



universidad  
de león



# REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN



Facultad de Derecho

2020

7  
número





universidad  
de león



# REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho  
Universidad de León

7

2020

ISSN: 1137-2702

Revista Jurídica de la Universidad de León  
Facultad de Derecho  
Universidad de León  
Campus de Vegazana, s/n  
24071 León (España)

revistajuridicaule@unileon.es  
Soporte técnico: journals@unileon.es  
© Universidad de León, Área de Publicaciones  
© Los autores

I.S.S.N: 1137-2702 (Ed. impresa)  
I.S.S.N: 2529-8941 (Internet)  
Depósito Legal: LE-196-1997  
Editada por el Área de Publicaciones de la Universidad de León

## **EQUIPO EDITORIAL**

### **PRESIDENTE**

SALVADOR TARODO SORIA  
*Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad de León

### **DIRECTOR**

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ  
*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de León

### **SECRETARIA**

HENAR ÁLVAREZ CUESTA  
*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de León

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

**Miguel Ángel Alegre Martínez**  
*Profesor Titular de Derecho Constitucional*  
Universidad de León

**Henar Álvarez Cuesta**  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Secretaria de la Facultad*  
Universidad de León

**Aurelia Álvarez Rodríguez**  
*Catedrática Acreditada de Derecho Internacional Privado*  
Universidad de León

**Fernando de Arvizu y Galarraga**  
*Catedrático de Historia del Derecho*  
Universidad de León

**Miguel Díaz y García Conlledo**  
*Catedrático de Derecho Penal. Director del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa*  
Universidad de León

**María Angustias Díez Gómez**  
*Catedrática de Derecho Mercantil*  
Universidad de León

**Isabel Durán Seco**  
*Profesora Titular de Derecho Penal. Coordinadora del Máster de Ciberseguridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de León*  
Universidad de León

**Juan Francisco Escudero Espinosa**  
*Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Vicedecano de Ordenación Académica y Estudiantes de la Facultad de Derecho*  
Universidad de León

**Juan José Fernández Domínguez**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Coordinador del Master en Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de León*

Universidad de León

**Javier Fernández-Costales Muñiz**

*Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vicedecano de Calidad y Relaciones Institucionales. Director de la Revista Jurídica de la Universidad de León*

Universidad de León

**Antonio García Amado**

*Catedrático de Filosofía del Derecho*

Universidad de León

**Piedad González Granda**

*Catedrática de Derecho Procesal*

Universidad de León

**Pilar Gutiérrez Santiago**

*Catedrática de Derecho Civil*

Universidad de León

**Mercedes Martínez Reguera**

*Responsable de la Biblioteca de Derecho*

Universidad de León

**María Teresa Mata Sierra**

*Catedrática de Derecho Financiero y Tributario*

Universidad de León

**Marta Ordás Alonso**

*Catedrática de Derecho Civil. Directora del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa*

Universidad de León

**Paulino César Pardo Prieto**

*Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado. Defensor de la Comunidad Universitaria*

Universidad de León

**Tomás Alberto Quintana López**

*Catedrático de Derecho Administrativo. Procurador del Común de Castilla y León*

Universidad de León

**Susana Rodríguez Escanciano**

*Catedrática de Derecho del Trabajo*

Universidad de León

**Salvador Tarodo Soria**

*Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado. Decano de la Facultad de Derecho*

Universidad de León

## **COMITÉ CIENTÍFICO**

**José João Abrantes**

*Catedrático de Derecho del Trabajo*

Universidad Nova de Lisboa (Portugal)

**Stefano Bellomo**

*Ordinario di Diritto del Lavoro*

Università di Roma Sapienza

**Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano**

*Catedrático de Derecho Civil*

Universidad Autónoma de Madrid (España)

**Carlos Bernal Pulido**

*Catedrático de Filosofía del Derecho*

Macquarie Law School Sydney (Australia)

**José Manuel Busto Lago**

*Catedrático de Derecho Civil*

Universidad de A Coruña (España)

**Alfonso Luis Calvo Caravaca**

*Catedrático de Derecho Internacional Privado*

Universidad Carlos III. Madrid (España)

**Rafael Calvo Ortega**

*Catedrático Emérito de Derecho Financiero*

Académico de Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

**María Emilia Casas Baamonde**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Expresidenta del Tribunal Constitucional*

Universidad Complutense de Madrid (España)

**Adoración Castro Jover**

*Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado*

Universidad del País Vasco (España)

**Faustino Cavas Martínez**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decano de la Facultad de Derecho*

Universidad de Murcia (España)

**Luis E. Chiesa**

*Catedrático de Derecho Penal. Director del Buffalo Criminal Law Center*

State University of New York (SUNY), (Buffalo-EE.UU.)

**Ricardo Colín García**

*Director del CU*

Universidad Autónoma del Estado de México (Texcoco, México)

**Santos Coronas González**

*Catedrático de Historia del Derecho*

Universidad de Oviedo (España)

**Mariano Cubillas Recio**

*Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado*

Universidad de Valladolid (España)

**Maty Diakhaté**

*Maître de Conférences-HDR en Droit Privé. Coordinatrice du Réseau de Recherche en Sciences Sociales SMIG*

Université Paris VIII Vincennes Saint-Dennis (Francia)

**Francisco Fernández Segado**

*Catedrático de Derecho Constitucional*

Universidad Complutense de Madrid (España)

**Federico F. Garau Sobrino**

*Catedrático de Derecho Internacional Privado*  
Universidad de Islas Baleares (España)

**Benjamín González Alonso**

*Catedrático Emérito de Historia del Derecho*  
Universidad de Salamanca (España)

**Luis Greco**

*Catedrático de Derecho Penal*  
Universität Augsburg (Alemania)

**Luis Jimena Quesada**

*Catedrático de Derecho Constitucional*  
Universidad de Valencia (España)

**Gyorgy Kiss**

*Professor in Labour Law and Social Security Law. Dean of the Faculty of Law*  
National University of Public Service Hungary (Budapest, Hungría)

**Diego Manuel Luzón Peña**

*Catedrático de Derecho Penal*  
Universidad de Alcalá (Madrid, España)

**Dionisio Llamazares Fernández**

*Catedrático Emérito de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad Complutense de Madrid (España)

**Pilar Maestre Casas**

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado*  
Universidad de Salamanca (España)

**Manuel Jesús Marín López**

*Catedrático de Derecho Civil*  
Universidad de Castilla-La Mancha (España)

**Philippe Martin**

*Directeur de Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (COMPTRASEC)*  
Université Bordeaux (Francia)

**Inés Olaizola Nogales**

*Catedrática de Derecho Penal*  
Universidad Pública de Navarra (España)

**Joan Oliver Araujo**

*Catedrático de Derecho Constitucional*  
Universidad de Islas Baleares (España)

**José Manuel Otero Lastres**

*Catedrático de Derecho Mercantil*  
Universidad de Alcalá (España)

**José Manuel Paredes Castañón**

*Catedrático de Derecho Penal*  
Universidad de Oviedo (España)

**Benjamín Rivaya García**

*Catedrático Acreditado de Filosofía del Derecho*  
Universidad de Oviedo (España)

**Andrés Rodríguez Benot**

*Catedrático de Derecho Internacional Privado*  
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España)

**Antonio Vicente Sempere Navarro**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Magistrado del Tribunal Supremo*  
Universidad Rey Juan Carlos (España)

**Juan Oberto Sotomayor Acosta**

*Catedrático de Derecho Penal*  
Universidad EAFIT (Medellín, Colombia)

**Gustavo Suárez Pertierra**

*Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad Nacional a Distancia (España)

**Marina Vargas Gómez Urrutia**

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado*  
Universidad Nacional a Distancia, UNED (España)

**Luis Antonio Velasco San Pedro**

*Catedrático de Derecho Mercantil*  
Universidad de Valladolid (España)

**Leandro Vergara**

*Catedrático de Derecho Civil*  
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

**Javier de Vicente Remesal**

*Catedrático de Derecho Penal*  
Universidad de Vigo (España)

## **EVALUADORES DE LA REVISTA**

**Henar Álvarez Cuesta**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de León

**María Jesús Ariza Colmenarejo**

*Profesora Titular de Derecho Procesal*  
Universidad Autónoma de Madrid

**David Carrizo Aguado**

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado*  
Universidad de León

**David Casas Agudo**

*Profesor Titular de Derecho Financiero*  
Universidad de Granada

**Oscar Celador Angón**

*Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado. Miembro del Consejo del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"*  
Universidad Carlos III de Madrid

**Óscar Contreras Hernández**

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Castilla-La Mancha

**Luis Mariano Cubillas Recio**

*Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad de Valladolid

**Juan Damián Moreno**

*Catedrático de Derecho Procesal*  
Universidad Autónoma de Madrid

**Javier Fernández-Costales Muñiz**

*Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de León

**Paz Francés Lecumberri**

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal*  
Universidad Pública de Navarra

**Mercedes Fuster Gómez**

*Profesora Titular de Derecho Financiero*  
Universidad de Valencia

**Marta García Mosquera**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal*  
Universidad de Vigo

**Yolanda García Ruíz**

*Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad de Valencia

**Marta González Aparicio**

*Profesora de Derecho Financiero y Tributario*  
Universidad de León

**Francisco Javier Hierro Hierro**

*Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Extremadura

**Luis Jimena Quesada**

*Catedrático de Derecho Constitucional*  
Universidad de Valencia (España)

**Leticia Jericó Ojer**

*Profesora de Derecho Penal*  
Universidad Pública de Navarra

**David Lantarón Barquín**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Cantabria

**Ana Leturia Navaroa**

*Profesora Agregada de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad del País Vasco

**Philippe Martin**

*Directeur de Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (COMPTRASEC)*  
Université Bordeaux

**María Victoria Mayor del Hoyo**

*Profesora Titular de Derecho Civil*

Universidad de Zaragoza

**Igor Mintegui Arregui**

*Profesor Agregado de Derecho Eclesiástico del Estado*

Universidad del País Vasco

**Mercedes Murillo Muñoz**

*Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado*

Universidad Rey Juan Carlos

**Pablo Nuevo López**

*Profesor de Derecho Constitucional*

Universidad Abat Oliba CEU

**Joan Oliver Araujo**

*Catedrático de Derecho Constitucional*

Universidad de Islas Baleares (España)

**Marta Ordás Alonso**

*Profesora Titular de Derecho Civil*

Universidad de León

**Albert Pastor Martínez**

*Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad Autónoma de Barcelona

**Salvador Pérez Álvarez**

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Eclesiástico del Estado*

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

**Salvador Tarodo Soria**

*Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado*

Universidad de León

**Raquel Tejón Sánchez**

*Profesora Ayudante de Derecho Eclesiástico del Estado*

Universidad Carlos III de Madrid

**María Anunciación Trapero Barreales**

*Catedrática Acreditada de Derecho Penal*

Universidad de León

**Juan Bautista Vivero Serrano**

*Letrado del Tribunal Supremo*

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Salamanca

**João Zenha Martins**

*Profesor Asociado de Ciências Jurídico-Sociais da Faculdade de Direito*

Universidad Nova de Lisboa (Portugal)



# REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho

Universidad de León

ISSN 1137-2702

Núm. 7

2020

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

	<u>Página</u>
<b>A) Artículos doctrinales</b>	1-104
<b>Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano</b> La destrucción de la obra codificadora Conferencia pronunciada por el padrino de la promoción anual de la Facultad de Derecho el día de la festividad de San Raimundo de Peñafort	3-22
<b>Katia Fiorenza</b> Discriminazioni e rapporti di lavoro: l'inversione dell'onere della prova/Discriminación y relaciones laborales: la inversión de la carga de la prueba	23-31
<b>Carlos Carbajo Nogal y María Teresa Mata Sierra</b> La adaptación del ámbito tributario estatal a la crisis del Covid-19 desde una perspectiva crítica	33-62
<b>Daniel Roberto Hertel</b> Técnica procesal para el cumplimiento provisional de decisiones judiciales en el Derecho Procesal Civil Brasileño	63-76
<b>Alcides Francisco Antúnez Sánchez</b> Evolución histórica de la auditoría ambiental en el siglo XXI. El caso cubano	77-104
<b>B) Comentarios de jurisprudencia y legislativos</b>	105-168
<b>Juan José Fernández Domínguez y Patricia Prieto Padín</b> La reducción de jornada anual en un sector de nueva creación. Ni aplicación del convenio, ni condición más beneficiosa: falta de acción. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, 128/2019, de 31 de octubre	107-113

	<b>Página</b>
<b>Juan José Fernández Domínguez, Juan José García Vieitiz y Guillermo Domínguez Fernández</b>	115-168
La prestación farmacéutica a través de algunas cuestiones relacionadas con la apertura de oficinas de farmacia (A propósito de la STSJ, Contencioso-Administrativo, Madrid 31 enero 2020)	
<b>C) Recensiones de libros y bibliografía</b>	169-181
<b>Roberto Fernández Fernández</b>	
<i>Redes sociales y Derecho del Trabajo. El lento tránsito desde la indiferencia legislativa a la necesaria regulación legal o convencional</i>	171-174
Cristina González Vidales	
<b>Javier Fernández-Costales Muñiz</b>	175-177
<i>La coordinación preventiva de actividades empresariales</i>	
Óscar Contreras Hernández	
<b>Óscar Contreras Hernández</b>	179-181
<i>Desplazamiento de trabajadores en la UE: estado actual y nuevos horizontes</i>	
Miguel Basterra Hernández	
<b>D) Noticias de interés jurídico-académico</b>	183-218
Actas del VI Seminario sobre Relaciones Jurídicas Internacionales: nuevos retos para la acogida e integración de las familias migrantes	185-218
Normas de publicación	219-222

---

**INDEX OF CONTENTS**

	<b><u>Página</u></b>
<b>A) Doctrinal articles</b>	1-104
<b>Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano</b> The destruction of the coding work Conference given by the sponsor of the annual promotion of the Faculty of Law on the day of the feast of St. Raimundo de Peñafort	3-22
<b>Katia Fiorenza</b> Discrimination and working relationships: the reversal of the burden of proof	23-31
<b>Carlos Carbajo Nogal y María Teresa Mata Sierra</b> The adaptation of state tax regulations to the crisis of Covid-19 from a critical perspective	33-62
<b>Daniel Roberto Hertel</b> Procedural technique for provisional enforcement of the judicial decisions in Brazilian civil procedural law	63-76
<b>Alcides Francisco Antúnez Sánchez</b> Historic evolution of the environmental auditing in the century XXI. The case cuban	77-104
<b>B) Jurisprudence and legislative comments</b>	105-168
<b>Juan José Fernández Domínguez y Patricia Prieto Padín</b> The reduction of annual working hours in a newly created sector. Neither application of the agreement, nor more beneficial condition: lack of action. Commentary on the Judgment of the National Court, Social Chamber, 128/2019, of October 31	107-113
<b>Juan José Fernández Domínguez, Juan José García Vieitiz y Guillermo Domínguez Fernández</b> Pharmaceutical provision through some issues related to the opening of pharmacy offices (Regarding the STSJ, Contentious- Administrative, Madrid 31 January 2020)	115-168

	<b><u>Página</u></b>
<b>C) Book records and bibliography</b>	169-181
<b>Roberto Fernández Fernández</b> <i>Social networks and Labor Law. The slow transition from legislative indifference to the necessary legal or conventional regulation</i> Cristina González Vidales	171-174
<b>Javier Fernández-Costales Muñiz</b> <i>Preventive coordination of business activities</i> Óscar Contreras Hernández	175-177
<b>Óscar Contreras Hernández</b> <i>Posting of workers in the EU: current state and new horizons</i> Miguel Basterra Hernández	179-181
<b>D) News of legal and academic interest</b>	183-218
Proceedings of the VI Seminar on International Legal Relations: New challenges for the reception and integration of migrant families	185-218
Guide to getting published	219-222

## A) ARTÍCULOS DOCTRINALES



## LA DESTRUCCIÓN DE LA OBRA CODIFICADORA

### The Destruction of the Coding Work

**Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano**

Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid, España  
Abogado

Recibido: 14/04/2020 – Aceptado: 14/04/2020

#### Resumen

La competencia legislativa que la Constitución permite a las Comunidades Autónomas con propio derecho civil para desarrollarlo requiere que el desarrollo esté justificado por los principios peculiares de aquél y por tener una conexión con su contenido normativo previo. Lo que determina que ese desarrollo legislativo no puede ser ilimitado. Tal es la doctrina del Tribunal Constitucional al interpretar el artículo 149.1.8 de la Constitución. El propio Tribunal ha venido aplicando dicha doctrina con poco rigor. Pero su Sentencia 132/2019 prescinde de esa doctrina, a pesar de que aparenta respetarla, al admitir la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña para regular todo tipo de contratos, sin que la competencia exclusiva del Estado para regular las bases de las obligaciones contractuales pueda impedirlo. Con lo que se permite que las Comunidades Autónomas con propio derecho civil lo desarrollen ilimitadamente, prescindiendo del valor y del significado de nuestro Código Civil.

#### ■ Palabras clave:

Competencia exclusiva del Estado; Legislación civil; Desarrollo de los derechos civiles forales o especiales; Bases de las obligaciones contractuales; Regulación de los tipos de contrato

#### ■ Keywords:

Exclusive State competence; Civil legislation; Development of foral or special laws; Bases of contractual obligations; Regulation of contract types

#### Abstract

The legislative competence that the Constitution allows the Autonomous Communities with their own civil law to develop it requires that development be justified by its peculiar principles and by having a connection with its previous normative content. What determines that this legislative development cannot be unlimited. Such is the doctrine of the Constitutional Court when interpreting article 149.1.8 of the Constitution. The Court itself has

been applying this doctrine with little rigor. But his Sentence 132/2019 disregards this doctrine, despite appearing to respect it, by admitting the legislative competence of the

Autonomous Community of Catalonia to regulate all kinds of contracts, without the exclusive legislative competence of the state to regulate the bases of contractual obligations may prevent it. Thus the Autonomous Communities with their own civil law are allowed to develop it unlimitedly, regardless of the value and meaning of our Civil Code.

De acuerdo con el artículo 149.1.8 de la Constitución, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la “Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”.

Se atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación civil. Esta es la regla general: competencia legislativa exclusiva de primer grado a favor del Estado. Se excluye de dicha regla general la legislación sobre los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, cuya competencia exclusiva puede corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos. Esta es la excepción, a la que, como era de esperar, se han acogido todas las Comunidades Autónomas con propio derecho civil, foral o especial.

“Allí donde existan” tales derechos civiles forales o especiales. De donde deriva una limitación histórica y una limitación territorial. Solo pueden disfrutar de dicha competencia de carácter excepcional sobre la legislación civil las Comunidades Autónomas que ya tengan un derecho civil propio, foral o especial, en el momento de entrada en vigor de la Constitución, es decir, aquellas que contaban en ese momento con una compilación de derecho civil, foral o especial<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> O con una costumbre civil vigente en ese momento, vino a decir sorprendentemente la STC 121/1992, para salvar así la constitucionalidad de la Ley de la Comunidad Valenciana 6/1986, sobre arrendamientos históricos valencianos.

Dicha Sentencia propició que el legislador valenciano reforzase su competencia en la materia de Derecho civil al reformar el Estatuto de Autonomía. En efecto, su artículo 41.9.2ª, derivado de la reforma introducido en el mismo por la Ley Orgánica 1/2006, sigue atribuyendo “la conservación, desarrollo y modificación del Derecho Civil foral valenciano” a la Generalidad. Pero obsérvese que, frente al texto anterior del artículo 31.2, ahora se habla de *Derecho Civil foral*. Y que además se introduce una nueva disposición transitoria tercera, según la cual “la competencia exclusiva sobre el derecho civil foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución española” (el énfasis es mío).

Se consideraba pues que, en contra de su tenor literal, el artículo 149.1.8 CE podía aplicarse también a derechos civiles forales o especiales históricos, que hubiesen dejado de *existir* antes de la aprobación y entrada en vigor de la Constitución. A partir de lo cual la Generalidad Valenciana aprobó la Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano, la Ley 5/2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, y la Ley 5/2012, de uniones de hecho formalizadas. Leyes que posteriormente fueron declaradas nulas por las SSTC 82/116, 192/2016 y 110/2016 respectivamente (La Ley 5/2011 en su parte sustantiva o de derecho civil), precisamente por no existir costumbres sobre dichas materias que estuviesen vigentes en el momento de entrada en

Asumida esa competencia exclusiva, las Comunidades Autónomas pueden utilizarla tanto para conservar, como para modificar, como para desarrollar el derecho civil, foral o especial, ya vigente en su territorio.

Sin embargo, esa competencia exclusiva de carácter excepcional sobre su propio derecho civil, foral o especial, no puede extenderse en ningún caso a las materias comprendidas en la segunda frase del artículo 149.1.8, según la cual pertenecen “En todo caso” a la competencia legislativa exclusiva del Estado “las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho”.

Se introduce así en nuestra Constitución una garantía de la foralidad civil –se ha dicho– a través de la autonomía política de las Comunidades. Frente al modelo autonómico en materia de derecho civil, adoptado por la Constitución de 1931, que permitía que todas las Regiones Autónomas pudiesen tener competencia para legislar sobre derecho civil, nuestra Constitución actual opta por un modelo foralista: solo tienen tal competencia las Comunidades Autónomas con propio derecho civil foral o especial.

Sin embargo, se copia la segunda frase transcrita del artículo 149.1.8 de la Constitución de 1931: “la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales, y la regulación de los Estatutos, personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España” (art. 15.1). Estas eran en la Constitución republicana las únicas materias propias de la legislación civil sobre las que las Regiones Autónomas no podían tener competencia legislativa, las únicas sobre las que el Estado conservaba la competencia legislativa exclusiva. Lo que en dicha Constitución de 1931 era el único límite a la competencia de las Regiones Autónomas pasa a ser en la Constitución de 1978 un segundo límite competencial, que viene a reforzar el primer límite derivado de la regla general que se recoge en la primera frase del artículo 149.1.8. Se trata pues de una *garantía de cierre absoluto* a favor de la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil, y no una norma competencial de primer grado<sup>2</sup>.

Esta opción foralista supone un tratamiento desigual de las Comunidades Autónomas, aunque no discriminatorio, es decir, no carente de justificación. Supone reconocer la

---

vigor de la Constitución, que pudiesen servir de base (*conexión*) para semejantes desarrollos del legislador valenciano.

Tales han sido las consecuencias de la STC 121/1992, sin que ni en ella ni en las posteriores Sentencias mencionadas el Tribunal Constitucional se haya decidido a declarar la evidente inconstitucionalidad del art. 31.2 primero, así como del art. 41.9.2 y de la disposición transitoria 3ª del Estatuto de Autonomía después, al atribuir a la Generalidad valenciana competencias legislativas sobre un derecho civil foral o especial *inexistente*.

<sup>2</sup> R. Bercovitz Rodríguez-Cano. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 149.1.8 de la Constitución*, en *Derechos Civiles de España*. Aranzadi, 2000, pp.108-109.

historicidad de los derechos civiles, forales o especiales, siempre que sigan vigentes a través de sus respectivas compilaciones (ya se ha indicado). A lo que se añade una apuesta por su futuro, puesto que se admite que puedan crecer en la medida en que así lo requiera su actualización, sin dejar de seguir siendo derecho civiles o forales o especiales, calificativo esencial asumido expresamente por nuestra Constitución.

Este planteamiento de nuestra Constitución resulta especialmente importante a la hora de determinar el alcance de la competencia legislativa que las Comunidades Autónomas con propio derecho civil, foral o especial, pueden tener para su desarrollo.

