments, mixing the use of codes and cases and deductive and inductive methods, with the scope of improving legal certainty and rationality of the judicial system.*

**PALABRAS CLAVE:** jurisdição contemporânea; jurisdição mista; sistemas mistos; *common law*; *civil law*.

**KEYWORDS:** *contemporary jurisdiction; mixed jurisdiction; mixed systems; common law; civil law.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. Sistemas jurídicos misturados: jurisdição mista e jurisdição contemporânea. 2. O uso combinado de códigos e casos e dos métodos dedutivo e indutivo: uma característica das jurisdições contemporâneas (ou mistas contemporâneas)? 3. A adoção de precedentes em países do civil law (vinculação formal-vinculação de facto). 4. A distinção crítica feita por alguns relativamente ao precedente e à decisão com eficácia vinculante (na prática não tão evidente). 5. O efeito vinculante provoca o insulamento do debate jurídico? 6. Conclusões. 7. Referências.

<sup>1</sup> E-mail: [fabiola\\_haselof@icloud.com](mailto:fabiola_haselof@icloud.com)

Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/6584739562554308>>

**CONTENTS:** 1. Introduction. Mixed Legal Systems: mixed jurisdictions and contemporary jurisdictions. 2. The combined use of codes and cases and deductive and inductive methods: contemporary jurisdictions? 3. The precedents in civil law systems. 4. The critical distinction between the reasoning method in the common law systems (precedent) and in the civil law systems (binding efficacy). 5. Does the binding effect cause the legal debate to be insulated? 6. Conclusions. 7. References.

## 1. Introdução. Sistemas jurídicos misturados: jurisdição mista e jurisdição contemporânea.

A mistura de sistemas jurídicos é um fenômeno global em expansão. Por outro lado, não existe um sistema puro. O paradoxo que surge destas duas ideias tem desafiado comparatistas ao redor do mundo a desenvolverem classificações que acomodem, ao invés de excluírem, uma quantidade cada vez maior de jurisdições que não encontram mais enquadramento preciso nas famílias tradicionais.

Sistemas jurídicos mistos<sup>2 3</sup> é uma expressão que abrange todos os sistemas que possuem alguma mistura evidente na sua composição. Incluem, não apenas mistura do *civil law* com *common law*, mas também leis religiosas (muçulmana, hindu, judaica, islâmica), tribais, costumeiras, resultando numa mistura que pode ser considerada complexa. Jurisdições mistas<sup>4 5</sup> é a expressão que designa especificamente a combinação do *civil law* com o *common law*, como resultado de acontecimentos históricos que vão do início do século XVIII até a primeira metade do século XX. A partir de então, observa-se um movimento espontâneo de convergência recíproca entre o sistema romano-germânico e o anglo-saxão, que pode originar um novo tipo de jurisdição mista vinculado a um modelo contemporâneo de jurisdição. Essa convergência é provocada em considerável medida pela necessidade de aprimoramento da segurança jurídica e racionalidade do sistema e da administração da Justiça, que ficaram bastante

---

<sup>2</sup> Segundo resultados apurados pelo grupo de pesquisa (World Legal Systems) da Universidade de Ottawa, os sistemas mistos ocorrem nos seguintes percentuais relativos à população mundial, apurada em 6.517.550.000: misturas de civil law e common law (2.46% da população mundial); civil law e lei costumeira (28.10%); civil law e lei muçulmana (4.34%); common law e lei costumeira (3.36%); common law e lei muçulmana (5.29%); civil law, lei muçulmana e lei costumeira (3.68%); common law, lei muçulmana e lei costumeira (20.21%); civil law, common law e lei costumeira (0.79%); common law, lei muçulmana, civil law e lei costumeira (0.48%); civil law, common law, lei judaica e lei muçulmana (0.11%); lei muçulmana e lei costumeira (0.07%). Em: <http://www.juriglobe.ca/eng/syst-demo/tableau-mixte.php>. Acesso: 08/2017.

<sup>3</sup> Segundo registro feito por ESIN ÖRÜCÜ, os sistemas mistos envolvendo civil law seriam 65 (19.12% dos sistemas legais); os sistemas mistos envolvendo common law seriam 53 (15.59%); os sistemas mistos envolvendo lei costumeira seriam 54 (15.88%); sistemas mistos envolvendo a lei muçulmana seriam 33 (9.70%). *What is a Mixed Legal System: Exclusion ou Expansion?* Vol.12.1. Eletronic Journal of Comparative Law (May 2008). Em: <http://www.ejcl.org/121/art121-15.pdf>. Acesso: 08/2017.

<sup>4</sup> HASELOF, Fabiola Utzig. *Jurisdições Mistas: um novo conceito de jurisdição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>5</sup> PALMER, Vernon Valentine, *Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family*. 2<sup>nd</sup> ed., UK: Cambridge University Press, 2012; FARRAN, Sue, ÖRÜCÜ, Esin, DONLAN, Séan Patrick, *A Study of Mixed Legal Systems: Endangered, Entrenched or Blended*, UK: Ashgate Publishing Limited, 2014;

impactados pela facilitação do acesso ao Judiciário, e, especialmente nos países de tradição do *civil law*, pela superação do positivismo e adoção de técnicas mais abertas de formulação do raciocínio jurídico.

Jurisdição contemporânea, portanto, define adequadamente o sistema que, diante de fenômenos contemporâneos, tenha acompanhado as mudanças e incorporado institutos e métodos de aprimoramento da sua jurisdição. Portanto, é uma jurisdição que não se deixa limitar pela sua tradição originária de *civil law* ou *common law*, porque está mais concentrada em encontrar soluções para os enfrentar as mudanças e aperfeiçoar sua prestação jurisdicional. A jurisdição contemporânea surge espontaneamente pela incorporação de mecanismos de proteção e aprimoramento da segurança e racionalidade do sistema, incluindo a combinação de códigos e casos (*cases*) e uso dos métodos dedutivo e indutivo na fundamentação das decisões judiciais.

O estudo dos sistemas denominados jurisdições mistas<sup>6</sup> trouxe as luzes para aclarar nossa compreensão sobre a transformação pela qual passa o sistema jurisdicional brasileiro. Muitas das transformações que vem ocorrendo entre nós já foram mais intensamente experimentadas por outros sistemas. Resultaram de conquistas e aquisições territoriais (jurisdição mista por imposição) ou pela assinatura de tratados (jurisdição mista espontânea). Esses acontecimentos históricos que originam as jurisdições mistas ocorreram no período que vai do século XVIII, quando surge a jurisdição mista da Escócia, em 1707, ao assinar o *Act of Union* e ter sua soberania integrada à do Reino Unido, e tem seu marco final na primeira metade do século XX, quando se encerra o mandato britânico sobre Israel, ocasião na qual a influência britânica que legou a Israel o *common law* é flexibilizada pelo movimento de intensa produção legislativa que se iniciou no estado israelense. Como exemplo de jurisdição mista, podemos citar Louisiana<sup>7</sup>, Quebec<sup>8</sup>, Filipinas<sup>9</sup>, Malta, Porto Rico, África do Sul<sup>10</sup>, Camarões, Zimbábue (República do Zimbábue, ex-Rodésia), Botswana, Lesoto, Swaziland (Suazilândia), Namíbia, Sri Lanka, Seicheles, Santa Lucia, Maurícia, Israel<sup>11</sup> e Escócia<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> HASELOF, Fabiola Utzig. *Jurisdições Mistas: um novo conceito de jurisdição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>7</sup> TATE, Albert. *The Role of the Judge in Mixed Jurisdictions: The Louisiana Experience*. 20 Loy. L. Rev. 231 (1974). Louisiana Law Review; YIANOPOULOS, A.N. *Louisiana Civil Law: A Lost Cause?* Tulane Law Review, V.54; Acesso: 08/2017; PALMER, Vernon Valentine. *Louisiana: Microcosm of a Mixed Jurisdiction*. Durham: Carolina Academic Press, 1999.

<sup>8</sup> TETLEY, Willian, *Nationalism in a Mixed Jurisdiction and the Importance of Language (South Africa, Israel, and Quebec/Canada)*. Tulane Law Review. 78 Tul. L. Rev. 175 (2003); JUKIER, Rosalie, *Inside the Judicial Mind: Exploring Methodology in the Mixed Legal System of Quebec*. Em <http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/22134514>. Acesso: 08/2017; *Quebec and Her Sisters in the Third Legal Family*. 54 McGill L. J. 321, 350 (2009). Em <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/493882-Palmer.pdf>. Acesso: 08/2017.

<sup>9</sup> MCGONIGLE, Ryan. *The Role of Precedents in Mixed Jurisdictions: A Comparative Analysis of Louisiana and the Philippines*. EJCL, Vol. 6.2 July 2002. Em <https://www.ejcl.org/62/art62-1.html>. Acesso: 07/2017

<sup>10</sup> ZIMMERMANN, Reinhard; VISSER, Daniel. *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*. Oxford: Clarendon Press, 1996; MILLER, David L. Carey, *Three of a Kind? Positive Prescription in Sri Lanka, South Africa and Scotland*, Second World Society of Mixed Jurisdiction Jurists Conference (Edinburgh, UK, 2007); MANCUSO, Salvatore, *Creating Mixed Jurisdictions: Legal Integration in the Southern African Development Community Region*. Em: <http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/22134514>, Acesso: 08/2017.

<sup>11</sup> TAMAR GIDRON, *The Publicity Right in Israel: An Example of Mixed Origins, Values, Rules, Interests and Branches of Law*, Em: <http://www.ejcl.org/121/papers121.html>, Acesso: 08/2017;

De modo geral, as jurisdições mistas apresentam como característica a assimilação das regras de processo do *common law*, especialmente o anglo-americano, como as audiências pelo sistema acusatório (*adversary hearings*), a inquirição direta feita às testemunhas (*cross-examination*), o papel ativo desempenhado pelos advogados na tramitação do processo, adoção de uma quantidade de *writs*, apenas para citar alguns pontos marcantes das regras processuais e de produção de provas típicas do *common law* e que podem ser facilmente contrastadas com o *civil law*.<sup>13</sup>

Conhecer as jurisdições mistas facilita magnificamente o reconhecimento da transformação pela qual estamos passando. A conclusão atual é que as jurisdições mistas são a combinação de misturas da qual mais nos aproximamos nos aspectos de estrutura de poder (Judiciário independente) e administração da justiça (*civil law* com *stare decisis*), comportamento dos juízes (*judge made-law*) e disciplina processual<sup>14</sup>.

Percebemos que, além desta experiência intensamente vivida pelas jurisdições mistas, em outros países os sistemas romano-germânico e anglo-saxão vem se integrando espontaneamente. Essa combinação parece provocada pelas vantagens que proporciona, ao garantir que a segurança conferida pela existência de uma previsão legal possa se confirmar no resultado isonômico da sua aplicação, demonstrando que atualmente os sistemas são complementares ou que ao se complementarem disponibilizam um mecanismo para aprimoramento do sistema de prestação jurisdicional<sup>15</sup>.

Relativamente ao caso específico do Brasil, que possui suas raízes no sistema romano-germânico do *civil law* e passou a incorporar o *common law*, a conclusão a que chegamos até o presente momento é que a vinculação ao sistema de precedentes surge como método que objetiva resgatar a racionalidade e devolver segurança jurídica ao nosso sistema. Tais valores fundamentais (racionalidade e segurança jurídica) foram severamente abalados como resultado de fenômenos contemporâneos reciprocamente implicados no contexto da superação do positivismo jurídico<sup>16</sup> e efetividade da Constituição<sup>17</sup>.

---

considerando Israel uma mistura única, não necessariamente jurisdição mista: conclusões do grupo de estudos da universidade de Ottawa, em <http://www.juriglobe.ca/eng/sys-juri/class-poli/sys-mixtes.php>; ÖRÜCÜ, E. *What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?* Em <http://www.ejcl.org/121/art121-15.pdf>. Acesso: 08/2017.

<sup>12</sup> REID, Elspeth; MILLER, David Carey. *A Mixed Legal System in Transition*. T.B. Smith and The Progresso of Scots Law. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2005; JOHN LOVETT, *Creating and Controlling Private Land Use Restrictions in Scotland and Louisiana: A Comparative Mixed Jurisdictions Analysis*. Em: <http://www.ejcl.org/121/papers121.html>. Acesso: 08/2017; THOMSON, Stephen. *Mixed Jurisdiction and the Scottish Legal Tradition: Reconsidering the Concept of Mixture*. Journal of Civil Law Studies, V.7, Issue 1, 2014.

<sup>13</sup> A incorporação das regras processuais (*procedure and evidence*) do *common law* pelas jurisdições mistas. HASELOF, Fabiola Utzig. *Jurisdições Mistas: um novo conceito de jurisdição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pág. 105-109.

<sup>14</sup> HASELOF, Fabiola Utzig. *Jurisdições Mistas: um novo conceito de jurisdição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018; HASELOF, Fabiola Utzig. *Jurisdições Mistas: Civil Law & Common Law*. Revista de Processo, vol. 270, ano 42, pág.385-406. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto 2017.

<sup>15</sup> HASELOF, Fabiola Utzig. *Jurisdições Mistas: Um Novo Conceito de Jurisdição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pág. 55-58, 183-185.

<sup>16</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2016; DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos*



Tal contexto provocou o que consideramos o deslocamento da racionalidade da lei para o precedente<sup>18</sup>.

De outro lado, os países do *common law* também passaram a incorporar institutos do *civil law*. Embora países como os Estados Unidos da América tenham tradição legislativa, tanto que no período que sucedeu sua independência, em 1776, até meados do século XIX, houve tendência à adoção do *civil law* e do direito codificado, especialmente o francês e o espanhol<sup>19</sup>, o certo é que a partir de então ficou clara a opção pelo *common law*. Não obstante, a partir da segunda metade do século XX, observa-se um incremento da produção legislativa e do emprego do método silogístico como técnica de raciocínio conducente à conclusão, sendo este um processo mental tipicamente relacionado ao *civil law*. RICHARD POSNER destaca a praticidade e o conforto que o método silogístico proporciona, fazendo com que julgadores (e também advogados), com o intuito de tornar sua atividade o mais objetiva possível, se empenhem em fundamentar suas posições jurídicas da forma mais silogística possível<sup>20</sup>.

Vê-se que o método silogístico, sempre associado ao raciocínio dedutivo típico do *civil law*, é um processo mental largamente empregado no *common law* anglo-americano. Da mesma forma que o *common law* tem utilizado o método silogístico dedutivo, também o método indutivo tem sido utilizado de forma mais ampla ou mais restrita em países como França, Itália e Alemanha<sup>21</sup>.

## 2. O uso combinado de códigos e casos e dos métodos dedutivo e indutivo: uma característica das jurisdições contemporâneas (ou mistas contemporâneas)?

Há quem entenda que a principal diferença entre o *common law* e o *civil law* não está na origem da produção do direito ou na valorização do caso

*Fundamentais*. São Paulo: Malheiros. No Brasil: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003; BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. Revista Forense, 358-91, 2001.

<sup>17</sup> HESSE, Konrad. *La fuerza normativa de la Constitución*. Escritos de Derecho Constitucional (selección). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pág.61/84. No Brasil: BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1982; ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos Princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>18</sup> O constitucionalismo contemporâneo no Brasil e seu impacto no deslocamento da racionalidade da lei para o precedente. HASELOF, Fabiola Utzig. *Jurisdições Mistas: Um Novo Conceito de Jurisdição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pág.119-135.

<sup>19</sup> RENÉ DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, pág.452.

<sup>20</sup> “So compelling and familiar is syllogistic reasoning that lawyers and judges, ever desirous of making their activity seem as objective as possible, try hard to make legal reasoning seem as syllogistic as possible.” POSNER, Richard. *The Syllogism and other methods of logic*. In: *The Problems of Jurisprudence*, US: Harvard University Press, 1993, pág.39.

<sup>21</sup> PALMER, Vernon Valentine, *Double Reasoning in the Codified Mixed Systems – Code and Case Law as Simultaneous Methods*, pág. 28.



precedente, mas na *forma de aplicação e pensamento*<sup>22</sup> do próprio direito como método de raciocínio desenvolvido para chegar à solução do julgamento. De fato, existe uma diferença fundamental na forma de raciocinar e produzir o resultado nos dois sistemas, que necessita ser muito bem compreendida.

Relativamente ao que ocorre no Brasil, afirma-se que a aproximação entre *common law* e *civil law* apenas ocorre no sentido de colocar os precedentes como centrais no momento da aplicação do direito, desconsiderando que o fundamental na tradição do *common law* é a construção do direito a partir do raciocínio indutivo, o que alguns entendem que teria sido descartado no Brasil, onde haverá a tendência de substituir a lei pelo precedente, e continuaremos a realizar nossa prática de fechamento da argumentação<sup>23</sup>.

O método de desenvolvimento do raciocínio do *common law*, com os precedentes invocados como ponto de partida, como *topoi* no debate jurídico retórico casuístico que considere todos os fatos concretos essenciais e a valoração que receberam conforme argumentação exaustivamente desenvolvida no caso precedente, considerando, ademais, o acervo histórico secular reunido na tradição inglesa a partir do século XI, quando inicia a formação do *common law*, em 1066, somente na Inglaterra é que vai ser identificado com este rigor. Nos Estados Unidos, a tradição do *common law* inicia no século XVII, quando são inauguradas as primeiras colônias inglesas em território norte-americano. No período que sucedeu a independência (1776) até meados do século XIX, houve forte inclinação para o *civil law*<sup>24</sup>. Observe-se que muitos países que não tinham tradição do *common law*, passaram a incorporá-lo quando se tornaram colônias inglesas, o que demonstra que, não obstante a tradição, o método pode ser incorporado, e assim ocorre de forma recíproca, ou seja, o *common law* sendo incorporado por sistemas do *civil law* e vice-versa.

Além do mencionado uso amplo do silogismo pelas Cortes estadunidenses, como método que confere praticidade e objetividade às decisões judiciais<sup>25</sup>, observe-se também que na maioria dos casos não são desenvolvidos todos os esforços que o rigor da tradição exige para estabelecer as distinções entre os casos em julgamento e os precedentes, ou seja, na perspectiva de juízes e também de advogados, a maioria dos julgamentos envolve casos nos quais os benefícios da distinção são pequenos demais para justificar seu esforço<sup>26 27</sup>.

Não é realista supor que nos países que também dispõem de códigos o método de tradição secular inglesa deva ser replicado com seu rigor no volume

<sup>22</sup> SILVA, Diogo Bacha. *A Valorização dos Precedentes e Os Sistemas Civil law e Common law*. In: Direito Jurisprudencial – volume II. Coordenadores Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pág.491.

<sup>23</sup> “Não é tipicamente civil law porque a lei perdeu a posição de centralidade na dinâmica processual. O juiz pode julgar em desobediência à lei mas não o pode em contrariedade com as súmulas vinculantes.” SILVA, Diogo Bacha. Ob. cit., pág.491/493; NUNES, Dierle. *Precedentes, Padronização Decisória Preventiva e Coletivização. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática*, in Direito Jurisprudencial. Teresa Arruda Alvim Wambier (Coordenadora). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>24</sup> HASELOF, Fabiola Utzig. *Jurisdições Mistas: Um Novo Conceito de Jurisdição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pág.51-53.

<sup>25</sup> POSNER, Richard. *The Syllogism and other methods of logic*, in The Problems of Jurisprudence, US: Harvard University Press, 1993, pág.39.

<sup>26</sup> TUSHNET, Mark. *Os Precedentes Judiciais nos Estados Unidos*, in Revista de Processo vol.218. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pág.5.

<sup>27</sup> O precedente como método de racionalização. HASELOF, Fabiola Utzig. *Jurisdições Mistas: Um Novo Conceito de Jurisdição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pág.159-162.

invencível de casos que passaram a chegar ao Poder Judiciário nas últimas décadas com a facilitação ao seu acesso<sup>28</sup> ou sequer que exista necessidade disso em todos os casos ou na maioria deles. Considere-se também que muitas colônias inglesas, que não dominavam a língua e tampouco a tradição do *common law*, incorporaram esta tradição. Algumas aboliram totalmente o *civil law* antes existente<sup>29</sup> e outras mantiveram seu arcabouço legislativo e passaram a incorporar os precedentes<sup>30</sup>. Vê-se que a interação de códigos e casos, o que pode ser lido também como combinação dos respectivos métodos de interpretação, vem sendo naturalmente manejada por sistemas de ambas as tradições, e, dependendo do nível de intensidade da mistura, pode ser uma importante característica para identificar uma jurisdição contemporânea.

Ao abordar os métodos de exposição do raciocínio jurídico no Reino Unido, BANKOWSKI, MacCORMICK e MARSHALL, anotam que o estilo adotado é o discursivo, em contraposição ao dedutivo e a concisão quase silogística dos julgados franceses. Entretanto, na Escócia, a forma silogística tem sido muito utilizada para vincular os fundamentos de fato e de direito à solução adotada. Destacam que um tópico do atual debate jurídico acadêmico é se a escrita das decisões judiciais na forma discursiva somente indica um modo de raciocínio que é essencialmente não-dedutivo e não-silogístico ou se tal raciocínio tem um caráter fundamentalmente dedutivo que pode ser capturado por uma reconstrução racional dos argumentos postos pelos julgadores<sup>31</sup>, o que reforça a integração dos métodos como característica das jurisdições mistas ou mistas contemporâneas.

---

<sup>28</sup> “Since de number of cases be processed continually rises, but the justice system cannot be expanded, a dilemma has been created.” GOTTWAL, Peter. *Civil Justice Reform: Acess, Cost and Expedition. The German Experience*. In: ZUCKERMAN, Adrian A.S., *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York: Oxford University Press, 1999, pág.214; “The number of appeals to the Corte di Cassazione has increased dramatically over the last thirty years. This increase in workload has had two consequences: decisions are delayed; and, importantly, the uniform interpretation of the law is lost, due to the large number of judges required.” CHIARLONI, Sergio. *Civil Justice and its Paradoxes: An Italian Perspective*. In: ZUCKERMAN, Adrian A.S., *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York: Oxford University Press, 1999, pág.267; “There has been a continual expansion of litigation since the end of the nineteenth century, which has accelerated even further in the last twenty years. Numerous factors have contributed. Population has grown. Legislative and Executive inflation (...). An increasing ideology of compensation has arisen (...). There has been a considerable democratization of access to justice as legal aid has been reformed.” CADIET, Loïc. *Civil Justice Reform: Access, Cost, and Delay. The French Perspective*. In: ZUCKERMAN, Adrian A.S., *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York: Oxford University Press, 1999, pág.307.