Ese desarrollo potencial a cargo de los legisladores autonómicos de sus respectivos derechos civiles, forales o especiales, tiene que ser necesariamente desigual también, puesto que solo puede producirse ampliando su regulación vigente el 29 de diciembre de 1978, la contenida en las respectivas compilaciones, que ciertamente son muy diversas cuantitativa y cualitativamente, a materias o instituciones conexas con ella, y cuya ordenación responda a los peculiares principios generales inspiradores de cada uno de aquéllos. Tal es la doctrina constitucional al respecto, que tiene su origen en las SSTC 88/1993 y 156/1993<sup>3</sup>:

“Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización e innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial garantizar”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> La primera se refiere a la Ley 3/1988 de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre equiparación de los hijos adoptivos con los hijos por naturaleza, al tiempo que reivindica en abstracto la competencia legislativa de la Comunidad para legislar sobre adopción, y admite la competencia legislativa de la Comunidad al respecto. La segunda se refiere al Texto Refundido de la Compilación de derecho civil de las Islas Baleares, aprobado por el Decreto 79/1990 del Gobierno Balear, y admite la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para la modificación introducida en el artículo 52 de aquella (que elimina la exigencia, salvo supuestos excepcionales de la concurrencia de testigos en los testamentos notariales, habida cuenta de la improcedencia de semejante requisito en la realidad social actual), mientras que rechaza dicha competencia con respecto a la modificación introducida en el artículo 2, párrafo 1º (en el que se introduce una presunción favorable a la vecindad civil balear para quienes residan en el territorio de la Comunidad Autónoma).

Sobre dichas SSTC, vid. R. Bercovitz Rodríguez-Cano. *La conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales*, en *Derecho Privado y Constitución*. Núm. 1. 1993. pp. 15-82.

<sup>4</sup> FJ 3, párrafos 2º y 3º, de la STC 88/1993. Lo que se reproduce también en el FJ 1 de la STC 156/1993.

En lo que ha venido a insistir de forma contundente el Tribunal Constitucional en la Sentencia 31/2010, sobre el Estatuto de Cataluña de 2006- “no significa [...] una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas”. Y eso, a pesar de que el artículo 129 del Estatuto atribuye literalmente a la Comunidad Autónoma “la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado”. Texto manifiestamente discordante con el artículo 149.1.8 CE, que en un alarde interpretativo el alto Tribunal salva de la anticonstitucionalidad “, pues es evidente –se argumenta en la Sentencia– que las competencias atribuidas por la Constitución al Estado no precisan de confirmación alguna en los Estatutos de Autonomía”<sup>5</sup>. Cabe observar, sin embargo, que una cosa es que los Estatutos de Autonomía no tengan que repetir lo que ya dice la Constitución, y otra bien distinta es que los Estatutos de Autonomía puedan disponer lo contrario de lo que dice la Constitución.

Puesto que la competencia legislativa de algunas Comunidades Autónomas para desarrollar su propio derecho civil foral o especial constituye la excepción frente a la regla general de competencia legislativa del Estado sobre toda la legislación civil, y puesto que tal excepción está condicionada por los dos mencionados requisitos, relacionados con la existencia de esa conexión y de esos propios principios, sería conveniente que los legisladores autonómicos explicaran en las Exposiciones de Motivos o Preámbulos correspondientes a tales desarrollos legislativos la conexión concreta y los principios peculiares concretos que justificarían en cada caso la competencia legislativa ejercida. Ello debería haberse reivindicado por nuestro Tribunal Constitucional, pero el caso es que no lo ha hecho. Tampoco ha aplicado con rigor en todas las sentencias que se han ocupado del tema la exigencia de tales requisitos, sin perjuicio de reiterarlos formalmente, junto con la repetición, a modo de *mantra* garante de la continuidad de su doctrina y del acierto de sus fallos, que la competencia de las Comunidades Autónomas para el desarrollo de sus respectivos derechos civiles forales o especiales no es ilimitada, esto es, no puede extenderse a toda la materia civil.

Lo que ha dado lugar a una jurisprudencia errática en su aplicación, con manifiesta permisividad a la hora de reconocer competencia legislativa a la Comunidad Autónoma de Cataluña, de la que constituye colofón, por el momento, la STC 132/2019, a la que me referiré con detalle más adelante.

Sirvan de muestra de esa jurisprudencia errática las SSTC 95/2017 y 133/2017, dictadas con muy poco intervalo de tiempo, la primera decidida a reconocer, de forma permisiva, la competencia legislativa cuestionada de la Comunidad Autónoma de Cataluña, la segunda decidida a negar, de forma rigurosa, la competencia legislativa cuestionada a la Comunidad Autónoma de Galicia.

La Sentencia 95/2017 se ocupa de la regulación de la propiedad temporal introducida en los artículos 547-1 a 547-10 del Código civil catalán por la Ley 19/2015 de la Generalidad de Cataluña; propiedad que “confiere a su titular el dominio de un bien

---

<sup>5</sup> Vid. en el Fundamento jurídico 76.

durante un plazo cierto y determinado, vencido el cual el dominio hace tránsito al titular sucesivo”.

La Sentencia reconoce competencia legislativa a la Generalidad para introducir semejante regulación en el Código civil de Cataluña sobre la base de apreciar su conexión con instituciones, recogidas en la Compilación del derecho civil especial de Cataluña, que dan lugar a un fraccionamiento temporal del derecho de propiedad, como es el caso de la enfiteusis y de la sustitución fideicomisaria (arts. 296 a 319 y 162 a 215 de la Compilación).

Obsérvese que esa conexión conceptual, que cabe apreciar desde un punto de vista dogmático, no va acompañada de una conexión funcional, referida a las realidades sociales que se pretende regular, en la que la conexión de la propiedad temporal con la enfiteusis y con la sustitución fideicomisaria brilla por su ausencia. La enfiteusis puede contemplarse, al igual que la propiedad temporal, como un cauce para facilitar el acceso a la propiedad. Ello es evidente con respecto a la vivienda en la regulación de la propiedad temporal (y así se dice en el Preámbulo de la propia Ley 19/2015), pero no lo es tanto en el caso de la enfiteusis, cuya función se relaciona con las explotaciones agrícolas. Todavía es más distante la función social de la propiedad temporal con la de la sustitución fideicomisaria, que no es sino un cauce al servicio de la autonomía privada *mortis causa*.

El ordenamiento jurídico comprende un conjunto de materias o instituciones que constituyen un sistema, en el que todas terminan teniendo alguna relación o conexión conceptual. De ahí que el desarrollo de los derechos civiles forales o especiales que el artículo 149.1.8 solo pueda justificarse si el mismo tiene una conexión directa o inmediata y sustancial (incidencia sobre los mismos problemas sociales) con las materias previamente reguladas en las respectivas Compilaciones, so pena de permitir esa competencia ilimitada para legislar sobre derecho civil a las Comunidades Autónomas con propio Derecho civil, foral o especial, que la doctrina constitucional rechaza una y otra vez en principio.

Por otra parte, la Sentencia prescinde totalmente de esos “principios informadores *peculiares*”<sup>6</sup> del derecho civil catalán, distintos de los del Derecho civil común, que complementaría esa conexión exigible para justificar la competencia legislativa de la Generalidad catalana. Ni siquiera se intenta poner de relieve cuales serían. Desde luego no cabe apreciar diferencias entre los principios informadores de la enfiteusis y de la sustitución fideicomisaria en el Derecho civil foral o especial catalán y los del Derecho civil común.

Conviene insistir en que el desarrollo del propio derecho civil foral o especial solo tiene sentido cuando responde a principios que sean diferentes de los que informan el Derecho civil común. Solo en tal caso se justifica el trato desigual de las Comunidades *forales* con las demás Comunidades Autónomas, especialmente con aquéllas que carecen de propio derecho civil foral o especial.

---

<sup>6</sup> El énfasis es mío: *peculiar* quiere decir *propio, privativo, distintivo, particular*. Es antónimo de *común*.

Cabe observar que en esta STC 95/2017 se apuntan argumentos, que posteriormente se consolidarán en la STC 132/2019, tendentes a facilitar un amplio desarrollo de los derechos civiles forales o especiales, y concretamente del Derecho civil foral o especial de Cataluña. En efecto, la Sentencia puntualiza que esa conexión exigida, entre la Ley catalana cuestionada y el Derecho civil foral o especial de Cataluña preexistente al aprobarse la Constitución (la Compilación), para tener aquélla por desarrollo del mismo “puede extraerse del conjunto de ese ordenamiento, incluidos los principios que lo informan”, para lo que “Este Tribunal [...] interpretará los contenidos de dicha Ley [la Compilación] a la luz de la tradición jurídica catalana reflejada en el proyecto de compilación de 1955 [...] en la precedente Ley de 31 de diciembre de 1945, sobre inscripción, división y redención de censos en Cataluña, en el anteproyecto de apéndice de Derecho catalán al Código civil de 1930 y en la memoria y articulado de las instituciones de Derecho civil de Cataluña que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto de 3 de febrero de 1880, se elaboró en 1882”<sup>7</sup>.

No hay nada que objetar a semejante criterio interpretativo, que no es otro que el de la interpretación histórica, reconocida en el artículo 3.1 de nuestro Código Civil<sup>8</sup>. Pero ello no debería servir de subterfugio para *resucitar* derecho histórico, puesto que la Constitución ha optado por negar toda competencia legislativa en materia civil a las Comunidades Autónomas sin derecho civil foral o especial vigente, aunque hubiesen tenido propio derecho civil en el pasado. Ya hemos visto que la Comunidad valenciana es un buen ejemplo al respecto.

La Sentencia 133/2017 declara la inconstitucionalidad y nulidad del Título II (arts. 27 a 41), relativo a la adopción, y del Título III (arts. 42 a 45), relativo a la autotutela, de la Ley de Derecho Civil de Galicia, por considerar que la Comunidad Autónoma de Galicia carece de la correspondiente competencia legislativa, por no existir la conexión necesaria con norma alguna consuetudinaria o de la Compilación, por lo que se refiere a la compañía familiar gallega, o a las casas de acogida, o al prohijamiento en el caso de la adopción, ni por lo que se refiere al sistema sucesorio, o a algunas de las disposiciones testamentarias a favor de las personas que cuidaron del testador, o a la situación del ausente no declarada judicialmente en el caso de la autotutela. Se aplica correctamente la doctrina del Tribunal. En efecto, no existe la conexión pretendida, ni el desarrollo legislativo en cuestión está justificado por los principios informadores peculiares del derecho civil foral o especial de Galicia. Argumento este último al que se hacen reiteradas referencias en la Sentencia<sup>9</sup>, sin que luego se utilice para poner en evidencia que no existen tales principios peculiares del derecho civil foral o especial de Galicia, es decir, distintos de los del Derecho civil común, de los del Código Civil, que pudieran justificar una propia regulación de la adopción o de la autotutela.- Tan es así que se rechaza, como debe ser, el argumento subsidiario utilizado por la Xunta y el Parlamento de Galicia en sus alegaciones consistente en

---

<sup>7</sup> Fundamento jurídico 5.

<sup>8</sup> No se olvide que, de acuerdo con el propio artículo 149.1.8 CE, “las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas” son “en todo caso” –ya lo hemos visto– legislación civil competencia exclusiva del Estado.

<sup>9</sup> Tanto en el FJ 4, párrafo 4, *in fine*, como en el FJ 6, penúltimo párrafo).

ser la regulación de la adopción en cuestión una reproducción de la normativa estatal en la materia<sup>10</sup>.

Ciertamente la inexistencia de los requisitos exigibles para justificar los desarrollos legislativos en esta Sentencia, especialmente la inexistencia de la conexión con regulaciones previamente vigentes, es mucho más clara en el caso de esta segunda Sentencia que en el anterior. No cabe la menor duda que la entidad de la Compilación de derecho civil especial de Cataluña es muy superior a la de la Compilación del derecho civil especial de Galicia. Pero esa diferencia no convierte en correcto el fallo de la primera Sentencia, que prescinde totalmente del requisito de los principios peculiares que justifiquen el desarrollo legislativo, del que prescinde totalmente, así como del relativo a la conexión, que desactiva al privarle de un contenido propio, al convertirlo en una mera referencia formal e indeterminada.

La STC 132/2019, de 13 de noviembre<sup>11</sup> marca un antes y un después en la interpretación y aplicación del art. 149.1.8 CE.

La Sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra los arts. 3, 4 y 9 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, que afectan al libro sexto del Código civil de Cataluña.

De acuerdo con el art. 1 de dicha Ley, su objeto es establecer la estructura del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, aprobar la regulación de los contratos de compraventa, de permuta, de mandato y la gestión de asuntos ajenos sin mandato, sustituir y derogar la Compilación del Derecho civil de Cataluña y de numerosas leyes especiales<sup>12</sup>. De acuerdo con el art.2, el libro sexto se estructura en tres títulos, relativos a las disposiciones generales, a los tipos contractuales, y a las fuentes no contractuales de las obligaciones.

El art. 3 aprueba las secciones 1ª a 3ª del capítulo I del título II, dedicado a los contratos con finalidad transmisora, la compraventa (arts. 621-1 a 621-55), la permuta (arts. 621-56 y 621-57) y la cesión de finca o de aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura (arts. 621-58 a 621-66).

---

<sup>10</sup> FJ 6, último párrafo.

<sup>11</sup> BOE de 19 de diciembre.

<sup>12</sup> La Ley 10/1987, de reforma del art. 6 CDCC, la Ley 12/1988, de modificación de la Ley 11/1985, de protección de menores, la Ley 8/1990, de modificación de la regulación de la legítima, la Ley 7/1991, de filiaciones, la Ley 39/1991, de tutela e instituciones tutelares, la Ley 8/1993, de modificación de la compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, la Ley 10/1996, de alimentos entre parientes, la Ley 11/1996, de modificación de la Ley 39/1991, de tutela e instituciones tutelares, la Ley 12/1996, de la potestad del padre y de la madre, la Ley 6/2000, de pensiones periódicas, la Ley 22/2000, de acogida de personas mayores, la Ley 23/2001, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, la Ley 2/2005, de contratos de integración, la Ley 3/2005, de modificación de la Ley 9/1998, del Código de familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de sucesiones por causa de muerte, en materia de adopción y tutela, y la Ley 1/2008, de contratos de cultivo.

El art. 4 aprueba las secciones 2ª y 3ª del capítulo II, dedicado a los contratos sobre actividad ajena, el mandato (arts. 622-21 a 622-39) y la gestión de asuntos ajenos sin mandato (arts. 622-40 a 622-42).

El art. 9 aprueba las disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales del libro sexto, entre las que las disposiciones transitorias 1ª y 2ª se ocupan de los contratos de compraventa y permuta, y de los contratos de cesión de finca o de aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura.

El recurso cuestiona la competencia legislativa de la Comunidad de Cataluña con respecto a las secciones 1ª y 2ª del capítulo I, reguladoras de la compraventa y la permuta, a las secciones 2ª y 3ª del capítulo II, reguladoras del mandato y la gestión de asuntos ajenos sin mandato, y a la disposición transitoria 1ª, referida a la entrada en vigor de la regulación de la compraventa y de la permuta, por entender que exceden de la competencia legislativa que permiten el art. 149.1.8 de la Constitución y el art. 129 del Estatuto de Autonomía.

El fallo estima parcialmente el recurso, declarando inconstitucional y nulo el art. 621-54.3<sup>13</sup> del Código civil de Cataluña, y lo desestima en todo lo demás, es decir, que, salvo con respecto a dicho precepto concreto, acepta la competencia legislativa cuestionada de la Comunidad Autónoma para regular los contratos en general.

La Sentencia cuenta con cuatro votos particulares firmados por cinco magistrados, que consideran que el recurso de inconstitucionalidad debería haber prosperado en su totalidad o en una parte sustancial.

Las alegaciones del abogado del Estado para fundamentar el recurso parten de la doctrina constitucional sobre la interpretación y aplicación del art. 149.1.8 CE, que ya he expuesto, según la cual, las Comunidades Autónomas con propio Derecho civil foral o especial solo pueden legislar en materia civil respecto a figuras conexas con las ya reguladas previamente por el mismo en el momento de aprobación y entrada en vigor de la Constitución, y siempre que ello responda a sus propios principios peculiares, límites que condicionan lógicamente la interpretación y aplicación del art. 129 del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

---

<sup>13</sup> Resulta incorrecto cuestionar el pacto de condición resolutoria regulado por el art. 621.54 por contravenir la competencia legislativa del Estado sobre la ordenación de los registros e instrumentos públicos, como alega la Abogacía del Estado, basándose en que dicho precepto regula el documento notarial y el procedimiento notarial de resolución de la compraventa. Y es que, en efecto, como alegan el Parlamento y la Generalidad de Cataluña, esa competencia exclusiva se refiere a la organización y funcionamiento de la fe pública en abstracto, pero no comprende la posibilidad de formalizar actos o negocios jurídicos mediante instrumentos públicos. No obstante –explica la Sentencia–, el procedimiento notarial que se regula en el art. 621.54.3 para resolver el conflicto derivado del impago del precio aplazado sí que excede de las competencias legislativas de la Generalidad, puesto que, tratándose de un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos, queda incluido en la legislación procesal, reservada a la competencia exclusiva del Estado por el art. 149.1.6 CE.

Aplicados estos límites al art. 3 de la Ley 3/2017, que introduce en el Código civil de Cataluña una regulación completa de la compraventa y la permuta, resulta que las normas que la Compilación del Derecho civil de Cataluña dedicaba a algunas especialidades relacionadas con la compraventa (rescisión por lesión, ventas a carta de gracia y *tornería*) carecen en verdad de entidad suficiente para poder servir de conexión a semejante desarrollo legislativo. Lo que con mayor razón puede decirse para el art. 4 de la Ley, que introduce en el Código civil de Cataluña una regulación completa del mandato y de la gestión de asuntos ajenos sin mandato, puesto que no existe traza alguna de los mismos en la Compilación, y nada tienen que ver con el *violario* (la constitución del derecho a percibir periódicamente una pensión en dinero durante la vida de una o dos personas a cambio de un capital o precio), el *censal* (la obligación de pagar indefinidamente una pensión anual a una persona y sus sucesores a cambio de un capital) y la *marmessoria* (albaceazgo).

Las alegaciones del abogado del Estado se refieren especialmente a los arts. 621.54 y 621.2 del Código civil de Cataluña, reguladores del pacto de condición resolutoria, junto con el procedimiento notarial de resolución de la compraventa por el impago del precio aplazado, y de la compraventa de consumo respectivamente, por ser también contrarios a la reserva legislativa a favor del Estado con respecto a la ordenación de los registros y de los instrumentos públicos, el primero, y con respecto a la legislación mercantil (art. 149.1.6 CE) y a la STC 71/1982, según la cual, es competencia del Estado la legislación sobre condiciones generales de la contratación y sobre las distintas modalidades contractuales, el segundo. Además, se añade –en dichas alegaciones de la abogacía del Estado– que la unidad de mercado puede quedar cuestionada por la regulación de los contratos de intercambio.

La impugnación del art. 9 de la Ley es consecuencia de la del art 3, ya que aprueba la disposición transitoria 1ª, que se refiere a la entrada en vigor de la regulación de la compraventa y de la permuta aprobada por aquél.

En sus alegaciones oponiéndose al recurso el Parlamento de Cataluña comienza recordando que el Derecho catalán anterior a las Compilación constituía un ordenamiento civil completo y autosuficiente, en el que jugaba un papel relevante la tradición jurídica; tradición cuya importancia habría sido reafirmada por el Código civil catalán y por el Estatuto de Autonomía. Argumenta que el requisito de la conexión ha venido siendo aplicado de forma flexible por el Tribunal Constitucional. Lo que debe ser tenido en cuenta en la medida en que “el Derecho civil especial de Cataluña constituye un subsistema jurídico autosuficiente y susceptible de desarrollo”. Añade que, para que el desarrollo del Derecho civil foral o especial, permitido por el art. 149.1.8 CE, tenga sentido, la conexión no debe limitarse a la Compilación, sino que debe establecerse en relación con el Derecho civil foral o especial vigente en cada momento, “a no ser –se argumenta– que la voluntad del Estado sea la de confinarlo a una posición residual y excepcional”.

Por lo que se refiere al art. 3 de la Ley, el Parlamento de Cataluña considera que existe una conexión suficiente entre la regulación de la compraventa y la permuta que el mismo introduce en el Código civil catalán y la regulación en la Compilación de las formas y gastos de entrega de los bienes vendidos o permutados, de las ventas a carta

de gracia, del *censal*, *violario* y *vitalicio* (constitución de un censo sin dominio a cambio de la transmisión de una finca que queda gravada por dicho censo), y de otras figuras, así como de algunos contratos concretos regulados en leyes anteriores del propio Parlamento catalán. Además de esa conexión suficiente, se subraya la adecuación de la nueva regulación de los mencionados contratos “a las bases de las obligaciones contractuales fijadas por el Estado, así como con el Derecho europeo de contratos”. En el caso del mandato y de la gestión de asuntos ajenos se invoca la conexión con la tradición jurídica catalana, con algunas figuras de la Compilación relacionadas con el poder y con la representación voluntaria, y finalmente con figuras reguladas en el propio Código civil catalán.

Por lo que se refiere al pacto de condición resolutoria (nuevo art. 621.54 del Código civil catalán), se entiende que existe suficiente conexión con la venta a carta de gracia de la Compilación, y se añade que la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre la ordenación de los registros y de los instrumentos públicos debe circunscribirse a la organización y funcionamiento de la fe pública, sin incluir el derecho sustantivo que tiene acceso a dicha fe pública.

En cuanto a las compraventas de consumo, además de la competencia exclusiva en materia de consumo (art. 123 del Estatuto), se rechaza que su regulación afecte a la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil, argumentando que se trata de compraventas civiles.

Finalmente, se rechaza que las disposiciones impugnadas puedan afectar a la unidad del mercado nacional, “dado que en modo alguno imponen aranceles, aduanas o trabas económicas que impidan o limiten la libre circulación de bienes, servicios o mano de obra”.

En sus alegaciones la Generalidad de Cataluña parte de que la voluntad del constituyente fue la de que las Comunidades Autónomas con propio Derecho civil foral o especial pudieran asumir plenamente las competencias para conservar, modificar y desarrollar no solo la legislación entonces vigente, sino su propio sistema normativo, considerado como un conjunto armónico, sin circunscribirse al Derecho compilado. La Constitución no habría pretendido restringir esa competencia, sino excluir de la misma a los territorios que careciesen de un propio Derecho civil foral o especial. Y es que la Constitución –se argumenta– vino a sancionar “la diversidad legislativa española como la forma normal de estructurarse el Derecho civil español”. La Compilación constituye ciertamente una prueba evidente de la existencia de un Derecho civil propio en Cataluña, pero es inaceptable –se añade– que constituya un límite para la competencia legislativa de la Generalidad, “que se integra con la tradición jurídica catalana”.

A partir de esos planteamientos generales, las alegaciones de la Generalidad vienen a reiterar los mismos argumentos que el Parlamento de Cataluña en relación con la existencia de conexión, en los términos que ya se han expuesto, con la regulación del pacto de condición resolutoria y de la compraventa de consumo, y con el respeto del principio de la unidad de mercado.

Ya hemos visto que la jurisprudencia constitucional ha venido declarando que el art. 149.1.8 no constituye una patente de corso para legislar sobre cualquier parte del Derecho civil, y que al mismo tiempo ha sido muy poco exigente en ocasiones a la hora de apreciar la existencia de los dos requisitos mencionados, tanto el referido a los principios generales peculiares del Derecho civil foral o especial que respalden el desarrollo legislativo cuestionado del mismo, como en lo referido a la conexión de dicho desarrollo con su contenido en el momento de entrada en vigor de la Constitución. Y, como he apuntado, el propio Parlamento de Cataluña utiliza ese antecedente de *flexibilidad* en sus alegaciones.

Esta Sentencia 132/2019 sigue manteniendo formalmente la doctrina anterior, pero permite que los Derechos civiles forales o especiales puedan tener un desarrollo ilimitado por razón de la materia, no solo porque la misma reconoce al legislador catalán competencia para aprobar una regulación completa de los contratos de compraventa, permuta, mandato y gestión de asuntos ajenos sin mandato, sino también por los nuevos argumentos que utiliza para alcanzar dicho fin. Esos argumentos, junto con el alcance de esa regulación de contratos, que se considera constitucional al reconocer la competencia legislativa de la Comunidad catalana al respecto, permiten decir que los Derechos civiles forales o especiales han dejado de ser tales desde el momento que han dejado de ser una excepción frente al Derecho civil del Estado, frente al Derecho civil común.

La Sentencia asume las tesis del Parlamento y de la Generalidad de Cataluña, que en verdad, aún sin decirlo explícitamente, parten de su competencia exclusiva sobre el Derecho civil, con la única excepción de las materias enumeradas en la segunda parte del art. 149.1.8, de acuerdo con lo que establece literalmente el artículo 129 del Estatuto de Autonomía; por mucha interpretación conforme a la Constitución con la que el Tribunal Constitucional salvó su constitucionalidad. De hecho se viene a aceptar, como planteamiento básico y punto de partida para el desarrollo del Derecho civil foral o especial de Cataluña, que “el Derecho catalán precompilado conformaba un ordenamiento civil completo y autosuficiente, en el que juega un importante papel la tradición jurídica catalana”<sup>14</sup>. Así se viene a decir directa y frontalmente:

“[...] la materia concernida es la civil contractual respecto a la que la Constitución atribuye al Estado competencia para dictar las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8 CE), mientras que a la Comunidad Autónoma de Cataluña se corresponde el desarrollo de su Derecho civil en virtud del art. 129 EAC”<sup>15</sup>.

Los argumentos utilizados por la Sentencia a los que me he referido son dos: prescindir del requisito de la conexión, al privarle de contenido, y además desvirtuar la segunda parte del art. 149.1.8 CE, convirtiendo la atribución exclusiva de competencia reforzada al legislador estatal sobre las materias que enumera en una regla de competencia legislativa compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas con propio Derecho civil foral o especial, al menos por lo que se refiere a las bases de las obligaciones contractuales.

---

<sup>14</sup> Vid. el apartado 5.a) de los Antecedentes de la Sentencia.

<sup>15</sup> En el FJ 2, párrafo 2º.

La conexión con el Derecho civil especial o foral de Cataluña preexistente, que la Sentencia considera suficiente para respaldar la competencia legislativa de la Generalidad con respecto a una regulación completa de la compraventa<sup>16</sup> y de la permuta, se encuentra en que la Compilación de Derecho civil de Cataluña dedicaba cinco artículos a la rescisión por lesión en los contratos de compraventa y permuta de bienes inmuebles (arts. 321 a 325) y tres artículos a las ventas a carta de gracia (compraventa en la que el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida por un precio y en un plazo determinados - arts. 326 a 328); hacía una referencia en el régimen económico matrimonial a las compras del padre al hijo para presumirlas fraudulentas (art.14, párrafo 2<sup>o</sup><sup>17</sup>), a la presunción muciana en las donaciones entre cónyuges (art. 23<sup>18</sup>), a la facultad del fiduciario para enajenar bienes en el fideicomiso (art 188<sup>19</sup>), y a las consecuencias de las enajenaciones de bienes previamente donados por causa de muerte (art. 247<sup>20</sup>).

En el caso del mandato y de la gestión de asuntos ajenos el requisito de la conexión se cumplimenta –añade la Sentencia– con la regulación del violario (arts. 334-335 de la Compilación<sup>21</sup>), del censal (arts. 330-333<sup>22</sup>), del albaceazgo (arts. 235 a 241), de la posibilidad de hacer toda clase de encargos en los heredamientos (institución contractual de herederos - art. 64<sup>23</sup>), de la administración de los bienes parafernales

---

<sup>16</sup> Incluyendo las compraventas de consumo (art. 621.2 del Código civil de Cataluña). La Sentencia parte de considerar que las compraventas de consumo son compraventas civiles, superando así la ambigüedad y confusión en la que venía incurriendo frecuentemente la jurisprudencia del Tribunal al calificarlas como mercantiles (SSTC 88/1986, 62/1991. 264/1993, 157/2004, 4/2011). En mi opinión ese punto de partida es correcto, en la medida en que, en efecto, las llamadas compraventas *mixtas* están sometidas al Código Civil. A partir del mismo, puesto que se considera que la Generalidad de Cataluña tiene competencia para legislar sobre las compraventas civiles es lógico extender esa competencia a las compraventas de consumo, puesto que además tiene competencia sobre el consumo.

<sup>17</sup> “Se presumirán fraudulentas: [...] c) Las compras por el padre al hijo de las cosas donadas si el pago del precio consta solo por confesión del donatario”.

<sup>18</sup> “Los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido [...]”.

<sup>19</sup> “En la observación del artículo anterior se observarán las siguientes reglas:  
Primero. Sólo cuando en la herencia fideicomitada no haya dinero suficiente, el fiduciario estará facultado para disponer de otros bienes que podrá adjudicarse, adjudicar en pago, vender, hipotecar o pignorar. Las adjudicaciones se harán por el valor de los bienes al tiempo de ser efectuadas”.

<sup>20</sup> “Las donaciones por causa de muerte quedarán sin efecto si el donante las revoca expresamente en escritura pública, testamento o codicilo; si enajena o lega los bienes donados; [...]”.

<sup>21</sup> “La constitución del derecho a percibir periódicamente una pensión en dinero durante la vida de una o dos personas que a la sazón existan, a cambio de la percepción de un capital o precio, se llama violario y podrá constituirse a favor de cualquier persona o personas, aunque no sean las que entreguen dicho capital o precio” (párrafo 1<sup>o</sup>).

<sup>22</sup> “La obligación, llamada censal, de pagar indefinidamente una pensión anual a una persona y sus sucesores, en virtud del capital recibido por el que la contrae, será redimible y habrá de constar en escritura pública” (art. 330, párrafo 1<sup>o</sup>).

<sup>23</sup> “En los heredamientos podrán estipularse cualesquiera condiciones, limitaciones, sustituciones, fideicomisos y reversiones lícitas, así como nombrar administradores y

por el marido (art. 51<sup>24</sup>), y del laudemio en las transmisiones fiduciarias de la finca enfitéutica (art. 306, párrafo 1<sup>o25</sup>).

Conexiones estas que la Sentencia pretende reforzar con algunos artículos del Código civil catalán relacionados con la representación voluntaria: el poder otorgado en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad (art. 222-2), la gestión realizada por un cónyuge en nombre del otro (art. 231-4.4), la constitución de hipoteca por medio de apoderado (art. 569-29.3).

De todas las pretendidas conexiones con la Compilación antes mencionadas las dos que tienen alguna base son las existentes entre la compraventa y la permuta con la regulación en aquélla de la rescisión por lesión en los contratos de compraventa y permuta de bienes inmuebles y las ventas a carta de gracia, que se ocupan de temas muy concretos, insuficientes para justificar como desarrollo de los mismos la regulación completa de la compraventa y de la permuta aprobada por la Ley 3/2017.

Estas conexiones alegadas por el Parlamento y la Generalidad de Cataluña resultan tan inconsistentes que para asumirlas –como hace la Sentencia– introduce dos novedades con respecto al requisito en cuestión. Considera que la conexión debe establecerse con el conjunto del Derecho civil foral o especial preexistente: “para comprobar si existe o no vinculación entre las nuevas normas y el ordenamiento jurídico autonómico no es necesario relacionarlas con instituciones concretas ya reguladas, sino que es suficiente con que tal unión o trabazón exista con el conjunto de las instituciones preexistentes, con su sistema normativo y con los principios que lo informan”<sup>26</sup>. Y considera además que la conexión puede establecerse tanto con el Derecho civil foral o especial de la Compilación como con el Derecho civil foral o especial aprobado posteriormente por el propio legislador catalán. Este podría desarrollar su Derecho civil foral o especial a partir de sus propios desarrollos legislativos del mismo, como ya hemos visto con las referencias que la Sentencia hace para el mandato y la gestión de asuntos ajenos a artículos del Código civil catalán relacionados con la representación: “dicha conexión ha de efectuarse con el conjunto del Derecho preexistente, tanto el vigente al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, como con las instituciones reguladas posteriormente al amparo del art. 149.1.8 CE”<sup>27</sup>.

La Sentencia mantiene así el requisito de la conexión meramente pro forma, para obviar reconocer que prescinde de esa doctrina del propio Tribunal.

---

albaceas y confiar, en general, a otras personas toda clase de encargos o funciones con la misma amplitud que en los testamentos”.

<sup>24</sup> “La mujer podrá en todo momento conferir a su marido, expresa o tácitamente, la administración de los bienes parafernales y revocar, restringir o condicionar en cualquier tiempo tal concesión, aunque la entrega constare en escritura pública” (párrafo 1º).

<sup>25</sup> “No se adeudará laudemio: en las enajenaciones [...] y en la agnición de buena fe, revelada dentro del año siguiente a la adquisición fiduciaria” (párrafo 1º).

<sup>26</sup> Ya se ha visto que este argumento se esbozaba en la STC 95/2017.

<sup>27</sup> El énfasis es mío.

Es evidente que estas dos novedades permiten un desarrollo ilimitado de los Derechos civiles forales o especiales por razón de la materia, especialmente la que acepta establecer la conexión exigida con regulaciones del propio legislador autonómico, catalán en este caso, correspondientes a previos desarrollos posteriores a la Constitución del Derecho civil foral o especial. Lo que significa que, con mayor o menor ritmo, dependiendo de la capacidad y empeño de los diversos legisladores autonómicos concernidos, cada uno de los Derechos civiles forales o especiales podrá extenderse a todas las materias propias del Derecho civil, con la excepción de las mencionadas expresamente en la segunda parte del artículo 149.1.8 como competencia exclusiva del Estado *en todo* caso; siempre que esta última no se desvirtúe o vacíe también de contenido, como lo hace la propia Sentencia.

Se asumen las alegaciones de la Generalidad de Cataluña, según las cuales la Constitución permite desarrollar no solo el Derecho civil foral o especial de Cataluña vigente en el momento de su entrada en vigor, sino su propio sistema normativo, considerado como un conjunto armónico, sin circunscribirse al Derecho compilado: “Una cosa es que la compilación constituya una prueba evidente de la existencia en Cataluña de un Derecho civil propio y otra muy distinta, e inaceptable, es que el Derecho compilado se constituya en un límite para la competencia de la Generalitat asumida en el art. 129 EAC que se integra con la tradición jurídica catalana”<sup>28</sup>.

La Sentencia no solo rompe con la doctrina del Tribunal sobre la interpretación de la primera parte del artículo 149.1.8 CE, sino que además también lo hace con la referida a la segunda parte del mismo, entendiendo que el “En todo caso” de su segunda frase viene a establecer un régimen de competencia legislativa compartida sobre las obligaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas con propio Derecho civil foral o especial. Competencia compartida, de acuerdo con la cual, el Estado tendría competencia para fijar las bases de aquéllas, reducidas a las reglas esenciales de los contratos, mientras que las Comunidades Autónomas tendrían competencia para desarrollar esas bases en la regulación completa y pormenorizada de los diversos tipos de contratos.

Lo que constituye una regla de competencia exclusiva de segundo grado, de competencia exclusiva reforzada, encaminada a blindar en determinadas materias la competencia exclusiva del Estado, que la primera frase del artículo 149.1.8 le reconoce sobre toda la legislación civil como regla general –barrera absoluta, que el legislador autonómico no puede traspasar en ningún caso–, se transforma así en una regla de competencia legislativa compartida sobre esas materias: “estamos en presencia de una competencia material compartida que permite a la comunidad autónoma catalana el desarrollo de su legislación contractual siempre que se efectúe dentro de los límites marcados como bases por la legislación estatal”. “Las bases, por tanto, deben referirse con carácter general y común a todos los contratos o categorías amplias de los mismos [...] y no pueden comprender la regulación de cada tipo contractual”.

---

<sup>28</sup> Vid. el apartado 6.a), párrafo 2º, de los Antecedentes de la Sentencia.

La Sentencia prescinde de lo dicho por el propio Tribunal en la Sentencia 71/1982, en la que se negó a la Comunidad del País Vasco competencia legislativa sobre las condiciones generales de la contratación y sobre la responsabilidad por daños de los consumidores derivados del disfrute de bienes y servicios, por invadir la competencia legislativa exclusiva del estado sobre las bases de las obligaciones; doctrina según la cual el ámbito competencial autonómico “tiene como límite entre otros que no se produzca un *novum* en el contenido contractual, en otras palabras, que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas”<sup>29</sup>.

Como ha quedado apuntado, esas bases quedan pues reducidas por la Sentencia a “los principios desarrollados en los títulos I y II del libro IV CC [...], especialmente las normas relativas a las fuentes de las obligaciones [...], a la fuerza vinculante del contrato [...] y las que regulan sus elementos esenciales y efectos [...], la prevalencia del principio espiritualista en la perfección del contrato, la eficacia obligacional del contrato en relación con los modos de traslación del dominio, la obligatoriedad del contrato, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor, los requisitos de la validez y eficacia o la defensa de los consumidores”<sup>30</sup>.

Lo que además se complementa –y esto es muy importante para facilitar sin traba alguna la competencia legislativa sobre la regulación de todos y cada uno de los contratos– con la posibilidad de que en ese desarrollo de los derechos civiles forales o especiales los legisladores autonómicos puedan reproducir esas bases “cuando sea necesario para hacer más comprensible el desarrollo normativo que, en ejercicio de sus competencias propias, realice[n]”. Repetición o copia que ciertamente ha venido admitiendo el propio Tribunal en algunos supuestos de competencia compartida, pero no en los de competencia exclusiva del Estado, como es el caso, de acuerdo con una interpretación correcta, de esa segunda frase del artículo 149.1.8 CE.

A partir de ese planteamiento la Sentencia procede a examinar algunas de las discrepancias más aparentes entre esta nueva regulación de los contratos en cuestión del Código civil catalán con lo que establecen los artículos correspondientes del Código Civil (no se procede pues a un análisis artículo por artículo) para concluir que en todo caso las mencionadas bases de las obligaciones recogidas en este último

---

<sup>29</sup> R. Bercovitz Rodríguez-Cano. *Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8 de la Constitución*. En *Estudios de Deusto*. Vol. XXXIV. Julio-Diciembre 1986, pp. 303 a 331. Vid, pp. 329-330.

<sup>30</sup> En contra R. Bercovitz Rodríguez-Cano. *Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8 de la Constitución*. En *Estudios de Deusto*. Vol. XXXIV. Julio-Diciembre 1986, pp. 303 a 331: Dichas bases se encuentran principalmente en el Libro IV del Código Civil, sobre todo en sus Títulos I y II. “Pero también se encuentran en las regulaciones concretas de los tipos de contratos, sobre todo de aquéllos que tienen una mayor significación en el tráfico jurídico, así como en aquellas leyes civiles especiales de vigencia general que se ocupan de determinadas figuras contractuales (incluido, en su caso, el Reglamento de las mismas). Las bases de las obligaciones contractuales comprenden no sólo la regulación general de los contratos sino también la regulación de cada tipo contractual”. Vid. pp. 317-318.

quedan respetadas; advirtiendo además de la enorme semejanza que en términos generales existe entre ambas regulaciones<sup>31</sup>.

Lo que permite añadir a la Sentencia que, garantizadas las mencionadas bases, queda garantizado también el principio de unidad de mercado, puesto que la diferente regulación de obligaciones contractuales introducida por la Ley 3/2017 “no impide que el Derecho a la libertad de empresa de ejerza en condiciones básicas de igualdad [...] ni constituye un obstáculo a la libertad de circulación impuesta por el art. 139.2 CE”. No se procede a un análisis de las bases de las obligaciones que derivan de la regulación concreta de todas y cada una de las normas que el Código Civil dedica a la compraventa, la permuta, el mandato y la gestión de negocios ajenos, como ya he apuntado; tampoco se explica en forma debida, por consiguiente, en qué se basa la afirmación de que la diversa regulación de esos contratos en el Derecho civil especial de Cataluña no afecta a la libertad de circulación y a la unidad del mercado.

Ya he dicho que el Tribunal Constitucional ha afirmado una y otra vez que el desarrollo de los derechos civiles forales o especiales por las respectivas Comunidades Autónomas no puede desembocar en un crecimiento ilimitado de cada uno de ellos. Y así lo reconoce la propia Sentencia cuando recuerda “que tal posibilidad [de “crecimiento orgánico”] no debe dejar paso a un crecimiento en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, ni a una competencia legislativa ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, sino a un crecimiento de acuerdo con los principios informadores peculiares del Derecho foral”<sup>32</sup>.

Pero la Sentencia introduce un planteamiento que conduce a lo contrario. Así lo explicita cuando afirma, sin restricción alguno, que “la propia Constitución le reconoce y garantiza [al legislador autonómico] la posibilidad de alcanzar los tres objetivos deseables para cualquier ordenamiento jurídico, que se cifran no solo en su conservación y modificación, sino también en su desarrollo”<sup>33</sup>. Este objetivo es ciertamente deseable en un ordenamiento jurídico completo, pero no lo es necesariamente, y en todo caso no lo es sin limitaciones en un ordenamiento jurídico parcial o incompleto, como es el propio de los Derechos civiles forales o especiales, necesitados siempre del complemento de un Derecho civil común.

Hasta aquí lo esencial de esta Sentencia, de la que resulta la renuncia a la labor unificadora llevada a cabo por la codificación civil, en aras de “la diversidad legislativa española como la forma normal de estructurarse el Derecho civil español”, que habría sancionado nuestra Constitución, como argumenta la Generalidad de Cataluña en sus alegaciones<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Ya he apuntado que esa semejanza viene a poner de relieve la inexistencia de unos propios principios peculiares del Derecho civil foral o especial, en este caso del de Cataluña que puedan justificar semejantes desarrollos del mismo.

<sup>32</sup> Fundamento jurídico 3, párrafo 2º. En el mismo sentido, con palabras similares, entre otras SSTC 88/1993, FJ 3, 156/1993, FJ 1, 40/2014, FJ 5, 95/2017.

<sup>33</sup> Fundamento jurídico 3, último párrafo.

<sup>34</sup> Apartado 6.a), párrafo 2º, de los Antecedentes.

Es cierto que nuestra Constitución no limitó el futuro de nuestros Derechos civiles forales o especiales a su conservación y modificación, permitiendo también su desarrollo para facilitar su actualización, pero sin dejar de considerarlos en todo momento como tales Derechos civiles forales o especiales, complementados por un Derecho civil común, nuestro Código Civil, tanto antes como después de su desarrollo. Lo que quiere decir que su desarrollo debería ser necesariamente limitado, sin olvidar que constituyen una excepción frente a la regla general, que atribuye al Estado la competencia legislativa exclusiva sobre el Derecho civil. De ahí la asunción constitucional de esa calificación de *foral o especial*, que no era necesaria si nuestros constituyentes no la hubiesen querido. En efecto, habría bastado que el art. 149.1.8 se hubiese referido a “la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los *derechos civiles propios* allí donde existan”. Esta Sentencia supone desconocer esa naturaleza especial del Derecho civil foral o especial, abriendo la puerta a la coexistencia de diversos códigos civiles, dos por el momento, el español (que la Sentencia denomina en ocasiones Código Civil *estatal*) y el catalán.

Procede apuntar que la crítica de la Sentencia aquí expuesta se corresponde con la contenida en los cuatro votos particulares, firmados por cinco magistrados, que la acompañan.

Ya hemos expuesto que la Constitución republicana de 1931 permitía que todas las Regiones Autónomas pudiesen tener competencia para legislar sobre Derecho civil, salvo sobre las bases de las obligaciones contractuales. Pues bien, por Sentencia de 8 de junio de 1934<sup>35</sup> el Tribunal de Garantías Constitucionales declaró “que el Parlamento de la Región autónoma catalana carece de competencia para dictar la Ley sobre contratos de cultivo de 11 de abril de 1934, siendo, en consecuencia, nula esta Ley y todos los actos de ejecución de la misma”. Constituía el objeto de la Ley la regulación de los mencionados contratos “por medio de los cuales se cede onerosamente el aprovechamiento de una finca rústica a personas diferentes del propietario, siempre que sea la explotación de naturaleza agrícola”<sup>36</sup>.

Estos son los argumentos que podemos leer en el Fundamento Legal 3º con respecto a las bases de las obligaciones contractuales:

“Los poderes de las regiones autónomas en orden a la legislación civil, tienen, entre otras, la limitación de no poder legislar sobre las bases de las obligaciones contractuales, y ya se consideren éstas como las generales y comunes a toda clase de contratos (que son las de los títulos I y II del libro IV del Código civil), o ya se extiendan, además, a las propias de cada una de aquellas categoría y aun a las de cada

---

<sup>35</sup> Publicada en la Gaceta de Madrid de 12 de junio. Sentencia firmada por 27 vocales del tribunal, de los que 10 emitieron un voto particular en contra, al considerar que la generalidad de Cataluña sí que tenía la competencia legislativa cuestionada.

<sup>36</sup> Además regulaba la adquisición de la propiedad de la tierra en virtud de dichos contratos, los derechos de tanteo, retracto y rescate, creando un Registro de arrendamientos y Juntas arbitrales para conocer de los conflictos derivados de la interpretación y aplicación de la Ley, y disponiendo inscripciones en el Registro de la Propiedad de derechos establecidos por la misma.

contrato en particular, es evidente que la Ley de Cultivos en cuestión al estatuir sobre la autonomía de la voluntad, sobre la forma, sobre los efectos del contrato entre partes y para tercero; al limitar su objeto, al dar efectos reales a este contrato y al instituir el derecho de adquisición, ha legislado sobre materias propias de las bases de los contratos, reservada por el artículo 15 de la Constitución al estado español<sup>37</sup>.

“Y, por último, si a pretexto de regular cada contrato en particular, se admitiera la posibilidad de estatuir sobre materias como las indicadas, se abriría un camino quizá lento, pero absolutamente seguro, para legislar sobre los principios o bases de las obligaciones contractuales, vaciándose poco a poco de contenido por lo que a las Regiones autónomas se refiere el poder del Estado sobre aquellas”<sup>38</sup>.

Contrasta esta Sentencia con la STC 132/2019, a la que me vengo refiriendo por la manifiesta contradicción en la argumentación y en el resultado con respecto a la determinación de las bases de las obligaciones contractuales. Está claro que el tribunal Constitucional ha prescindido totalmente de los antecedentes históricos, que deberían haber pesado en el sentido contrario al adoptado por esta STC 132/2019, más si se tiene en cuenta que el límite en cuestión constituía en 1934 una regla de atribución de competencia primaria, mientras que en nuestro caso se trata de una regla de atribución de competencia secundaria, encaminada a reforzar la competencia general del Estado sobre la legislación civil, blindando dicha competencia con respecto a las bases de las obligaciones contractuales, entre otras materias; más si se tiene en cuenta que la Ley de 1934 se ocupaba de una regulación sectorial de determinados contratos relacionados con la explotación agraria, mientras que la Ley catalana 3/2017 entra directa e indirectamente en la regulación de todos y cada uno de los contratos.