<sup>29</sup> Como exemplo podemos mencionar Texas, Flórida e New York. HASELOF, Fabiola Utzig. *Jurisdições Mistas: Um Novo Conceito de Jurisdição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pág. 83.

<sup>30</sup> Jurisdições mistas.

<sup>31</sup> “It is a topic of current debate among legal scholars whether the discursive form of judicial opinion writing indicates a mode of reasoning that is essentially non-deductive and non-syllogistic, or whether such reasoning has a fundamentally deductive character that can be captured by a ‘rational reconstruction’ of the arguments stated by judges.” BANKOWSKI, Zenon; MaCCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, pág. 319.

### 3. A adoção de precedentes em países do civil law (vinculação formal-vinculação de facto)

O método de elaboração de um estatuto, como produto da atividade legislativa, exige o emprego da razão para justificar a elaboração de um planejamento com antecedência ao passo que o método da aplicação do precedente vai empregar a inteligência crítica ao raciocínio para obtenção da melhor decisão, considerada a congérie de casos precedentes, as particularidades do caso em julgamento e a necessidade de manter coerência. Nenhuma ordem jurídica contemporânea é concebível sem que faça largo uso de ambos os métodos.<sup>32</sup>

Nos países da Europa Continental, de modo geral, o precedente não é formalmente vinculante, embora seja normalmente seguido pelas Cortes inferiores. Por isso muitos juristas afirmam que em tais sistemas os precedentes são vinculantes *de facto*, mas não de direito<sup>33</sup>. MacCormick, no seu estudo comparado dos precedentes, menciona que somente alguns tipos especiais de precedentes em alguns sistemas continentais possuem eficácia vinculante de direito, citando como exemplo os precedentes estabelecidos pela Corte Constitucional da Alemanha. Precedentes comuns (*ordinary precedents*) estabelecidos por outras Cortes alemãs não são formalmente vinculantes, mas devem ser seguidos, exceto se houver justificadas razões em sentido contrário. O mesmo ocorre na Polônia e na Espanha<sup>34</sup>, onde os precedentes oriundos do Tribunal Constitucional são os únicos que possuem eficácia vinculante formalmente estabelecida na lei.<sup>35</sup> De modo geral, não entra no debate jurídico das Cortes dos sistemas continentais a graduação de força ou valor dos precedentes de (i) valor vinculante (formalmente vinculante), (ii) valor não-formalmente vinculante, mas com força, (iii) valor persuasivo ou (iv) valor meramente ilustrativo<sup>36</sup>. Da mesma forma, no caso do precedente não-formalmente vinculante, mas com força, no sistema continental não se discute explicitamente sobre as possibilidades e a força necessária para desafiar o precedente ou estabelecer uma ponderação de valores envolvendo o precedente<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> “No contemporary legal order is conceivable that does not make large use of both.” MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, pág.5

<sup>33</sup> ALGERO, Mary Garvey. *The Sources of Law and the Value of a Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation*. Louisiana Law Review. V.65, N.2, 2005, pág.788; MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, pág. 103, 119, 122-123, 130-131, 461.

<sup>34</sup> O Código Civil da Espanha, art. 1 (1), prevê como fontes somente a lei, os costumes e os princípios gerais do direito. Não obstante, no art.1(6) dispõe que: “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.”

<sup>35</sup> MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, pág. 461/462.

<sup>36</sup> MacCormick utiliza os critérios: (1) formal bindingness: (a) formal bindingness not subject to overruling; (i) strictly binding; (ii) defeasibly binnding; e (b) formal bindingness (2) not formally binding but having force: (a) defeasible force; (b) outweighhble force; (3) not formally binding and not having force but provinding further support; (4) mere illustrativeness or other value. Ob. Cit., pág.463.

<sup>37</sup> Ob. Cit., Pág. 463/477.

Nos sistemas da França e Itália nenhum precedente é formalmente vinculante. Entretanto, os precedentes possuem força e são normalmente observados. Isso porque, embora os julgamentos devam ser conduzidos conforme análise do órgão julgador à luz da legislação vigente, é cediço que os julgamentos podem ser revertidos caso a decisão esteja em desconformidade com a interpretação da lei dada pela instância superior. Portanto, a estrutura hierarquizada de justiça impõe um argumento de autoridade (*authoritative argument*) relativamente à interpretação dada pela instância superior. Em regra e na prática se opera uma vinculação de fato (*binding de facto*).<sup>38</sup>

O estudo feito por MacCormick, que é dos mais amplos e citados sobre o tema, apurou dados relativos à utilização dos precedentes na Alemanha, França, Itália, Noruega, Polônia, Espanha, Suécia, Reino Unido e nos Estados Unidos (New York) até o ano 1994, portanto, não são dados atualizados. Basta mencionar que, no Brasil, a guinada para o sistema de vinculação obrigatória aos precedentes ocorreu há pouco mais de uma década, em reformas processuais<sup>39</sup>, e especialmente com o advento do Código Fux. No Brasil, o Decreto-lei 4657/42, que é a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, teve sua última alteração promovida pela Lei 12.376/2010. Relativamente às fontes do direito, consta a regra do art.4º, ainda na redação originária, que prevê: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Vê-se que a jurisprudência não consta como fonte do direito, não obstante o fato de que decisões em controle abstrato de constitucionalidade, recursos extraordinário e especial repetitivos, há anos têm efeito vinculante entre nós. O Código de Processo Civil de 2015 prevê a força normativa da jurisprudência, com destaque para o art. 927. Entretanto, a referência aos precedentes consta em apenas duas previsões: art. 926, §2º e 927, §5º, do CPC, embora a prática evidencie que a integração de códigos e casos é uma transformação que se encontra, há algum tempo, em andamento entre nós.

#### 4. A distinção crítica feita por alguns relativamente ao precedente e à decisão com eficácia vinculante (na prática não tão evidente)

Ambos são precedidos de amplo debate. Georges Abboud, citando a lição de Castanheira Neves, afirma que a diferença entre os precedentes e as decisões com efeito vinculante está na funcionalidade do precedente, que não vincula com rigidez e de forma definitiva, pois estabelece um equilíbrio entre a continuidade do padrão decisório e a possibilidade de realização do *distinguishing* e *overruling*, ao passo que a decisão com efeito vinculante não

<sup>38</sup> TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, pág.101-139; TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*. MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, 140-187; YIANNPOULOS, A.N. *Louisiana Civil Law: A Lost Cause?* Tulane Law Review, V.54, pág.788-791.

<sup>39</sup> A mistura de jurisdições no Brasil. A influência remota e crescente do common law e a incorporação do sistema adversarial. HASELOF, Fabiola Utzig. *Jurisdições Mistas: Um Novo Conceito de Jurisdição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

constitui um ponto de partida para a discussão legal, porque se apresenta com uma decisão pronta<sup>40</sup>.

Em regra, o precedente, como padrão decisório, será aplicado ao caso concreto mediante raciocínio indutivo que considere todo acervo julgado anteriormente em cotejo com as particularidades do caso em julgamento. Mas as decisões com eficácia vinculante não necessitam que sejam feitas as ponderações fáticas pertinentes e eventualmente seja afastada a decisão vinculante? Obviamente que sim. Significa dizer que o afastamento de uma decisão com eficácia vinculante vai exigir que seja feita a distinção mediante apontamento das particularidades fáticas que distinguem o padrão decisório vinculante do caso em julgamento<sup>41</sup>. Da mesma forma, não é possível utilizar duas decisões com efeito vinculante e construir um julgado que acomode ambas as decisões? Obviamente que sim. Em ambos os casos a decisão com efeito vinculante é o ponto de partida para a fundamentação argumentativa que vai buscar a aplicação da melhor solução ao caso concreto. Portanto, na prática, a distinção não é tão clara quanto na teoria. Da mesma forma, nada impede que o precedente seja aplicado ao caso subsequente mediante raciocínio dedutivo, como solução pronta, pois o silogismo tem sido técnica amplamente aplicada nas cortes estadunidenses<sup>42</sup> por razões pragmáticas de racionalidade do trabalho. Em qualquer sistema, a simplicidade de um caso dispensa esforço argumentativo.

## 5. O efeito vinculante provoca o insulamento do debate jurídico?

O efeito vinculante atribuído aos motivos determinantes das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional alemão, na visão do eminente constitucionalista PETER HÄBERLE, enfraquece o diálogo jurídico, desestimulando novas interpretações e estreitando o espaço da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.<sup>43</sup> Por outro lado, nos Estados Unidos, o constitucionalismo popular<sup>44</sup>, movimento que rejeita o modelo judicialista e preconiza que o povo e seus representantes sejam os concretizadores dos valores constitucionais<sup>45</sup>, tem como um dos seus maiores expoentes o jurista MARK TUSHNET, que considera que o protagonismo judicial possui o efeito deletério

<sup>40</sup> ABBOUD, Georges. *Precedente Judicial versus Jurisprudência dotada de efeito vinculante. A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*. In: Direito Jurisprudencial – volume II. Coordenadores Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pág. 538.

<sup>41</sup> No TRF2 vários julgados fazendo distinção (*distinguishing*) com objetivo de afastar precedente vinculante (repetivo ou repercussão geral): AC 05899145419004025101, Terceira Turma Especializada, DJe 03/05/2017; AG 00123835620164020000, Sétima Turma Especializada, DJe 27/06/2017; AC 00320981520134025101, Oitava Turma Especializada, DJe 27/07/2016.

<sup>42</sup> POSNER, Richard. *The Syllogism and other methods of logic*, in *The Problems of Jurisprudence*, US: Harvard University Press, 1993, pág.39.

<sup>43</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 1997.

<sup>44</sup> Sobre as várias vertentes do constitucionalismo popular: FLEMING, James. *Judicial Review without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts*. *Fordham Law Review*, v.73, issue 4. New York, 2015. Em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/4> Acesso: 08/2017.

<sup>45</sup> FUX, Luiz, *Jurisdição Constitucional II: Cidadania e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pág.25.



de eximir a responsabilidade política dos legisladores. Não obstante sua crítica ao *judicial review*, considera essencial a nível de racionalidade do sistema a adoção do método de vinculação aos precedentes.<sup>46</sup> Portanto, duas vertentes que miram na interpretação pluralista da Constituição, sendo que uma delas considera essencial a vinculação aos precedentes, indicando que não existe necessariamente uma relação entre insulamento do debate jurídico e vinculação aos precedentes.

## 6. Conclusões

O sistema jurídico de um país precisa acompanhar as mudanças impostas pela crescente integração global e demanda de mecanismos de aprimoramento da segurança jurídica e racionalidade do sistema. É possível que mudanças ocorram em velocidade maior que sua própria assimilação consciente, o que provoca um descolamento entre o que de fato ocorre e o enquadramento tradicionalmente reconhecido, dificultando a organização metodológica dos sistemas jurídicos. No Brasil, por exemplo, muitos afirmam que somos *civil law*, o que parece algo impreciso já que incorporamos precedentes vinculantes não apenas das cortes constitucionais, mas de qualquer instância superior. Ademais, nosso processo civil, como a reforma de 2015<sup>47</sup>, se encaminhou para o sistema adversarial. Além disso, de nosso sistema prevê amplo controle de constitucionalidade da lei. Portanto, aparentemente, nos assemelhamos mais a uma jurisdição mista, ou, no mínimo, “*civil law* com uma série de ressalvas”.

O desenvolvimento de uma metodologia apropriada para acomodar as misturas sem dúvida é um desafio inquietante e tortuoso. Embora muitas misturas tenham encontrado enquadramento na classificação de ESIN ÖRÜCÜ, ela não inclui misturas que talvez possam ser consideradas mais recentes ou despercebidas, em razão, possivelmente, do fator psicológico determinando pela incorporação que foi ocorrendo lenta e gradualmente em sistemas como o modelo brasileiro, e que pode dificultar a percepção da transformação que vem se operando entre nós e que ocorre também em outros países de ambas as tradições. Portanto, pensamos que as jurisdições contemporâneas, no qual o *civil law* e o *common law* vão espontaneamente buscar aprimoramentos recíprocos e visando à segurança jurídica e à racionalidade de ambos os sistemas, podem ser um novo tipo de jurisdição mista, neste caso deflagrada por fenômenos contemporâneos, ou constituir uma nova espécie do gênero sistemas mistos.

---

<sup>46</sup> “Chego a achar difícil entender como poderia funcionar um sistema jurídico, ou, pelo menos, um sistema jurídico dotado de um número substancial de casos por resolver, sem contar com um sistema que seja minimamente similar ao sistema de precedentes para que possa alcançar os objetivos de eficiência que esse modelo propicia.” TUSHNET, Mark. *Os Precedentes Judiciais nos Estados Unidos*, Revista de Processo vol.218. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pág. 2

<sup>47</sup> Em 2015 surgiu o novo Código de Processo Civil (Lei 13.015/2015), que entrou em vigor em 2016.



## 7. Referências

- ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedents in the Federal Republic of Germany*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.
- ALGERO, Mary Garvey. *The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation*. Louisiana Law Review, V.65, N.2, 2005.
- ARMINJON, Pierre; NOLDE, Boris; WOLFF, Martin. *Traité de Droit Comparé*, Librairie Generale de Dretroit et de Jurisprudence, 1952.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933.
- BANKOWSKI, Zenon; MaCCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997
- BRAZIER, Rodney. *Constitutional Reform. Reshaping the British Political System*. 3<sup>rd</sup> Ed. New York: Oxford University Press, 2008.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2011.
- CADIET, Loïc. *Civil Justice Reform: Access, Cost, and Delay. The French Perspective*. In: ZUCKERMAN, Adrian A.S., *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York: Oxford University Press, 1999.
- CHIARLONI, Sergio. *Civil Justice and its Paradoxes: An Italian Perspective*. In: ZUCKERMAN, Adrian A.S., *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York: Oxford University Press, 1999
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Novo Código de Processo Civil. Anotado e Comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CHASE, Oscar G.; WALKER, Jane. *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*. Canadá: LexisNexis, 2010. Conteúdo de interesse: WALKER, Janet; CADIET, Loïc; HAZARD, Geoffrey C. *Looking Ahead: The Future of Categories - Categories of the Future*.
- COLE, Charles D. *Stare Decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O Sistema de Precedente Vinculante do Common Law*. RT, vol. 752, São Paulo: RT, jun. 1998.
- CONSTANTINESCO, Léontin. *Traité de Droit Comparé – La Science des Droits Comparés*. Economica, 1983
- CROSS, Rupert e HARRIS J.W.. *Precedent in English Law*. Fourth Edition. Oxford: Clarendon Law Series Press, 1991
- DAMASKA, Mirjan R.. *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. Unites States: Yale University, 1986.
- \_\_\_; STORME, Marcel; CHASE, Oscar G. *Rethinking the Common Law/Civil Law Divide*. In: CHASE, Oscar G.; WALKER, Jane. *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*. Canadá: LexisNexis, 2010

- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- FINE, Toni M. *O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no Sistema legal norteamericano*. RT, n. 782, São Paulo: RT, 2002.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição*. Constituição e Sociedade. São Paulo: RT, 2004.
- FUX, Luiz. *Jurisdição Constitucional II: Cidadania e Direitos Fundamentais*. BH: Fórum, 2017.
- GOTTWAL, Peter. *Civil Justice Reform: Access, Cost and Expedition. The German Experience*. In: ZUCKERMAN, Adrian A.S., *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York: Oxford University Press, 1999
- GLENN, Patrick. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity*. 4th Edition. UK: Oxford University Press, 2010.
- GRECO, Leonardo. *Paradigmas da Justiça Contemporânea e Acesso à Justiça*. Em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33176-42004-1-PB.pdf>. Acesso 11/2016.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 1997.
- HASELOF, Fabiola Utzig. *Jurisdições Mistas: Um Novo Conceito de Jurisdição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- HASELOF, Fabiola Utzig. *Jurisdições Mistas: Civil Law & Common Law*. Revista de Processo, vol. 270, ano 42, pág.385-406. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013
- LEYLAND, Peter. *The Constitution of the United Kingdom. A contextual analysis*. 3rd Ed. London: Bloomsbury, 2016.
- MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. Conteúdo de Interesse: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedents in the Federal Republic of Germany*; BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*; MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. *Precedent in Spain*; SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*; TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*; TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*.
- MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. England: Ashgate Publishing Limited, 1991.
- McPHERSON, B.H. *The Reception of English Law Abroad*. Supreme Court of Queensland Library ([www.court.sclqld.org.au](http://www.court.sclqld.org.au)), 2007.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3<sup>rd</sup> Edition. California: Stanford University Press, 2007.
- ÖRÜCÜ, Esin. FARRAN, Sue; DONLAN, Seán Patrick. *A Study of Mixed Legal Systems: Endangered, Entrenched or Blended*. England: Ashgate, 2014.
- \_\_\_\_\_. *A general view of 'legal families' and of 'mixed systems'*. In Orucu, E. and Nelkin, D. (eds.). *Comparative Law: A Handbook*. Oxford: Hart Publishing, 2007, pág. 169-187. Em <http://eprints.gla.ac.uk/39754/>, acesso em 12/2016.

PALMER, Vernon Valentine. *Mixed Jurisdiction World Wide – The Third Legal Family*. 2ª edition. New York: Cambridge University Press, 2012.

\_\_\_\_\_. *Two Rival Theories of Mixed Legal Systems*. Second World Society of Mixed Jurisdiction Jurists Conference (Edinburgh, UK, 2007), em <http://www.ejcl.org/121/papers121.html>, acesso em 10/01/2017.

\_\_\_\_\_. *Mixed Legal Systems*, in M. Bussani and U. Mattei (eds), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, 2012.

\_\_\_\_\_. *Mixed Jurisdictions*, in JM Smits (eds), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2<sup>nd</sup> ed. Edward Elgar, 2012.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 2ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PFERSMANN, Otto. *Positivismo Jurídico e Justiça Constitucional no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2014.

POSNER, Richard A. *How Judges Think*. United States: Harvard University Press, 2010.

\_\_\_\_\_. *Reflections on Judging*. United States: Harvard University Press, 2013.

\_\_\_\_\_. *The Problems of Jurisprudence*, US: Harvard University Press, 2000.

REID, Elspeth; MILLER, David Carey. *A Mixed Legal System in Transition. T.B. Smith and The Progresso of Scots Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2005.

SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.

TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*, Revista de Processo 199. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011.

TRIBE, Laurence H. *The Invisible Constitution*. London: Oxford University Press, 2008.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.

TUSHNET, Mark. *The Constitution of The United States of America: A Contextual Analysis*. UK: Hart Publishing, 2008.

\_\_\_\_\_. *Global Perspective on Constitutional Law*. US: Oxford University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. US: Edward Elgar Publishing, 2014.

WALKER, Janet; MULLENIX, Linda S.; SANTOS, Andres de la Oliva; BAUMGARTNER, Samuel P.; ANDREWS, Neil H.; TANIGUCHI, Yasuhei; OZSUNAY, Murat. *Country Studies from Across the Divide*. In: CHASE, Oscar G.; WALKER, Jane. *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*. Canadá: LexisNexis, 2010.

\_\_\_\_\_; CADIET, Loc; HAZARD, Geoffrey C. *Looking Ahead: The Future of Categories - Categories of the Future*. . In: CHASE, Oscar G.; WALKER, Jane. *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*. Canadá: LexisNexis, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*. RT, n. 893, São Paulo: RT, mar. 2010.

\_\_\_\_. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. RePro, vol. 34, n.172. São Paulo: RT, jun. 2009.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3ª ed., trad. portuguesa de A. M. Botelho Hespana, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ZANETI Jr., Hermes. *O valor Vinculante dos Precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª edição. Salvador: JusPodivum, 2016.

ZUCKERMAN, Adrian A.S., *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York: Oxford University Press, 1999. Interest Contents: CADIET, Loïc. *Civil Justice Reform: Access, Cost, and Delay. The French Perspective*; CHIARLONI, Sergio. *Civil Justice and its Paradoxes: An Italian Perspective*; GOTTWAL, Peter. *Civil Justice Reform: Access, Cost and Expedition. The German Experience*.

# LA COMPLEJA RELACIÓN ENTRE LA LEY NACIONAL Y EL TRATADO INTERNACIONAL

## THE COMPLEX RELATION BETWEEN NATIONAL LAW AND THE INTERNATIONAL TREATY

Alicia Villaseca Ballescá  
*Abogada del Estado*

Fecha de recepción: 25 de noviembre de 2019  
Fecha de aceptación: 11 de diciembre de 2019

**RESUMEN:** El lugar que ocupan en el sistema de fuentes los tratados internacionales con respecto a la ley ha sido y es una cuestión controvertida en nuestro país. Las previsiones de nuestra Carta Magna albergan en este punto una cierta ambigüedad que ha propiciado el nacimiento de múltiples tesis acerca de cuál debe ser la regla que discipline tal relación. Analizaremos en este artículo algunas de estas tesis: aquella que apuesta por la absoluta de primacía jerárquica del tratado sobre la ley, aquella otra que arbitra la ligazón entre una y otra norma en base a un criterio de competencia y, asimismo, aquella que defiende la combinación de una regla de validez y otra de eficacia o aplicabilidad. Estudiaremos también cuál ha sido la respuesta ofrecida por nuestro máximo intérprete constitucional y las previsiones que el legislador ha brindado al respecto. Se harán, en último lugar, algunas reflexiones acerca de la situación actual con indicación de algunos de los riesgos o problemas que la solución que parece haberse alcanzado puede entrañar.

**ABSTRACT:** The place of international treaties regarding the law in the source system has been and is a controversial issue in our country. The provisions of our Carta Magna contain at this point a certain ambiguity that has facilitated the emergence of multiple theses about what should be the rule that disciplines this relationship. We will analyze in this article some of these theses: the one that bets on the absolute hierarchical primacy of the treaty over the law, the other that arbitrates the link between one and the other norm based on a criterion of competence and, also, the one that defends the combination of a validity rule and an efficacy or applicability rule. We will also study what has been the response offered by our highest constitutional interpreter and the provisions that the legislator has provided in this regard. Lastly, some reflections will be made about the current situation, indicating some of the risks or problems that the solution that seems to have been reached may entail.