No hay duda de que los Vocales del Tribunal de Garantías Constitucionales eran conscientes de la importancia de contar con una regulación unitaria de los contratos, a pesar de que la Constitución de 1931 hubiese abierto la puerta a la proliferación de tantos Derechos civiles especiales como Regiones Autónomas se constituyeran.

A la hora de calibrar el alcance de esta Sentencia hay que tener en cuenta que la propia Ley catalana 3/2017 prevé –ya ha quedado apuntado– un crecimiento del Título II de su Libro sexto, relativo a los tipos contractuales, con el que se irán incorporando al mismo regulaciones de todos y cada uno de los diversos tipos contractuales sobre los que la Comunidad Autónoma de Cataluña considere conveniente legislar.

Conviene tener en cuenta en qué medida las demás Comunidades Autónomas con propio Derecho civil foral o especial podrán regular también diversos tipos de contrato al amparo de la doctrina constitucional establecida por esta Sentencia. Parece innegable que conexiones similares a las consideradas como suficientes por el alto

---

<sup>37</sup> Vid. párrafo 1º.

<sup>38</sup> Vid. el tercer y último párrafo.

Tribunal existirán antes o después en todos los derechos civiles forales o especiales<sup>39</sup> para semejante desarrollo legislativo.

Esta Sentencia 132/2019 sienta pues las bases para la destrucción total de uno de los objetivos esenciales de la obra codificadora, la unificación del Derecho civil español. Reconducir semejante resultado resulta problemático, incluso si se piensa que el proceso de expansión de los derechos civiles forales o especiales constituye un paso previo para una futura reunificación de un Derecho civil español codificado en cuya elaboración se consideren en pie de igualdad todos los Derecho civiles coexistentes en nuestro país.

En cualquier caso, el legislador estatal debería acometer de inmediato la elaboración y aprobación de un nuevo Código Civil, acorde con las necesidades del siglo XXI. Solo esa iniciativa podría frenar la tendencia de los Derechos civiles forales o especiales a una expansión ilimitada, que comprenda la regulación de las obligaciones y contratos. De lo contrario, no solo nos encontraremos con una pluralidad de Códigos civiles, sino que, además los de Derecho civil foral o especial contendrán regulaciones más actualizadas que las que mantiene nuestro Código de 1889. Lo que resulta evidente por lo que a la ordenación de las obligaciones y contratos se refiere.

---

<sup>39</sup> De todos ellos cabe destacar el Derecho civil foral de Navarra, cuya Ley 21/2019, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, introduce un nuevo Libro cuarto, dedicado a las obligaciones, estipulaciones y contratos.

## **DISCRIMINAZIONI E RAPPORTI DI LAVORO: L'INVERSIONE DELL'ONERE DELLA PROVA**

**Discriminación y relaciones laborales: La inversión de la carga de la prueba**

**Discrimination and Working Relationships: The Reversal of the Burden of Proof**

**Katia Fiorenza**

Professore Associato di Diritto Privato Comparato  
katia.fiorenza@unisannio.it

Università degli Studi del Sannio

Recibido: 07/01/2020 – Aceptado: 27/03/2020

### **Sommario**

Nella sentenza annotata (caso *González Castro*), la Corte di giustizia ha avuto modo di affrontare nuovamente, seppure attraverso profili innovativi, la questione relativa all'onere della prova, con riferimento a una vicenda che vede coinvolta una lavoratrice in periodo di allattamento che svolge un lavoro notturno. Secondo il giudice europeo la donna ha diritto alla tutela specifica contro i rischi ai quali tale lavoro può essere associato e, pertanto, sussiste l'inversione dell'onere della prova.

#### **■ Parole chiave:**

Diritto antidiscriminatorio;  
Parità di trattamento;  
Lavoratrice in periodo di allattamento;  
Valutazione dei rischi;  
Inversione dell'onere della prova

#### **■ Keywords:**

Anti-discrimination law;  
Equal treatment;  
Workers who are breastfeeding;  
Risk assessment;  
Reversal of the burden of proof

### **Abstract**

In the judgment note on the *González Castro* case law, the European Court of Justice has addressed once again the question of the proof burden. Specifically, by considering the case of a breastfeeding woman working at night, the Court has deliberated that *González Castro* is entitled to receive protection against the specific risk factors related to her breastfeeding condition, thus admitting the possibility of the reversal of the burden of proof. This essay formulates some considerations on this judgment.

1. La questione giuridica oggetto del caso *González Castro* – 2. Lineamenti generali del diritto antidiscriminatorio nell'Unione europea – 3. La protezione della sicurezza e della salute delle lavoratrici gestanti, puerpere e in periodo di allattamento – 4. La valutazione dei rischi nel contesto normativo europeo: il caso del sistema giudiziario spagnolo – Bibliografia

## 1. LA QUESTIONE GIURIDICA OGGETTO DEL CASO GONZÁLEZ CASTRO

La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nella causa C-41/17<sup>1</sup> attiene alla vicenda di una cittadina spagnola, la Sig.ra Isabel González Castro che lavora come guardia di sicurezza per la Prosegur España SL. Nel novembre 2014 dà alla luce un bambino che viene allattato al seno. Dal marzo 2015 la sig.ra González Castro svolge le sue mansioni in un centro commerciale, secondo un sistema di turnazioni variabili con giornate lavorative di otto ore, una parte delle quali in orario notturno. Ella ha cercato di ottenere la sospensione del suo contratto di lavoro nonché la concessione dell'indennità per rischio durante l'allattamento prevista dalla normativa spagnola. A tal fine, ha chiesto alla Mutua Umivale (società mutua privata a scopo non lucrativo che copre i rischi relativi agli infortuni sul lavoro e alle malattie professionali) di rilasciarle un certificato medico attestante l'esistenza di un rischio per l'allattamento associato al suo posto di lavoro. A seguito del rigetto della sua domanda, la sig.ra González Castro ha presentato un reclamo che è stato ugualmente respinto, pertanto, viene proposto un ricorso avverso tale rigetto dinanzi al Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Corte superiore di giustizia della Galizia, Spagna).

Visto che la direttiva 92/85/CEE<sup>2</sup> sulla sicurezza e la salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento dispone, in particolare, che dette lavoratrici non debbano essere obbligate a svolgere un lavoro notturno durante la gravidanza o nel periodo successivo al parto<sup>3</sup>, e che la direttiva 2006/54/CE<sup>4</sup> sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego prevede, a sua volta, un'inversione dell'onere della prova, il Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha deciso di sottoporre alcune questioni alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Il Tribunale spagnolo si interroga, innanzitutto, sull'interpretazione della nozione di «lavoro notturno» ai sensi della direttiva 92/85, nonché sulla valutazione dei rischi associati al posto di lavoro della sig.ra González Castro che potrebbe non essere stata

---

<sup>1</sup> Corte giust., Quinta Sez., 19 settembre 2018, C-41/17, *Isabel González Castro c. Mutua Umivale*.

<sup>2</sup> Direttiva 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992, *concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento*, in GU 1992, L 348, p. 1.

<sup>3</sup> Con riserva della presentazione di un certificato medico che ne attesti la necessità per la loro sicurezza o la loro salute.

<sup>4</sup> Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, *riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione)*, in GU 2006, L 204, p. 23.

effettuata correttamente. Il Tribunale della Galicia chiede quindi se, in tale contesto, occorra applicare le norme sull'inversione della prova previste dalla direttiva 2006/54 e, in caso affermativo, se spetti alla lavoratrice interessata o alla parte convenuta, vale a dire al datore di lavoro o all'organismo responsabile del pagamento dell'indennità per rischio durante l'allattamento, dimostrare che la modifica delle condizioni di lavoro o l'assegnazione della lavoratrice interessata ad altre mansioni non siano tecnicamente od oggettivamente possibili, o non possano ragionevolmente essere richieste.

Nel caso in esame, così come rilevato dall'Avv. gen. SHARPSTON nelle sue conclusioni del 26 aprile 2018, una lavoratrice il cui lavoro sia articolato in turni e svolga alcune delle sue funzioni di notte rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 92/85 e le ulteriori questioni sollevate dal giudice di rinvio vanno intese come richieste di chiarimento in merito all'interpretazione dell'art. 19, par. 1 della direttiva 2006/54 concernente l'incidenza dell'onere della prova, strumento che contribuisce in modo significativo a che il principio della parità di trattamento possa essere applicato efficacemente.

## 2. LINEAMENTI GENERALI DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO NELL'UNIONE EUROPEA

Il diritto antidiscriminatorio prevede specifiche tutele per molteplici situazioni di potenziale discriminazione<sup>5</sup> e lo fa con una normativa piuttosto complessa che risulta dalla commistione e sovrapposizione di norme di diritto nazionale, norme di recepimento di direttive europee, norme primarie UE<sup>6</sup>, e non va tralasciata la Carta Sociale Europea Riveduta<sup>7</sup>.

Le discriminazioni trovano fondamento in pregiudizi attribuiti a una determinata minoranza e che possono riguardare origine etnica e caratteristiche razziali, l'orientamento sessuale, l'età, o infine la disabilità. Ogni motivazione alimenta meccanismi differenti, talvolta radicalmente diversi l'uno dall'altro, in cui medesimo è il comportamento (l'esclusione, la marginalizzazione, l'aggressione), mentre a variare può essere il costrutto psicologico che ne sostiene l'azione.

---

<sup>5</sup> Sul punto, per una trattazione generale, cfr., fra gli altri, D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, p. 408 s.; M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007; AA.VV., *Diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2012, p. 211; R. DIAMANTI, *Le molestie sessuali, la discriminazione, l'abuso*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2017, p. 69; F. DE LUCA, *Discriminazioni di genere sui luoghi di lavoro, problematiche di inquadramento giuridico e prospettive di tutela sostanziale*, in *Dir. rel. ind.*, 1, 2019, p. 312.

<sup>6</sup> In particolare: la Carta dei diritti fondamentali della UE, cui si aggiungono le Convenzioni ONU e l'art. 14 della CEDU, intitolato *Divieto di discriminazione*.

<sup>7</sup> Per un maggiore approfondimento si rinvia a F. OLIVERI, *La Carta sociale europea come "strumento vivente"*, in *Jura Gentium*, 2013, 1, p. 41 ss.

Quanto all'attuale configurazione del diritto antidiscriminatorio europeo, molto lo si deve al ruolo propulsivo della Corte di giustizia UE<sup>8</sup>.

Il principio di uguaglianza, che non era esplicitamente enunciato nei Trattati, è stato, man mano, costruito in via interpretativa dalla Corte di giustizia desumendone la portata dai singoli divieti di discriminazione presenti nel diritto primario.

Tale operazione ermeneutica ha consentito alla Corte, soprattutto a partire dagli anni novanta, di ricavare dalle norme dei Trattati (in particolare, art. 13 TCE –divenuto poi art. 19 TFUE<sup>9</sup>– in materia di azioni positive e art. 141 TCE –ora art. 157 TFUE– in materia di non discriminazione) un principio generale di uguaglianza, analogo a quello previsto da molte Costituzioni degli Stati membri.

La situazione è ulteriormente cambiata dopo l'adozione della Carta di Nizza, ora Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i cui artt. 20-23 riconoscono rispettivamente in linea generale l'uguaglianza davanti alla legge, il rispetto da parte della UE della diversità culturale, religiosa e linguistica, il principio di non discriminazione, il principio di parità tra uomini e donne e la necessità di adottare azioni positive<sup>10</sup>.

Sulla base della spinta propulsiva della giurisprudenza della Corte di giustizia e della potenzialità innovativa dell'art. 19 TFUE, l'Unione europea ha dunque adottato importanti direttive finalizzate non solo a vietare le discriminazioni, ma anche a garantire la pari opportunità in diversi settori. Quanto al lavoro, il diritto a non essere discriminati vale sia nell'accesso al lavoro sia nello svolgimento del rapporto di lavoro<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. Corte giust., 30 aprile 1996, *Cornwall County Council*, causa C-13/94; Corte giust., 22 novembre 2005, *Mangold*, causa C-144/04; Corte giust., 22 maggio 2014, *Glatzel c. Freistaat Bayern*, causa C-356/12; Corte giust., 18 novembre 2010 *Pensionsversicherungsanstalt c. Christine Kleist*, causa C-356/09; Corte giust., 4 luglio 2013, *Commissione Europea c. Repubblica Italiana*, causa C-312/2011; Corte giust., 18 dicembre 2014, *Fag og Arbejde (FOA) c. Kommunernes Landsforening (KL)*, causa C354/13. Queste sono soltanto alcune tra le più significative pronunce della Corte di giustizia che hanno segnato l'evoluzione della tutela del diritto antidiscriminatorio in Europa. Per la dottrina cfr. M. BARBERA, *Licenziamento e diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, I, p. 139 ss.; A. LASSANDARI *Considerazioni sul licenziamento discriminatorio*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, 2017, p. 201. Sulla discriminazione come violazione dell'eguaglianza, si rinvia a G. GUIGLIA, *Non discriminazione ed uguaglianza: unite nella diversità*, relazione svolta in occasione della presentazione degli *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Como-Varese, 2012.

<sup>9</sup> «[...] il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

<sup>10</sup> M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione* a cura di M. Cartabia, Torino, 2007.

<sup>11</sup> V., fra le altre, la direttiva 2000/78/CE, per la pari dignità di trattamento in materia di condizioni di lavoro; la direttiva 2002/73/CE relativa all'attuazione del principio della

Ne consegue che, in tale ambito, sono vietati trattamenti discriminatori che si traducano anche nei comportamenti del datore di lavoro o di altri soggetti in base ai quali a uno o a più dipendenti determinati sia riservato sul luogo di lavoro un trattamento differente rispetto a quello applicato nei confronti della generalità dei dipendenti e tale trattamento non sia sorretto da una ragione idonea a giustificarlo. La necessità di fornire un'adeguata e più specifica tutela ha spinto la Commissione europea a rimarcare l'importanza della politica in materia di salute e sicurezza sul lavoro, quale strumento fondamentale al fine di contribuire a combattere la discriminazione e a promuovere le pari opportunità nelle politiche dell'UE, in particolare favorendo l'esatta applicazione della direttiva 2000/78/CE relativa alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro delle persone con disabilità e della direttiva 2006/54/CE, che vieta il trattamento meno favorevole delle donne sul posto di lavoro a causa di gravidanza o maternità<sup>12</sup>.

### 3. LA PROTEZIONE DELLA SICUREZZA E DELLA SALUTE DELLE LAVORATRICI GESTANTI, PUERPERE E IN PERIODO DI ALLATTAMENTO

Il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro di una categoria particolarmente vulnerabile di lavoratori, nello specifico lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, rappresenta l'obiettivo precipuo della direttiva comunitaria 92/85.

Le lavoratrici in periodo di allattamento rientrano nello specifico "gruppo a rischio" in favore del quale la normativa europea prevede misure per la protezione della loro sicurezza e salute; in linea con l'obiettivo di prevenzione generale, le donne rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 2, lett. c, della direttiva menzionata (lavoratrici in periodo di allattamento) devono beneficiare, se lavorano in turni di notte, della protezione prevista all'art. 7 «[...] a) [dell']assegnazione ad un lavoro diurno, oppure b) [di un] dispensa dal lavoro o [di una] proroga del congedo di maternità qualora tale assegnazione a un lavoro diurno non sia tecnicamente e/o oggettivamente possibile o non possa essere ragionevolmente richiesta per motivi debitamente giustificati»<sup>13</sup>.

Gli Stati membri hanno dunque l'obbligo di non stabilire come principio legislativo il divieto del lavoro notturno delle donne, anche ove tale obbligo comporti deroghe<sup>14</sup>,

---

parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro; la direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impegno; infine, la direttiva 2010/41/UE, sull'applicazione del principio di parità di trattamento fra uomini e donne che esercitano un'attività di lavoro autonomo.

<sup>12</sup> COM (2014) 0332 def. *relativa ad un quadro strategico dell'UE in materia di salute e sicurezza sul lavoro 2014-2020*.

<sup>13</sup> V., anche, Corte giust. 18 marzo 2014, C-167/12, *C.D. c. S.T.*

<sup>14</sup> In Italia il d.lgs. 66/2003 regola e pone le limitazioni al lavoro notturno, dando mandato alle competenti strutture sanitarie pubbliche di accertare l'inidoneità ad eseguire le prestazioni nelle fasce orarie notturne. La Cassazione, con sentenza n. 23807 del 14 novembre 2011, ha condannato il datore di lavoro per aver licenziato una lavoratrice, madre

considerato che non vige alcun divieto di lavoro notturno per gli uomini. Un siffatto divieto asserisce l'Avvocato generale Sharpston, nelle sue conclusioni del 26 aprile 2018 alla causa C-41/17, «sarebbe in contrasto con il principio della parità di trattamento». Tuttavia «occorre prevedere disposizioni affinché [...] le lavoratrici in periodo di allattamento non siano tenute a prestare lavoro di notte, qualora ciò sia necessario sotto l'aspetto della loro sicurezza o salute» (tredicesimo *considerando*, direttiva 92/85).

Il legislatore europeo riconosce che il lavoro notturno comporta un rischio, ma al contempo stabilisce la necessità di una valutazione individuale della situazione della lavoratrice interessata.

Pertanto, una lavoratrice (in periodo di allattamento) il cui lavoro sia articolato in turni e svolga alcune delle sue funzioni di notte può rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 7, a condizione che venga presentato un certificato medico attestante la necessità di adottare misure necessarie ad evitare un rischio per la sua sicurezza o la sua salute, tenendo conto di tutte le circostanze del caso di specie. L'onore della prova sull'esistenza di discriminazioni, nella fattispecie in ragione del sesso, grava su colui che si ritiene vittima di detta discriminazione<sup>15</sup>.

#### 4. LA VALUTAZIONE DEI RISCHI NEL CONTESTO NORMATIVO EUROPEO: IL CASO DEL SISTEMA GIUDIZIARIO SPAGNOLO

La Commissione europea ha elaborato le linee direttrici per la valutazione dei rischi connessi alle attività svolte dalle lavoratrici gestanti, puerpere e in periodo di allattamento<sup>16</sup>.

Tale valutazione, stabilisce la Commissione, consiste in un esame sistematico di tutti gli aspetti dell'attività lavorativa per identificare le cause probabili di lesioni o danni e stabilire in che modo tali cause possano essere limitate al fine di eliminare o ridurre i rischi. La valutazione deve comprendere almeno tre fasi: l'identificazione dei pericoli (agenti fisici, chimici e biologici, processi industriali, movimenti e posture, fatica psicofisica, altri carichi fisici e mentali); l'identificazione delle categorie di

---

di un bambino di età inferiore ai tre anni, che si era rifiutata di eseguire le proprie mansioni in orario notturno. Il d.lgs. 66/2003 regola e pone le limitazioni al lavoro notturno, dando mandato alle competenti strutture sanitarie pubbliche di accertare l'inidoneità ad eseguire le prestazioni nelle fasce orarie notturne.

<sup>15</sup> Corte giust. 19 aprile 2012, C-415/10, *Galina*. Sull'onere della prova nel giudizio in tema di discriminazione, v. R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 3, p. 534 ss., e *ivi*, 4/5, p. 820 ss.

<sup>16</sup> V. la Comunicazione della Commissione *sulle linee direttrici per la valutazione degli agenti chimici, fisici e biologici, nonché dei processi industriali ritenuti pericolosi per la sicurezza o la salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento* (direttiva 92/85/CEE del Consiglio), COM (2000) 466 def., Bruxelles, 5 ottobre 2000.

lavoratrici (lavoratrici gestanti, lavoratrici che hanno partorito di recente o lavoratrici che allattano) e la valutazione del rischio in termini sia qualitativi sia quantitativi.

I datori di lavoro hanno l'onere di assicurare che le lavoratrici in periodo di allattamento non siano esposte a rischi per la salute e la sicurezza. Già la direttiva 89/654/CEE<sup>17</sup> stabiliva la necessità di mettere a disposizione delle donne gestanti e che allattano condizioni adeguate e agevolazioni per il riposo, nonché il dovere per i datori di lavoro di riesaminare regolarmente i rischi e, se identificati, continuare ad applicare le misure volte a evitare l'esposizione, vale a dire l'adeguamento delle condizioni/degli orari di lavoro, la destinazione a mansioni alternative o la dispensa dal lavoro per tutto il tempo che tale rischio minacci la salute e la sicurezza di una madre durante l'allattamento o del suo bambino.

L'omissione del datore di lavoro costituisce «element[o] di fatto in base a[l] qual[e] si [può] presumere che ci sia stata discriminazione diretta [...]» ai sensi dell'articolo 19, par. 1, della direttiva 2006/54. La necessità che la valutazione abbia luogo deriva dalla condizione della donna, (nel caso González Castro lavoratrice in periodo di allattamento) e dagli obblighi per il datore di lavoro.

In Spagna la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales*<sup>18</sup> prevede che la valutazione dei rischi per le lavoratrici gestanti o puerpere debba tenere in considerazione la natura, il grado e la durata dell'esposizione ad agenti, procedure o condizioni di lavoro che possano influire negativamente sulla salute delle lavoratrici o del feto, in qualsiasi attività tale da presentare un rischio specifico. Qualora dalla valutazione in parola risultasse un rischio effettivo per la sicurezza e la salute, il datore di lavoro deve adottare le misure necessarie per evitare l'esposizione al rischio di cui trattasi, adattando le condizioni e l'orario di lavoro della lavoratrice interessata. Tali misure devono includere, se necessario, la sospensione del lavoro notturno o del lavoro a turni.

Nel caso l'adattamento delle condizioni o dell'orario di lavoro non fosse possibile o qualora, nonostante tale adattamento, le condizioni di lavoro influissero negativamente sulla salute della lavoratrice in stato di gravidanza o del feto, quest'ultima deve essere preposta ad una mansione diversa, che sia compatibile con il suo stato. Tuttavia, l'art. 26, par. 3, della legge 31/1995, prevede, nell'ipotesi in cui l'assegnazione a un altro posto di lavoro non sia tecnicamente o oggettivamente possibile, la possibilità del passaggio della lavoratrice alla situazione di sospensione del contratto di lavoro per rischio durante la gravidanza, fin quando persiste l'impossibilità della reintegrazione nel posto di lavoro precedente o in altro posto compatibile con il suo stato.

---

<sup>17</sup> Direttiva 89/654/CEE del Consiglio, del 30 novembre 1989, *relativa alle prescrizioni minime di sicurezza e di salute per i luoghi di lavoro (prima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della direttiva 89/391/CEE)*, in GU n. L 393, 30 dicembre 1989.

<sup>18</sup> Legge di recepimento della direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, *concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro*, in GU n. L 183, 26 giugno 1989.

Soltanto nel 2007 la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* recepisce la direttiva 92/85, introducendo, sebbene con notevole ritardo, le disposizioni in materia di rischio durante l'allattamento al seno<sup>19</sup>.

Il Tribunal Supremo, richiamando le disposizioni del diritto europeo, ha ripetutamente dichiarato che il lavoro articolato su turni e il lavoro notturno non può essere considerato automaticamente fonte di rischio per l'allattamento naturale e che l'esistenza dello stesso può sussistere quando gli orari di lavoro risultino inadeguati ai periodi regolari di alimentazione del lattante, sempreché, non si possa ovviare all'impraticabilità dell'allattamento diretto del lattante con l'estrazione del latte.

Per quanto concerne il diritto processuale, l'art. 96 della *Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la jurisdicción social* intitolato "Onere della prova nei casi di discriminazione e di infortuni sul lavoro", recepisce l'art. 19, par. 1, della direttiva 2006/54 e stabilisce che, nei casi in cui una persona che si ritenga lesa, in quanto il principio di parità di trattamento non le è stato applicato, dimostri fatti dai quali si possa presumere la sussistenza di una discriminazione fondata, tra l'altro, sul sesso, l'onere della prova è posto a carico del convenuto.

Nella sentenza *González Castro*, la Corte di giustizia ha avuto modo di affrontare nuovamente, seppure attraverso profili innovativi, la questione relativa all'onere della prova<sup>20</sup>.

Nella sentenza annotata, la Corte di giustizia aggiunge che la valutazione dei rischi deve includere un esame specifico che tenga conto della situazione individuale della lavoratrice interessata al fine di determinare se la sua salute o la sua sicurezza o quelle del bambino siano esposte a un rischio. La mancanza di tale esame «configura una discriminazione per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità e [che], ai sensi della direttiva 2006/54, consente l'inversione dell'onere della prova». Sembra, altresì, conclude la Corte, «che la valutazione dei rischi associati al posto di lavoro della signora González Castro non abbia incluso un esame siffatto e che l'interessata sia stata discriminata». La normativa europea stabilisce che, qualora una persona si ritenga lesa dall'inosservanza, nei suoi confronti, del principio della parità di trattamento e produca, dinanzi a un organo giurisdizionale o a un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta, è onere della parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento

Dunque «spetta al Tribunal Superior de Justicia de Galicia verificare se questo è quanto effettivamente avvenuto. In caso affermativo, sarà onere della parte convenuta provare il contrario».

---

<sup>19</sup> In particolare, Capítulo IV *quinquies*, "Riesgo durante la lactancia natural", art. 135.

<sup>20</sup> G. DE FAZIO, *Licenziamento della lavoratrice madre, i limiti del divieto per la Corte europea*, in *Guida al lavoro/Il Sole 24 Ore*, 12, 16 marzo 2018, p. 48.

## **BIBLIOGRAFIA**

- AA.VV., *Diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2012.
- BARBERA M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007.
- BARBERA M., *Licenziamento e diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013.
- CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione* a cura di M. Cartabia, Torino, 2007.
- DE FAZIO G., *Licenziamento della lavoratrice madre, i limiti del divieto per la Corte europea*, in *Guida al lavoro/Il Sole 24 Ore*, 12, 16 marzo 2018.
- DE LUCA F., *Discriminazioni di genere sui luoghi di lavoro, problematiche di inquadramento giuridico e prospettive di tutela sostanziale*, in *Dir. rel. ind.*, 1, 2019.
- DIAMANTI R., *Le molestie sessuali, la discriminazione, l'abuso*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2017.
- GUIGLIA G., *Non discriminazione ed uguaglianza: unite nella diversità*, relazione svolta in occasione della presentazione degli *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Como-Varese, 2012.
- IZZI D., *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005.
- LASSANDARI A., *Considerazioni sul licenziamento discriminatorio*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, 2017.
- OLIVERI F., *La Carta sociale europea come "strumento vivente"*, in *Jura Gentium*, 2013.
- SANTAGATA DE CASTRO R., SANTUCCI R., *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015.



## **LA ADAPTACIÓN DEL ÁMBITO TRIBUTARIO ESTATAL A LA CRISIS DEL COVID-19 DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA**

### **The Adaptation of State Tax Regulations to the Crisis of COVID-19 from a Critical Perspective**

**Dr. Carlos Carbajo Nogal**

Profesor de Derecho Financiero y Tributario  
ccarn@unileon.es

**María Teresa Mata Sierra**

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario  
mtmats@unileon.es

Universidad de León

Recibido: 26/04/2020 – Aceptado: 04/05/2020

#### **Resumen**

En el presente estudio se analizan las diferentes medidas tributarias recientemente aprobadas como consecuencia de la crisis generada por la pandemia del COVID-19 apuntando, desde un punto de vista crítico, los problemas que generan para los contribuyentes.

■ **Palabras clave:**  
Fuerza mayor; COVID-19;  
Medidas tributarias

#### **Abstract**

■ **Keywords:**  
Overwhelming force; COVID-19; Tax measures

This study analyzes the different tax measures recently approved as a consequence of the crisis generated by the COVID-19 pandemic, pointing out the problems they generate for taxpayers.

I. Consideraciones previas – II. Medidas tributarias vinculadas a la crisis del COVID-19: 1. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo; 2. Real Decreto 465/2020 de 17 de marzo; 3. Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo; 4. Real Decreto-ley 8/2020, de 12 de marzo; 5. Real Decreto-ley 11/2020, de 27 de marzo; 6. Real Decreto-ley 14/2020, de 14 de abril; 7. Real Decreto-ley 15/2020 de 21 de abril – III. Reflexiones finales – IV. Bibliografía.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Desde la declaración del Estado de alarma el pasado 14 de marzo de 2020 consecuencia de la pandemia del coronavirus<sup>1</sup>, han sido muchas y muy seguidas las normas que se han aprobado que afectan a la materia tributaria y no solo por parte del Estado sino también por parte de las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) y otras Entidades menores como son Diputaciones o Ayuntamientos<sup>2</sup>. Centrándonos en la normativa estatal da la impresión de que ha primado mucho más no perder los ingresos tributarios que resolver los problemas reales a los que se han tenido que enfrentar los contribuyentes; de hecho, se acusa una cierta improvisación y precipitación que se traduce en los contenidos y en los tiempos de las normas que vamos a analizar y que han ido dando respuestas, muchas veces incompletas e insatisfactorias, a los urgentes problemas que ha provocado esta terrible pandemia a los contribuyentes.

En definitiva, se han ido implementando distintas medidas legales muchas de ellas de carácter reactivo, impregnadas de una cada vez más acuciante realidad que ha motivado, como veremos, regulaciones diferentes, contradictorias a veces, modificaciones, modulaciones y aclaraciones en cada norma posterior que no abundan en la necesaria seguridad jurídica que debe impregnar todo el ámbito tributario como garantía irrenunciable para los contribuyentes<sup>3</sup>.

Coincidimos plenamente con la visión crítica de CARBAJO VASCO a este respecto cuando afirma que *“la posición del legislador español ante los avances del COVID-19, es decir, ir a rebufo de la evolución de las circunstancias, sin una estrategia clara para un horizonte temporal superior a un plazo brevísimo de quince días (y que, en estos momentos, se dilata en el tiempo hasta cerca de dos meses de confinamiento), se ha revelado ya como errónea, generando una sucesión de reglas y normas precipitadas, una auténtica “diarrea” o “logomaquia” legislativa que solo puede dañar la calidad de las normas y el principio de seguridad jurídica. Proclamado enfáticamente en el artículo 9.3 de la Constitución Española”* Sentencia el autor, y

---

<sup>1</sup> Para CARBAJO VASCO la irrupción de esta pandemia universal derivada de la difusión del COVID-19 o coronavirus *“ha impactado dramáticamente como un “cisne negro”, expresión propia de los economistas para indicar la llegada de un factor totalmente inesperado, de un supuesto ejemplar de “fuerza mayor” en la terminología jurídica, de un “act of God”, en la expresión anglosajona en todas las actividades personales, sociales y económicas del Mundo”*. (Cfr. CARBAJO VASCO, D.: *Comentarios urgentes a las medidas fiscales aprobadas para hacer frente al impacto económico del covid-19*., Tirant on line, file:///c:/User/Usernamee/Doculeads/TOC\_7855368\_es.pdf., del que existe una versión posterior).

<sup>2</sup> Pueden consultarse estas medidas de prórroga de plazos que afectan a CCAA y Entidades Locales (en adelante, EELL) en PÉREZ LARA, J.M.: *Medidas de carácter tributario adoptadas por el COVID-19. Incluye análisis, dossier legislativo estatal, autonómico y foral y las preguntas más frecuentes*, Tirant lo Blanch, 2020.

<sup>3</sup> Se trata, sin lugar a dudas, de un principio particularmente trascendente en materia tributaria en la medida en que, más en este ámbito que en otros, los contribuyentes necesitan saber a qué atenerse. Puede verse, por todos GARCÍA NOVOA, C.: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, 2000.

también lo pensamos que nos queda “*por ver si será más exitoso, en lo que hace referencia a la planificación de las medidas para el retorno a la “normalidad” y al decisivo problema que se nos viene encima: la restauración económica*”<sup>4</sup>.

## II. MEDIDAS TRIBUTARIAS VINCULADAS A LA CRISIS DEL COVID-19

### 1. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo<sup>5</sup>, declara el estado de alarma hasta las 00:00 horas del día 12 de abril en todo el territorio nacional. Este estado de alarma ha sido ya prorrogado por el Ejecutivo estatal en tres ocasiones, primera hasta el 26 del mismo mes<sup>6</sup> y segunda hasta 9 de mayo de 2020<sup>7</sup>, sin que sea descartable que pueda alargarse quince días más. El estado de alarma que se contempla, junto con los estados de excepción y sitio en el artículo 116 de la Constitución de 1978<sup>8</sup>, norma que se limita

---

<sup>4</sup> Cfr. CARBAJO VASCO, D.: *Comentarios urgentes a las medidas fiscales aprobadas para hacer frente al impacto económico del covid-19.*, Tirant on line, file:///c:/User/Usernamee/Doculeads/TOC\_7855368\_es.pdf. del que existe una versión posterior, ya citado.

<sup>5</sup> Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. «BOE» núm. 67, de 14 de marzo de 2020, que puede consultarse en <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463/con>

<sup>6</sup> La primera prórroga se regula en el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el Estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, publicado en el BOE núm. 86 de 28 de Marzo de 2020 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-4155>

<sup>7</sup> Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE. Núm. 101, de 11 de abril de 2020, BOE-A-2020-4413Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/04/10/487>

Se vuelve a prorrogar por Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE. Núm. 101, de 11 de abril de 2020, BOE-A-2020-4413Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/04/10/487>

<sup>8</sup> Señala este precepto constitucional que:

*“1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.*

*2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.*

*3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del*

a recoger los aspectos más esenciales de estas tres situaciones excepcionalísimas y que se centra, fundamentalmente, en el órgano u órganos que las deben adoptar y su duración máxima.

Esta norma constitucional se desarrolla en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio<sup>9</sup>, que en su artículo 1.1 señala que estas tres situaciones excepcionales<sup>10</sup> se declararán únicamente “*cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes*”, añadiendo que la extensión temporal será la estrictamente indispensable para asegurar el restablecimiento de la normalidad (apartado 2 del mismo precepto).

Apoyado en esta regulación legal, y más concretamente en virtud de lo indicado en el artículo 4.b) de la Ley Orgánica 4/1981 respecto de estas situaciones de emergencia sanitaria<sup>11</sup>, el Gobierno emitió el ya mencionado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis

---

*mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.*

*4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.*

*5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en periodo de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados.*

*Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.*

*6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes”.*

<sup>9</sup> BOE núm. 134, de 5 de junio de 1981, que puede verse en <https://www.boe.es/eli/es/lo/1981/06/01/4/con>

<sup>10</sup> Tal es la excepcionalidad que desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978, no se ha declarado nunca ni el estado de excepción, ni el de sitio. El estado de alarma, no obstante, cuya declaración corresponde al Gobierno, se ha decretado dos veces, si bien, en circunstancias y con efectos muy distintos. La primera vez que se declaró fue el 4 de diciembre de 2010, fecha en la que el Gobierno aprobaba el Real Decreto 1673/2010, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo (BOE núm. 295, de 4 de diciembre de 2010) por causa de la huelga de los controladores aéreos que tuvo lugar en esa fecha. El estado de alarma se prorrogó durante 30 días con medidas limitadas a garantizar el retorno a la normalidad en ese ámbito sin que supusiera ninguna restricción a la actividad económica o administrativa. La segunda ocasión en la que se ha decretado el estado de alarma en España es la de marzo del año 2020 por la pandemia del denominado “coronavirus” referida en el texto que ha obligado a distintos Estados a adoptar medidas extraordinarias a fin de limitar la propagación de la pandemia.

<sup>11</sup> El artículo 4.b. de la Ley Orgánica 4/1981 prevé la declaración del estado de alarma en los de “*crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves*”.

sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Este texto legal recoge una serie de medidas orientadas a minimizar la actividad económica y administrativa con el fin de garantizar que pueda cumplirse la orden de confinamiento de la población en sus domicilios que se establece en el propio Real Decreto. Las graves circunstancias concurrentes, como se reconoce en la Exposición de Motivos de la norma, ante la pandemia internacional declarada por la OMS el 11 de marzo, “*requieren la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura*” (...) *una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos*”.

Mientras esté vigente el estado de alarma –y parece que se alarga a la vista de que la última prórroga se ha pedido hasta el 9 de mayo de 2020 inclusive– se paraliza la actividad administrativa con carácter general, paralización que tiene su reflejo en distintas previsiones que afectan a la suspensión de la actividad y de los plazos de las actuaciones administrativas<sup>12</sup> que han sido retocadas hasta en tres ocasiones en el plazo de una semana, lo que no supone una garantía para la seguridad jurídica de los administrados<sup>13</sup>. Como veremos a lo largo de este trabajo, esta previsión se va a ver acompañada de diferentes medidas tributarias que se han ido encabalgando para intentar paliar la situación de necesidad en la que han incurrido muchos contribuyentes.

Siguiendo con el propio Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo contiene las medidas imprescindibles para hacer frente a la situación que resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución.

Entre ellas, reduce el mantenimiento de la actividad administrativa únicamente a los servicios más esenciales y, consecuentemente, para evitar los problemas que se generan para los administrados, prevé el cierre al público de la gran mayoría de las Administraciones públicas por lo que la Disposición adicional tercera contiene la suspensión de los plazos administrativos<sup>14</sup> cuyo cómputo se reanudará cuando acabe

---

<sup>12</sup> Cfr. GONZÁLEZ APARICIO, M.: “Efectos sobre los plazos de prescripción tributaria de la adoptada a consecuencia de la declaración del estado de alarma”, *Quincena fiscal*, núm. 9/2020. BIB 2020\10870.

<sup>13</sup> Aunque es cierto que trata de disposiciones dictadas con la finalidad de mitigar las consecuencias de la situación de emergencia sanitaria en todos los ámbitos jurídicos debido a la premura en su aprobación y a las distintas sensibilidades de los diferentes Ministerios, han generado muchas dudas sobre su aplicación y delimitación, por lo que habrá que estar pendiente de futuras normas de desarrollo que precisarán el alcance de muchas de las medidas. En materia tributaria han sido muchos los documentos aclaratorios de la AEAT intentando precisar las normas aprobadas que han generado, como veremos, dudas de aplicación en los contribuyentes.

<sup>14</sup> Señala esta Disposición adicional tercera que:  
“*1. Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará*

el estado de alarma; asimismo, la Disposición adicional cuarta regula también la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad que en el ámbito tributario, que es el que nos preocupa especialmente, afecta a los plazos de ejercicio de ambas figuras en materia tributaria y a los propios procedimientos tributarios.

En cuanto a la primera cuestión, relativa a los plazos de prescripción y de caducidad en materia tributaria, la declaración del estado de alarma supone el mantenimiento de la actividad administrativa más esencial, por lo que la Disposición adicional cuarta establece que *“los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren”*.

Si bien la dicción de este precepto no parece problemática, en la medida en que parece que la suspensión debe aplicarse a todos los plazos de prescripción y caducidad sin excepción, lo que en la práctica conllevaría alargarlos por el plazo de vigencia de la declaración del estado de alarma. Su aplicación efectiva al ámbito tributario entronca con la problemática que apunta la profesora GONZÁLEZ APARICIO, que conecta con el principio de reserva de ley del artículo 8 f) de la Ley General Tributaria (en adelante, LGT), que afecta al establecimiento de plazos de prescripción y caducidad así como a la fijación de las causas interruptivas. La solución que apunta esta autora para evitar conculcar el principio de legalidad nos convence, coincidiendo con ella en que la interrupción y la suspensión son figuras con causas y efectos distintos y, por tanto, con distinta naturaleza por lo que, a falta de previsión expresa, *“no procede la aplicación del artículo 8 f) de la LGT a las causas de suspensión, con lo que el primer escollo resultaría salvado”*<sup>15</sup>.

Respecto a la duración máxima de los procedimientos tributarios y cómo les afecta lo dispuesto en esta Disposición adicional cuarta del Real Decreto, no actúa igual frente a todos los procedimientos. En el caso de la gestión tributaria se prevé la caducidad como mecanismo extintivo, con lo que este plazo quedaría suspendido; frente a ello, aquellos otros, como el de inspección o recaudación, en los que la caducidad no se contempla. Para evitar tal conflicto consideramos que la suspensión de estos últimos

---

*en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.*

*2. La suspensión de términos y la interrupción de plazos se aplicará a todo el sector público definido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*

*3. No obstante lo anterior, el órgano competente podrá acordar, mediante resolución motivada, las medidas de ordenación e instrucción estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses del interesado en el procedimiento y siempre que este manifieste su conformidad, o cuando el interesado manifieste su conformidad con que no se suspenda el plazo.*

*4. La presente disposición no afectará a los procedimientos y resoluciones a los que hace referencia el apartado primero, cuando estos vengán referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma”.*

<sup>15</sup> Cfr. GONZÁLEZ APARICIO, M.: “Efectos sobre los plazos de prescripción tributaria de la adoptada a consecuencia de la declaración del estado de alarma”, *Quincena fiscal*, núm. 9/2020. BIB 2020\10870, ya citado.

procedimientos viene avalada por la aplicación de la Disposición adicional tercera que, como dijimos, contempla la suspensión de todos los plazos “*de los procedimientos de las entidades del Sector público*”. Pese a la desafortunada dicción del precepto en cuanto a la delimitación del ámbito subjetivo, cabría entender que la Administración tributaria forma parte del sector público estatal y, por ello, esta Disposición resulta aplicable a todos los procedimientos tributarios que quedarían suspendidos por el tiempo por el que se prolongue el estado de alarma. Veremos de inmediato como el legislador tarda muy poco tiempo en contradecir esta interpretación.

## **2. Real Decreto 465/2020 de 17 de marzo**

Tres días después de la aprobación del Real Decreto que declara el estado de alarma, el Ejecutivo aprueba otra norma del mismo rango, el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19<sup>16</sup> con la finalidad, como mantiene la propia norma de “*introducir modificaciones orientadas a reforzar la protección de la salud pública y asegurar el funcionamiento de servicios públicos esenciales*”. Con esta excusa, se introduce en su artículo único, apartado cuarto, una modificación de la Disposición adicional tercera del Real Decreto 465/2020, añadiéndole un apartado sexto, al siguiente tenor: “*La suspensión de los términos y la interrupción de los plazos administrativos a que se hace referencia en el apartado 1 no será de aplicación a los plazos tributarios, sujetos a normativa especial, ni afectará, en particular, a los plazos para la presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias*”<sup>17</sup>.

Resulta claro que se quieren excluir todos los procedimientos tributarios de la suspensión general que se había decretado tres días antes sacándolos expresamente de su ámbito de aplicación<sup>18</sup>; da la impresión que el Ejecutivo acaba de caer en la cuenta de que no le interesa aplicar la suspensión con carácter general a la presentación de las declaraciones y autoliquidaciones tributarias y mucho menos someterlas a moratorias que comprometan los ingresos tributarios del Estado, tan necesarios a corto y medio plazo, en la medida en que van a resultar imprescindibles para afrontar los

---

<sup>16</sup> Los apartados 5 y 6 se añaden por el artículo único 4 del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo. BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020 Ref. BOE-A-2020-3828.

<sup>17</sup> Se ratifica en la Disposición Adicional Novena del Decreto-ley 8/2020 que señala Disposición adicional novena. *No aplicación suspensión plazos administrativos del Real Decreto 463/2020.*

*“A los plazos previstos en el presente Real Decreto-ley no les será de aplicación la suspensión de plazos administrativos prevista en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”.*

<sup>18</sup> Los plazos tributarios están sometidos a normativa especial, conclusión por otra parte avalada por la propia Ley 39/2015 que en su Disposición adicional primera señala que las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa se regirán por su normativa específica y, solo supletoriamente, por lo dispuesto en la Ley 39/2015.

costes que conllevará paliar los efectos económicos de esta crisis. Ciertamente es que esta tónica general, se rompe con posterioridad respecto a determinados sectores económicos, más vulnerables a los que en normas posteriores se trata de forma diferente<sup>19</sup>.

La exclusión, como veremos de inmediato también acaba afectando a los plazos de prescripción y caducidad de la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020 en lo que respecta a la materia tributaria –y pese a que esta norma no se modifique ahora– que no se suspenderán, aclaración que encontraremos en pocos días en el Decreto-ley 8/2020.

### 3. Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo

Con anterioridad a los dos Reales-Decretos mencionados, el 12 de marzo de 2020, tras el Consejo de Ministros extraordinario de esa fecha, se aprueba el Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo<sup>20</sup>, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, norma que flexibiliza la máxima general antedicha de no generar aplazamientos de pago generalizados, y permite el aplazamiento sin garantías de las deudas de Pymes y autónomos por un período de seis meses con la condonación de los intereses los primeros tres meses; en definitiva, se está contemplando lo que hemos venido a denominar como sucedáneo de moratoria en el pago de estas deudas<sup>21</sup>, para este tipo de sujetos.

A la vista está que, a diferencia de los dos textos legales analizados con anterioridad, el rango de esta norma es distinto al tratarse de un Decreto-ley<sup>22</sup> amparado en el artículo 86 de la CE, norma de rango legal que se justifica en la urgente necesidad que ha generado la pandemia, que después, como así ha sido, se convalida por las Cortes Generales<sup>23</sup>.

En particular, en el marco de las “medidas de apoyo financiero transitorio” se ocupa

<sup>19</sup> El contenido de los diferentes Decretos leyes así como el de las CCAA pueden verse de forma más detenida en la recopilación que ha llevado a cabo PÉREZ LARA, J.M.: *Medidas de carácter tributario adoptadas por el COVID-19. Incluye análisis, dossier legislativo estatal, autonómico y foral y las preguntas más frecuentes*, Tirant lo Blanch, 2020, ya citado.

<sup>20</sup> BOE, núm. 65, de 13 de marzo de 2020.

<https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/13/pdfs/BOE-A-2020-3580.pdf>

<sup>21</sup> Cfr. MATA SIERRA, M.T.: “Un sucedáneo de moratoria fiscal en tiempos del COVID-19”, *Quincena fiscal*. Núm. 10/2020, actualmente en prensa.