**PALABRAS CLAVE:** Sistema de fuentes, tratados, ley, superioridad jerárquica, competencia, regla de validez, regla de aplicabilidad, jurisprudencia del TC, Ley 25/2014.

**KEYWORDS:** Source system, treaties, law, hierarchical superiority, competence, validity rule, applicability rule, jurisprudence of the TC, Law 25/2014.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. I. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN DESDE LA DOCTRINA. i.- Superioridad jerárquica del tratado. ii.- Relación fundada en un principio de competencia. iii.- Sucesión temporal de una regla de validez y otra de eficacia o aplicabilidad. 1.- Normas internacionales y leyes anteriores. Criterio de validez. 2.- Normas internacionales y leyes posteriores. Criterio de aplicación. 3.- La no integración de los tratados internacionales en el bloque de la constitucionalidad. II. UNA SEGUNDA APROXIMACIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL III. UNA RESPUESTA LEGAL Y ALGUNOS INTERROGANTES IV. BIBLIOGRAFÍA

## INTRUDUCCIÓN

El art.6 del Anteproyecto de Constitución, elaborado por la Ponencia y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 5 de enero de 1978, contenía un principio diáfano: la superioridad jerárquica de los tratados con respecto a la ley (apartado 1º); y una consecuencia fáctica a tal principio: la inderogabilidad de sus disposiciones mediante norma de rango legal (apartado 2º)<sup>1</sup>.

A la luz del vigente art.96 CE cabe concluir que se conserva la consecuencia práctica relativa a la intangibilidad del tratado para las normas legales pero, sin embargo, se prescinde del principio dogmático que lo justificaba<sup>2</sup>. La cuestión a dilucidar es, por tanto, si el mantenimiento del apartado 2º del art.6 del Anteproyecto trasluce una regla jerárquica o si, por el contrario, la eliminación del apartado 1º implica la inexistencia de tal

---

<sup>1</sup> Boletín Oficial de las Cortes nº 44 de 5 de enero de 1978, folio 670.

Art.6 del Anteproyecto de Constitución:

*1. Los tratados internacionales válidamente celebrados tendrán, una vez publicados, jerarquía superior a las leyes.*

*2. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en las formas previstas en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional.*

*3. Se podrá atribuir a un tratado o una ley orgánica el ejercicio de poderes derivados de la Constitución a instituciones de Derecho internacional, en régimen de paridad*

<sup>2</sup> Art.96 CE:

*1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.*

*2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.*



superioridad y, en tal caso, qué clase de relación existe entre tratados internacionales y leyes nacionales<sup>3</sup>.

Como decimos, nuestra Carta Magna guarda un ambiguo silencio sobre este punto, fruto, muy probablemente, del intenso debate técnico-jurídico que propició en las Cortes el alumbramiento del aludido precepto constitucional. Esta circunstancia, no obstante, ha alimentado un rico debate doctrinal sobre cuál debe ser la posición jerárquica de los convenios internacionales en nuestro sistema de fuentes y, muy especialmente, cuál debe ser su relación con las leyes internas.

## I. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN DESDE LA DOCTRINA.

### i.- Superioridad jerárquica del tratado.

El punto de arranque para autores como Araceli Mangas no es otro que el carácter monista del sistema español en lo tocante a las relaciones entre derecho internacional y derecho interno<sup>4</sup>. Se insiste en la idea de que desde el momento en que los Estados concurren a un tratado aceptan el nacimiento de una obligación internacional, asumiendo que a la fecha de entrada en vigor del acuerdo en él establecida lo prevenido en tal convenio internacional es exigible y, por consiguiente, obligatorio para el Estado suscriptor. Se pone en valor, en resumidas cuentas, el art.26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>5</sup> por el cual “*todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”.

De esta forma, sobre la base de unidad de ordenamientos que el sistema monista lleva consigo, no es dable una disociación entre validez internacional de la norma y validez interna, imponiéndose una coherencia en la actuación del Estado en tanto que sujeto de derecho internacional y sujeto de derecho interno.

No se desconoce, empero, que tal monismo debe ser tildado de moderado toda vez que, conforme a los arts. 96.1 CE y 1.5 CC, la incorporación

---

<sup>3</sup>CARDONA LLORENS, J. “*El régimen de los tratados en el ordenamiento jurídico español*”. Universidad de Valencia 1983. Páginas 520 y 521 ProQuest LLC 2014.

<sup>4</sup>MANGAS MARTÍN, A. “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho español”. *Cuadernos de derecho judicial* n°11, 1994. Págs. 17 a 25.

<sup>5</sup> De 23 de mayo de 1969 y al que España se adhirió el 2 de mayo de 1972, si bien su publicación en el Boletín Oficial del Estado no se produjo hasta el 13 de junio de 1980.

de los convenios internacionales al ordenamiento interno impone la publicación oficial de aquéllos. Con todo, el requisito de publicación requiere de una matización: de él no depende la vigencia o despliegue de efectos jurídicos del tratado en el ámbito internacional. En efecto, la publicación solamente supedita la aplicación directa del tratado en cuanto a su oponibilidad; únicamente condiciona la posibilidad de que los derechos y obligaciones contenidos en él puedan ser invocados por los ciudadanos en sus relaciones con otros particulares o con Administraciones Públicas<sup>6</sup>.

Por consiguiente, la ausencia de publicación de un tratado, con independencia de las distorsiones que pueda acarrear en el plano interno, no obstaculiza el nacimiento de efectos jurídicos, siendo de sobras conocido que de acuerdo con el art.27 de la Convención de Viena la falta de publicación no podrá argüirse por el Estado como descargo del incumplimiento de un convenio internacional. De ello se desprende que ni la publicación de los tratados ni la eventual autorización de las Cortes transforma aquéllos en leyes o normas internas, conservando su naturaleza de norma internacional y su especial eficacia jurídica.

Araceli Mangas concluye que si bien nuestra *Norma Normarum* no declara expresamente la primacía del derecho internacional convencional sobre la ley ésta se infiere de manera inequívoca del art.96.1 CE. Entiende, por lo tanto, que la fuerza de resistencia del tratado frente a la ley es una garantía de primacía del convenio internacional sobre disposiciones legales anteriores o posteriores que lo contravengan. Por lo demás, sostiene, este ha sido el criterio acogido por nuestra jurisprudencia tanto previa como posterior a la entrada en vigor del texto constitucional<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Sobre la condición de publicación para la oponibilidad de un tratado frente a particulares obsérvese la STC 414/1998 de 29 de junio, FJ 6º y 7º (falta de publicación en el BOE de la retirada de una reserva formulada por Italia al Convenio Europeo de Extradición).

<sup>7</sup> STS de 27 de febrero de 1970: “(...) *los compromisos internacionales derivados de un instrumento expresamente pactado, llámese tratado, protocolo o de otro modo, tienen primacía en caso de conflicto o contradicción con las fuentes del Derecho interno que pudieran diferir de lo estipulado.*”

STS de 22 de mayo de 1989: “(...) *el Convenio, al haber pasado a formar parte del ordenamiento español, tiene plena vigencia en nuestro país, sin poder entenderse derogado por el Estatuto de los Trabajadores de posterior publicación al garantizar la Constitución Española el principio de legalidad y de jerarquía normativa (art. 9.3), ha de primar el citado Convenio.*”

La postura expuesta ha suscitado, sin embargo, cierto debate. De entrada, es preciso indicar que la explicación de la prevalencia de los tratados frente a la ley no puede residir, exclusivamente, en la asunción de obligaciones internacionales por parte del Estado desde la ratificación de aquél. De lo contrario, y siguiendo la misma lógica argumentativa, habría que aceptar que un convenio ya suscrito y contrario a la Constitución debiera primar sobre ésta última, extremo que no parece asumible a la luz de los arts. 27.2.c y 32 LOTC, art.5.1 LOPJ, art.32 Ley 25/2014 de 27 de noviembre y los reiterados pronunciamientos del TC sobre este extremo<sup>8</sup>.

De otra parte, si la causa de la superioridad jerárquica de los tratados sobre las leyes es que para éstas la validez de los convenios es indisponible, entonces, por la misma razón, debería concluirse que los tratados son también superiores a la Constitución desde el punto y hora en que aquéllos tampoco pueden ser derogados, modificados o suspendidos por una norma de reforma constitucional<sup>9</sup>. Tal conclusión, como veíamos, no es admisible.

Por último, tal como advierten Javier Pérez Royo e Ignacio de Otto, no todos los tratados ostentan fuerza activa o derogatoria frente a la ley<sup>10</sup>. El art.94.1.e CE establece que para modificar o derogar una ley por medio de un convenio es necesaria autorización de las Cortes Generales, de lo que se colige que los tratados únicamente suscritos por el Gobierno en los términos del art.94.2 CE carecen de la meritada fuerza activa ante normas de rango legal.

---

<sup>8</sup>Declaración del TC 1/1992 de 1 de julio FJ 1º: “(...) la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento previsto en su Título X, su primacía (...) aquella supremacía quede en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar [arts. 27.2 C) 31 y 32.1 LOTC] o cuestionar (art. 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno (art. 96.1 C.E.)”.

Declaración del TC 1/2004 de 13 de diciembre FJ 1º: “Con esta defensa jurisdiccional anticipada la Constitución ve asegurada su supremacía frente a las normas internacionales (...)”

<sup>9</sup> REQUEJO PAGÉS, J.L. “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”. *Revista Española de Derecho Constitucional* nº34. Pág. 61.

<sup>10</sup> DE OTTO, I. “*Derecho Constitucional. Sistema de fuentes.*” Ariel Derecho, Barcelona 1995. Pág. 125 y PÉREZ ROYO, J. “*Las Fuentes del Derecho*”. Tecnos, Madrid 1984. Págs. 170 y 171

## ii.- Relación fundada en un principio de competencia.

Legal Antonio Torres del Moral defiende que tratados y normas legales internas ostentan, pura y sencillamente, el mismo rango: el de ley<sup>11</sup>. Esgrime, en este sentido, que todos los tratados, sin excepción, son susceptibles de sufrir un control de constitucionalidad (arts. 95 CE y 27.2 LOTC) lo que únicamente es posible con respecto a aquellas disposiciones o normas que detenten fuerza, rango o valor de ley (art.161.1.a CE).

Sentado cuando precede, dicho autor asevera que los tratados autorizados por ley orgánica, sobre los que versa el art.93 CE, tienen el carácter y la naturaleza jurídica interna de la ley orgánica que los aprueba. En cuanto a los tratados a los que alude el art.94.1 CE, cuyo perfeccionamiento solamente requiere de una autorización de las Cortes Generales, entiende que deben ser conceptuados como normas gubernativas con rango de ley<sup>12</sup>. Finalmente, con respecto a los convenios internacionales sobre los que versa el art.94.2 CE- que no precisan de ninguna intervención activa de las Cortes sino de la mera información de su conclusión por parte del Ejecutivo-, mantiene que su forma de producción es equiparable a la del Decreto pero que, pese a ello, atesoran fuerza de ley por la nuda voluntad constitucional.

Una vez advertida la identidad jerárquica entre tratado y ley, añade que la prevalencia en la aplicabilidad de los convenios internacionales no puede construirse sobre la base del criterio de temporalidad ni, tampoco, sobre el de especialidad. En efecto, de seguirse la regla de que la norma posterior deroga la anterior cualquier ley ulterior podría derogar un tratado por la misma razón. De igual modo, cualquier convenio internacional podría ser modificado o derogado por una ley más especial o concreta todavía como, por ejemplo, una ley-medida de aplicación singular.

Lo que la Constitución verdaderamente encierra, a juicio de dicho autor, es una reserva de competencia abierta e implícita en favor de los tratados; éstos derogan las normas internas anteriores que se les opongan por cuanto absorben la materia sobre la que se proyectan. De esta forma, las leyes nacionales no pueden disciplinar la misma materia contradictoriamente en tanto el convenio internacional no sea modificado ni denunciado por los cauces oportunos (art.96.2 CE). Y, en fin, la reserva competencial referida es calificada de abierta toda vez que no responde a ningún catálogo constitucional, pudiendo recaer sobre cualquier ámbito sustantivo.

Aun reconociendo las bondades de la posición planteada, no pueden ignorarse las críticas que, por diversos motivos, ha suscitado.

En primer lugar, en lo tocante a una posible declaración de inconstitucionalidad de un tratado como justificación de su carácter legal, baste recordar que el alcance de los efectos de dicha declaración es notoriamente limitado. Las consecuencias que llevaría consigo la inconstitucionalidad de un convenio internacional ya ratificado distan, en

<sup>11</sup> TORRES DEL MORAL, A. *“Principios de Derecho Constitucional Español 2”*. Átomo Ediciones, Madrid 1986. Páginas 183 a 185.

<sup>12</sup> Dicho autor matiza, no obstante, que el hecho de que gocen de rango de ley no los convierte en ley en sentido estricto pues, para ello, sería preciso que el Gobierno presentara a las Cortes el correspondiente proyecto de ley y se aprobara, a continuación, una ley ordinaria de autorización.

mucho, de las que acarrearía la inconstitucionalidad de una ley al uso. De esta forma, pese a que el 39.1 de la LOTC anuda la nulidad a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto, la peculiar naturaleza de las disposiciones de un acuerdo internacional impide que se pueda hablar con rigor de la determinación de nulidad por un órgano estatal. Parece obvio que la invalidez de un convenio no puede ser declarada por una única parte en el mismo, debiendo verificarse en el plano internacional. Recuérdese, en este sentido, el contenido del art.27 de la Convención de Viena antes citado y, asimismo, su art.42 conforme al cual la validez de un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la meritada Convención, siguiendo el cauce dibujado en sus arts. 65 a 67<sup>13</sup>.

Así pues, lo máximo a lo que podrá aspirar el Tribunal Constitucional es a privar de vigencia interna a tales previsiones internacionales, sin que en modo alguno éstas dejen de surtir efectos, igualmente vinculantes para el Estado, extramuros de la esfera nacional<sup>14</sup>. En resumidas cuentas, la moderada resistencia de los tratados a un eventual pronunciamiento del Tribunal Constitucional impide reconocer una completa simetría entre normas legales y convenios internacionales.

En segundo lugar, y abordando ya específicamente el criterio de competencia propuesto, según autores como Ignacio de Otto, éste parámetro puede traslucir cierta distorsión en tanto que presupone una distribución de materias entre normas que en el caso de los tratados no se da. De esta forma, la inderogabilidad de los convenios solamente podría explicarse a partir de la competencia si exclusivamente éstos pudieran regular ciertos ámbitos, previamente delimitados e inaccesibles para el legislador nacional; ocurre, no obstante, que esa reserva material no existe de suerte que el tratado puede imponerse a las leyes en cualquier asunto<sup>15</sup>.

### iii.- Sucesión temporal de una regla de validez y otra de eficacia o aplicabilidad.

Ignacio de Otto y Juan Luís Requejo Pagés parten de la identificación de dos sistemas normativos distintos, el interno y el internacional, cuyas fuentes de validez y regímenes de aplicabilidad no son coincidentes. De esta forma, la validez y eficacia de las disposiciones nacionales se erigirá sobre los

<sup>13</sup> SANTAOLALLA LÓPEZ, F. “La Ley y la autorización de las Cortes a los tratados internacionales”. *Revista de Derecho Político* n°11, Otoño 1981. Págs. 50 a 52.

<sup>14</sup> Con tal de evitar que España incurriera en responsabilidad internacional cabría la posibilidad de que el propio Tribunal mantuviese pro futuro los efectos del tratado declarado disconforme a la Constitución hasta tanto se subsanara la tacha de inconstitucionalidad o se suscribiera otro tratado. Si bien nuestro TC no ha tenido que enfrentarse a dicha tesitura, pese a haber estado cerca (STC 38/2007 de 15 de febrero FJ3º), el TJUE sí ha tenido la ocasión de abordar esta cuestión. En la sentencia de 11 de septiembre de 2003 el TJCE decidió anular las Decisiones del Consejo de 2001 relativas a la celebración por la CE de los Acuerdos con Bulgaria y Hungría sobre transporte de mercancías por carretera y fomento del transporte combinado por ser contrarias a los Tratados (en tanto que “Carta constitucional de la Unión”). Sin embargo, el propio TJCE concluyó que debían mantenerse sus efectos hasta la adopción de las medidas que requiriese la ejecución de la Sentencia.

<sup>15</sup> DE OTTO, I. “*Derecho Constitucional. Sistema de fuentes.*” Ariel Derecho, Barcelona 1995. Pág. 125.

postulados constitucionales mientras que, por el contrario, el carácter de válido y eficaz en los tratados dependerá de las normas generales de Derecho internacional.

El engarce entre ambos sistemas se ubica en los preceptos de la Carta Magna que habilitan la incorporación de las normas nacidas del entorno internacional al ordenamiento nacional. Una vez producida dicha integración, habrá que determinar el tipo de relación existente entre leyes y tratados, lo que traerá a colación dos cuestiones:

- De una parte, las consecuencias que sobre la validez de las leyes producen los actos jurídicos internos de incorporación de la norma internacional.
- De otra, la aplicación preferente de los convenios frente a la ley, de acuerdo con el ordenamiento internacional hecho suyo por el ordenamiento interno.

### 1.- Normas internacionales y leyes anteriores. Criterio de validez.

La pieza esencial en este punto será la ley orgánica recogida en el art.93 CE o, en su caso, el beneplácito de las Cortes por mayoría simple aludido en el art.94.1 CE. A través de estos dos elementos se modificarán o derogarán las leyes anteriores que regulen idénticas materias a las abordadas por un tratado posterior y que resulten incompatibles con él. Así, conviene poner de relieve que no será el tratado el que, per se, alterará la validez de la norma interna; antes bien, dicha modulación encontrará apoyatura en las autorizaciones constitucionalmente previstas. Obsérvese, que, como decíamos, ni la existencia jurídica del convenio internacional trae causa del Derecho interno ni la validez de las normas que integran este último depende del tratado. Sólo la Carta Magna puede determinar el modo en que se suceden en nuestro ordenamiento normas internas válidas. Por consiguiente, únicamente los tratados con respecto a los cuales se hayan cumplido las prevenciones constitucionales (arts. 93 y 94.1.e CE) detentarán fuerza activa frente a leyes precedentes.

Desde esta perspectiva, en el examen de constitucionalidad ex post de un tratado (art.27.2.c LOTC) lo que se residenciará ante el máximo intérprete constitucional no será el convenio en sí mismo sino el cauce emprendido a nivel estatal para acoger la norma internacional en la legislación interna.

### 2.- Normas internacionales y leyes posteriores. Criterio de aplicación.

Conforme a lo razonado supra, los criterios de existencia jurídica de normas en los ordenamientos interno e internacional en nada se confunden de manera que el Derecho interno no condiciona la validez de las disposiciones de Derecho internacional y, como reverso de lo anterior, tampoco éstas inciden en la validez de aquéllas. La conexión entre ambos ordenamientos radica, como veíamos, en las autorizaciones constitucionales que incorporan los preceptos internacionales al ordenamiento interno, brindándoles de esta forma el carácter de aplicables.

Así las cosas, acogido un convenio en el Derecho español, sus previsiones serán aplicables y válidas sin que ninguna norma estatal pueda privarlas de tales atributos. En observancia del principio *pacta sunt servanda*, los tratados



vinculan a los Estados que los hayan celebrado en tanto no se decreta internacionalmente su inaplicabilidad. Por consiguiente, con arreglo al Derecho internacional, en particular el art. 27 de la Convención de Viena, los acuerdos internacionales gozan de preferente aplicación sobre las disposiciones internas.

De lo relatado resulta que de aprobarse una ley contradictoria con un tratado previamente ratificado, ambas disposiciones serán igualmente válidas; sin embargo, el convenio retendrá su preferente aplicación de acuerdo con el ordenamiento internacional asumido por el ordenamiento interno en los términos que preceptúa nuestra Carta Magna. La circunstancia expuesta no tiene que implicar, inexorablemente, la petrificación normativa del ámbito sustantivo disciplinado por el convenio; no obstante, de pretender el legislador imponer su voluntad será imprescindible recorrer el procedimiento diseñado en el ordenamiento internacional para la denuncia de tratados.

### 3.- La no integración de los tratados internacionales en el bloque de la constitucionalidad.

Por último, Requejo Pagés sostiene que la lógica de aplicabilidad de normas que preside la ligazón entre leyes y convenios forzosamente excluye los tratados del bloque de la constitucionalidad. Asevera, en tal sentido, que únicamente integran el mencionado bloque aquellas disposiciones que, de algún modo, condicionan la validez de otras normas, circunstancia que no se da con respecto a los tratados internacionales. Insiste en que las normas legales internas, desde el momento en que mantengan un escrupuloso respeto hacia la Carta Magna, serán siempre válidas, con independencia de su coexistencia en el ordenamiento jurídico con tratados que disciplinen la misma materia en términos no coincidentes.

Añade, asimismo, que la incorporación de tratados al bloque de la constitucionalidad conduciría al Tribunal Constitucional a erigirse en intérprete de la norma externa algo que, según dicho autor, en modo alguno permite el ordenamiento internacional<sup>16</sup>.

Pese a lo coherente de esta tesis se han planteado algunas objeciones. En cuanto a la afirmación de que lo enjuiciable ante nuestro Tribunal Constitucional no serán los convenios en sí mismos sino las autorizaciones para su celebración, cabe oponer que el art.27.2 LOTC en su epígrafe “c” refiere, lisa y llanamente, una eventual declaración de inconstitucionalidad de los “tratados internacionales” sin deslinde alguno entre el texto internacional sustantivo y la autorización nacional para su incorporación. A mayor abundamiento, del tenor del mencionado precepto bien podría inferirse que las leyes orgánicas de autorización tienen cabida en la letra “a” de la citada disposición y las autorizaciones por mayoría simple de las Cámaras en el epígrafe “b”, quedando el epígrafe “c” reservado al contenido material del tratado internacional<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> REQUEJO PAGÉS, J.L. “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n°34. Pág.64 y 65.

<sup>17</sup> Art.27.2 LOTC:

*Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad:*

a) *Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas.*

De hecho, en la STC nº 38/2007 de 15 de febrero se trató este asunto de forma tangencial, afirmando que los tratados internacionales son normas que, aun no siendo formalmente leyes, son primarias y, en consecuencia, susceptibles de ser sometidas a la jurisdicción del máximo intérprete constitucional. Cuestión distinta es los efectos que tal declaración puede acarrear en la medida en que, a renglón seguido, el Tribunal Constitucional sostuvo que aquélla “*no tiene que presuponer necesariamente la nulidad de la previsión contenida en el acuerdo internacional*”.

Sea como fuere, incluso si obviásemos que conforme a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional las concretas previsiones de un tratado sí pueden ser sometidas a control constitucional y asumiésemos que sólo las autorizaciones internas para su acogimiento en el ordenamiento nacional permiten el meritado examen, habrá de convenirse que la sanción de invalidez de éstas últimas impacta inmediatamente en la aplicación del acuerdo internacional.

En otras palabras, siendo cierto que validez y aplicabilidad son dos términos conceptualmente distintos, esta diferencia se difumina, se diluye, al descender al terreno de lo real; una y otra categoría no son compartimentos estancos sino, bien al contrario, vasos comunicantes. Por muy exquisita o deferente que sea la declaración de inconstitucionalidad del instrumento estatal con la fuente autónoma de la que emana el tratado, tal declaración puede tener una incidencia directa en la eficacia, en la virtualidad misma del convenio. Como botón de muestra obsérvese la STC nº155/2005 de 9 de junio por la que se declara la inconstitucionalidad de la autorización para la adhesión a diversos Acuerdos del Fondo Monetario Internacional, otorgada mediante Real Decreto Ley 14/1998 convalidado mediante ley 13/1999, por vulnerar los arts. 94.1 y 74.2 CE. En el supuesto reseñado la constatación de inconstitucionalidad de la ley no se anudó a la declaración de su nulidad, advirtiendo que “*la inidoneidad del específico procedimiento seguido por las Cortes Generales, con ser, insistimos, tan grave como puede serlo toda infracción de la Constitución, encuentra sanción suficiente con la declaración de inconstitucionalidad del precepto que de ese procedimiento ha resultado, sin necesidad de añadir a ello un efecto anulador que, sobre no reparar en su integridad el mal causado, sumaría al ya producido el de la revisión de un compromiso internacional inatacable desde la perspectiva de los tratados.*”

De otra parte, el mantenimiento en nuestro ordenamiento jurídico de leyes internas válidas pero siempre inaplicables por colisionar con un tratado no supone sino un engorde estéril del magma legislativo vigente en nuestro país que introduce altas dosis de inseguridad para los operadores jurídicos y que puede ir acompañada de una progresiva erosión de la fuerza vinculante y de la

---

*b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley. En el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número seis del artículo ochenta y dos de la Constitución.*

*c) Los Tratados Internacionales.*

*d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.*

*e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formula en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa.*

*f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.*

obligatoriedad de la ley como categoría normativa. Repárese que las normas se estabilizan por medio de su aplicación por lo que la existencia de leyes vigentes gravitando en nuestra constelación normativa que, sin embargo, no deben ser observadas en ningún caso, resta vigor e intensidad a la noción de imperativo legal.

En lo tocante a la afirmación de que el Tribunal Constitucional no puede erigirse en intérprete de tratados internacionales, baste decir que la Convención de Viena ofrece, en sus arts. 31 y 32, herramientas para llevar a cabo esa tarea hermenéutica que no reserva a un intérprete internacional. Téngase en cuenta que no todos los convenios prevén la creación de organismos o tribunales internacionales encargados de tal misión interpretativa. Siendo ello así, la abstención del Tribunal Constitucional en dicha exégesis empuja a que esta labor sea desarrollada por la jurisdicción ordinaria que, de acuerdo con nuestra dinámica procesal y sistema de recursos, no siempre concluye en un pronunciamiento del Tribunal Supremo<sup>18</sup>. Parece evidente que ante una aparente contradicción entre tratado y ley la instancia dirimente necesariamente tendrá que entrar en el significado de las disposiciones contenidas en el tratado internacional siendo que, si el Tribunal Constitucional no es apto para tal cometido, con mayor razón no lo será el juez ordinario.

## II. UNA SEGUNDA APROXIMACIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia de nuestro máximo intérprete constitucional ha acogido la última postura expuesta en virtud de la cual, como veíamos, la relación que se entabla entre tratados internacionales y disposiciones legales gira en torno a una condición de aplicabilidad de normas, de selección del Derecho pertinente entre dos alternativas posibles, correspondiendo tal decisión a la jurisdicción ordinaria. Con todo, la lectura de los sucesivos pronunciamientos emitidos por el Tribunal sobre esta cuestión permite vislumbrar un tránsito que arranca en una tímida inclinación inicial por la remisión del asunto a los tribunales ordinarios y desemboca en una abierta asunción, sin ambages, del test de convencionalidad formalmente proclamado en su día por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el celeberrimo asunto *Almonacid Arellano y otros c. Chile*<sup>19</sup>.

Haremos, a continuación, un repaso cronológico de algunas de las sentencias emitidas por nuestro Tribunal Constitucional en las que se aborda la controvertida relación tratado-ley.

Cabe citar, como punto de partida, la STC 49/1988 de 22 de marzo, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad formulado contra diversos preceptos de la Ley 31/1985 de 2 de agosto de regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro. En el marco del precitado procedimiento se planteó la eventual incompatibilidad de la DA 2ª LORCA con el Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre España y la Santa Sede.

---

<sup>18</sup> Con la divergencia de interpretaciones de disposiciones convencionales que pueden surgir entre diferentes órganos jurisdiccionales y la enorme inseguridad jurídica que ello puede generar.

<sup>19</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2006.

El TC, en el FJ 14º de su sentencia y en términos más bien parcos, se limitó a advertir que, puesto que lo que se discutía era la adecuación de una norma legal a lo preceptuado en un tratado- que también ostentaba fuerza de ley en el ordenamiento interior-, el examen de esa supuesta contradicción no correspondía a dicho Tribunal.

Más expresiva resultó la STC 28/1991 de 14 de febrero, dictada en el marco del recurso de inconstitucionalidad planteado contra dos preceptos introducidos en la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio del Régimen Electoral General por la Ley Orgánica 1/1987 de 2 de abril. En el seno de precitado recurso se sugirió que los preceptos discutidos entrañaban una vulneración del art. 5 de la Decisión 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consejo de la Comunidad Europea y, por consiguiente, del art.2 del Acta del Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas.

En su FJ 5º la sentencia clarificó una serie de aspectos de notoria relevancia:

- Ningún tratado integra, en virtud del referido art. 96.1, el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español.
- El art.96.1 CE únicamente confiere fuerza pasiva a los convenios internacionales.
- La supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas; por consiguiente, tal colisión no incumbe al Tribunal Constitucional sino a los órganos judiciales quienes deberán decidir con ocasión de los litigios de que conozcan qué disposición resulta aplicable<sup>20</sup>.

En el ámbito del amparo son de reseñar dos resoluciones que, si bien coinciden en la mayor parte de sus razonamientos, difieren en algunas de sus conclusiones. Así, en fecha 31 de mayo de 1993 se dictó la sentencia nº180 emitida en relación con el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de marzo de 1990, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a causa de la inaplicación de la Directiva 87/164/CEE de 2 de marzo de 1987. El máximo intérprete constitucional comenzó su disertación haciendo hincapié en que la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad cuya resolución corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3 CE. Como correlato de lo anterior, señaló que la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales es una cuestión excluida del recurso de amparo.

Por su parte, la STC 102/2000 de 10 de abril, pese a no otorgar el amparo petitionado, introdujo *obiter dictum* en su FJ 7º, una importante matización. De esta forma, reiteró que la selección e interpretación de las normas aplicables en supuestos de incompatibilidad entre tratados y leyes era una labor propia de Jueces y Tribunales ordinarios. No obstante, el Tribunal Constitucional añadió que la elección llevada a cabo por la jurisdicción ordinaria podía revestir relevancia constitucional y, en consecuencia, podía ser

---

<sup>20</sup> En idéntico sentido: STC 142/1993 de 22 de abril FJ 3º, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad formulado contra varios artículos de la Ley 2/1991 de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación por infracción del Convenio 81 de la OIT.

controlada por él si resultaba arbitraria o manifiestamente irrazonable, si había sido fruto de un error patente o si a ella se le había seguido daño para otro derecho fundamental distinto al de la tutela judicial efectiva e igualmente tutelable a través de la vía de amparo. Así pues, pareció abrirse levemente la posibilidad de supervisión constitucional, en supuestos muy específicos y a raíz de un recurso de amparo, en la selección efectuada por los jueces ordinarios ante la dicotomía tratado internacional-norma legal. Pese a todo, entiendo que este pronunciamiento no modificó sustancialmente el esquema preexistente toda vez que no alteró la premisa según la cual los tratados no constituyen parámetro de validez de las leyes. Siendo ello así, la eventual sentencia estimatoria que pudiera dictarse en estos términos se limitaría a otorgar el amparo, declarando la nulidad de la decisión judicial; concretando, reconociendo y restableciendo el derecho fundamental quebrantado (arts. 53, 54 y 55 LOTC), pero sin pronunciamiento alguno sobre la validez de la ley<sup>21</sup>.

Retomando el cauce de la inconstitucionalidad, es de ver la STC 12/2008 de 29 de enero dictada como consecuencia de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº1 de Santa Cruz de Tenerife en relación con las dudas que le suscitaba la constitucionalidad del art. 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>22</sup>. Al mismo procedimiento se acumuló el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular contra diversas disposiciones procedentes de la misma ley. Tanto el Juzgado promotor de la cuestión como todas las partes en el recurso de inconstitucionalidad manejaron, a favor y en contra de la constitucionalidad de las normas impugnadas, argumentos tomados del Derecho internacional y del Derecho comparado. Al hilo de esta cuestión, el FJ 4º de la sentencia recordó la doctrina del Tribunal según la cual los tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal. Debe subrayarse, sin embargo, que la propia sentencia puso en valor la remisión que nuestro texto constitucional, en su art.10.2, efectúa a instrumentos internacionales como parámetro interpretativo. De este modo, por medio de esta cláusula de apertura contenida en nuestra Carta Magna, los convenios fueron incorporados como instrumento normativo apto para el control de constitucionalidad de la ley si bien en un rol atenuado, como herramienta hermenéutica y únicamente en relación con la exégesis de los derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución.

Más cercana en el tiempo es la STC 270/2015 de 17 de diciembre dictada como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Murcia contra determinados preceptos del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptaban medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico<sup>23</sup>. El motivo de inconstitucionalidad sugerido por el impugnante era,

---

<sup>21</sup> Cuyo canon de validez quedaría reservado al bloque de la constitucionalidad, ajeno a los convenios internacionales.

<sup>22</sup> En relación a cuotas paritarias en candidaturas políticas.

<sup>23</sup> Con anterioridad se emitió otro fallo que no hizo sino reiterar criterios preexistentes. La STC 207/2013 de 5 de diciembre abordó una supuesta inconstitucionalidad del apartado 7



en síntesis, la vulneración del principio de jerarquía normativa consagrado en el art.9.3 CE en la medida en que las disposiciones legales cuestionadas colisionaban con el Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 y ratificado por España.

En el FJ 6º de la sentencia se repasaba la reiterada doctrina constitucional conforme a la cual los tratados no pueden erigirse en normas fundamentales ni criterios de constitucionalidad; el enjuiciamiento de constitucionalidad viene proporcionado por la Carta Magna y, eventualmente, por las normas que integran el bloque de la constitucionalidad (entre las cuales no se encuentran los tratados internacionales). Por lo demás, sostuvo que el criterio de jerarquía no resulta idóneo para desempeñar la labor que compete al Tribunal Constitucional desde el momento en que la apreciación de contradicción entre un texto legal y la *Norma Normarum* no entraña una mera transgresión por norma de rango inferior de lo establecido en otra de rango superior, sino pura y simplemente, la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley. En resumidas cuentas, el principio de jerarquía normativa no puede ser, aisladamente considerado, fundamento último de relevancia constitucional pues lo contrario supondría reconocer ésta a cualesquiera infracciones de normas inferiores de otras de superior jerarquía tales como reglamentos con respecto a leyes, hurtando tal cometido a la jurisdicción contenciosa<sup>24</sup>.

Al fin llegamos a la reciente STC 140/2018 de 20 de diciembre, relativa a una supuesta inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2014 de 13 de marzo que modificó la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial en lo atinente a la jurisdicción universal. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto sugirió que la citada ley contravenía el IV Convenio de Ginebra de protección de personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

La resolución del Tribunal, en su FJ 6º, abraza el test de convencionalidad a la hora de encarar el conflicto convenio internacional-ley nacional. Los razonamientos que en dicha sentencia se desarrollan coinciden, en gran parte, con la tesis en su día defendida por Requejo Pagés. De esta forma, la sentencia asevera:

*“Este precepto (el art.96 CE) no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas, aunque establece, de un lado, una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación, y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación.”*

---

del artículo único de la Ley Foral navarra 10/2013 de 12 de marzo por contravenir el Acuerdo sobre asuntos económicos suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Gobierno de España y la Santa Sede. En dicha resolución se reprodujo doctrina ya expresada en las SSTC 49/1988 de 22 de marzo, 28/1991 de 14 de febrero, 180/1993 de 31 de mayo y 102/2000 de 10 de abril.

<sup>24</sup> Y vaciando de contenido las previsiones recogidas en la LJCA 29/1998 de 13 de julio en tal sentido (arts. 1.1; 9.1.c; 10.1b, c y f; 11.1.a; 12.1 y 3.a; 25.1; 27 y 123 y ss.).



Es de ver que la sentencia restringe la fuerza activa de cualesquiera tratados al mero “desplazamiento”, que no derogación, de una norma legal previa. Cabe decir que tal aseveración, realizada en términos absolutos y sin distinción del tipo de convenio de que se trate, resulta chocante por cuanto la derogación o modificación de leyes anteriores por razón de un tratado ulterior se encuentra expresamente reconocida con respecto a los tratados internacionales autorizados conforme al art.94.1.e CE.

En cuanto a la fuerza pasiva de los tratados, se les reconoce plena resistencia frente a leyes posteriores incompatibles con los mismos, sin que ello entrañe vicio de invalidez de la norma legal sino su mera inaplicación. La razón de ser de esta inaplicabilidad reside en el paradigma antes apuntado según el cual tratados y leyes internas beben de fuentes de validez distintas por lo que aquéllos no podrán apreciarse como parámetros o filtros de corrección de éstas ni viceversa<sup>25</sup>. Por lo tanto, en el contexto esbozado, ninguna depuración del ordenamiento jurídico de normas inválidas sería requerida sino, por el contrario, una mera selección de disposición aplicable encomendada a la jurisdicción ordinaria.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional retoma el criterio sentado en la STC [102/2000](#), aludiendo a un eventual control constitucional de la elección de la norma aplicable realizada por el Juez o Tribunal ordinario, sólo en supuestos de arbitrariedad o error palmario en la decisión judicial y exclusivamente en clave de amparo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

### III. UNA RESPUESTA LEGAL Y ALGUNOS INTERROGANTES

El 18 de diciembre de 2014 entró en vigor la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales 25/2014 de 27 de noviembre (en adelante, LTOAI) que sustituyó al ya lejano Decreto 801/1972 de 24 de marzo, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales. El art.31 LTOAI reconoce la prevalencia de los tratados válidamente celebrados y publicados oficialmente sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno salvo las normas de rango constitucional. Conviene señalar que dicho precepto debe ser interpretado en consonancia con el art.30.1 de la misma ley que prevé que la aplicación directa de los tratados únicamente procederá cuando éstos no requieran leyes o medidas reglamentarias de desarrollo<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Es preciso señalar que la imposibilidad de emplear tratados internacionales como parámetro de validez y no de mera inaplicabilidad de normas internas sí se encuentra admitido para normas de rango reglamentario; así, el Auto del TS (Sala de lo Contencioso Sección Cuarta) de 10 de septiembre de 2014 señala que “*la constatación de que una disposición reglamentaria española es contraria al derecho de la Unión Europea es fundamento suficiente para declarar **la nulidad** de aquella **con efectos erga omnes**.”*

<sup>26</sup> Este último precepto viene a reflejar el criterio previamente manifestado por el Consejo de Estado (Dictamen de 9 de septiembre de 1993) y por el Tribunal Supremo en sentencias tales como la de su Sala 3ª de fecha 10 de marzo de 1998. En la precitada sentencia el Alto Tribunal condicionaba la aplicabilidad directa de los tratados a que sus disposiciones fueran *self-executing*, es decir, a que su redacción fuera lo suficientemente precisa para que no fuera necesario un desarrollo legal o reglamentario que representara la voluntad de los Estados contratantes.

Parte de la doctrina, entre otros Javier Díez-Hochleitner, ha visto en el art.31 LTOAI una voluntad del legislador de extender a toda suerte de tratados la misma primacía de la que goza el Derecho de la Unión, reconocida de antiguo en las Sentencias Costa contra Enel del 15 de julio de 1964 y Simmenthal de 9 de marzo de 1978<sup>27</sup>. Debe admitirse que, tras la STC 140/2018, así ha resultado; no obstante, el giro que encierra el carácter difuso del test de convencionalidad habría precisado de un acompañamiento del resto del ordenamiento jurídico.

De esta forma, en mi modesta opinión, deberían haberse modificado las leyes procesales, pudiendo optar por dos alternativas: o bien garantizando la casación en supuestos de inaplicación de normas con rango legal por contravención de un tratado y removiendo los obstáculos que impedirían una previa apelación; o bien recogiendo una suerte de cuestión de convencionalidad, simétrica a la cuestión de ilegalidad regulada en los arts.27 y 123 y ss. LJCA 29/1998 para normas reglamentarias contrarias a leyes<sup>28</sup>. Parece razonable que, por razones de seguridad jurídica y a excepción de que se trate de Derecho de la Unión, nuestro Alto Tribunal tenga siempre y en todo caso la última palabra sobre cuál debe ser el sentido que deba darse a disposiciones internacionales capaces de dejar sin efecto la voluntad del legislador nacional. De hecho, llama poderosamente la atención que el legislador haya puesto tanto esmero en centralizar la declaración de ilegalidad de los reglamentos en determinadas instancias judiciales sorteando así la inseguridad jurídica que la inaplicación difusa de las normas reglamentarias puede conllevar y, sin embargo, nada haya previsto para normas legales en casos de eventual infracción de tratados<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> DÍEZ-HOCHLEITNER, J. “Artículo 31. Prevalencia de los tratados.”, en *Comentarios a la Ley de Tratados y otros acuerdos internacionales* Editorial Aranzadi, Navarra 2015, pág. 582.

<sup>28</sup> No obstante, el pronunciamiento de la instancia superior que conociera de la cuestión de convencionalidad debería limitarse a esclarecer de manera unitaria la compatibilidad o no de la ley con el tratado a efectos de aplicación de aquélla, sin pronunciamiento alguno sobre la validez intrínseca de la norma legal.

<sup>29</sup> No en vano, en relación con la cuestión de ilegalidad de reglamentos, la Exposición de Motivos de la LJCA 29/1998 en su epígrafe Quinto señala:

*En cambio, ha parecido necesario destacar en el texto de la Ley las peculiaridades de los recursos en que se enjuicia la conformidad a derecho de las disposiciones generales, hasta ahora no suficientemente consideradas.*

*En realidad, los efectos que tienen estos tipos de recurso y, en particular, la declaración de ilegalidad de una disposición general por cualquier vía que se produzca, no pueden compararse, en términos generales, con los del recurso contra actos. La diferencia asume cada vez mayor relieve en la práctica, si se tiene en cuenta la extensión y relevancia que en el polifacético Estado moderno ha asumido la producción reglamentaria.*

*La nueva Ley asegura las más amplias posibilidades de someter a control judicial la legalidad de las disposiciones generales, preservando los que se han dado en llamar recursos directo e indirecto y eliminando todo rastro de las limitaciones para recurrir que estableció la legislación anterior. Ahora bien, al mismo tiempo **procura que la impugnación de las disposiciones generales se tramite con celeridad y que aboque siempre a una decisión judicial clara y única, de efectos generales, con el fin de evitar innecesarios vacíos normativos y situaciones de inseguridad o interinidad en torno a la validez y vigencia de las normas.** Este criterio se plasma, entre otras muchas reglas de detalle, en el tratamiento procesal que se da al denominado recurso indirecto.*

De la misma manera, parece oportuno adaptar la normativa sobre responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, en particular el art. 32 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, para aquellos casos en que un órgano jurisdiccional no pueda aplicar un tratado internacional *non self-executing* por la pasividad del Estado en el desarrollo normativo al que está obligado (art.30 apartados 2º y 3º LTOAI).

De otra parte, sigue sin ofrecerse una solución para el supuesto en que sea una Comunidad Autónoma quien, por resultar competente, deba dictar una ley en aplicación del tratado y dicha norma legal resulte contraria al convenio internacional. La situación del Estado en dicho escenario se verá seriamente comprometida toda vez que resultará imposible plantear recurso de inconstitucionalidad contra la ley autonómica, habida cuenta del criterio del Tribunal Constitucional conforme al cual los tratados no integran el bloque de constitucionalidad. En tales casos únicamente los particulares que se vean afectados directa y personalmente por la norma autonómica podrán proponer su inaplicación ante los tribunales, con ocasión de un pleito concreto; sucede que si el perjudicado es otro Estado parte en el tratado no acudirá a los tribunales internos sino que, bien al contrario, optará por exigir responsabilidad internacional al Estado<sup>30</sup>.