<sup>22</sup> Se trata de una fuente normativa que en el ámbito del ordenamiento tributario plantea particularidades que pueden verse en FALCON Y TELLA, R.: “El Decreto-ley en materia tributaria”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 10, enero-abril 1984, págs. 183 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. Resolución de 25 de marzo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19. (BOE Núm. 88 Lunes 30 de marzo de 2020, BOE-A-2020-4171 en <https://www.boe.es> <https://www.boe.es>).

de regular un régimen de aplazamiento de deudas tributarias en el ámbito de los tributos estatales para Pymes y autónomos que no superen los 30.000 euros. En concreto:

- a) Se concede el aplazamiento del ingreso de la deuda tributaria correspondiente a las liquidaciones y autoliquidaciones cuyo plazo de presentación e ingreso finalice desde el 13 de marzo de 2020 hasta el 30 de mayo de 2020 (por lo tanto, se trata de deudas tributarias en plazo voluntario)<sup>24</sup>.
- b) Para ello, se deben cumplir los requisitos a los que se refiere el artículo 82.2.a) de la Ley General Tributaria conforme al cuál se pueden aplazar con dispensa total o parcial de garantías las deudas tributarias que sean de cuantía inferior a la que se

---

<sup>24</sup> A título de ejemplo, y conforme al calendario tributario del contribuyente que puede consultarse en la web de la AEAT en concreto en la página [https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/Ayuda/Manuales\\_Folletos\\_y\\_Videos/Folletos\\_informativos/Calendario\\_del\\_contribuyente/Calendario\\_del\\_contribuyente\\_2020\\_HTML/Calendario\\_del\\_contribuyente\\_2020\\_HTML.shtml](https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/Ayuda/Manuales_Folletos_y_Videos/Folletos_informativos/Calendario_del_contribuyente/Calendario_del_contribuyente_2020_HTML/Calendario_del_contribuyente_2020_HTML.shtml) en el momento de aprobarse esta norma estaban endientes las siguientes liquidaciones y autoliquidaciones para los contribuyentes:

**A 20 de marzo de 2020.-** Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF) e Impuesto de Sociedades (IS): retenciones e ingresos a cuenta de rendimientos del trabajo, actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de renta, ganancias derivadas de acciones y participaciones de las instituciones de inversión colectiva, rentas de arrendamiento de inmuebles urbanos, capital mobiliario, personas autorizadas y saldos en cuentas, correspondientes al periodo febrero 2020; Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA): declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias y declaración de operaciones asimiladas a las importaciones, correspondientes al periodo febrero 2020 e Impuesto especial sobre la electricidad correspondiente al periodo febrero 2020.

**A 30 de marzo de 2020;** Impuesto sobre el Valor Añadido correspondiente al periodo febrero 2020; Impuestos medioambientales: declaración recapitulativa del ejercicio 20.

**A 31 de marzo de 2020:** - Declaración informativa sobre bienes y derechos en el extranjero, ejercicio 2019; - Declaraciones informativas, sobre valores, seguros y rentas, sobre clientes perceptores de beneficios distribuidos por IIC españolas o sobre clientes con posición inversora en IIC españolas en supuestos de comercialización transfronteriza de acciones o participaciones en IIC españolas, todas ellas referidas al ejercicio 2019.

**A 20 de abril de 2020.-** IRPF e IS: retenciones e ingresos a cuenta de rendimientos del trabajo, actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de renta, ganancias derivadas de acciones y participaciones de las instituciones de inversión colectiva, rentas de arrendamiento de inmuebles urbanos, capital mobiliario, personas autorizadas y saldos en cuentas, correspondientes al periodo marzo 2020 y primer trimestre (IT) 2020; .- Pagos fraccionados IRPF, correspondientes al periodo IT; Pagos fraccionados IS y Establecimientos Permanentes (no residentes), correspondientes al ejercicio en curso; IVA: autoliquidación correspondiente al IT 2020 (modelos 303, 309, 349, 368, 380) y declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias y declaración de operaciones asimiladas a las importaciones, correspondientes al periodo marzo 2020 e Impuesto especial sobre la electricidad correspondiente al periodo marzo 2020, IT2020 y anual 2019.

**Hasta el 30 de abril.-** IVA correspondiente al periodo marzo 2020.

fije en la normativa tributaria. Esta cuantía está actualmente fijada en 30.000 euros, en la Orden HAP/2178/2015, de 9 de octubre<sup>25</sup>.

- c) Se permite el aplazamiento de deudas que están habitualmente excluidas de esta posibilidad, según el artículo 65 de la Ley General Tributaria (en adelante, LGT) en concreto, las deudas derivadas de retenciones e ingresos a cuenta, tributos legalmente repercutidos y pagos fraccionados del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS)<sup>26</sup>.
- d) Solo se podrán acoger a esta medida las personas o entidades con un volumen de operaciones no superior a 6.010.121,04 euros en el año 2019.
- e) El aplazamiento se concederá por seis meses, sin que se devenguen intereses de demora durante los primeros tres meses del mismo.

En definitiva, y tras lo dispuesto en este Real Decreto 7/2020, y con la intención de paliar el impacto que supone el coronavirus en la actividad de *"los sectores más vulnerables de la economía"*, se da la posibilidad a Pymes y autónomos de aplazar hasta seis meses el pago de sus impuestos estatales con el límite de 30.000 euros<sup>27</sup> en concepto de deudas tributarias<sup>28</sup> que estén en periodo voluntario de pago desde este 13 de marzo hasta el 30 de mayo y siempre y cuando su volumen de operaciones no sobrepase los 6.010.121.04 en el ejercicio 2019<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Confrontar el Artículo 2.

<sup>26</sup> No se podrán aplazar las deudas cuya exacción se realice por efectos timbrados, ni las que en caso de concurso, formen parte de los créditos contra la masa, ni las que resulten de la ejecución de la recuperación de ayudas de Estado ni las resultantes de la ejecución de resoluciones firmes, total o parcialmente desestimatorias dictadas en recursos, reclamaciones económico administrativas o recursos contencioso-administrativos que hayan sido previamente objeto de suspensión durante su tramitación.

<sup>27</sup> La AEAT publica en su página web una Nota acerca del cálculo de esta cuantía de 30.000 euros en los de los aplazamientos del RD-I 7/2020, en la que aclara que dicha cuantía es acumulativa lo que es un criterio discutible, Señala concretamente, que este importe se calculará como un sumatorio del importe pendiente de todas las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento pendientes de resolver, incluida la que se presenta, y con independencia de la modalidad o normativa que la regula (Ley 58/2003, General Tributaria, RD-ley 7/2020, etc.); importe pendiente de todos los acuerdos de aplazamiento/fraccionamiento concedidos: a) con exención, b) con dispensa total y c) sin garantía alguna; importe pendiente de todos los acuerdos con dispensa parcial por el importe de los vencimientos pendientes de pago que no se encuentren garantizados; importe pendiente de todos los acuerdos de aplazamiento/fraccionamiento concedidos con garantía ofrecida, pero sin formalizar e importe pendiente de todos los acuerdos de aplazamiento/fraccionamiento concedidos con garantía en el estado de caducada, dada de baja, retirada, no aceptada o no conforme. (Puede verse en [https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/componentes/\\_Le\\_interesa\\_conocer/Nota\\_sobre\\_el\\_calculo\\_de\\_la\\_cuantia\\_del\\_aplazamiento\\_previsto\\_en\\_Real\\_Decreto\\_ley\\_7\\_2020\\_de\\_12\\_de\\_marzo\\_por\\_el\\_que\\_se\\_adopt\\_co\\_del\\_COVID\\_19.shtml](https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/componentes/_Le_interesa_conocer/Nota_sobre_el_calculo_de_la_cuantia_del_aplazamiento_previsto_en_Real_Decreto_ley_7_2020_de_12_de_marzo_por_el_que_se_adopt_co_del_COVID_19.shtml)).

<sup>28</sup> Pongamos un par de ejemplos: Pyme que tiene que ingresar a la AEAT por ejemplo 47.000. Si cumple el resto de los requisitos podría ingresar 17.000 y pedir el aplazamiento sobre el resto (30.000); contribuyente que ha de pagar en concepto de retenciones, IVA e IS por un total de 41.000 euros podría aplazar también 30.000 ingresando el resto. Lo importante es el deudor y que cumpla los requisitos no el origen de sus deudas con la AEAT.

<sup>29</sup> En relación con este Real Decreto-ley 7/2020, la AEAT ha publicado en su página web con fecha 16 de marzo de 2020 el documento "Nuevas instrucciones provisionales para solicitar

En concreto se pueden aplazar las obligaciones<sup>30</sup> de naturaleza tributaria referidas al IRPF, al IS<sup>31</sup>, al IVA y a los Impuestos ambientales y a algunos Impuestos especiales y que coinciden con las declaraciones del primer trimestre y a las mensuales de febrero, marzo y abril. Asimismo, también puede afectar a las declaraciones-autoliquidaciones del IS de sujetos pasivos cuyo cierre de ejercicio fiscal no coincida con el año natural con la particularidad de que durante los primeros 90 días no se cobrarán los correspondientes intereses de demora, que si se cobrarán, por lo dispuesto

---

aplazamientos de acuerdo con las reglas de facilitación de liquidez para pymes y autónomos contemplada en el Real Decreto-ley 7/2020 de 12 de marzo”, que puede verse en la web de la AEAT (como dijimos, todas las normas han necesitado una labor de interpretación por parte de la AEAT).

<sup>30</sup> También la devolución en los préstamos concedidos por la Secretaría General de Industria y Pyme.

<sup>31</sup> Se complica la situación especialmente en este impuesto en la medida en que la base imponible en el método de estimación directa es el resultado contable (artículo 10.3 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del IS) aprobado en junta general de socios (vid. el artículo 272 del TR de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto-legislativo 1/2010, de 2 de julio) Según este precepto, las cuentas deben formularse en el plazo de tres meses a partir del cierre del ejercicio social (artículo 253), además deberán ser revisadas por el auditor, quien emitirá un informe en el plazo de un mes desde que le fueren entregadas (artículo 270). Tras estos trámites se produce la aprobación por la junta ordinaria en un plazo máximo de 6 meses desde la finalización del ejercicio (artículo 164).

La liquidación del IS es coherente con dichos plazos, por lo que la obligación de presentar la declaración se inicia justo tras el transcurso de los 6 meses, y lo extiende durante un periodo razonable de 25 días (artículo 124.1 de la Ley 27/2014). El artículo 40 del RD 8/2020 suspende el plazo de tres meses para formular las cuentas anuales, reanudándose por otros tres una vez finalice el estado de alarma (apartado 3). Para el caso de que las cuentas ya estuvieran formuladas al tiempo de declararse el estado de alarma, se prorroga por dos meses el plazo para su verificación contable, contados desde la cesación del estado de alarma (apartado 4). Finalmente, la junta general ordinaria necesaria para aprobar las cuentas debe reunirse dentro de los tres meses siguientes a que finalice el plazo para formular las cuentas anuales, señalado en el apartado 3 (apartado 5). Conforme a lo dicho, y como evidencia HUELIN MARTÍNEZ, si una sociedad no había formulado sus cuentas anuales cuando entró en vigor el estado de alarma (14 de marzo) y asumiendo como hipótesis que éste finalice el 11 de abril, dispondrá hasta el 11 de julio para formularlas y hasta el 11 de octubre para aprobarlas. Como quiera que, según el artículo 10.3 de la norma, la base imponible del IS es el resultado contable según las cuentas anuales aprobadas en la junta general, resultará que la mayoría de las sociedades cuyo ejercicio coincida con el periodo anual no podrá dar adecuado cumplimiento al mencionado precepto al encontrarse todavía el 27 de julio de 2020, cuando acabe el plazo para presentar sus autoliquidaciones del IS correspondiente al ejercicio 2019, en periodo de aprobación de sus cuentas anuales. Esta situación, además de erigir trabas difícilmente salvables para los contribuyentes, resulta totalmente extraña al esquema del impuesto. Por ello creemos que el IS ofrece un claro ejemplo de la necesidad sobrevenida de adaptación de la normativa fiscal para que los contribuyentes puedan cumplir adecuadamente con sus obligaciones tributarias. (Cfr. HUELIN MARTÍNEZ, J.: “Razones en derecho que justifican la aplicación de una moratoria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias durante la vigencia del estado de alarma”, marzo 2020, págs. 7-8, consultada en la web de AEDAF). La Disposición Final primera 13 del Real Decreto-ley 11/2020, modifica precisamente el art. 40 del Decreto –Ley 8/2020.

por la norma<sup>32</sup> los siguientes tres meses<sup>33</sup>.

En definitiva, con el diseño que realiza este Decreto-ley que hemos venido a calificar de sucedáneo de moratoria<sup>34</sup>, el Ejecutivo se limita a aplazar los pagos solo a algunos contribuyentes, siempre y cuando lo soliciten expresamente, y con el único beneficio de no pagar intereses en el primer trimestre de dicho aplazamiento que se fija por un periodo de seis meses. A modo de crítica debemos decir que resulta una medida un tanto cicatera<sup>35</sup> sobre todo si se compara con los esfuerzos que se han hecho en otros órdenes del ordenamiento jurídico como el laboral, mercantil o civil en los que el Ejecutivo ha sido mucho más sensible a las dificultades a las que se enfrentan los ciudadanos<sup>36</sup>.

Sin entrar en otras medidas tributarias posibles<sup>37</sup> cuya propuesta se residencia en organismos internacionales<sup>38</sup> y en otras voces autorizadas<sup>39</sup> y centrándonos en el

---

<sup>32</sup> Es decir, un contribuyente que tenga que ingresar el IVA el 20 de abril, si solicita un aplazamiento no tendrá que pagar nada hasta el 20 de julio, y hasta el 20 de enero tendrá un fraccionamiento con intereses de demora.

<sup>33</sup> Porque el pago es ineludible, el Ejecutivo además, ha habilitado una línea de financiación del ICO, con 400 millones de euros y con garantía del Estado para los autónomos de los sectores del transporte de viajeros, alojamiento y restauración que son los más afectados por el impacto económico del Covid-19 con la previsión de ampliar esta línea de financiación a otros sectores si fuera necesario, que lo será seguro.

<sup>34</sup> Cfr. MATA SIERRA, M.T.: “Un sucedáneo de moratoria fiscal en tiempos del COVID-19”, *Quincena fiscal*. Núm. 10/2020, actualmente en prensa, ya citado.

<sup>35</sup> No obstante, esta medida se cuantifica por el Ejecutivo con un impacto máximo de 14.000 millones y podría beneficiar al 99,8% de los autónomos y al 94% de las Pymes, que son quienes se encuentran por debajo de ese nivel de facturación según la referencia del Consejo de Ministros de 14/05/2020 publicada en la web de Moncloa <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2020/refc20200414.aspx#Aplazamiento>).

<sup>36</sup> Consecuencia de ello, se regulan, con mayor o menor fortuna, moratorias en los pagos de alquileres, hipotecas o, en última instancia, hasta moratorias en el pago de las cotizaciones sociales de los autónomos.

<sup>37</sup> Coincidimos con muchas de las propuestas que están realizando la Asociación Española de Asesores Fiscales ( en adelante, AEDAF) y que afectan al IS, , al IVA, al IRPF o al ITPAJD, además de aplazamientos de deudas tributarias y autoliquidaciones y a alguna medida relativa al Suministro Inmediato de Información con la finalidad fundamental de paliar la falta de liquidez de las empresas ante esta crisis (Puede verse en AEDAF: *Propuesta de medidas tributarias a adoptar como consecuencia de la crisis derivada del Covid-19* AEDAF, que puede consultarse en la Web de AEDAF).

<sup>38</sup> La OCDE en la página web creada al efecto del Coronavirus, establece diferentes medidas que palían la actual crisis. Entre las propuestas de carácter fiscal, la OCDE ha recomendado varias medidas, entre las que se encuentran, incrementar las ayudas sociales y subsidios; el diferimiento o condonación de las cuotas de la Seguridad Social de autónomos y empresarios, conceder ventajas o exenciones fiscales a los trabajadores sanitarios y de servicios de urgencias; diferir el pago del IVA y derechos de aduanas, agilizar la devolución de impuestos, mejorar la regulación de la compensación de pérdidas, y en lo que afecta este estudio, aplazar o condonar impuestos (puede verse [https://oecd.dam-broadcast.com/pm\\_7379\\_119\\_119695-dj2g5d5oun.pdf](https://oecd.dam-broadcast.com/pm_7379_119_119695-dj2g5d5oun.pdf)) consultada el 5 de abril de 2020.

Por su parte el Eurogrupo también se ha recomendado la adopción de medidas tributarias orientadas a diferir impuestos para paliar los déficits de liquidez de las empresas, a través

aplazamiento que, como acabamos de reseñar, establece este Decreto-ley a modo de moratoria incompleta o un aplazamiento atípico o, si se prefiere, un híbrido entre ambas instituciones, debemos señalar que resulta a todas luces claramente insuficiente<sup>40</sup> para paliar la situación excepcional por causa de fuerza mayor a la que nos enfrentamos y que se asume solo parcialmente. Y ello no solo porque este aplazamiento singularísimo cobra intereses a partir de los tres meses, sino porque se aplica solo a algunos elegidos cuando son todos los contribuyentes los que van a estar sometidos a un gran estrés financiero y a tensiones de tesorería que les pueden dañar de forma irreparable; y ello sin entrar en la complicación práctica que supone el propio hecho de tener que tributar ya sea por temas de salud o los derivados de la situación de confinamiento que pueden afectar a los contribuyentes y a sus asesores. De hecho las quejas no se han hecho esperar, y los profesionales han demostrado su malestar a la Administración tributaria<sup>41</sup>.

#### **4. Real Decreto-ley 8/2020, de 12 de marzo**

Por su parte, el Real Decreto-ley 8/2020<sup>42</sup> publicado el mismo día que el Real Decreto 465/2020, y posteriormente convalidado por el Congreso<sup>43</sup> pese a tener en cuenta las causas de fuerza mayor que puedan producirse en los ámbitos civil, administrativo, o laboral, flexibilizando las medidas que afectan a trabajadores, familias y colectivos vulnerables en ese orden, no ha sido tan generoso respecto a dar solución al posible incumplimiento forzado de obligaciones tributarias, como consecuencia de la situación tan extraordinaria en la que nos encontramos.

---

de incentivos fiscales, relajación de ayudas de Estado, o moratorias fiscales y que están implantando un buen número de países miembros de la Unión europea pero que España aún no ha atendido. Puede verse, entre otros los siguientes documentos de la página del Consejo, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/03/16/statement-on-covid-19-economic-policy-response/> y, en particular [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/economy\\_en](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/economy_en)

<sup>39</sup> AEDAF: *Propuesta de medidas tributarias a adoptar como consecuencia de la crisis derivada del COVID19*, Marzo 2020, (Consultado en la Web de AEDAF el 31/03/2020).

<sup>40</sup> Desarrollamos ampliamente esta cuestión en. MATA SIERRA, M.T.: “Un sucedáneo de moratoria fiscal en tiempos del COVID-19”, *Quincena fiscal*. Núm. 10/2020, actualmente en prensa, ya citado.

<sup>41</sup> Tercera reiteración de la petición conjunta de las asociaciones y colegios profesionales tributarios integrantes del foro profesional tributario, 25 de marzo de 2020, que puede verse en el enlace <https://www.aedaf.es/es/prensa-y-actualidad/noticias/tercera-reiteracion-de-la-peticion-conjunta-de-las-asociaciones-y-colegios-profesionales-tributarios-integrantes-del-foro-profesional-tributario> ya citado (Consultado el 27 de marzo de 2020).

<sup>42</sup> Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. BOE núm. 73 de 18 de marzo, en [dehttps://www.boe.es/boe/dias/2020/03/18/pdfs/BOE-A-2020-3824.pdf](https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/18/pdfs/BOE-A-2020-3824.pdf)

<sup>43</sup> Cfr. Resolución de 25 de marzo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. BOE Núm. 88 de 30 de marzo de 2020. BOE-A-2020-4167 Verificable en <https://www.boe.es>

De hecho, las medidas que afectan al ámbito tributario<sup>44</sup> solo se encuentran en los artículos 32 y 33 del Decreto-ley, el primero dedicado a la atribución de competencias para el despacho aduanero, y el segundo, y más relevante por su carácter más general, relativo a la suspensión de plazos en el ámbito tributario.

En definitiva, y ante el vencimiento de diferentes plazos derivados de los procedimientos de gestión y recaudación de los tributos se establece una suspensión en cuanto a su cómputo y término de dichos plazos, siendo la fecha de terminación distinta, según el tipo de acto o actuación a realizar, bien el 30 de abril, para actos o trámites existentes antes del 18 de marzo que es el momento de entrada en vigor del Decreto-ley, bien el 20 de mayo de 2020, en el supuesto de actos o trámites posteriores al 18 de marzo de 2020, salvo que la propia norma o acto concreto establezca un plazo superior.

En concreto, y conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 33, se amplían hasta el 30 de abril de 2020, los plazos de pago de la deuda tributaria resultantes de liquidaciones y providencias de apremio que se hubieran comunicado antes del 18 de marzo de 2020, y que hayan concluido antes de esa fecha. También se amplía el plazo, hasta la misma fecha, para los vencimientos de los plazos y fracciones de acuerdos de aplazamiento- fraccionamientos concedidos que se hubieran comunicado antes del 18 de marzo del 2020 que no hayan concluido antes de dicha fecha<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> En su motivación este Real Decreto-ley señala en relación a las medidas adoptadas en el ámbito tributario que *“en atención a las dificultades que la situación excepcional generada por el COVID-19 puede entrañar para los obligados tributarios en orden a cumplir ciertas obligaciones tributarias y trámites en procedimientos de carácter tributario, fundamentalmente para atender requerimientos y formular alegaciones en plazo en procedimientos de aplicación de los tributos, sancionadores tributarios y algunos de revisión en materia tributaria, resulta aconsejable flexibilizar los plazos con los que cuenta el contribuyente para favorecer su derecho a alegar y probar y facilitar el cumplimiento del deber de colaborar con la Administración Tributaria del Estado y de aportar los documentos, datos e información de trascendencia tributaria de que se trate. A tal efecto, se ha tenido en cuenta lo dispuesto sobre suspensión de plazos administrativos para el ámbito de los procedimientos de entidades del sector público a que se refiere la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 20 de marzo, de declaración del estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, si bien con un ámbito especial y más concreto, el de ciertos procedimientos tributarios, y con un horizonte temporal a favor del obligado que puede superar el de vigencia inicial del estado de alarma.*

*Por esta misma razón, en aras de facilitar el pago de las deudas tributarias, se flexibilizan los plazos para el pago, tanto en periodo voluntario como en periodo ejecutivo, así como el pago derivado de los acuerdos de aplazamiento y fraccionamiento”.*

<sup>45</sup> Art 33 1. *“Los plazos de pago de la deuda tributaria previstos en los apartados 2 y 5 del artículo 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, los vencimientos de los plazos y fracciones de los acuerdos de aplazamiento y fraccionamiento concedidos, los plazos relacionados con el desarrollo de las subastas y adjudicación de bienes a los que se refieren los artículos 104.2 y 104 bis del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, y los plazos para atender los requerimientos, diligencias de embargo y solicitudes de información con trascendencia tributaria, para formular alegaciones ante actos de apertura de dicho trámite o de audiencia, dictados en*

Por su parte, el apartado 2 del mismo artículo amplía hasta el 20 de mayo de 2020 los plazos de pago de la deuda tributaria resultante de liquidaciones y providencias de apremio comunicadas a partir del 18 de marzo de 2020, salvo que el plazo inicial sea mayor. Igualmente, se amplía hasta esta fecha el plazo para los vencimientos de los plazos y fracciones de acuerdos de aplazamiento y fraccionamientos concedidos que se hubieran comunicado después del 18 de marzo del 2020, salvo que el plazo inicial sea mayor (art. 33.2)<sup>46</sup>.