Por último, y en otro orden de cosas, se plantea el interrogante de si el test de convencionalidad difuso lleva ínsito un cierto riesgo de devaluación de nuestra *Norma Normarum*. Dado el amplísimo ámbito material sobre el que los tratados pueden versar y la inmediatez que supone el control de convencionalidad-con la instantánea inaplicación de la ley por los tribunales

*Hasta ahora ha existido una cierta confusión en la teoría jurídica y en la práctica judicial sobre los efectos de esta clase de recurso, cuando la norma que aplica el acto impugnado es considerada contraria a derecho.*

***Y, lo que es más grave, el carácter difuso de este tipo de control ha generado situaciones de inseguridad jurídica y desigualdad manifiesta, pues según el criterio de cada órgano judicial y a falta de una instancia unificadora, que no siempre existe, determinadas disposiciones se aplican en unos casos o ámbitos y se inaplican en otros.***

***La solución pasa por unificar la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo órgano, el que en cada caso es competente para conocer del recurso directo contra ellas, dotando siempre a esa decisión de efectos «erga omnes». De ahí que, cuando sea ese mismo órgano el que conoce de un recurso indirecto, la Ley disponga que declarará la validez o nulidad de la disposición general. Para cuando el órgano competente en un recurso de este tipo sea otro distinto del que puede conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, la Ley introduce la cuestión de ilegalidad.***

*(...)La regulación de este procedimiento ha tenido en cuenta la experiencia de la cuestión de inconstitucionalidad prevista por el artículo 163 de la Constitución y se inspira parcialmente en su mecánica; las analogías acaban aquí. La cuestión de ilegalidad no tiene otro significado que el de un remedio técnico tendente a reforzar la seguridad jurídica, que no impide el enjuiciamiento de las normas por el Juez o Tribunal competente para decidir sobre la legalidad del acto aplicativo del reglamento cuya ilegalidad se aduce, pero que pretende alcanzar una decisión unitaria a todo eventual pronunciamiento indirecto sobre su validez.*

<sup>30</sup> Adviértase que las consultas preceptivas al Consejo de Estado (arts. 21.2 y 22.2 de la LOCE 3/1980) o al órgano equivalente de la Comunidad Autónoma no son vinculantes y que, de la misma forma, el deber de colaboración general que debe presidir las relaciones entre Estado y Comunidades Autónomas (STC 252/1988), por desgracia, no siempre es tal.

ordinarios-, a ojos del ciudadano la invocación de los convenios internacionales para la defensa de sus derechos frente a la ley puede resultar más atractiva por veloz y resolutive que la búsqueda de protección en la Constitución. Existe, pues, el peligro real de que los valores y reglas contenidos en normas externas terminen por desplazar los consagrados en nuestra Carta Magna. Nuestro país camina, por lo tanto, en dirección inversa a la senda transitada en Francia que, precisamente, acometió la reforma de su Ley fundamental en julio 2008 para poner fin a una inquietante deriva de su sistema constitucional por la cual los tratados y convenios internacionales habían suplido, de facto, el lugar reservado a su Constitución<sup>31 32</sup>.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

MANGAS MARTÍN, A. “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho español”. *Cuadernos de derecho judicial* n°11, 1994.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F. “La Ley y la autorización de las Cortes a los tratados internacionales”. *Revista de Derecho Político* n°11, Otoño 1981.

REQUEJO PAGÉS, J.L. “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n°34.

BON, P. La cuestión prejudicial de constitucionalidad en Francia, ¿solución o problema?, UNED D. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, 2009

CARDONA LLORÉNS, J. “*El régimen de los tratados en el ordenamiento jurídico español*”. Universidad de Valencia 1983.

---

<sup>31</sup> Tradicionalmente el control de constitucionalidad de las leyes galas era principalmente abstracto y previo. Este control precedente a la promulgación únicamente era preceptivo para leyes orgánicas y reglamentos de las asambleas parlamentarias, de suerte que el sometimiento al examen de constitucionalidad del resto de normas de rango legal no sólo era facultativo sino que, además, los legitimados para instarlo se circunscribían a sujetos muy concretos (el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado y sesenta diputados o sesenta senadores).

De esta forma, determinadas leyes no evaluadas por el Consejo Constitucional francés antes de su promulgación no podían ser puestas en cuestión por un tribunal ordinario, dando lugar a lo que se denominó “teoría de la ley pantalla”. Sin embargo, y paradójicamente, esos mismos tribunales ordinarios sí podían inaplicar una ley que colisionase con un tratado internacional. Esta dinámica generó que la ley fundamental francesa cayese en desuso y fuese relegada entre sus propios conciudadanos.

Acometida la reforma constitucional en el año 2008, el actual art.65 de la Constitución francesa de 1958 establece la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial de constitucionalidad en aquellos casos en que una disposición legislativa vulnera derechos y libertades garantizados en la Constitución tratando de desterrar, así, el permanente control de convencionalidad y la falta de invocación del texto fundamental galo por los operadores jurídicos.

<sup>32</sup> BON, P. La cuestión prejudicial de constitucionalidad en Francia, ¿solución o problema?, UNED D. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, 2009, págs. 313 a 325.

DE OTTO, I. “*Derecho Constitucional. Sistema de fuentes.*” Ariel Derecho, Barcelona 1995.

PÉREZ ROYO, J. “*Las Fuentes del Derecho*”. Tecnos, Madrid 1984.

TORRES DEL MORAL, A. “*Principios de Derecho Constitucional Español 2*”. Átomo Ediciones, Madrid 1986.

MATÍA PORTILLA, F.J, “*Los tratados internacionales y el principio democrático.*” Marcial Pons, Madrid 2018.

ANDRÉS SAÉNZ DE SANTAMARÍA, P. “Artículo 96”, en *Comentarios a la Constitución española*. (M.E. CASAS y M. RORÍGUEZ-PIÑERO, Dirs.), Wolters-KLuwer, 2009.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J. “Artículo 31. Prevalencia de los tratados.”, en *Comentarios a la Ley de Tratados y otros acuerdos internacionales* Editorial Aranzadi, Navarra 2015

# EL TRABAJO DE LA MUJER EN EL SIGLO XXI. LA EXPERIENCIA DE LA MUJER EN EL MUNDO LABORAL

María Luisa Zamora Segovia  
*Magistrada. Juzgado de Instancia 26. Sevilla (Familia)*  
*Miembro de la Sala de Gobierno del TSJA*  
*Delegada de Discapacidad del CGPJ en Andalucía*

---

Nieto-Morales, C; Vázquez Fernández, M. J; Nieto-Cabrera, M. E. (2020) EL TRABAJO DE LA MUJER EN EL SIGLO XXI. La experiencia de la mujer en el mundo laboral. Dykinsón. Madrid. Libro electrónico pp 690

El libro “EL TRABAJO DE LA MUJER EN EL SIGLO XXI. La experiencia de la mujer en el mundo laboral” que ha sido compilados por las profesoras: Concepción Nieto-Morales, M. Josefa Vázquez Fernández y M. Elena Nieto-Cabrera, consta de prólogo, 36 capítulos y una reflexión final a modo de conclusión.

El libro ha sido prologado por la Ilma. Sra. Coordinadora Fiscal del Tribunal Superior de Andalucía Dña. Ana María Hermosa Martínez, mujer trabajadora, gran profesional y jurista, conocedora de las dificultades que presenta conciliar vida familiar: ser madre y mujer trabajadora; al igual que la gran mayoría de las profesionales que han participado en el libro como coautoras.

El primer capítulo **La importancia de la formación en el desempeño profesional**, cuyas autoras son: Dña. María Elena Nieto-Cabrera, Dña. Lourdes Nieto Cabrera y la Dra. Concepción Nieto-Morales, sirve de introducción y concienciación respecto a la importancia de la formación para el desempeño de cualquier profesión, haciendo especial hincapié en el mérito y la capacidad en un mundo globalizado, donde no solo se compite con profesionales de la misma localidad, Comunidad Autónoma o país, sino de cualquier ubicación del mundo. Se analiza desde la globalización a la localización.

En general si no nos atañe personalmente, el mundo laboral está tan especializado que desde el punto de vista profesional suele ser desconocido y especialmente el ámbito de la Judicatura. El segundo capítulo: **El día que cambio mi vida. La mujer Fiscal en España**. Cuya autora es la Ilma. Sra. Dña. Susana Hernando Ramos, Fiscal de la Fiscalía de Menores y Familia de la Fiscalía de Sevilla, relata su experiencia con unas oposiciones muy complicadas y como cuando aprobó, fue el día más feliz de su vida hasta ese momento, y plasma una experiencia laboral muy gratificante, en el desempeño de su trabajo con gran profesionalidad.



El tercer capítulo **El hábito no hace al monje, ni la toga al abogado. Por la lucha y defensa de los derechos. la mujer en la abogacía.** Cuyas autoras son la abogada coordinadora del turno de oficio de Violencia de Género del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla Dña. Amalia Calderón y la socióloga Dña. Amalia M. Calderón. El capítulo realiza un recorrido sobre las pioneras de la abogacía y concluye con la trayectoria profesional de Dña. Amalia Calderón.

Ha sido todo un reto el capítulo cuatro, sobre la mujer en el Cuerpo de la Guardia Civil, concluyendo en el capítulo: **Inapelables al desaliento. La mujer en el Cuerpo de la Guardia Civil**, cuya autora es la Teniente de la Guardia Civil, Dña. María Isabel García Núñez, perteneciente al Gabinete Técnico del Área de Mujeres e Igualdad de la Guardia Civil en Madrid. La autora analiza un trabajo tradicionalmente desarrollado por hombres, donde la incursión profesional de la mujer se va aceptando, y a medida que va cambiando la sociedad se hace la mujer más visible.

Al igual que el capítulo anterior, el capítulo número cinco dedicado al cuerpo Nacional de la Policía, titulado: **Una decisión clara y firme sobre la elección del futuro. La mujer en la Policía Nacional**, cuya autora Dña. Ana Cambón Blanco, que es Inspectora Jefa de Policía Nacional, Jefa de la Brigada Móvil-Policía en el Transporte de Sevilla y Punto de Contacto en Andalucía Occidental de la Oficina Nacional para la Igualdad de Género en la Policía Nacional. Relata la autora la trayectoria del cuerpo de la Policía Nacional y su propia experiencia profesional en dicho cuerpo que -al igual que la Guardia Civil- ha sido hasta hace un par de décadas una profesión netamente masculina.

El capítulo seis dedicado a la mujer en la política y titulado **La participación de la mujer en la gobernanza Política**, cuya autora es la Exma. Sra. Dña. Teresa Jiménez Becerril, cuya incursión en política se debió al asesinato de su hermano por la banda terrorista ETA. El capítulo hace una magnífica semblanza de su relación fraternal. Dña. Teresa ha sido y es una firme defensora de las víctimas del terrorismo desde hace años, primero en el Parlamento Europeo y actualmente desde el Congreso de los Diputados de España, como parlamentaria a nivel nacional.

La universidad ha sido y es formación y cultura, llegando al culmen de la conformación académica en el grado de doctor. En el capítulo siete, de este libro titulado: **Mujeres en la universidad española del siglo XXI: De las pioneras a nuestros días**, cuya autora es la Dra. M. del Rosario Carmona Luque, profesora contratada doctora de la Universidad Pablo de Olavide, realiza una trayectoria de la universidad y desde las primeras mujeres universitarias hasta nuestros días.

El capítulo ocho, en consonancia con el anterior dedicado a la mujer y la universidad, la investigación es un campo que forma parte esencial de la universidad y el capítulo **Construyendo un espacio propio en la comunidad científica. Mujer y ciencia**, cuya autora es la Dra. Mercedes Díez Rodríguez, expone el trabajo de la mujer en el mundo de la investigación, un mundo muy desconocido para quienes no forman parte de la universidad y grandes corporaciones.

Actualmente se habla constantemente de emprendimiento, no podía faltar el capítulo nueve dedicado a la mujer empresaria y titulado: **El emprendimiento vocacional como profesión. Los desafíos del día a**

**día por trabajar y mantener la empresa con perspectiva de futuro. La mujer en la clínica de Podología**, cuya autora es Dña. Rosario Jiménez Caro, que regenta una clínica de Podología, plasma el absoluto calvario que en ocasiones lleva implícito ser trabajador autónomo, en un amplio espectro de circunstancias.

El capítulo diez, dedicado a la mujer en la dirección y gestión titulado: **Rompiendo el techo de cristal. La mujer en la gestión y dirección empresarial**, cuya autora es Dña. Mercedes Pérez Verdugo, refleja una trayectoria de trabajo y gestión muy importante en el desempeño profesional, donde aún son pocas las mujeres que ejercen el cargo de directoras.

Aún existen profesiones, como se ha visto, donde los hombres son mayoría, es lo que ocurre en el capítulo once dedicado a la ingeniería y titulado: **La mujer en la ingeniería: Percepción de cambio vs cambio de percepción**, de la Pfra. de la facultad de ingenieros de Sevilla, Dña. Amalia Santana Hidalgo, que fue la Primera mujer docente e investigadora en el Departamento de Ingeniería Energética de la Universidad de Sevilla.

El capítulo doce, está dedicado a la profesión sanitaria, profesión fuertemente femenina en el ámbito de enfermería y algo menos respecto a la medicina. El capítulo titulado **La profesión sanitaria. ¿Vocación o profesión? Medicina y enfermería**. La Dra. Reyes Baena Luna realiza una trayectoria personal por su gran vocación que es la medicina y Dña. Lourdes Nieto-Cabrera profundiza en una trayectoria amplia respecto a la enfermería, sin dejar la formación, finalizando el grado en Odontología. Las profesiones sanitarias suelen ser fuertemente profesiones vocacionales.

La autora del capítulo trece, Dña. María del Carmen Guajardo-Fajardo Herrera, titulado: **Psicología; una ciencia en expansión. La mujer en el ámbito de la psicología**. Considera que la mujer en el ámbito de la psicología ha tenido implicación desde los comienzos de la profesión, siendo una disciplina atractiva para las mujeres.

En el capítulo catorce, titulado **La igualdad se vende en farmacia**, sobre la mujer farmacéutica y cuya autora es Dña. Gloria Calzado González. La autora concluye que “a pesar de la corta trayectoria reconocida de la mujer en la farmacia, parece increíble que en la actualidad el 70% de colegiados seamos farmacéuticas. Debemos valorar el esfuerzo de las pioneras que apostaron por formarse en la sanidad, la investigación, el paciente y su tratamiento”. También pone de manifiesto que la profesión se encuentra en auge a todos los niveles.

Dña. Eva Diaz Alférez es la autora del capítulo quince, titulado: **La veterinaria dedicada a la medicina de los pequeños animales**. La autora pone de manifiesto que, la veterinaria quizá, sea de las profesiones más tardías en las que se ha tenido acceso por parte del sexo femenino, siendo una profesión copada mayoritariamente por hombres.

En el capítulo dieciséis, Dña. María José León Diaz autora del capítulo: **La promoción de las personas con necesidad de oportunidades. La mujer en el Trabajo Social**. La autora manifiesta que “la profesión de Trabajo Social, es una de las profesiones más feminizadas que existen, porque en su ejercicio reúne básicamente las tareas de cuidado y protección que se les han asignado solo por cuestión de género y que seguimos teniendo asignadas en la actualidad”.

El capítulo diecisiete, titulado: **La Fuerza del Coraje. Un ejemplo de cómo enfrentarse a la vida superando barreras, retos y discriminaciones. Mujer y discapacidad.** Cuya autora es Dña. Isabel Viruet García, presidenta del Consejo Territorial de la ONCE en Andalucía, Ceuta y Melilla. Es también secretaria general del CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad) en Andalucía y de la Mesa del Tercer Sector en Andalucía. Describe su trayectoria personal y laboral a pesar de las dificultades personales en la *“búsqueda permanente por la inclusión”*.

La profesora Dra. María José Vázquez Fernández, ha contribuido con el capítulo número dieciocho, titulado: **La atención a las personas en situación de dependencia: Feminización del cuidado, Orígenes y consecuencias.** Este capítulo, a través de varias entrevistas a profesionales del cuidado refleja las circunstancias laborales y feminización de la profesión.

El capítulo número diecinueve, titulado: **La reivindicación de derechos: Lucha con objetivos. La mujer sindicalista,** cuyas autoras Dña. María Elena Nieto-Cabrera y la Dra. Concepcion Nieto-Morales, ponen de manifiesto la trayectoria de luchas y reivindicaciones para la consecución de derechos y el detrimento que vive actualmente el sindicalismo.

El libro es diverso, en el capítulo número veinte cuya autora es una mujer que se autodefine y ha titulado del mismo modo el capítulo: **Feminista de izquierda de los 70, andaluza/ catalana. Profesionamente: gestión socioeconómica.** De la Pfra. Ana Almirón Mengíbar. El capítulo realiza un recorrido de la historia de vida de la protagonista donde se refleja también de forma paralela la historia de España.

El capítulo número veintiuno, titulado: **Poder, mujer y comunicación. El trabajo de la mujer como escritora.** Cuya autora es la Dra. Cristina Martín-Jiménez, que es Doctora en Ciencias de la Comunicación. Escritora, periodista y científica, autora de varios best seller traducidos a diferentes idiomas. Sitúa el énfasis en *“ser mujer para comprenderlo. Ser mujer para contarlo. Y recibir los ataques más enconados de la bestia, precisamente, por ser mujer”*.

La mujer y el deporte se ubica en el capítulo veintidós, titulado: **El objetivo no es solo competir, sino ganar. deporte: ¿cuestión de género? La mujer deportista.** Cuyas autoras son Dña. María Elena Nieto-Cabrera y la deportista que cosecha una importante trayectoria de triunfos en el atletismo, Dña. Alicia Lozano Royano. El capítulo expone las diferencias entre sexos que marcadamente minusvaloran el triunfo de la mujer, diferenciándola del varón en los premios percibidos.

El capítulo número veintitrés, titulado: **Tú me preguntas: ¿qué es la comunicación? y yo te respondo: Transmitir desde distintas perspectivas su esencia.** Cuya autora es la periodista Dña. Laura Robles Ortega. En sus conclusiones refleja *“el camino ha sido largo, duro y difícil, pero al final se ha conseguido que poco a poco que el sexo femenino alce la voz y se le escuche y, ante todo, que pueda informar, liderar y formar a más mujeres a seguir siendo valientes a la hora de desempeñar una profesión “de riesgo” como ésta.*

La profesión de guía turístico hace pocas décadas que se conoce, y se refleja en capítulo veinticuatro, titulado: **Otras formas de vivir y conocer. La**

**mujer en el trabajo turístico.** Cuya autora es Dña. Carmen Petauer, que desarrolla su trabajo en Austria. Nacida en Alemania, criada en España, regresó a Alemania, casada con un austriaco y residente en Austria, luchando no solo por abrirse camino en la profesión como mujer sino como alguien no nativo que implica doble hándicap.

El capítulo número veinticinco, titulado: **La arquitectura no es cuestión de género.** Cuyas autoras son Dña. Ángela Bersabé De la Rosa y Dña. M<sup>a</sup>. Dolores Mora Bueno, dos arquitectas que han vivido la discriminación de ser mujer en un mundo laboral, plenamente desarrollado por hombres. Refleja las dificultades laborales, incrementadas por el hecho de ser mujer.

Dña. Lourdes Soriano Arias, maestra ya retirada y autora del capítulo número veintiséis, titulado: **Experiencia de una utopía educativa temporal. Mi experiencia como mujer y maestra.** Relata en el capítulo las dificultades que ha vivido el mundo de la enseñanza en España. La profesión de maestra ha sido desempeñada mayoritariamente por la mujer.

El capítulo número veintisiete, titulado: **El magisterio como profesión cargada de connotaciones sociales.** cuya autora Dña. Cynthia Ramos Boudrias, refleja que “el Magisterio es una de las profesiones más feminizadas que existen. El 66,7% de todo el profesorado español es femenino. Este desequilibrio no es fruto de la casualidad y menos en un ámbito laboral en el que las mujeres no han tenido nada fácil su inserción como consecuencia de los roles sociales asociados a su género”.

Una profesión tradicionalmente masculina, como es la ingeniería agrícola, donde el número de mujeres aun es escaso se plasma en el capítulo veintiocho, titulado: **La paz y la tranquilidad que se respira lejos del mundanal ruido. La mujer en la Ingeniera Técnica Agrícola.** Cuya autora Dña. Azahara Calderón Laguna, relata experiencias profesionales y el amor que tiene a su profesión y al desempeño de ésta, además del duro camino laboral en situaciones de inclemencias climatológicas y otras cuestiones laborales difíciles de controlar para los agricultores.

El capítulo número veintinueve, titulado: **La participación de la mujer en el trabajo agrícola. Agricultora / Propietaria y/o jornalera,** de las autoras Dña. María Elena Nieto-Cabrera y la Dra. Concepcion Nieto-Morales, que mediante entrevistas a profesionales reflejan la realidad de ser agricultoras y jornaleras agrícolas en España.

El trabajo de la mujer en el medio ambiente ocupa el capítulo treinta, titulado: **La profesionalización del estudio y cuidado del medio ambiente. Mujer y medio ambiente,** cuya autora Dña. Ana María González Cabrera, donde expone una dura realidad laboral que no permite conciliar vida laboral y ser madre, poniendo de manifiesto las dificultades que ha vivido para poder trabajar y tener un hijo.

Es poco frecuente encontrar una mujer torera en una plaza de toros y se refleja en el capítulo treinta y uno, titulado: **Los toros: Cultura, Arte y Tradición. La Valentía y el arte de lidiar toros profesionalmente por una Mujer. María Paz Vega Jiménez. España,** es un capítulo realizado mediante una entrevista a Dña. María Paz Vega, una mujer torera y que ha triunfado en este difícil mundo del toro. Las autoras son Dña. M. Elena Nieto-Cabrera y la Dra. Concepcion Nieto-Morales.

El capítulo treinta y dos cuya autora es Dña. María José Villegas Navas y titulado **Arbitrando partidos de fútbol. Pasado y Presente.** Una

profesión desarrollada casi exclusivamente por hombres, y nos cuenta la autora que afortunadamente la mentalidad va cambiando y se va valorando el trabajo de la mujer en la profesión.

También hay mujeres que a pesar de contar con formación universitaria deciden dedicarse a cuidar a la familia y este hecho se encuentra en el capítulo treinta y tres, titulado: **La belleza de la familia**, cuya autora es Dña. Ester López Fernández. La autora analiza como la mujer en el hogar construyendo una familia también contribuye al desarrollo de la sociedad.

El capítulo treinta y cuatro, titulado: **¿Necesito una empleada de hogar? La gran aportación social del Servicio Doméstico**, cuyas autoras Dña. María Elena Nieto-Cabrera y la Dra. Concepcion Nieto-Morales, han deseado poner en valor el trabajo y la aportación social de la mujer que desempeña su trabajo como empleada en el servicio doméstico. El capítulo se ha realizado mediante varias entrevistas a trabajadoras del servicio doméstico.

No todas las mujeres trabajan en el entorno donde han nacido y criado, también ha contribuido a esta obra en el capítulo treinta y cinco, titulado: **Desarrollo y promoción de la mujer africana: La mujer misionera al servicio del cambio social**, cuya autora la Dra. M. Josefa Vázquez Fernández, a través de una entrevista relata la vida de la religiosa Sor Bernarda García Castellano, se trata de una mujer de 70 años, con estudios de Grado superior en Administración, que tomó los votos como religiosa en la congregación salesiana de las Hijas de María Auxiliadora el cinco de agosto de 1974. El pasado año de 2019, recibió por parte de Manos Unidas el Premio Caminando Juntos, dentro de los Premios 60 Aniversario con los que se galardonó a destacadas figuras e instituciones. Sus palabras la definen: “Mi camino durante treinta y dos años en las misiones en el África del oeste lo llamo ‘camino de providencia, presencia de Dios en mi vida’”.

El capítulo número treinta y seis, titulado: **La inserción laboral de mujeres que han llegado a estar presas cumpliendo condena privativa de libertad. Delincuencia femenina**. Cuyas autoras, Dña. María Elena Nieto-Cabrera, Dña. Inés María Martínez Cramer y la Dra. Concepcion Nieto-Morales, ha tratado de reflejar la trayectoria laboral de la mujer que en algún momento de su vida ha estado privada de libertad. Suele ser una vida muy dura en todos los aspectos de la misma.

El libro también consta de una **Reflexión a Modo de Conclusión**, cuya autora la Dra. Concepcion Nieto-Morales, realiza una valoración final del libro y además refleja parte de su trayectoria laboral y las vicisitudes que ha tenido en su trayectoria formativa, laboral, tanto en la administración como en los quince años de trabajo en la universidad.



# GESTACIÓN SUBROGADA: PRINCIPALES CUESTIONES CIVILES, PENALES, REGISTRALES Y MÉDICAS. SU EVOLUCIÓN Y CONSIDERACIÓN (1988-2019)

Ignacio Lledó Benito  
*Doctor Internacional Derecho Penal*  
*Profesor Contratado Doctor (ANECA)*  
*Profesor Derecho penitenciario UNIR*

---

Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa (coord.) Francisco Lledó Yagüe (dir.) (2019) *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson. Madrid. 823 pp.

Sobre la gestación subrogada, explica PÉREZ MONGE<sup>1</sup>, que desde la bioética, la mayoría del Comité de Bioética de España, entiende que todo contrato de gestación por sustitución, lucrativo o altruista, entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. Otros miembros del Comité, aunque aceptan en línea de principio que esta práctica podría regularse de modo que compaginara la satisfacción de dicho deseo con la garantía de los derechos e intereses de los otros, no alcanzan a ver la fórmula de hacerlo en el contexto actual. Las propuestas regulatorias que se manejan y las experiencias de otros países son claramente deficientes en la tutela de la dignidad y derechos de la gestante y del menor.

En atención a la naturaleza y funciones del Comité, no le corresponde (indica la autora), traducir su parecer en una concreta propuesta de reforma legal, pero sí, ofrecer algunos criterios que orienten aquélla, y, entre estos, destacan tres fundamentales:

1.º Dotar de verdadera eficacia legal a la nulidad de esos contratos, de manera que resulte aplicable también a los celebrados en el extranjero, para lo que podría considerarse la posibilidad, entre otras medidas legales de sancionar a las agencias que se dedicaran a esta actividad.

2.º Promover a nivel internacional un marco común regulatorio que prohíba la celebración de contratos de gestación, en garantía de la dignidad de la mujer y del niño.

---

<sup>1</sup> PÉREZ MONGE, M. Maternidad subrogada. Actualidad del Derecho en Aragón. Junio 2018. Pg. 28.



3.º Asegurar una transición segura que evite que queden desprotegidos los niños resultantes de los procesos de maternidad subrogada internacional en los que pueden estar inmersos actualmente varios españoles. Para ello puede garantizarse que su filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo.

En opinión de FERRER VANRELL, el art. 1271 Cc, no admite como objeto del contrato, las cosas *extra commercium*, ni los servicios contrarios a las leyes y las buenas costumbres. Lo que se está contratando es, la función reproductora de una mujer para gestar un ser y la cualidad de madre, para entregarlo a otro, claramente fuera del comercio de los hombres.

La conducta designada en la prestación carece de uno de sus presupuestos, que la hace incompatible con el deber jurídico, porque no es lícita al no ser conforme con las leyes, las costumbres y los usos sociales (arts. 1271.3 y 1275 Cc), y la consecuencia es la inexistencia de la obligación<sup>2</sup>.

El TS en sentencia 6/12/2014, confirmó la nulidad del contrato y como dice RODRÍGUEZ PRIETO, el TS condena esta vía como medio de mercantilizar la gestación, y le parece aberrante que determinados intermediarios puedan realizar un negocio con ello. Sin embargo, otras actividades de ayuda a la gestación, como por ejemplo, a través de implantes in vitro, se realizan por instituciones con ánimo de lucro, y ello no se considera condenable. ¿Por qué en este caso, cuando se buscan los mismos objetivos de facilitar una paternidad que no es posible naturalmente, el prestar esos servicios con lucro ha de merecer esa condena?, ¿dónde está el límite de lo mercantil?

La admisión o reconocimiento de efectos legales, para el TS, permitiría la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza. Pero la opción gratuita tampoco se considera admisible. Y si media precio, esas madres gestantes, ¿han de considerarse necesariamente explotadas?. Las incomodidades, esfuerzos y riesgos de una gestación por cuenta de otros, ¿ha de rechazarse siempre que puedan ser retribuidas?. Y esa vía para paliar una situación de pobreza, ¿es necesariamente condenable?, ¿se ha de privar necesariamente a mujeres sin otros recursos y que no deseen ser madres de esa posibilidad de mejorar su fortuna?. Al cabo si es posible contratar trabajos que exigen esfuerzos físicos o situaciones de mayor riesgo, ¿cuál es entonces el factor diferenciador en la gestación por sustitución?<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> FERRER VANRELL, P. op.cit. (El llamado superior interés del menor). Pg 74-75. También, BASOA COLL, F. Dret d'obligacions. Publicacions Universitat de Barcelona. Barcanova. Barcelona 1990, pp. 12 y ss. y LLEDÓ YAGÜE, F., califica el contrato de ilícito "en virtud de la indignidad en su contenido ontológico, al pretender erigir a la persona en objeto del contrato, cual si se tratara de algo material y patrimonializable (...) dicho negocio jurídico no surtiría efecto alguno entre las partes (...). Fecundación Artificial y..., cit. P. 155, en la p. 151 razona la ilicitud del objeto del contrato y de la causa.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ PRIETO, F. "El tratamiento en España de la gestación subrogada internacional" en el Notario del siglo XXI, N° 58. Nov-Diciembre 2014. LLEDÓ YAGÜE, F, op.cit. (Fecundación artificial y derecho). Pg. 150 y 151. LLEDÓ YAGÜE, F, op.cit. (Fecundación artificial y derecho). Pg. 150 y 151.

A este respecto, como ha venido manifestando la jurisprudencia, la ilicitud de la causa a que se refiere el art. 1275 del CC se asienta en una finalidad negocial contraria a la ley o a la moral y común a todas las partes para dar significado al contrato, por lo que resultan irrelevantes los deseos y expectativas que impulsan sólo a una de ellas, de donde se sigue que la nulidad radical ordenada por dicho precepto únicamente se ocasionará si el negocio persigue un fin ilícito o inmoral, pues el móvil se eleva a la categoría de verdadera causa al imprimir a la voluntad de los contratantes la dirección finalista y reprobable del convenio (Sentencias de 31 de octubre de 1955, 29 de octubre de 1960, 26 de abril de 1962, 4 de octubre de 1966, 2 de octubre de 1972, 4 de diciembre de 1975, 2 de noviembre de 1979, 2 de diciembre de 1981, entre otras significativas)<sup>4</sup>.

Así pues, como el negocio jurídico es nulo, no se derivan obligaciones para las partes, puesto que carece dicho contrato de todo efecto negocial, por lo que aplicando los principios generales de las obligaciones, no tiene la gestante, en absoluto, una obligación de hacer lo pactado, es decir, entregar al hijo; de suerte que caso de no hacerlo, no se podría mandar ejecutar a su costa (art. 1.098 del CC).

En este supuesto, sin embargo, lo que sí ocurriría es que se den una serie de efectos indirectos o reflejos en cuanto a las consecuencias de los servicios ciertamente realizados, o sea, la consumación del proceso de gestación, aunque el contrato lo calificuemos como nulo, se darán los efectos típicos de los contratos ilícitos por ser ilícita la causa u objeto (arts. 1.305 y 1.306 del CC, cuando el hecho en que consiste la causa torpe no constituye delito ni falta), en los que su característica fundamental es el no ejercicio de acción alguna por los interesados, con lo cual, como de todos es sabido, supone la excepción a la tesis general tipificada en el art. 1.303 del CC, según el cual declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses<sup>5</sup>.

En esta línea favorable a la nulidad, ha venido reiterando este criterio con posterioridad la doctrina. Así, JIMÉNEZ MARTÍNEZ<sup>6</sup>, coincide con el

---

<sup>4</sup> LLEDÓ YAGÜE, F, op.cit. (La filiación a finales del siglo XX). Pg. 333.

<sup>5</sup> LLEDÓ YAGÜE, F, op.cit. (La filiación a finales del siglo XX). Pg. 334. Asimismo, ALKORTA IDIAQUEZ, I. op.cit. (regulación jurídica) Pg. 286 y siguientes en donde analiza con acierto que la condena de la maternidad subrogada es puramente civil.

LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Ed: Universidad de Barcelona. Publicaciones y Ediciones, 2015, p.119.

VÉLEZ CORREA, L. A. *Ética médica. Corporación para Investigaciones Biológicas*. Colombia, 3.ª ed., 2003.

GARCÍA, M. P. “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2015, 8, pp. 4-6.

<sup>6</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales. Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V (2012) 365-381 ISSN 1888-3214. Pg. 368. Y, en este punto, explica el criterio mantenido en el Derecho Europeo y así dice: En este punto la Ley española, coincide con lo previsto en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos. Así, cabe citar, entre otras, la

planteamiento expuesto por nosotros supra y concluye que esta sanción de nulidad es coherente con el sistema establecido en nuestro ordenamiento jurídico puesto que este contrato sería sancionado con la misma nulidad absoluta por ilicitud de la causa (art. 1275 Cc) y por estar su objeto fuera del comercio de los hombres (art. 1271.1 Cc), en la medida que ni se puede comerciar con personas ni se puede considerar a un niño como objeto de un contrato. Asimismo, parece que también incumple los límites de la autonomía privada establecidos en el artículo 1255 Cc por ir en contra de la ley, como se acaba de exponer, la moral y el orden público, ya que en este último caso no hay que olvidar que las normas relativas al estado civil de las personas son indisponibles para los particulares.

En opinión de LLEDÓ YAGÜE y GUTIÉRREZ BARRENENGOA, la gestación subrogada, conocida vulgarmente como alquiler de úteros, incide en una cuestión trascendental, cuál es que el arrendamiento va a resultar que el objeto es el ser humano. Nos parece que debe considerarse acertada su prohibición, ya que aquella (persona humana) no puede ser como decimos objeto lícito de relaciones jurídicas. Entendemos que es una violación de la dignidad al ser tratado el ser humano como una pura mercadería, objeto de satisfacción de pretendidos derechos individuales. El ser humano, no puede ser considerado como algo-cosa (*res intra commercium*) sino como alguien que constituye una finalidad per se. No podemos olvidar que el objeto del singular negocio jurídico familiar es la persona, el hombre en sí mismo.<sup>7</sup>

Participámos no obstante, del criterio sustentado por el informe del Comité de Bioética de España, sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada en cuanto que como se argumenta en el citado informe en una situación de mayor seguridad jurídica, podría plantearse la posibilidad de abrir la maternidad subrogada a ciertas situaciones que siempre han de ser vistas como excepcionales. Y además debemos caminar en una contextualización que busque uniformidad de criterios a nivel internacional, que no susciten problemas de fraude de ley, que en nada benefician el interés supremo del menor, al que siempre debe preservarse en cualquier legislación

---

Ley italiana n° 40 de 19 de febrero de 2004 que en su artículo 19.6 determina la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución y establece que la filiación materna será la determinada por el parto. Sobre esta ley vid. BENÍTEZ DE ORTÚZAR, I.: “Breve comentario crítico a la Ley italiana sobre normas en materia de procreación médicamente asistida”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 84, 2004, p. 169-198. Por su parte, el artículo 16.7 del Código Civil francés también aplica la nulidad a este tipo de contrato, calificando esta nulidad como de orden público (art. 16.9). Vid. BERROCAL LANZAROT, A.I.: “De nuevo sobre la reproducción asistida en España. Análisis jurídico sanitario de la Ley 14/2006, de 26 de mayo” en *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, octubre 2008, pp.20 y ss. Asimismo, la Ley Federal alemana sobre la protección del embrión, de 13 de diciembre de 1990 obliga a que el embrión obtenido se implante en el útero de la mujer de la que se ha obtenido el óvulo (art. 1). Incluso en Suiza es la propia Constitución Federal la que en su artículo 119.2 la que prohíbe cualquier forma de maternidad de sustitución. (ver página 368 op.cit.)

<sup>7</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. y GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., “La gestación subrogada: luces y sombras de la legislación actual. Su prohibición versus la posibilidad de una admisión de supuestos en el futuro”, en VELASCO MIGUEL, R. (dir.), *Nuevos horizontes y perspectivas para el Derecho del siglo XXI*, Thomson Reuters (Aranzadi), 2018, página 183 y siguientes.

futura que contemple su legalización, en la regulación española de la materia *de lege ferenda*.<sup>8</sup>

La ley aborda la regulación que comentamos, concretamente en el artículo 10 de la Ley de la Reproducción Humana Asistida, y dedica su contenido al tema de lo que en términos vulgares se ha conocido como maternidad subrogada y/o locación de vientres o alquiler de úteros. Consiguientemente, dice la citada disposición que: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer, que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución, será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales”<sup>9</sup>.

En cuanto a la nulidad del contrato, su fundamentación a buen seguro debemos encontrarla en que se sitúa a la persona como objeto de dicho negocio jurídico, ora entendemos la calificación de dicho contrato como arrendamiento de servicios (donde la mujer que pare se obliga a efectuar una actividad), ora lo calificuemos como arrendamiento de obra (donde lo que importaría sería su resultado – el hijo–, como efecto de la actividad desplegada), de suerte que queda fuera de la autonomía de voluntad de las partes al contratar sobre una materia indisponible para los contratantes (la capacidad generativa). *Ítem* más el hijo aparece como un medio útil

---

<sup>8</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. y GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. op.cit. (gestación subrogada) pg. 183 y siguientes.

<sup>9</sup> Leyes de reproducción humana asistida 35/1988, de 22 de noviembre, BOE Núm. 282 de 24 de noviembre de 1988, y Ley 14/2006, de 26 de mayo, BOE Núm. 126, de 27 de mayo de 2006. Así mismo ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F. (Julio-diciembre 2016) “Gestación por sustitución: Dificultades para mantener la prohibición en España”; en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, Núm. 9, Ed. Dykinson; pág. 60. BENÍTEZ ORTUZAR, I. (1996) *Aspectos jurídicos penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*; Madrid; Ed. EDESA; Pp. 192-206. ALKORTA IDIAQUEZ, I. (2003) *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva: Derecho Español y Comparado*; Ed. Aranzadi; Pp. 278-286. De la misma autora (2015) “La regulación jurídica de la maternidad subrogada”; en sesión organizada por la Fundación Grifols i Lucas: *La subrogación uterina: análisis de la situación actual*; Barcelona, Pp. 72-81. De igual manera LLEDÓ YAGÜE, F. – OCHOA MARIETA, C. – MONJE BALMASEDA, O. (2007) *Comentarios a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006)*. LLEDÓ YAGÜE, F. (1988) *Fecundación artificial y Derecho*; Madrid; Ed. Tecnos. Del mismo autor (1998) “La Ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”; en *Anuario de Derecho Civil*; tomo II. MONTES PEÑADES, V. (2003) “La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española”; en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*; Núm. 7; Ed. Tirant lo Blanch; Pp. 5-22. LAMM, E. (2013) *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Observatorio de Bioética y Derecho; Barcelona; Ed. Universitat de Barcelona; Pp. 71-72. PALACIOS ALONSO, M. (2005) “Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88) de 1988 a 2005”; en *Estudios jurídicos-penales sobre genética y biomedicina*; Coord. BENÍTEZ ORTUZAR, I.F. – MORILLAS CUEVA, L – PERIS RIERA, J.; Madrid; Ed. Dykinson; Pp. 33-69. La problemática es clásica, remitimos a uno de los primeros trabajos sobre la materia que se elaboró por los mismos autores en 1988: “El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo”. Ponencia presentada en el *II Congreso Mundial Vasco: La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (1988), Madrid, Ed. TRIVIUM; Pg. 336.

instrumental para alcanzar una maternidad, de donde resulta notorio que se intenta que prevalezca siempre un derecho al niño *versus* derechos del niño subordinados a otros intereses.

En otro orden de consideraciones conviene aportar al tema algunas reflexiones en torno a la suposición de parto o el papel de la mujer que contrata los servicios de gestación por sustitución.

En el caso de la maternidad subrogada, como dice BENÍTEZ ORTUZAR, existen dos mujeres interesadas. En este sentido parece lógico plantear también la posibilidad de que la parturienta ceda el hijo parido a la otra mujer, esté realizando la conducta de entrega de un hijo a terceros para alterar o modificar su filiación.

Efectivamente, por un lado estaría la mujer comitente, que accede a los servicios del contrato de gestación subrogada, nulo como hemos visto *supra*, y por otro estaría la mujer gestante que si entrega al hijo parido con la finalidad que su filiación sea la de la pareja comitente, incurriría, como dice BENÍTEZ ORTUZAR, en el párrafo segundo del art. 220 CP<sup>10</sup>. Cabría incluso pensar (pero a los efectos que nos interesa lo de descartamos por lo que explicaremos *infra*), hablar de la mujer titular del gameto femenino – ovulo -, si bien como la maternidad viene determinada por el parto (art. 120-4 Cc), esta maternidad biológica, queda fuera del espacio regulador del art. 220 CP.

Por tanto, se habla de la mujer comitente-madre o socio-afectivamente hablando y la mujer gestante jurídicamente madre a tenor de las normas sustantivas civiles.

En el caso de la suposición de parto del art. 220 CP, sí estaría incluido el caso de la maternidad subrogada, si como dice BENÍTEZ ORTUZAR, permite la comisión mediante la ficción del embarazo hasta el alumbramiento propiamente dicho<sup>11</sup>.

Entiendo, siguiendo la reflexión acertadísima de BENÍTEZ ORTUZAR, lo siguiente: debemos partir del art. 10 LRHA, y consiguientemente, como el contrato es nulo, la determinación de la filiación del recién nacido, correspondería en todo caso, a la mujer que ha parido. Si no está casada (o estándolo, no actúa la presunción de paternidad ej., separación vincular), al niño le correspondería la filiación materna no matrimonial. Quedaría por dilucidar la filiación paterna, y si coincide que el esposo y/o conviviente de la mujer comitente prestó su semen, podría aquél reconocer la filiación paterna no matrimonial<sup>12</sup>.

Al respecto, como explica BENÍTEZ ORTUZAR, estaríamos en el delito de suposición de parto si la mujer que no gesta al hijo, simula la gestación y el

---

<sup>10</sup> BENÍTEZ ORTUZAR, I. “Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana” EDERSA. Editoriales de Derecho Reunidas. (Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid). 1997. pg. 390

<sup>11</sup> BENÍTEZ ORTUZAR, I. op.cit. pg. 392

<sup>12</sup> BENÍTEZ ORTUZAR, I. op.cit pg. 394



parto para que en el momento del verdadero alumbramiento, la parturienta desaparezca, dejando al hijo en manos de otra como si verdaderamente fuere fruto de la gestación y alumbramiento fingidos<sup>13</sup>.

De tal manera, que fingiendo el alumbramiento del hijo realmente nacido, la mujer comitente inscribiría la filiación de este hijo como si fuera de ella, o si estuviese casada, se inscribiría como matrimonial y si fuera pareja de hecho y/o mujer sólo, entonces la filiación materna no matrimonial de ésta, siguiendo la doctrina jurisprudencial al respecto (STS 6 de junio 1980), hay que pensar que en la maternidad subrogada, puede incurrirse en un delito de suposición de parto, en relación a la mujer o madre comitente (*madre de deseo...* como la define BENÍTEZ ORTUZAR):

1º) *En cuanto a la dinámica de la acción de fingimiento o simulación del alumbramiento de un ser nacido, efectuado por actos reales:* En nuestro caso, sería el fingimiento de un alumbramiento del hijo que es alumbrado por otra que lo abandona y lo deja a la disposición de la comitente, quien lo inscribe en el Registro como hijo suyo.

2º) *En cuanto a la culpabilidad o elemento psíquico delictivo que vaya dirigido al ánimo tendencial de modificar el estado civil.* Es decir, la mujer finge un embarazo, un alumbramiento de un hijo que abandona la parturienta en sus manos, y ésta altera el estado civil de la filiación del hijo, inscribiéndolo como suyo.

Porque no se incurriría si en el delito de suposición de parto, como dice BENÍTEZ ORTUZAR, “*aun cuando se actúe con el ánimo tendencial de modificar el estado civil del nacido...no haya existido una simulación o fingimiento del alumbramiento, sino meramente una manifestación de su existencia*”<sup>14</sup>.