Estas ampliaciones del plazo no afectan a las deudas tributarias que resulten de autoliquidaciones (art. 62.1 de la LGT) y no se contempla el perdón de los intereses de demora correspondientes en estos casos de forma que respecto a los aplazamientos, sigue rigiendo la normativa recogida en el Real Decreto-ley 7/2020.

El resto de los apartados del artículo 33, contemplan la ampliación del plazo para el procedimiento de apremio, para atender requerimientos, diligencias de embargo y solicitudes de información con trascendencia tributaria, y otros relacionados con los plazos de aplicación de los tributos, así como la ampliación máxima de la duración de determinados procedimientos que también afecta a la prescripción tributaria.

En relación a la duración máxima de los procedimientos de aplicación de los tributos, sancionadores y de revisión tramitados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, AEAT)<sup>47</sup>, conforme a lo dispuesto en los apartado 5, no computará el período comprendido desde la entrada en vigor del Decreto-ley (18 de marzo<sup>48</sup>) hasta el 30 de abril de 2020 –por un total de 44 días– si bien durante dicho

---

*procedimientos de aplicación de los tributos, sancionadores o de declaración de nulidad, devolución de ingresos indebidos, rectificación de errores materiales y de revocación, que no hayan concluido a la entrada en vigor de este real Decreto-ley, se ampliarán hasta el 30 de abril de 2020.*

*Adicionalmente, en el seno del procedimiento administrativo de apremio, no se procederá a la ejecución de garantías que recaigan sobre bienes inmuebles desde la entrada en vigor del presente real Decreto-ley y hasta el día 30 de abril de 2020”.*

<sup>46</sup> Art. 33.2. “Los plazos previstos en los apartados 2 y 5 del artículo 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, los vencimientos de los plazos y fracciones de los acuerdos de aplazamiento y fraccionamiento concedidos, así como los plazos relacionados con el desarrollo de las subastas y adjudicación de bienes a los que se refieren los artículos 104.2 y 104 bis del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, además del establecido para atender los requerimientos, diligencias de embargo, solicitudes de información o actos de apertura de trámite de alegaciones o de audiencia que se comuniquen a partir de la entrada en vigor de esta medida se extienden hasta el 20 de mayo de 2020, salvo que el otorgado por la norma general sea mayor, en cuyo caso éste resultará de aplicación”.

<sup>47</sup> Llamamos la atención respecto a que se refiere exclusivamente a los procedimientos tramitados por la AEAT) no resultando de aplicación a los procedimientos tributarios desarrollados por las administraciones autonómica y local.

<sup>48</sup> Conforme a la Disposición final novena “este Real Decreto-ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»”. En relación a su vigencia, al Disposición final décima fija una vigencia de un mes desde su entrada en vigor, por tanto hasta el 18 de abril de 2020. Esta vigencia no concuerda con las medidas que se adoptan en este texto legal, pues, como señalamos, en el ámbito tributario se extienden hasta el 30 de

período podrá la Administración impulsar, ordenar y realizar los trámites imprescindibles.

Conforme a lo previsto expresamente en el apartado 6 del mismo precepto<sup>49</sup>, este margen temporal de 44 días no computará a efectos de los plazos de prescripción regulados en el artículo 66 de la LGT por lo que durante este periodo el plazo general de prescripción de cuatro años establecido en el artículo 66 para los distintos derechos de la Administración y del obligado tributario se verá suspendido hasta el 30 de abril de 2020. Así pues, los plazos de prescripción que estuvieran en curso el día 18 de marzo de 2020, se suspenden, reanudándose su cómputo por el plazo que faltase hasta su conclusión el 1 de mayo de este mismo año<sup>50</sup>.

Por último, la Disposición transitoria tercera de este Real Decreto-ley 8/2020 establece que “*lo dispuesto en el artículo 33 será de aplicación a los procedimientos cuya tramitación se hubiere iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley*” lo que, teniendo en cuenta lo dispuesto en dicho artículo, supone que en el plazo comprendido entre el 18 de marzo de 2020 y el 30 de abril del mismo año, ambos inclusive, los procedimientos tributarios en curso a fecha 18 de marzo de 2020, se encuentran suspendidos durante los 44 días a los que antes nos referimos que, además, no se incluirán en su cómputo, reanudándose, en principio, y si no se alarga el día 1 de mayo de 2020. Asimismo, los procedimientos que debieran iniciarse durante tal lapso temporal, verán postergado su inicio también hasta el 1 de mayo de 2020.

Para finalizar, si nos gustaría volver a llamar la atención, como lo hicimos al inicio de este epígrafe, sobre que, a la vista de las normas fiscales contenidas en este Real Decreto-ley que acabamos de reseñar, el planteamiento de necesaria flexibilización fiscal para empresas y ciudadanos que apunta su Preámbulo conforme a lo defendido

---

abril. La referida Disposición final décima solventa este problema añadiendo la siguiente frase de cierre: “*no obstante lo anterior, aquellas medidas previstas en este real Decreto-ley que tienen plazo determinado de duración se sujetarán al mismo*”.

<sup>49</sup> 33.6. *El período a que se refiere el apartado anterior no computará a efectos de los plazos establecidos en el artículo 66 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, ni a efectos de los plazos de caducidad.*

*7. A los solos efectos del cómputo de los plazos previstos en el artículo 66 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en el recurso de reposición y en los procedimientos económico-administrativos, se entenderán notificadas las resoluciones que les pongan fin cuando se acredite un intento de notificación de la resolución entre la entrada en vigor del presente real Decreto-ley y el 30 de abril de 2020.*

*El plazo para interponer recursos o reclamaciones económico-administrativas frente a actos tributarios, así como para recurrir en vía administrativa las resoluciones dictadas en los procedimientos económico-administrativos, no se iniciará hasta concluido dicho período, o hasta que se haya producido la notificación en los términos de la Sección Tercera del Capítulo Segundo del Título III de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria, si esta última se hubiera producido con posterioridad a aquel momento.*

<sup>50</sup> Abunda en estas cuestiones y en las consecuencias que tiene este precepto en el instituto de la prescripción GONZÁLEZ APARICIO, M.: “Efectos sobre los plazos de prescripción tributaria de la adoptada a consecuencia de la declaración del estado de alarma”, *Quincena fiscal*, núm. 9/2020. BIB 2020\10870, ya citado.

por la Comisión Europea, en su Comunicación de 13 de marzo de 2020<sup>51</sup>, solo resulta objeto de mención sin que tenga reflejo en el articulado de la norma. Esperemos por ello que en el sentido indicado por las Instancias europeas, sea objeto de desarrollo en normas posteriores.

## **5. Real Decreto-ley 11/2020, de 27 de marzo**

Con posterioridad, el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, adopta medidas complementarias en el ámbito laboral para paliar los efectos cada vez más negativos derivados del COVID-19<sup>52</sup> sin que contemple ninguna norma de carácter tributario; ocurre lo mismo con el Real Decreto-ley 10/2020 de 28 de marzo<sup>53</sup> que se centra en regular un permiso retribuido recuperable para los trabajadores que no presten servicios esenciales.

Por su parte, el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo<sup>54</sup>, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente

---

<sup>51</sup> Señala este preámbulo que, “*de acuerdo con lo señalado por la Comisión Europea en su Comunicación del 13 de marzo, la respuesta a este desafío conjunto debe ser coordinada, con el apoyo de las instituciones y del presupuesto comunitario a las medidas nacionales. La pandemia del COVID-19 tiene una dimensión paneuropea pues su resolución tiene externalidades positivas para todos los Estados Miembros. En efecto, la contención del brote y de sus consecuencias económicas permite evitar su extensión a los países vecinos. El impacto final que la crisis sanitaria tenga para la economía europea dependerá de la coordinación de las autoridades nacionales y comunitarias. Estas últimas pueden y deben apoyar los esfuerzos individuales mediante la flexibilización de su normativa fiscal, la mutualización de los costes transitorios y la movilización de recursos comunitarios... En particular, la situación generada por la evolución del COVID-19 ha supuesto la necesidad de adoptar medidas de contención extraordinarias por las autoridades de salud pública, dentro del actual escenario de contención reforzada, coordinadas en el marco del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Estas medidas, junto con las adoptadas por otros países, están teniendo un impacto económico, que se proyecta en particular sobre determinadas empresas y sectores de la economía española, así como sobre los ciudadanos de las zonas afectada*”.

<sup>52</sup> Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, BOE, núm. 86, de 28 de marzo de 2020, que puede verse en BOE-A-2020-4152.

<sup>53</sup> Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, BOE, núm. 87, de 29 de marzo de 2020, que puede verse [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4166](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4166)

<sup>54</sup> Que se convalida con la Resolución de 9 de abril de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. BOE Núm. 103, de 13 de abril de 2020. BOE-A-2020-4427 Permalink ELI: [https://www.boe.es/eli/es/res/2020/04/09/\(5\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2020/04/09/(5)).

al COVID-19<sup>55</sup> contiene, entre otras medidas de carácter general reseñables por su relación indirecta con el ámbito tributario, una moratoria de seis meses en el pago de las cotizaciones sociales siempre que concurren los requisitos allí previstos (artículo 34), cumpliendo con ello con una de las demandas más insistentes de empresas y autónomos; a ello se añade el aplazamiento de deudas con la Seguridad social (artículo 35). Asimismo, se regulan las donaciones de bienes muebles o inmuebles en apoyo de la lucha contra el COVID-19 (artículo 47), así como otras medidas relativas al aplazamiento de los plazos de formulación y rendición de cuentas del ejercicio 2019 de las Entidades del sector público estatal y de remisión de la Cuenta General del Estado al Tribunal de Cuentas (artículo 48), o el aplazamiento extraordinario del calendario de reembolsos en préstamos concedidos por las CCAA y CCLL a empresarios y autónomos afectados por la crisis del COVID (artículo 50).

Además de estas medidas más generales, esta norma contiene también medidas concretas de naturaleza tributaria, que afectan a diferentes cuestiones sin haber descartado, en la tónica del caos legislativo en el que vivimos donde las normas se redactan y se corrigen en cuestión de días, modificar ciertos aspectos del Real Decreto-ley 8/2020.

En concreto el artículo 44, consecuencia de la suspensión de facturas de electricidad, gas natural y productos derivados del petróleo a Pymes y autónomos exime a las comercializadoras de electricidad y gas natural y las distribuidoras de gases manufacturados y gases licuados del petróleo por canalización de la liquidación del IVA, del Impuesto Especial de la Electricidad y del Impuesto Especial de Hidrocarburos, correspondientes a las facturas cuyo pago haya sido suspendido hasta que el consumidor las haya abonado de forma completa, o hayan transcurrido seis meses desde la finalización del estado de alarma.

Además, el artículo 52 concede el aplazamiento del pago de la deuda aduanera y tributaria correspondiente a declaraciones aduaneras presentadas entre el 2 de abril y el 30 de mayo. Este aplazamiento, como los contemplados en el Decreto-ley 7/2020 será de seis meses desde la finalización del plazo de ingreso que corresponda sin que se devenguen intereses de demora durante los tres primeros. El importe de la deuda a aplazar debe ser superior a 100 euros e inferior a 30.000 euros y el destinatario de la mercancía importada debe ser una persona o entidad con volumen de operaciones no superior a 6.010.121,04 euros en el año 2019<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> BOE núm. 91 Miércoles 1 de abril de 2020 que puede verse en <https://www.boe.es> en concreto <https://www.boe.es/boe/dias/2020/04/01/pdfs/BOE-A-2020-4208.pdf> que entra en vigor al día siguiente de su publicación, por tanto, el 2 de abril de 2020.

<sup>56</sup> Para la obtención del aplazamiento se exige la presentación de la correspondiente garantía por parte del importador que quedará afecta al pago de la deuda aduanera y tributaria. Se permite que dicha garantía sea la garantía de levante que normalmente presta el representante aduanero, en cuyo caso dicha garantía quedará trabada hasta el momento en el que se abone por completo el importe de la deuda aduanera aplazada. No obstante lo anterior, la norma habilita a las autoridades aduaneras para que puedan abstenerse de exigir la garantía cuando, en base a la situación del deudor, se determine que eso podría provocar dificultades graves de orden económico o social (de conformidad con el apartado 3 del artículo 112 del Reglamento (UE)

Se regula el supuesto de no aplicación del aplazamiento para aquellas entidades que liquiden las cuotas de IVA a la importación mediante el sistema de IVA diferido regulado en el artículo 167 Dos) de la LIVA. En estos casos, estas entidades estarán obligadas a incluir las cuotas de IVA a la importación en sus declaraciones-liquidaciones periódicas (modelo 303).

También conforme al artículo 53 de este Decreto-ley se suspenden los plazos en el ámbito tributario de las CCAA y de las EELL ampliando lo dispuesto en el artículo 33 del Real Decreto-ley 8/2020 a las actuaciones, trámites y procedimientos que se rijan por lo establecido en la LGT y sus Reglamentos desarrollo y que sean realizados y tramitados por dichas Administraciones tributarias, siendo asimismo aplicable, en relación con estas últimas, a las actuaciones, trámites y procedimientos que se rijan por el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, TRHLL) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

Por su lado, la Disposición adicional octava contempla la ampliación del plazo para recurrir en la vía administrativa señalando en su apartado 2 que en materia tributaria, desde la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, hasta el 30 de abril de 2020, el plazo para interponer recursos de reposición o reclamaciones económico administrativas que se rijan por la LGT, y sus Reglamentos de desarrollo, empezará a contarse desde el 30 de abril de 2020. Esto se aplicará tanto en los supuestos donde se hubiera iniciado el plazo para recurrir de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación del acto o resolución impugnada y no hubiese finalizado el citado plazo el 13 de marzo de 2020, como a los supuestos en los que no se hubiere notificado todavía el acto administrativo o resolución objeto de recurso o reclamación. Idéntica medida será aplicable a los recursos de reposición y reclamaciones que, en el ámbito tributario, se regulan en el TRHLL.

Por su parte, la Disposición adicional novena, en la tónica de lo que ya viene siendo habitual en normas anteriores, amplía la aplicación del Real Decreto-ley 8/2020 a determinados procedimientos y actos y amplía lo previsto en el artículo 33 del Decreto-ley 8/2020 para las deudas tributarias a los demás recursos de naturaleza pública. En concreto, el apartado primero señala que *“el período comprendido desde la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, hasta el 30 de abril de 2020 no computará a efectos de la duración máxima del plazo para la ejecución de las resoluciones de órganos económico-administrativos”*.

En el apartado segundo se dispone que *“desde la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, hasta el 30 de abril de 2020 quedan suspendidos los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos contemplados en la normativa tributaria”* lo que supone, entre otras cosas, la ampliación del margen temporal de la suspensión de los plazos de

---

nº 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de octubre de 2013 por el que se establece el código aduanero de la Unión).

prescripción y caducidad, modificando su inicio respecto a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 8/2020 que previó el inicio de la suspensión el 18 de marzo de 2020 mientras que ahora se establece que tal inicio se producirá el mismo día en que se decretó el estado de alarma, esto es, el 14 de marzo. Si se mantiene la fecha final a 30 de abril, los días de suspensión pasan a ser 48 días.

Junto a la modificación temporal indicada, el precepto también contiene un cambio de tipo objetivo ya que no solo afecta al art. 66 de la LGT sino que se expande hasta abarcar también al 66 bis) de la misma norma pues en este nuevo precepto se indica que la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad afectará a *“cualesquiera acciones y derechos contemplados en la normativa tributaria”*.

Por último, el apartado tercero afirma que *“lo previsto en los apartados anteriores será de aplicación a los procedimientos, actuaciones y trámites que se rijan por lo establecido en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y sus reglamentos desarrollo y que sean realizados y tramitados por parte de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, del Ministerio de Hacienda, o por las Administraciones tributarias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, así como, en el caso de estas últimas, a los que se rijan por el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo”* con lo que, en contra de la normativa anterior que solo afectaba a la AEAT, ahora se establece que la suspensión también se aplicará a los procedimientos tributarios desarrollados por las CCAA y las EELL que, por otro lado, ya se habían ocupado, en su gran mayoría, de regular la suspensión en su ámbito. Esta previsión normativa estatal servirá para las que no hayan regulado nada, y respecto a las normas del resto subsistirán en tanto no contradigan la norma estatal ya que, en otro caso quedarían tácitamente derogadas, pues su rango es inferior.

La Disposición adicional vigésima regula, por su parte, el rescate de planes de pensiones en determinadas condiciones y sujeto a determinados requisitos, en concreto, el reembolso de derechos consolidados se hará efectivo a solicitud del partícipe, sujetándose al régimen fiscal establecido para las prestaciones de los planes de pensiones; por lo tanto no se regula ningún régimen fiscal especial para estos supuestos<sup>57</sup>.

Para finalizar, la Disposición Final Primera 19 modifica la exención del AJD introducida en el Real Decreto-ley 8/2020 precisando que la exención se limita a los supuestos regulados en los artículos 7 a 16 del citado Real Decreto-ley, referentes a la moratoria de deuda hipotecaria para la adquisición de vivienda habitual.

Llegados a este punto, llama la atención a la vista de los derroteros que ha tomado la crisis, que en esta fecha el Ejecutivo no atienda a la demanda generalizada por parte de muchos contribuyentes de que se incluya un aplazamiento en los pagos en las liquidaciones tributarias que están pendientes en los principales impuestos y que

---

<sup>57</sup> Esta posibilidad de rescate se contempla igualmente para los asegurados de los planes de previsión asegurados, planes de previsión social empresarial y mutualidades de previsión social a que se refiere el artículo 51 de la Ley del IRPF.

afectan en particular a muchas Pymes y autónomos. Se demuestra con ello que el Gobierno se empeña en desconocer la nueva realidad generada por la pandemia en la que, no solo existe una crisis de liquidez para muchos contribuyentes, sino una total paralización económica por la que muchas empresas no tienen los ingresos necesarios para pagar esos tributos. Veremos cómo sendos Reales Decretos leyes que analizaremos de inmediato, responden, si bien en pequeña medida y un poco tarde, a esta realidad.

## **6. Real Decreto-ley 14/2020, de 14 de abril**

Con fecha 14 de abril, se aprueba el Real Decreto-ley 14/2020, por el que se extiende el plazo para la presentación e ingreso de determinadas declaraciones y autoliquidaciones tributarias<sup>58</sup>.

Atendiendo a lo que era ya un clamor por parte de contribuyentes y asesores, por las dificultades ya señaladas a las que les ha enfrentado el confinamiento, y transcurrido un mes de esta situación, el Ejecutivo, con esta norma se decide por fin a ampliar el plazo hasta el 20 de mayo de 2020<sup>59</sup>, para aquellas declaraciones y autoliquidaciones cuyo vencimiento se produzca entre el 15 de abril y el 20 de mayo de 2020<sup>60</sup>, ampliación del plazo que afecta únicamente a aquellos obligados que no superen un volumen de operaciones de 600.000 euros en el año 2019<sup>61</sup>.

La extensión del plazo no afecta ni a los grupos fiscales que tributen en régimen de consolidación fiscal del IS, ni tampoco a los grupos de entidades que tributen en régimen especial de grupos de entidades del IVA, en ambos casos con independencia del importe neto de la cifra de negocios y del volumen de operaciones que tengan; tampoco a la presentación de declaraciones aduaneras reguladas por el Reglamento

---

BOE Núm. 105 de 15 de abril de 2020, BOE-A-220-4413(1). <https://www.boe.es/boe/dias/2020/04/15/pdfs/BOE-A-2020-4448.pdf>

<sup>59</sup> Para autoliquidaciones con domiciliación bancaria, el plazo de presentación se amplía hasta el 15 de mayo de 2020. La Orden EHA/1658/2009, de 12 de junio, por la que se establecen el procedimiento y las condiciones para la domiciliación del pago de determinadas deudas cuya gestión tiene atribuida la AEAT, regula el adeudo en cuenta del obligado al pago, estableciendo que el cargo se realizará el día del vencimiento que en cada caso corresponda lo que supone que en este caso concreto, quizá se haya llegado tarde (Cfr INFORMA. Preguntas frecuentes (Cfr. [https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La\\_Agencia\\_Tributaria/Campanas/\\_Campanas/\\_Medidas\\_Tributarias\\_COVID\\_19/Plazos/Preguntas\\_frecuentes/Preguntas\\_generales/\\_Se\\_modifican\\_los\\_plazos\\_de\\_presentacion\\_d\\_e\\_las\\_declaraciones\\_y\\_autoliquidaciones\\_.shtml](https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Campanas/_Campanas/_Medidas_Tributarias_COVID_19/Plazos/Preguntas_frecuentes/Preguntas_generales/_Se_modifican_los_plazos_de_presentacion_d_e_las_declaraciones_y_autoliquidaciones_.shtml)).

<sup>60</sup> Según se recoge en las referencias del Consejo de Ministros publicadas, la extensión del plazo de presentación e ingreso se produce “*con independencia del momento de la presentación, todos los cargos se realizarán el 20 de mayo. Eso incluye también las declaraciones presentadas antes del 15 de este mes (de abril)*”. Puede verse en la web de Moncloa.

<sup>61</sup> A estos efectos, el volumen de operaciones será el previsto en el artículo 121 de la Ley del IVA, y en su defecto, cuando no exista obligación de presentar declaraciones relativas al IVA, el Importe Neto de la Cifra de Negocios del IS o el equivalente en el caso del IRPF.

(UE) núm. 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se aprueba el Código aduanero de la Unión y/o por su normativa de desarrollo.

Está claro que se está pensando de nuevo en Pymes y autónomos, no en otros contribuyentes, como corrobora el hecho de que en la referencia del Consejo de Ministros de 14 de abril, previo a la publicación del Decreto-ley se intitula esta medida como “*Aplazamiento de todas las declaraciones de impuestos del mes de abril para pymes y autónomos*”<sup>62</sup> lo que intenta dar respuesta a las reclamaciones de estos colectivos tan castigados por la pandemia<sup>63</sup> pretendiendo también, en palabras del propio Ejecutivo, “*dar un mayor margen a los gestores y asesores fiscales para recopilar la información necesaria para cumplir con las obligaciones fiscales de sus clientes en un momento de gran dificultad por los efectos de la emergencia sanitaria*”<sup>64</sup>.

Esta medida se suma al aplazamiento que, como ya analizamos, se contenía en el Real Decreto-ley 7/2020 en lo que el Ejecutivo denomina “*Estrategia del Ministerio de Hacienda para combatir los efectos del COVID-19 en la actividad de autónomos y Pymes*”<sup>65</sup>.

Para ser realmente una estrategia quizá llegue un poco tarde y respecto a los efectos que ha tenido la pandemia para Pymes y autónomos el problema último es, no ya tanto de liquidez –que también– sino de capacidad económica en la medida en que no se puede hacer tributar por lo que no se ingresa. A esta fecha se enfrentan a este problema todos aquellos contribuyentes que están sometidos al sistema de módulos si esto no se corrige bien ajustando los mismos, bien permitiéndoles cambiar a regímenes de estimación directa que incidan en su capacidad contributiva real, en la medida en que exigir tributar por rentas que no se obtienen convertiría al sistema tributario en confiscatorio en contra de lo dispuesto en el artículo 31.1 de la CE. Como veremos, parece que parece que el Ejecutivo ha caído en la cuenta de esta realidad que atenaza a muchos contribuyentes a tenor de lo que regula en el siguiente Real Decreto-ley que procederemos a analizar.