A mi juicio, podría darse el siguiente supuesto, que quizá encajaría en esta doctrina expuesta. Nace el hijo, que no es inscrito por parte de la gestante. No consta en la inscripción del nacimiento y el hijo es entregado a la mujer comitente, quien no finge la simulación o fingimiento del alumbramiento, pero si actúa con el ánimo tendencial de modificar el estado civil, porque la *madre de deseo* o comitente, actúa en la posesión de estado de ése hijo y pretende declarar la filiación de éste hijo a tenor de lo prescrito en el art. 131 Cc. Párrafo primero. Y sin embargo, en tal sentido, entenderíamos que no hay delito de la suposición de parto, porque no ha habido el fingimiento o simulación que debe darse como conducta delictiva, como parte de los elementos descriptivos del tipo penal.

En cualquier caso, coincido plenamente con la opinión de BENÍTEZ ORTUZAR, cuando concluye que la posibilidad de que los hechos que se analizan se califiquen como suposición de parto, se refiere a la forma anecdótica de tratar de alterar la filiación determinada legalmente al simular

---

<sup>13</sup> BENÍTEZ ORTUZAR, I. op.cit pg. 394

<sup>14</sup> BENÍTEZ ORTUZAR, I. op.cit pg. 396



el parto, no por la contratación por sustitución, la que sería nula con efectos jurídico-civiles<sup>15</sup>.

Efectivamente, el delito surge porque la mujer comitente finge el alumbramiento de un hijo que otra abandona a su favor, y lo inscribe aquella como hijo propio, alterando la filiación que por naturaleza le corresponde. Conducta ésta que altera un estado civil, que no le corresponde ni jurídica ni biológicamente. Y nada tiene que ver un contrato de gestación subrogada, que por ende es nulo.

*3º) El tercer elemento jurisprudencial es que el juicio valorativo sobre la antijuricidad, se determine no solamente con el sentir general del grupo, de acuerdo con la norma social de convivencia humana, sino también con el relativo a la filiación y elementos específicos que caracterizan la existencia del parto en sí.*

Es decir, se altera conscientemente un estado civil de filiación, que no corresponde al hijo, a quien se le sustrae de la relación familiar que por naturaleza le corresponde.

En otro orden de consideraciones, como bien argumenta MORETON TOQUERO, el tipo ataca directamente el *status familiae* del niño que se presenta como fruto del alumbramiento. De este modo, se hace miembro de una familia a alguien que no pertenece a ella, atribuyéndole un origen familiar que no es el suyo, lo que lleva consigo la alteración del conjunto de derechos y deberes, expectativas y oportunidades que podría tener en relación con su familia de origen biológica<sup>16</sup>.

Efectivamente, argumentamos por nuestra parte, ello es así, porque el Código Civil, determina el hecho predominante del parto o alumbramiento como reconocimiento de la paternidad (art. 120-4º Código Civil-Cc).

Así se dice que el bien jurídico protegido sería la filiación y el estado civil. Como explica QUERALT JIMÉNEZ, éste es uno de los pocos preceptos que no hacen referencia literal al sujeto o sujetos activos, se castiga un hecho sin indicar quién es su autor. Pese a ello, la jurisprudencia mayoritaria (SS 26-12-1928, 6-6-1980) y la doctrina consideran que sólo puede ser sujeto activo la mujer<sup>17</sup>. Pero este comportamiento no es únicamente comisible por la mujer que pretende haber parido al hijo que presenta ante los demás, puede cometerlo con ayuda de otra persona, el marido (S 18-10-1946) p.ej., de acuerdo con la mujer o ignorándolo ésta u otros familiares que cooperen en la farsa y por tanto podrían existir otros autores también dentro del círculo familiar.

---

<sup>15</sup> BENÍTEZ ORTUZAR, I. op.cit pg. 396

<sup>16</sup> MORETÓN TOQUERO, M.A. La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños y el tráfico de menores. Edit. Bosch. Biblioteca básica de práctica procesal. 2001. Pg. 8.

<sup>17</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.: Derecho Penal Parte Especial. "Delitos contra las relaciones familiares". Edit. Bosch. Barcelona. Pg. 403.

En otro orden de consideraciones, se ha dicho acertadamente en el prólogo de la obra que este estudio sistemático, supone una reflexión global de los principales aspectos que concurren en esta temática: los civiles, los penales, registrales, laborales y de Derecho comparado a nivel mundial, y otros interesantes extremos en su legislación comparada, que traducen exactamente el interés de los autores, verdaderos artífices de esta obra colectiva. Se ha conseguido un estudio actualizado y completo sobre una materia que socialmente ha dividido a la opinión pública en detractores y quienes apuestan por su regulación y admisibilidad en determinados casos y circunstancias. Sin entrar en polémicas se describe la situación y los hechos para un posible estudio futuro de alguna ley que desee tratar el tema.

Durante estos treinta años, de ahí que el título de la obra colectiva lleve unido un significativo elemento cronológico que va desde 1988, fecha de la publicación de la primera Ley de Fecundación Humana Asistida, Ley 35/1988 y después su versión actualizada Ley 14/2006 de 26 de mayo, hasta el momento presente del año 2019.

La estructura de la obra tiene dos partes significativas, por un lado la parte jurídica, en donde se abordan las principales cuestiones civiles, penales, constitucionales, de derecho internacional privado, laborales, y una segunda parte en donde se sitúan los aspectos puramente de orden médico.

Del mismo modo que en el resto de los principales países del mundo, las divisiones entre legislaciones permisivas y restrictivas o prohibicionistas han generado un fenómeno al que se le ha calificado como turismo reproductor, generando una problemática en la que el interés superior del menor se ha visto perjudicado cuando se ha pretendido reconocer la eficacia de los efectos de la filiación en el país de origen (de la pareja denominada clásicamente comitente) tiene una legislación prohibitiva, al entender que el contrato de gestación por sustitución deviene nulo por atentar a la dignidad del ser humano.

Se reitera con razón que uno de los valores intrínsecos de ésta obra – verdadero prontuario de conocimiento sobre la gestación subrogada- sea que los autores opinan de lo que saben. Sus juicios y comentarios son profesionalmente rigurosos y el lector encontrará las herramientas precisas para confirmar un juicio propio, del que podrá extraer argumentaciones e informaciones que siempre le ayudarán a entender los problemas de la filiación, de la inscripción, de la naturaleza del contrato y cuantas cuestiones suscitadas el derecho extranjero comparado cuando se aborda el problema de la gestación por sustitución.

Y en el capítulo de agradecimientos no quiero olvidarme de esa histórica Comisión (algunos de aquellos participantes han podido volver a volcar su conocimiento de nuevo en éste libro: el Doctor Marcelo Palacios, la doctora Carmen Ochoa y el catedrático de derecho civil Francisco Lledó Yagüe entre ellos) que llevó a España, en un momento socialmente demandado por la ciudadanía, a ayudar al legislador a hacer realidad la publicación de la primera ley de fecundación humana asistida en el mundo, pero ello se debe, sobre todo, al empuje, convicción, arranque, decisión e inteligente

determinación, una vez más del doctor D<sup>o</sup> Marcelo Palacios, quien será recordado por todos nosotros como el “padre de la ley de la fecundación humana asistida”.

En otro orden de valoraciones y considerando el impulso, la evolución *in crescendo* que ha motivado el asunto de la gestación subrogada en la sociedad, no es de extrañar que haya supuesto un tema recurrente en la postura de los diferentes grupos parlamentarios, incluso con propuestas e iniciativas legislativas (entre otras la propuesta de proposición de ley del GP Ciudadanos) y cuyos fundamentos, se dice radica en el derecho a crear una familia por intermediación de otra mujer, la gestante, ajena a la familia. Y se analiza con acierto la naturaleza altruista del contrato, y las imprescindibles connotaciones bioéticas. En esta misma línea, se describe el caso español, diferenciándolo del caso portugués.

Pero también, son importantes las propuestas nacidas en el seno de la sociedad civil y más especialmente de la sociedad española de fertilidad, y que como se argumenta en la obra, su objetivo no es apoyar, ni condenar la legislación en España de la técnica de gestación por sustitución, sino aportar unos criterios éticos, y que fueron valedores, de una hipotética modificación de la normativa vigente. Y concluye que el modelo que defiende la sociedad española de fertilidad en relación a la gestación por sustitución sería similar a la de donación de gametos y embriones y que fuera por ejemplo la propia Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida CNRHA, quien estableciera los gastos de compensación objetivamente tasados. En esta cuestión no debemos olvidar que el interés superior del niño, debe ser el objetivo prioritario, y en esa línea camina la doctrina jurisprudencial, sobre todo la doctrina del TEDH.

Del mismo modo, un análisis obligado en esta temática lo constituye el estudio de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, en torno al debate polémico de la inscripción de la filiación del menor nacido como consecuencia de la gestación subrogada, y el control de la resolución extranjera.

Todos los autores de nuestra obra, inciden en la citada Instrucción, cuyo eje nuclear gira en torno al interés superior del menor. Resulta es en este punto relevante las reflexiones de los expertos en el Registro Civil.

La obra colectiva, como explicamos, analiza el fenómeno de la gestación subrogada, no sólo desde la visión de los problemas de orden registral, sustantivo y jurisprudencial del Derecho español, sino como hemos referido *supra*, también se extiende el comentario a la principal legislación mundial sobre la gestación subrogada.

Así en esta línea de desarrollo, brillan trabajos muy interesantes sobre la gestación subrogada en EE.UU. Se describe muy bien la experiencia judicial americana, y se lleva a cabo un análisis francamente didáctico sobre el contenido del Código de Familia de California, imprescindible su explicación para entender el contenido de los contratos de gestación subrogada.

Precisamente, en esta línea es interesantísima la explicación en torno a la realidad de las cláusulas que suelen incorporarse en las Agencias de Gestación por Sustitución (peyorativamente conocidas como *madres de alquiler*). A buen seguro ilustrará a futuros investigadores a analizar cláusulas que chocan frontalmente con el respeto a los derechos de la persona.

Naturalmente en un estudio global sobre la gestación por sustitución, no podían faltar los aspectos penales que son excelentes contribuciones a la relevancia penal ante la maternidad subrogada y a la que hemos dedicado *supra* unos convenientes comentarios.

Y finalmente, para completar un estudio de estas características, no podemos obviar las indicaciones médicas y psicosociales.

Este bloque de orden médico y aspectos psicosociales, sitúan el supuesto hecho de la subrogación uterina sobre el que hemos analizado las principales relaciones y situaciones jurídicas de derechos de la gestante, de la pareja comitente, y de la filiación correspondiente al hijo nacido de la subrogación de útero. En estos excelentes trabajos no hay que olvidarnos de analizar los aspectos psicosociales de los intervinientes en éste procedimiento de gestación.

# ESTUDIO BÁSICO SOBRE LA GUARDA DE HECHO ALGUNAS REFLEXIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES NOTABLES DE LEGE LATA Y LEGE FERENDA

Amaia Tejjido Alonso

---

Francisco Lledó Yagüe (dir.) Oscar Monje Balmaseda (coord.) Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa (coord.) (2020) Estudio básico sobre la guarda de hecho: algunas reflexiones sustantivas y procesales notables de Lege Lata y de Lege Ferenda. De la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 26 de septiembre de 2018. Dykinson. Madrid. 137 pp.

La presente obra supone un trabajo singular y novedoso, sobre una materia compleja tratada en profundidad. Se trata de un magnífico libro que analiza la nueva configuración de la guarda de hecho como institución preferente en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de Nueva York, y subraya los principales desafíos que se deben afrontar en el transcurso de la adaptación del régimen jurídico existente al respecto.

La obra se encuentra estructurada en 7 capítulos, pivotando todos ellos en torno a la institución de la guarda de hecho, que se referencian brevemente a continuación.

El primero de ellos supone no sólo una introducción al tema objeto de análisis en la obra, sino también el fundamento de todo lo que posteriormente se expone, toda vez que se realiza un sucinto pero minucioso estudio sobre la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, elaborada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

El autor, Sr. Lledó Yagüe, centra su análisis en la patente evolución del concepto de discapacidad en la Convención respecto a la percepción mantenida con anterioridad, produciéndose la inclusión de situaciones diversas que requieren un reconocimiento propio y ajustado a las características de cada una, pasando así de un “modelo de la generalidad” a la “especialidad”. Como

alzaprima el autor, la finalidad de la Convención de Nueva York es dotar a la comunidad internacional de un marco normativo en el que se desarrolle el régimen jurídico de la discapacidad, desde la dignidad y la igualdad de las personas con discapacidad, y, en este sentido, la clave de la Convención reside en la unificación, bajo un mismo concepto, de dos rangos de la personalidad jurídica: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar; exigencias todas ellas proclamadas en el artículo 12 de la Convención.

En el segundo capítulo el catedrático continúa el análisis de la Convención de Nueva York, si bien centrándose en su impacto en el ordenamiento jurídico interno. Así, realiza una comparación entre la legislación existente y el Anteproyecto de Ley de 25 de septiembre de 2018, que tiene por objeto llevar a cabo las reformas en la legislación sustantiva y procesal necesarias para su adaptación al marco jurídico internacional, otorgando especial atención a la reconfiguración de la guarda de hecho como institución clave de la *lege ferenda*.

Precisamente para poner fin a las situaciones de desprotección jurídica a las que se ven abocadas las personas en las que no concurren los presupuestos de incapacitación judicial, pero que carecen de plena autonomía psicofísica, la Convención impulsa el reconocimiento de la plena personalidad jurídica y de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. De esta forma, desaparece la incapacitación en pos del régimen de guarda legal más adecuado para asistir a la persona con discapacidad, cuya determinación se efectuará tras el correspondiente juicio sobre la capacidad de la misma; lo que desde la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha dado en llamar “*la confección del traje a medida para la persona con discapacidad*”.

Siguiendo el *iter* de la exposición de su compañero, el profesor Dr. Monje Balmaseda dedica el tercer capítulo a analizar la figura del guardador de hecho en la versión actual del Anteproyecto de Ley, destacando el amplio sistema de apoyo judicial formado en torno a la misma.,

Asimismo, expone el autor que la diferencia entre la tutela y la curatela en el nuevo régimen de *lege ferenda*, así como la guarda de hecho, requieren la modificación de los Títulos IX, X, XI y XII del libro primero del Código Civil. La institución de la curatela, de naturaleza asistencial, se presenta, como expone el autor, como la preferente cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad, reservando el ámbito de la tutela para los menores no emancipados, no sometidos a la patria potestad o en situación de desamparo.

En el cuarto capítulo de esta obra se aborda la guarda de hecho de manera profunda, realizando un recorrido desde su estado actual hasta su reformulación como una institución de apoyo dotada de estabilidad. Se realiza, en este sentido, una especial referencia a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y a la vigente redacción del art. 303 CC tras la reforma operada por la referida Ley, concluyendo el autor que la autoridad judicial intervendrá en el momento en el que tenga conocimiento de la existencia de la guarda, sin que ello derive necesariamente en una modificación de la capacidad de obrar, siempre que se observe que la guarda de hecho es la institución más adecuada para el beneficio e interés del guardado.

En el quinto capítulo el profesor Dr. Monje Balmaseda realiza un estudio comparativo de las instituciones de guarda en los principales regímenes



jurídicos europeos, a saber: el suizo, el austriaco, el francés, el portugués, el italiano y el alemán. Así, lleva a cabo un breve recorrido sobre la introducción de la Convención en cada uno de los mentados regímenes y las reformas legislativas que se han sucedido con el fin de adaptar las legislaciones internas a los principios básicos postulados en la misma.

Finaliza el autor su intervención en esta obra llevando a cabo una serie de reflexiones sobre cuestiones que el legislador debería considerar en la adaptación legislativa de la guarda de hecho como institución de apoyo estable a la luz de la Convención.

Se apoya el autor en el estudio llevado a cabo por la catedrática de derecho civil, Sra. Parra Lucán, sobre la idoneidad de la guarda de hecho para personas no incapacitadas judicialmente, bien de edad avanzada o bien con determinadas deficiencias o enfermedades que requieran de apoyos puntuales para actos de transcendencia económica o personal. En una futura reforma, la actuación del guardador debiera tener, tal y como defiende al autor, una presunción general de validez, sin necesidad de requerir un procedimiento formal por el que se le habilite judicialmente, y ello sin perjuicio de la posible “anulabilidad” de aquellos actos jurídicos que no redunden en beneficio e interés del guardado.

Por último, toma el relevo la profesora Dra. Gutierrez Barrenengoa, quien realiza un estudio del procedimiento de modificación de la capacidad, reparando no sólo en el desarrollo del propio proceso, sino también en las partes intervinientes y en las especialidades procesales que presenta.

La autora, experta en derecho procesal, expone el debate existente en el ámbito nacional en torno a si la legislación civil y procesal española contraviene, o por el contrario, es compatible, con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Precisamente en el seno de este debate, explica la autora, surge el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, en la que se proponen diversas modificaciones del procedimiento de incapacitación judicial existente actualmente, con la finalidad de adaptar el régimen jurídico nacional a la Convención.

Se podría decir que esta obra es de necesaria consulta para aquellas personas que trabajan en el ámbito de la discapacidad, ya sean juristas o trabajadores e integradores sociales, cuyo esfuerzo común se debe dirigir a hacer efectivo en la práctica el pleno goce de los derechos y libertades por todas las personas con discapacidad y promover la dignidad que les es inherente, a la luz de la Convención de Nueva York.

# RÉGIMEN FISCAL DE LOS TRABAJADORES IMPATRIADOS Y EXPATRIADOS EN EL IRPF

Marina Jaimez Rubio  
*Graduada en Criminología y  
Consultora Junior de DOCRIM (División Operativa de Criminalística)*

---

Carmen Almagro Martín. Régimen fiscal de los trabajadores impatriados y expatriados en el IRPF (2019), Dykinson, Madrid, 197 pp.

Los desplazamientos del factor trabajo se han convertido en un fenómeno cada vez más presente en nuestra sociedad. En este contexto, el Derecho el Financiero y Tributario juega un importante papel ya que las ventajas fiscales que ofrezcan los distintos países pueden resultar determinantes para elegir destino, convirtiéndose en un importante instrumento para lograr la atracción de inversiones y mano de obra cualificada procedentes del extranjero y favorecer la movilidad de los trabajadores residentes en España, incrementando la competitividad nuestras empresas.

La normativa tributaria española ha previsto un régimen especial para los trabajadores impatriados, y contiene una serie de ventajas para los expatriados, a los que nos referiremos a continuación. No obstante, antes de entrar de lleno en esta cuestión, he dedicado en mi trabajo un primer capítulo a la delimitación del concepto de «residencia» a efectos fiscales, pues, en última instancia, resulta ser el punto de conexión que determinará qué trabajadores podrán beneficiarse de tales beneficios y cuáles no.

Son los artículos 8 a 10 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas los que delimitan el concepto de residencia, siguiendo para ello varios criterios de vinculación, de los que vamos a resaltar los aspectos más significativos.

En cuanto al criterio TERRITORIAL, atiende a la vinculación física con el territorio, es decir, la residencia habitual se basa en la presencia física de una persona en nuestro país durante más de 183 días de cada año natural.

Uno de los mayores problemas que plantea esta norma radica en el cómputo de las ausencias esporádicas a fin de determinar el número de días de estancia en el país, sin que, a pesar de los sucesivos cambios introducidos por el legislador, se haya logrado delimitar este concepto. No obstante, tras varias sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo se ha experimentado un importante avance en su concreción, por lo que nos referiremos a ellas con más detenimiento en un momento posterior.

El vigente artículo 9 de la LIRPF establece que los días de «ausencia esporádica» se entenderán como días de permanencia en territorio español, es decir, establece su cómputo a efectos de determinar la residencia habitual de cualquier persona física en España, salvo que se acredite residencia fiscal en otro país. Entendemos que el adjetivo «esporádicas», utilizado por el legislador para cualificar las salidas del territorio español, no resulta adecuado, ya que parece inducirnos a tener en cuenta sólo las salidas ocasionales que pueda realizar un sujeto y que carecen de significación a efectos de computar el plazo legal. Por el contrario, tendrán tal consideración todas aquellas salidas de España, por muy frecuentes y duraderas que sean, que realice cualquier persona que no esté en condiciones de acreditar su residencia fiscal en otro país. En tal caso, de acreditarla, cualquier ausencia del sujeto dejará de computarse, contando únicamente el tiempo efectivamente pasado en España y sólo si supera los 183 días podrá considerarse residente en nuestro país.

En principio, será el contribuyente quien deba demostrar su residencia fiscal en otro país, recayendo sobre él la carga de la prueba. La Administración ha venido entendiendo como único medio válido para acreditarla el certificado de residencia fiscal. Esta actitud puede tacharse de restrictiva porque, no estableciendo la norma límite alguno al respecto, debería permitirse cualquier medio de prueba admitido en Derecho. No obstante, desde hace algún tiempo se advierte cierta apertura probatoria al respecto.

Ahora bien, tratándose de paraísos fiscales, la Ley del Impuesto endurece sus requisitos. El mismo artículo 8 introduce una cláusula anti-fraude, en virtud de la cual no van a perder la condición de contribuyentes por este impuesto las personas físicas de nacionalidad española que acrediten su nueva residencia fiscal en un país o territorio considerado como paraíso fiscal, regla que se aplica en el período impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cuatro siguientes. Se trata de una norma sustantiva por la que el legislador da cabida a situaciones cuyo único objetivo sea la elusión fiscal, aunque resulta verdaderamente criticable que la norma no admita prueba en contrario, considerando que cualquier cambio de residencia a un paraíso fiscal tiene como objeto la evasión de impuestos lo que puede poner en duda su constitucionalidad, quedando incluso en entredicho su propia efectividad, ya que, marchándose el contribuyente a un paraíso fiscal, difícil será conocer el volumen de sus rentas.

Volviendo al asunto de las «ausencias esporádicas», desde el principio, el criterio de residencia basado en la permanencia en el país ha sido difícil de acotar, si bien, el legislador siempre ha tenido en cuenta los períodos de ausencia para completarlo. Recientemente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias Sentencias sobre las ausencias esporádicas, sentando las bases que creemos permitirán delimitar su acepción. Nos referimos a las de 28 de noviembre de 2017 (son cinco las recaídas en esta fecha), la de 14 de diciembre de 2017 y la 16 de enero de 2018, entre otras.

Tienen su origen todas ellas en un recurso sobre devolución de las retenciones que le fueron practicadas por la Administración tributaria a los beneficiarios de una beca, durante períodos impositivos en los que permanecieron fuera de España más de 183 días del año, por lo que los

interesados entendían que no eran residentes en nuestro país. Ninguno de ellos aportó certificado acreditativo de residencia emitido por la autoridad fiscal competente de otra jurisdicción, por tanto la Administración Tributaria denegó las devoluciones solicitadas, al considerarlos residentes en territorio español.

Destacaremos las cuestiones que presentan para el Alto Tribunal interés casacional. La primera de ellas se refiere a la determinación de «si la permanencia de un sujeto fuera del territorio nacional durante más de 183 días a lo largo del año natural como consecuencia de una beca de estudios, y a fin de determinar su residencia habitual en España, debe reputarse como una ausencia esporádica. Para ello, entiende el TS, lo primero que debe hacerse es «precisar y acotar» el concepto de «ausencia esporádica» evitando que «una interpretación extensiva del precepto haga inviable toda posible exclusión de la residencia habitual».

Según las referidas sentencias, el significado propio de las ausencias esporádicas nos debe llevar a considerarlas como ocasionales, y por tanto no deberán dilatarse en el tiempo, y nunca superar los 183 días, de lo contrario, el concepto de residencia habitual basado en la permanencia en España, «quedaría completamente privado de sentido y razón pues no habría en ese caso permanencia alguna que completar con la duración de las ausencias esporádicas».

La segunda de las cuestiones abordada por el TS hace referencia al elemento volitivo, planteándose si para calificar de «esporádica» una ausencia debe atenderse prioritariamente a la voluntad del sujeto de retornar a nuestro país o no, atendiendo exclusivamente a la duración de la estancia en el extranjero. En esencia concluye el Alto Tribunal que no resulta admisible que la intención del sujeto de regresar a España deba ser tenida en cuenta para calificar como esporádica una ausencia, pues ello supondría dejar dicha calificación a su libre albedrío.

Aduce además el Tribunal, que la necesidad de aportar certificación de residencia fiscal en otro país «en todo caso» para neutralizar la operatividad de las ausencias esporádicas «deviene superflua si se proyecta sobre una realidad inexistente». De esta forma, parece quedar claro que ahora será la Administración tributaria quien deba probar, primero, el carácter esporádico de una ausencia y, únicamente en tal caso, el interesado deberá aportar el certificado de residencia en otro país a fin de que tales ausencias no computen.

El nuevo escenario generado por esta jurisprudencia afecta de lleno a los trabajadores que son desplazados «desde» o «a» España para realizar su trabajo. Especialmente tratándose de trabajadores que salen de nuestras fronteras a desarrollar su actividad, ya que para que puedan beneficiarse de la exención del artículo 7p de la LIRPF, o del régimen de excesos excluidos de tributación regulado en el artículo 9 del RIRPF, (a los que nos referiremos más adelante) exige la norma que sean contribuyentes por el IRPF, y por tanto, residentes en territorio español (a excepción, claro está, de los supuestos regulados en el artículo 10 LIRPF).

Así, si el desplazamiento se prolonga más de 183 días estos trabajadores, y salvo que radique en España el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, o les resulte de aplicación la

presunción familiar del artículo 9.1.b), dejarán de ser residentes en territorio español y, en consecuencia, contribuyentes por dicho Impuesto, no pudiendo beneficiarse de las ventajas fiscales citadas, tributando, en su caso, por el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes. Además, si el país de destino de los trabajadores los considerase residentes en el mismo, probablemente los someta a tributación por su renta mundial al tiempo que, procediendo sus rendimientos de la empresa española que los traslada, deberán tributar en nuestro país por el Impuesto sobre la Renta de los No residentes, sin que resulte de aplicación el posible CDI entre ambos Estados para resolver un conflicto de doble residencia que ya no existe.

Para evitar que las sentencias analizadas «acaben traduciéndose en una expansión del impuesto del país de destino, que no parece justificada en absoluto» proponemos extender la residencia en aquellos supuestos en los que el desplazado, a pesar de permanecer más de 183 días fuera de España, retorne a nuestro país en el mismo año de partida o en el siguiente, de forma similar a como hace nuestro legislador en caso de traslado a un paraíso fiscal, y como ocurre en Portugal, Italia o Reino Unido, por citar algunos ejemplos de nuestro entorno más cercano.

En relación al CRITERIO ECONÓMICO DE VINCULACIÓN, el citado artículo 9 de la LIRPF, determina la residencia de una persona física en España en virtud de la localización en nuestro país del núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, ya sea de forma directa o indirecta. Tampoco el legislador aclara qué debe entenderse por núcleo principal o base de las actividades o intereses económicos del sujeto, tratándose de un concepto impreciso que genera importantes dificultades de prueba, debiendo la Administración tributaria analizar individualmente cada caso.

Y en relación con el CRITERIO DE VINCULACIÓN FAMILIAR establece el artículo 9 LIRPF una presunción legal que permite al legislador determinar la residencia en territorio español de una persona física «cuando de acuerdo con los criterios anteriores, residan habitualmente en España el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de aquél», salvo prueba en contrario cuya carga recae sobre el «presunto residente».

El apuntado concepto de residencia fiscal debe ser completado atendiendo a los CONVENIOS para evitar la DOBLE IMPOSICIÓN internacional suscritos por España, que, por razones de tiempo no podemos comentar ya que excedería del objetivo de esta exposición, si bien, han sido ampliamente analizados en los capítulos 2 y 3 de nuestro trabajo.

Pasamos ya a analizar la tributación de las personas que traspasan nuestras fronteras para trabajar. Ocupándonos en primer lugar del RÉGIMEN LOS TRABAJADORES QUE VIENEN A ESPAÑA A DESARROLLAR SU ACTIVIDAD, es decir LOS «IMPATRIADOS».

El régimen, recogido en los artículos 93 de la LIRPF y 113 a 120 del Reglamento del Impuesto, fue concebido para atraer a España a trabajadores con altas cualificaciones, intelectuales y científicas del ámbito internacional, que prestaran sus servicios para empresas españolas o para establecimientos permanentes sitos en nuestro país, mediante una serie de ventajas fiscales.

Sin embargo, no parece que fuera éste el resultado obtenido, acabando por convertirse en el llamado «régimen de los futbolistas», ya que fue ampliamente utilizado por los clubes españoles para fichar deportistas de alto nivel que fueron los principales beneficiarios de tales incentivos fiscales. El régimen fue objeto de numerosas críticas en las que se ponía en duda la justificación de un beneficio fiscal que, en la práctica, favorecía a aquellos trabajadores que tenían un mayor nivel de renta, lo que parecería contrario al principio de capacidad económica.

En esencia, este régimen ofrece a las personas físicas que adquieran su residencia fiscal en España como consecuencia de su desplazamiento a territorio español (con los requisitos que veremos más adelante), la posibilidad de elegir entre tributar por la reglas generales del IRPF o por las reglas del IRNR con algunas especialidades, manteniendo la condición de contribuyentes por el IRPF, y ello durante el período impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y los cinco períodos impositivos siguientes. Se trata como vemos de una opción fiscal, sujeta al cumplimiento de una serie de REQUISITOS, extensamente analizados en el trabajo, y a los que me referiré muy brevemente:

En cuanto a los REQUISITOS MATERIALES, para la aplicación de este régimen, el trabajador debe cumplir los siguientes:

En primer lugar debe tratarse de personas físicas que «adquieran su residencia fiscal en España como consecuencia de su desplazamiento real A territorio español. Será, por tanto, el criterio TERRITORIAL de vinculación el más adecuado y desde luego el único que convierte, por sí solo, al trabajador en sujeto idóneo para aplicar este artículo, que exige que permanezca en España más de 183 días durante el año natural, si bien, a tal fin deberán computarse las ausencias esporádicas, y es en torno a éstas donde se plantean los mayores problemas, pues el artículo 93 no impide que el trabajador (o administrador) desplazado a territorio español pueda desarrollar parte de su trabajo fuera de España. Sin embargo, tras las citadas sentencias del TS, en las que deja claro que no tendrá la consideración de «salida esporádica» aquella cuya duración se prolongue más de 183 días, se aproxima mucho más al contribuyente/residente habitual en base a la permanencia, con el beneficiario de esta opción.

En segundo lugar se exige que no haya sido residente en España durante los 10 períodos impositivos anteriores a su desplazamiento a territorio español. Este requisito, si bien constituye una clara regla antiabuso, entendemos que discrimina con carácter general a los nacionales españoles que serán los que normalmente tendrán más dificultades para acreditar una residencia fuera de España de tan larga duración. El citado plazo nos parece desproporcionado y lejos de contribuir al fin para el que fue concebido este régimen puede suponer un freno a la entrada de trabajadores cualificados en España.

El tercer requisito exige que el desplazamiento a territorio español se produzca como consecuencia de alguna de estas dos circunstancias:

La primera, la existencia de un contrato de trabajo, a excepción de la relación laboral especial de los deportistas profesionales. Como vemos, tras la reforma del impuesto operada por la ley 26/2014, quedan excluidos de la



aplicación del régimen los deportistas profesionales, atendiendo así a las numerosas críticas que recibió por su casi exclusiva aplicación a los mismos, cuestionándose su adecuación a los principios constitucionales de justicia tributaria. Sin embargo, algunos autores mantienen que «es ahora cuando la reforma plantea dudas desde el punto de vista de la igualdad», puesto que tratándose de un régimen de aplicación general para impatriados se excluye a un único grupo de «trabajadores», los deportistas profesionales, sin que exista ninguna razón que lo justifique, ya que la argumentación de sus altas retribuciones se contrarresta con el tipo incrementado del 45% introducido tras la citada reforma, quedando asimismo neutralizadas en gran medida el resto de ventajas que este régimen ofrecía a los futbolistas.

El desplazamiento, también, puede producirse como consecuencia de la adquisición de la condición de administrador de una entidad en cuyo capital el sujeto no participe o, de hacerlo, cuando su participación en la misma no determine la consideración de entidad vinculada en los términos previstos en el artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

También exige la norma que el impatriado no obtenga rentas que se calificarían como obtenidas mediante un establecimiento permanente situado en territorio español. El ámbito subjetivo de este régimen se limita a los trabajadores por cuenta ajena y a las personas físicas que adquieran la condición de administrador de una entidad, quedando fuera del mismo quienes desarrollan su trabajo por cuenta propia. Ello puede generar cierta incompatibilidad con principios como el de igualdad tributaria e incluso con el propio derecho Comunitario.

Por lo demás, tras la citada reforma se suprime el límite cuantitativo, para poder aplicarlo (600.000 euros), una medida que no estuvo exenta de críticas, entre otras por el error de salto que provocaba. Tampoco se exige ya que los trabajos tengan que realizarse para una entidad residente o para un establecimiento permanente situado en España de una entidad no residente en territorio español, ni que deban realizarse efectivamente desde España. También se ha eliminado la exigencia de que los rendimientos del trabajo no estuvieran exentos de tributación en el Impuesto sobre la renta de los no Residentes.

Los REQUISITOS FORMALES se tratan igualmente con profundidad en el trabajo; si bien únicamente quiero señalar ahora que el régimen se configura como una opción fiscal, de forma que para que resulte aplicable no basta con que el impatriado reúna todos los requisitos exigidos por la norma a tal fin, sino que debe acogerse expresamente al mismo mediante comunicación dirigida a la Administración tributaria. Una vez ejercitada la opción podrá aplicar este régimen durante 6 ejercicios, como máximo, comenzando en el período impositivo en el que adquiere la residencia fiscal en nuestro país, y los cinco siguientes, período que podrá reducirse si el impatriado renunciara a su aplicación, quedase excluido del mismo o finalizara su estancia en el país antes de agotarse el plazo.

Y en cuanto al CONTENIDO DEL RÉGIMEN, la aplicación del mismo determina que el cálculo de la deuda tributaria del IRPF, se realizará con arreglo a las normas establecidas para el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, con ciertas especialidades, entre las que destacamos el hecho de

que, tras la citada reforma, la totalidad de los rendimientos del trabajo obtenidos por el contribuyente durante la aplicación del régimen especial se entenderán obtenidos en territorio español, debiendo tributar por todos ellos. El legislador parece así introducir una presunción iuris et de iure que lleva de facto al contribuyente a tributar por obligación personal en cuanto a los rendimientos del trabajo se refiere y por obligación real respecto de las demás rentas que pueda obtener.

Se trata de una medida interna adoptada en el ejercicio de su poder tributario por el legislador español, que no afecta a la capacidad de los Estados de la fuente para gravar las rentas obtenidas en los mismos, lo que evidentemente podrá generar numerosos supuestos de doble imposición, por tanto sería conveniente que los impatriados pudieran aplicar el posible CDI suscrito entre España y el otro país implicado, a fin de determinar en base al mismo cuándo pueden gravarse dichos rendimientos por el Estado de la fuente.

Sin embargo, no resulta tan fácil ya que, aunque los impatriados que se acogen a este régimen conservan la residencia fiscal en España y, en principio, podrían acogerse a los Convenios suscritos por nuestro país; la mayoría de éstos incluyen una cláusula en virtud de la cual, entre «los residentes de un Estado contratante», no se cuentan las personas que «estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el mismo». Y, tal como se ha configurado el régimen, esto es exactamente lo que ocurre, ya que no se ha establecido la obligación de tributar por todos los rendimientos del trabajo cualquiera que sea el lugar donde se hayan obtenido, sino que se ha creado la ficción, de considerar obtenidos en España todos los rendimientos del trabajo que perciba el impatriado. Es más, aun admitiendo que concurre la tributación por la renta mundial del trabajo, la dificultad persiste respecto del resto de los rendimientos que pudiera percibir. Para evitar este problema, creemos que sería conveniente incluir en cada uno de los CDI suscritos por España una cláusula de engarce que los cubra.

Por otro lado la aplicación del régimen implica que a efectos liquidatorios se gravarán acumuladamente las rentas obtenidas por el contribuyente en territorio español durante el año natural, pero sin que sea posible compensación alguna entre aquellas. Y además, para la determinación de la cuota íntegra se dividen las rentas en dos grupos; uno que viene a coincidir con la renta del ahorro del IRPF al que se aplica una escala que se ajusta con la de aquella, mientras que del resto de rendimientos, entre los que se encuentran los procedentes del trabajo, los primeros 600.000 euros tributan al 24% y el resto al 45%.

Pasamos ahora a comentar el Régimen fiscal de los trabajadores desplazados de España al extranjero, esto es, de los EXPATRIADOS.

Se trata de trabajadores con residencia en territorio español, y por tanto sujetos a tributación en el IRPF por su renta mundial, que realizan trabajos remunerados en el extranjero que, en principio, deberían incluir en sus declaraciones del IRPF junto con resto de sus rendimientos. Todo ello sin perjuicio de la tributación que tales rentas pudiera generar en el país de origen, dando lugar a numerosos supuestos de doble imposición. Sin embargo,

este colectivo se verá favorecido por una serie de beneficios fiscales establecidos en la LIRPF que contribuirán a paliar esa doble tributación. Nos referimos concretamente a la exención regulada en el artículo 7.p) de la LIRPF para trabajadores expatriados y al régimen especial de excesos o complementos por destino del artículo 9 de su Reglamento.

Inicialmente, el artículo 7.p) se concibió como una forma de corregir los supuestos de doble imposición internacional, respondiendo su finalidad a la voluntad de incentivar al trabajador español a desplazarse al extranjero para desarrollar su actividad, con una cierta frecuencia y duración. También se buscaba, indirectamente, nutrir de directivos y personal especializado a las empresas españolas en pos de su internacionalización.

Sin embargo las pretensiones del legislador fueron más allá de dicho propósito cuando, tras la modificación operada por la ley 6/2013, de 13 de diciembre, se elimina la necesidad de que tales rendimientos quedarán gravados en origen, pasando de ser una norma para evitar la doble imposición internacional, a convertirse en un auténtico y generoso beneficio fiscal.

El artículo 7.p) de la LIRPF establece que estarán exentos los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero, con ciertos REQUISITOS.

El primero de ellos exige que los trabajos se presten efectivamente en el extranjero, es decir, que se desempeñen para una entidad no residente en España o para un establecimiento permanente situado fuera de nuestras fronteras, si se trata de una empresa española. La norma requiere un desplazamiento físico del trabajador al extranjero, no resultando de aplicación la exención cuando el trabajo se realice desde España aunque la destinataria del mismo sea una empresa extranjera. Paralelamente, tampoco quedarán exentos los trabajos realizados desde el extranjero para una empresa española. Han de concurrir ambas condiciones simultáneamente para que la exención despliegue sus efectos, y la carga de la prueba sobre el efectivo desplazamiento y el trabajo realizado en el extranjero recae, naturalmente, sobre el contribuyente.

Sin embargo, no es necesario que el trabajador desplazado mantenga una relación laboral con la entidad para la que prestará sus servicios en el extranjero, relación que puede seguir conservando con la empresa española que lo ha desplazado. Lo esencial es que su trabajo genere un beneficio claro e incuestionable a la empresa destinataria del mismo, que ciertamente le suponga un «valor añadido», resultando indiferente quién sea el pagador de las rentas siempre que el trabajador permanezca fuera de España.

Ahora bien, para aplicar la exención, si la entidad destinataria de los servicios está vinculada con la entidad empleadora del trabajador, se entenderá, por aplicación del artículo 18.5 de la Ley del impuesto de Sociedades, que se ha prestado un servicio «intragrupo» a la entidad no residente cuando dicho servicio le produzca una ventaja o utilidad, o, en los términos utilizados por la doctrina administrativa, cuando «en condiciones normales de mercado la misma hubiera contratado con terceros» la realización de tales servicios.

El segundo de los requisitos exige que en el territorio donde efectivamente se presten los servicios por el trabajador expatriado exista un impuesto «de naturaleza idéntica o análoga» a la de nuestro IRPF, siempre que no se trate de un paraíso fiscal. Como decimos, ya no se exige que los rendimientos recibidos por el trabajador desplazado, tributen efectivamente en el extranjero, ni siquiera que queden sujetos a un impuesto análogo al IRPF, basta la mera existencia de tal tributo, pudiendo dar lugar a supuestos en los que dichos rendimientos no tributen ni en el país de origen ni en el de destino.

Además, la actual redacción del artículo 7.p ha establecido una regla segura, señalando que se considera cumplido este requisito cuando el país o territorio en el que se realicen los trabajos tenga suscrito con España un CDI con cláusula de intercambio de información, aunque, lógicamente, la falta del mismo no impedirá per se la aplicación de esta exención. Se condiciona, por otro lado, su aplicación a que el país de destino no tenga la consideración de paraíso fiscal. Esta medida parece poco eficaz y ciertamente podría resultar discriminatoria en tanto que, a fin de cuentas, en ningún caso se exige que las rentas hayan tributado efectivamente el país de destino.

Tras las consideraciones que sobre las ausencias esporádicas y la residencia realiza el Tribunal Supremo en las sentencias ya citadas, resulta mucho más fácil perder la residencia habitual en España, de tal forma que si el desplazamiento se prolonga por un periodo superior a 183 días durante cada año, lo que suele ser muy habitual, y a menos que radique en España su «centro de intereses económicos» o residan en el país su cónyuge no separado legamente e hijos menores que dependan de él, el trabajador dejará de ser residente en nuestro país y por tanto no podrá aplicarse esta exención. Se acaba así con el fenómeno argumentativo de las «salidas esporádicas» que podían durar varios años y que permitían al ciudadano conservar su condición de residente en España, siempre que no acreditasen residencia fiscal en otro país.

Se contiene en el citado artículo 7.p), in fine, un límite cuantitativo, señalando que la exención se aplicará a las retribuciones devengadas durante los días de estancia en el extranjero, con el límite máximo de 60.100 euros anuales, que se aplicará sobre los rendimientos íntegros del trabajador.

Por último, la aplicación de esta exención será incompatible con el régimen de excesos excluidos de tributación previsto en el reglamento de este impuesto, cualquiera que sea su importe, régimen que pasamos a tratar a continuación. Hemos de tener en cuenta que el contribuyente podrá optar por la aplicación del beneficio que le resulte más ventajoso, sin que la LIRPF establezca prelación alguna entre ellos.

El citado régimen de excesos o complementos por destino se contempla en el artículo 9.A.3.b) del Reglamento del IRPF. Se aplica, exclusivamente a determinados tipos de rendimientos del trabajo, que tendrán la consideración de dieta exceptuada de gravamen, como por ejemplo al exceso que perciban los funcionarios públicos españoles con destino en el extranjero sobre las retribuciones totales que hubieran obtenido de hallarse destinados en España, extendiéndose su aplicación prácticamente a todo el personal al servicio de la

Administración del Estado y a los empleados de empresas, siempre que, en ambos casos, estén destinados en el extranjero.

Para que resulte de aplicación la exención que comentamos, es fundamental que el trabajador tenga su destino efectivo en el extranjero, es decir, debe tratarse de trabajadores que hayan sido trasladados fuera de España en el sentido establecido en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, implicando la residencia del trabajador más de 9 meses en dicho destino. Ese plazo constituye la frontera que separa la aplicación del régimen «general» previsto para las dietas, de la aplicación del régimen de excesos que comentamos.

Es importante reiterar la necesidad de que para disfrutar de este beneficio fiscal será necesario que el trabajador en cuestión mantenga su condición de residente en territorio español.

Tras las sentencias del TS comentadas, parece evidente que se reduce drásticamente el campo de aplicación de este beneficio entre los trabajadores no funcionarios, pues si por norma deben permanecer fuera del país al menos 9 meses, superan la barrera de los 183 días que les lleva a perder la residencia en virtud del criterio territorial de vinculación, sin que su ausencia pueda considerarse esporádica a fin de completar el tiempo realmente pasado en España (siempre que permanezca destinado en el mismo lugar). Por tanto y salvo que tales trabajadores conserven la residencia fiscal en nuestro país por radicar en el mismo el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, o por aplicación de la presunción familiar; en ningún caso podrán beneficiarse de esta medida.