---

<sup>62</sup> En la referencia del Consejo de Ministros de 14/05/2020 publicada en la web de Moncloa (Cfr. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2020/refc20200414.aspx#Aplazamiento>) se lee expresamente, “*El Consejo de Ministros ha aprobado un Real Decreto-ley que permite prolongar el plazo de presentación de declaraciones y autoliquidaciones de impuestos para pymes y autónomos. La norma establece que estos colectivos no tendrán que presentar estos pagos tributarios en abril, como es habitual, sino que extiende el plazo un mes hasta el 20 de mayo para mitigar el impacto económico provocado por la crisis del COVID-19*”.

<sup>63</sup> De hecho en la referencia del Consejo de Ministros mencionada se señala expresamente que “*de esta forma el Gobierno muestra su compromiso con pymes y autónomos, que conforman el grueso del tejido productivo de España. De hecho, la medida aprobada hoy beneficiará a 3,4 millones de contribuyentes, que representan el 95% de empresas y autónomos que deben presentar su declaración tributaria en abril. En la práctica, esta moratoria supone una liquidez de 3.558 millones para pymes y autónomos*” (cit).

<sup>64</sup> Ídem.

<sup>65</sup> Ibidem.

Debemos aclarar para terminar que esta previsión se aplica solo a aquellos tributos cuya competencia corresponda a la AEAT<sup>66</sup> lo que excluye a tanto a los tributos Locales, como a los propios de las CCAA o cedidos a éstas –ITP o ISD– así como los de los territorios forales.

## **7. Real Decreto-ley 15/2020 de 21 de abril**

El 22 de abril se aprueba, después de más de mes y medio de confinamiento, el Real Decreto-ley 15/2020<sup>67</sup>, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo en el bien entendido que el alargamiento del estado de alarma exige reforzar las medidas que protejan el tejido productivo y social intentando, en la medida de lo posible, minimizar el impacto y preparar la recuperación de la actividad económica cuanto empiece a remitir la situación de confinamiento. De entre todas ellas nos interesan, lógicamente, las de naturaleza tributaria.

Y en este marco, las principales medidas aprobadas, que además son las últimas (de momento), afectan a los tres grandes impuestos estatales, IVA, IS e IRPF aprobando reducciones temporales de tipos impositivos en el primero de ellos, ampliando el plazo de opción de la modalidad de pagos fraccionados en el segundo, modificando las condiciones de la renuncia a módulos en 2020 en la que los días naturales en estado de alarma no computan en módulos así como la posibilidad de supeditar el pago de las deudas tributarias a la obtención de la financiación a través de la Línea de Avales; asimismo, y como veremos inmediatamente, también se adoptan medidas que afectan a las sociedades cooperativas y laborales, a las tasas portuarias, o a la disponibilidad de planes de pensiones, extendiéndose nuevamente plazos tributarios ahora hasta el 30 de mayo de 2020.

Siguiendo el orden de los preceptos en materia tributaria que contiene esta norma lo primero que encontramos en su artículo 8 es la reducción temporal –desde la entrada en vigor de esta norma es decir desde el 23 de abril hasta 31 de julio de 2020– del tipo de IVA que afecta al suministro de material sanitario<sup>68</sup> de productores nacionales e internacionales (es decir entregas de bienes, adquisiciones intracomunitarias e importaciones) a entidades de Derecho público, clínicas o centros hospitalarios, o entidades privadas de carácter social<sup>69</sup> a tipo cero<sup>70</sup>. Para los destinatarios de las

---

<sup>66</sup> A modo de resumen, principalmente las declaraciones y autoliquidaciones cuyo plazo de presentación y pago se ha extendido al 20 de mayo (15 de mayo si se domicilia el pago aunque el cargo en cuenta se hará el 20 de mayo) son las siguientes: Retenciones y Pagos a cuenta IRPF; Gravamen Especial de Premios de Lotería; Pagos fraccionados IS; IRNR; IVA; Primas de seguros; Impuesto Especial sobre la electricidad y Declaración informativa trimestral de la cesión de uso de viviendas con fines turísticos.

<sup>67</sup> Real Decreto-ley 15/2020 de 21 de abril de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. BOE, Núm. 112, de 22 de abril de 2020. BOE-A- 2020/ 4554(1).

<sup>68</sup> Vid. Anexo del Real Decreto 15/2020 de 22 de abril.

<sup>69</sup> Referidas en el art 20. Tres de la LIVA.

<sup>70</sup> La singularidad que supone este tipo impositivo la analizamos en el trabajo: MATA SIERRA, M.T. “Consideraciones sobre la permanencia del tipo cero en la normativa

facturas por este tipo de productos estas operaciones se documentarán como operaciones exentas<sup>71</sup> y no limitarán el derecho a la deducción del IVA soportado por el sujeto pasivo que realiza la operación.

Traemos a colación aquí lo dispuesto en la Disposición final segunda de esta norma por la que también se modifica el artículo 91.Dos 1.2) de la LIVA reduciendo el IVA de los libros, revistas y periódicos electrónicos al 4% igualándolos a los de papel y haciendo desaparecer el diferente trato entre ellos.

Por su parte, el artículo 9 del Real Decreto-ley establece la opción extraordinaria por la modalidad de pagos fraccionados prevista en el artículo 40.3 de la LIS<sup>72</sup> para contribuyentes del IS cuyo período impositivo se haya iniciado a partir de 1 de enero de 2020 mediante la presentación del primer pago fraccionado del IS, ampliado hasta el 20 de mayo para los contribuyentes a quienes sea de aplicación la ampliación prevista en el artículo único.1 del Real Decreto-ley 14/2020 que afecta a los contribuyentes con facturación inferior a 600.000 euros en 2019.

O bien, mediante la presentación del segundo pago fraccionado del IS en los primeros veinte días naturales del mes de octubre de 2020, para aquellos contribuyentes que no pueden acogerse al plazo ampliado por el Real Decreto-ley 14/2020 y cuyo importe neto de la cifra de negocios no haya superado la cantidad de 6.000.000 euros durante los doce meses anteriores a la fecha en la que se inició el período impositivo<sup>73</sup>.

El primer pago fraccionado efectuado en los veinte días naturales del mes de abril de 2020 resulta deducible de la cuota del resto de pagos fraccionados que se efectúen a

---

reguladora del IVA”, (I) y (II) *Quincena fiscal (revista de actualidad fiscal)*. Núms. 5 y 6, 1994, págs. 9-16 y 9 a 17 respectivamente.

<sup>71</sup> La Comisión Europea acuerda en Decisión (UE) 2020/491, de 3 de abril de 2020, la concesión de una franquicia de derechos de importación y de una exención del IVA respecto de la importación de las mercancías necesarias para combatir los efectos del brote de COVID-19 durante el año 2020.

<sup>72</sup> El apartado 3 del artículo 40 LIS contiene un régimen especial para el cálculo de los pagos fraccionados que opera sobre la parte de base imponible del periodo de los 3, 9 u 11 primeros meses del año natural. Esta modalidad es obligatoria para los sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones haya superado los 6 millones de euros en los 12 meses anteriores a la fecha en la que se inicie el periodo impositivo. Los pagos fraccionados se realizarán sobre la parte de la base imponible del período de los 3, 9 u 11 primeros meses de cada año natural, determinada según las normas previstas en la LIS. Aquellos sujetos pasivos no obligados a realizar el cálculo del pago fraccionado mediante este régimen especial, podrán optar por su aplicación mediante la presentación de la correspondiente declaración censal (modelo 036) en los siguientes plazos:

- Para aquellos contribuyentes cuyo periodo impositivo coincida con el año natural durante el mes de febrero del año natural a partir del cual deba surtir efectos.
- Para aquellos otros contribuyentes cuyo periodo impositivo no coincida con el año natural durante el plazo de 2 meses a contar desde el inicio del período impositivo o dentro del plazo comprendido entre el inicio del periodo impositivo y la finalización del plazo para efectuar el primer pago fraccionado cuando este último plazo fuera inferior a dos meses.

<sup>73</sup> Esta fórmula no resulta aplicable a los grupos de sociedades en consolidación fiscal regulado en el Capítulo VI del Título VII de la LIS.

cuenta del mismo período impositivo determinados con arreglo a la opción del art. 40.3 de la LIS. Es importante aclarar que el contribuyente que decida ejercitar la opción con arreglo a lo dispuesto en este artículo, quedará vinculado a esta modalidad de pago fraccionado, exclusivamente, respecto de los pagos fraccionados correspondientes al mismo período impositivo.

El artículo 10 contiene la limitación de los efectos temporales de la renuncia tácita al método de estimación objetiva en el ejercicio 2020 de forma que los contribuyentes de IRPF que determinen su rendimiento neto de actividades económicas con arreglo a este método de estimación objetiva, y en el plazo para la presentación del pago fraccionado correspondiente al primer trimestre del 2020, (que, como ya dijimos, se ha ampliado hasta el 20 de mayo), renuncien a la aplicación del mismo, no se verán vinculados durante tres años. Por tanto, los contribuyentes podrán volver a determinar el rendimiento con arreglo al método de estimación objetiva en el ejercicio 2021 siempre que cumplan los requisitos para su aplicación y se lleve a cabo la revocación de la renuncia al método de estimación objetiva en el plazo reglamentario<sup>74</sup>.

Dicha renuncia y la posterior revocación de la misma tendrá idénticos efectos en los regímenes especiales de IVA (Régimen simplificado y Régimen Especial de la agricultura, ganadería y pesca) o del Impuesto General Indirecto Canario (en adelante IGIC). Siguiendo el orden del Real Decreto-ley, el artículo 11 establece que, como consecuencia del estado de alarma, en el cálculo de los pagos fraccionados en el método de estimación objetiva del IRPF y de la cuota trimestral del régimen simplificado del IVA, no computarán, en cada trimestre natural del ejercicio 2020, como días de ejercicio de la actividad, los días naturales en los que hubiera estado declarado dicho el estado de alarma en el trimestre.

Esta medida afectará pues a aquellos contribuyentes del IRPF que desarrollen actividades económicas incluidas en el Anexo II de la Orden HAC/1164/2019, de 22 de noviembre<sup>75</sup>, y determinen el rendimiento de éstas por el método de estimación objetiva, para el cálculo del pago fraccionado en función de los datos-base<sup>76</sup> y a los sujetos pasivos de IVA que desarrollen actividades empresariales o profesionales

---

<sup>74</sup> Conforme a lo dispuesto en el art. 33.1. del Reglamento del IRPF.

Debemos puntualizar que se entiende efectuada la renuncia al método de estimación objetiva si se presenta en plazo, el pago fraccionado del primer trimestre del año natural mediante el modelo 130, previsto para el método de estimación directa (renuncia tácita). Asimismo, la revocación se podrá efectuar durante el mes de diciembre de 2020 (mediante presentación de modelo 036/037) o presentando el modelo 131 de pagos fraccionados correspondiente al primer trimestre para estimación objetiva en abril de 2021. De este modo, con carácter excepcional, la norma está habilitando una especie de “revocación tácita”.

<sup>75</sup> Orden HAC/1164/2019, de 22 de noviembre, por la que se desarrollan para el año 2020 el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el régimen especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido. BOE Núm. 288, de 30/11/2019. BOE-A-2019-17252 Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/o/2019/11/22/hac1164/con>

<sup>76</sup> Queden excluidas de esta medida las actividades agrícolas, ganaderas y forestales.

incluidas en el citado Anexo II y que estén acogidos al régimen especial simplificado de IVA, para el cálculo del ingreso a cuenta en el año 2020.

En principio, este prorrateo únicamente afectará a los dos primeros trimestres de 2020- en el primer trimestre serían 18 días naturales y en el segundo habrá que realizar el cálculo dependiendo de las posibles prórrogas.

Para aquellos contribuyentes de IRPF, IVA e IS que hayan presentado sus autoliquidaciones con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 15/2020 –es decir el 22 de abril– la AEAT implementará un sistema para facilitar la aplicación de las medidas previstas en los tres artículos anteriores (9, 10 y 11) del Real Decreto-ley.

En el artículo 12 se establece la posibilidad de supeditar el pago de las deudas tributarias a la obtención de la financiación a través de la Línea de Avales de forma que no se iniciará el período ejecutivo para deudas tributarias derivadas de la concesión de financiación a la que se refiere el artículo 29 del Real Decreto-ley 8/2020<sup>77</sup>. Al hilo de esto, la Disposición transitoria primera señala que esta medida resultará aplicable a las declaraciones-liquidaciones y autoliquidaciones cuyo plazo de presentación e ingreso voluntario concluya entre el 20 de abril y 30 de mayo de 2020 presentadas antes del 23 de abril de 2020 y cuyo periodo ejecutivo se hubiera iniciado se considerarán en periodo voluntario de ingreso cuando se den conjuntamente las circunstancias que se indican en dicha disposición<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> No se iniciará el periodo ejecutivo en las deudas resultantes de declaraciones-liquidaciones y autoliquidaciones cuyo plazo de presentación e ingreso voluntario concluya entre el 20 de abril y 30 de mayo de 2020, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Que se haya solicitado dentro del periodo voluntario de presentación o anteriormente y para el pago de las deudas tributarias derivadas de las declaraciones-liquidaciones o autoliquidaciones, la financiación a entidades de crédito con aval del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, regulados en el art. 29 del Real Decreto-ley 8/2020, el menos en el importe de dichas deudas.
  - Que el obligado tributario aporte a la AEAT dentro de los cinco días posteriores al fin del plazo voluntario de presentación de las declaraciones-liquidaciones o autoliquidaciones, certificado expedido por la entidad financiera que acredite la solicitud de dicha financiación y en el que se incluya el importe y las deudas tributarias financiadas.
  - Que la solicitud de financiación se conceda como mínimo en el importe de las deudas tributarias.
  - Que las deudas tributarias se satisfagan efectiva, completa e inmediatamente en el momento de la concesión de la financiación, entendiéndose incumplido este requisito si no se produce el ingreso en el plazo de un mes desde la finalización del periodo voluntario de pago de las respectivas declaraciones-liquidaciones y autoliquidaciones.
- El incumplimiento de los requisitos anteriores tendrá como consecuencia que no se considerará suspendido el inicio del periodo ejecutivo al finalizar el plazo de presentación y pago voluntario respectivo.

<sup>78</sup> Se considerarán en periodo voluntario de ingreso si cumplen conjuntamente los siguientes requisitos:

- Que el obligado tributario aporte a la AEAT en el plazo de cinco días siguientes a contar a partir del 23 de abril de 2020, certificado expedido por la entidad financiera que acredite

Se establece en el artículo 13 que mientras dure el estado de alarma y hasta el 31 de diciembre de 2020, el Fondo de Educación y Promoción Cooperativo de las Cooperativas podrá ser destinado, total o parcialmente bien como recurso financiero, para dotar de liquidez a la cooperativa en caso de necesitarlo para su funcionamiento o a cualquier actividad que redunde en ayudar a frenar la crisis sanitaria del COVID-19, en cuyo caso no tendrá consideración de ingreso para la Cooperativa, o a paliar sus efectos, bien mediante acciones propias o bien mediante donaciones a otras entidades, públicas o privadas. La competencia para decidir la aplicación mientras dure esta situación y hasta el 31 de diciembre será excepcionalmente del Consejo Rector.

El artículo 14 contiene la ampliación de 12 meses adicionales sobre el plazo ordinario (de 36 meses) para obtener la calificación de Sociedad Laboral por parte de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, prórroga extraordinaria que solo se aplicará a las sociedades laborales constituidas durante el año 2017.

Por su parte, los artículos 17 a 20 contienen diferentes medidas que afectan a las tasas portuarias; en concreto afectan a las tasas de ocupación<sup>79</sup>, a las de actividad<sup>80</sup> y a las del buque<sup>81</sup> previendo la posibilidad de solicitar su aplazamiento de deudas en dicho

---

la solicitud de dicha financiación y en el que se incluya el importe y las deudas tributarias financiadas.

- Que la solicitud de financiación se conceda como mínimo en el importe de las deudas tributarias.
- Que las deudas tributarias sean pagadas efectivamente de manera completa e inmediatamente en el momento de la concesión de la financiación, entendiéndose incumplido este requisito si no se produce el ingreso en el plazo de un mes desde la finalización del periodo voluntario de pago de las respectivas declaraciones-liquidaciones y autoliquidaciones.

En este supuesto el incumplimiento de los requisitos anteriores tendrá como consecuencia el inicio o continuación del periodo ejecutivo desde la fecha en que se inició y la AEAT tendrá acceso telemático a la información y expedientes completos a la solicitudes y concesiones de la financiación regulada en el artículo 29 del Real Decreto-ley 8/2020 para realizar su actividad de comprobación.

<sup>79</sup> El artículo 17 señala que en las liquidaciones que se notifiquen con posterioridad a la entrada en vigor de esta norma, para el ejercicio 2020, podrá reducirse la tasa de ocupación de las concesiones o autorizaciones, en aquellas respecto de las que se acredite que han experimentado un impacto significativamente negativo en su actividad como consecuencia de la crisis del COVID-19. La evaluación de dicho impacto se realizará caso a caso, tomando como base la actividad de los últimos cuatro años, conforme a criterios objetivos sobre un indicador de tráfico o, en su defecto, de ingresos imputables a dicha actividad.

<sup>80</sup> El artículo 18 determina que las Autoridades Portuarias, a solicitud del sujeto pasivo, justificando cumplidamente el impacto negativo en su actividad de la crisis del COVID-19, podrán dejar sin efecto para el año 2020 el límite inferior de la cuota íntegra anual establecida en el artículo 188.b).2.º 1 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante.

<sup>81</sup> En relación a esta tasa, el artículo 19 afirma que a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley y durante el ejercicio 2020, se establece una exención a la tasa del buque cuando este deba encontrarse amarrado o fondeado en aguas portuarias, como consecuencia de una orden de la Autoridad competente por razón de la crisis del COVID-19, mientras dure esta situación.

ámbito previa solicitud a las Autoridades Portuarias para las devengadas desde la entrada en vigor del Real Decreto- ley 7/2020 y hasta el 30 de junio de 2020, ambos inclusive. El plazo máximo en este caso será de seis meses y no se devengarán intereses de demora ni se exigirán garantías para dicho aplazamiento.

Asimismo el artículo 23 regula las normas sobre disponibilidad excepcional de los planes de pensiones en situaciones derivadas de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, señalando quiénes pueden solicitar hacer efectivos sus derechos consolidados, el modo de acreditar la concurrencia de las circunstancias que permiten la disponibilidad excepcional, cuál es el importe de los derechos consolidados disponible, y el plazo para efectuar el reembolso.

Por último, el Real Decreto-ley 15/2020 prevé en sus Disposiciones adicionales primera, octava y novena la extensión de los plazos de vigencia de determinadas disposiciones de los anteriores Decretos leyes 8/2020, de 17 de marzo, y 11/2020, de 31 de marzo de forma que las referencias temporales efectuadas a los días 30 de abril y 20 de mayo de 2020 en el artículo 33 del primero, y en las Disposiciones adicionales octava y novena del segundo, se entenderán realizadas al día 30 de mayo de 2020.

También se añaden en la Disposición final octava, apartado 5 dos nuevos párrafos al apartado 3 del artículo 33 del Real Decreto-ley 8/2020, con la finalidad de adaptar el ejercicio de derechos por licitadores y adjudicatarios de subastas desarrolladas por la AEAT a la ampliación de plazos que afecta a dichos procedimientos. De esta forma, el licitador podrá solicitar la anulación de sus pujas y la liberación de los depósitos constituidos y, si procediese, el precio del remate ingresado, siempre que, en relación con los adjudicatarios, no se hubiera emitido certificación del acta de adjudicación de los bienes u otorgamiento de escritura pública de venta con fecha de 23 de abril de 2020.

### III. REFLEXIONES FINALES

Llegados a este punto, y tras revisar la acción normativa del Gobierno durante la crisis del COVID-19 en el orden tributario estatal, que estamos bien seguros de que ni mucho menos ha concluido al cierre de este estudio. Nos gustaría señalar que de su análisis se desprende la falta de una estrategia clara en la toma de medidas fiscales que palién los efectos de esta crisis inédita para nuestro Derecho.

Como hemos evidenciado a lo largo de las páginas anteriores las medidas tributarias se aprueban, se modifican, se puntualizan y se cambian, a golpes de realidad y con un cierto grado de improvisación. Con la aprobación de estas medidas a lo largo de este mes y medio, no se corrige además lo que resulta más preocupante que es la falta de liquidez de los contribuyentes, problema que hubiera demandado, desde los inicios de esta crisis, darles a todos ellos mayores facilidades instrumentadas a través de un aplazamiento generalizado de los tiempos de presentar las declaraciones y autoliquidaciones tributarias cosa que, como hemos visto no se ha hecho.

En el ámbito fiscal el Ejecutivo, escudado en la necesidad de los ingresos tributarios para el Estado, ha sido mucho menos generoso con los administrados que en otros órdenes como el mercantil, laboral o civil limitándose a intentar facilitar el pago de impuestos a Pymes y autónomos en unos tiempos más que cuestionables y a golpe de protestas de estos colectivos.

De hecho, como hemos visto, en un principio se limitó a regular un aplazamiento para las deudas tributarias cuando se cumplieran los requisitos exigidos en la normativa, que limitaban su uso a algunos sujetos concretos, con la única ventaja de aplicar un aplazamiento, una mal llamada moratoria en el pago de sus deudas tributarias aplicable exclusivamente a los tres primeros meses del aplazamiento de seis meses concedido –con lo que los tres siguientes se pagan los correspondientes intereses–, añadiendo la singularidad de que puede afectar a deudas que, normalmente, no son aplazables. A este suceso de moratoria fiscal se añaden posteriormente y en tiempo límite –porque se acababa el plazo de ingreso– un aplazamiento del ingreso, primero hasta el 20 de mayo, y ahora y de momento hasta el 30 de mayo, para aquellos contribuyentes, en particular Pymes y autónomos, que no superen un volumen de operaciones de 600.000 euros en el año 2019.

Estas medidas se quedan muy cortas y a estas alturas no palían sus problemas de liquidez que, si seguimos mucho tiempo confinados, como señalamos, puede convertirse en un problema mucho más estructural, ya que la falta de actividad económica acabará afectando a la capacidad contributiva de los contribuyentes, impidiéndoles pagar sus impuestos y abocándoles al cierre.

Asimismo en el último Decreto-ley parece por fin que alguien se ha percatado de la importancia que en nuestro Estado de derecho tienen los principios constitucionales tributarios recogidos en el artículo 31 de la CE y, en particular, el de capacidad económica referido, en la medida en que, como ya sostuvimos, no se puede hacer tributar por lo que no se ingresa motivo por el cuál, se realiza un cierto ajuste del sistema de estimación objetiva en el IRPF y en el IVA que es la única medida capaz de ajustar la obligación de tributar para aquellos sujetos que se someten a un sistema de módulos.

En fin, y a la vista de lo estudiado hasta aquí, resultaría deseable que en lo que viene denominando la “salida de la crisis” se medite en una verdadera estrategia que, garantizando los necesarios ingresos públicos tributarios, asuma lo que esta pandemia está suponiendo para los contribuyentes.

#### **IV. BIBLIOGRAFÍA**

AEDAF: *Propuesta de medidas tributarias a adoptar como consecuencia de la crisis derivada del Covid-19* AEDAF (consultada en la Web de AEDAF).

CARBAJO VASCO, D.: *Comentarios urgentes a las medidas fiscales aprobadas para hacer frente al impacto económico del covid-19*. Tirant on line, file:///c:/User/Usernamee/Doculeads/TOC\_7855368\_es.pdf

- GARCÍA NOVOA, C.: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, 2000.
- GONZÁLEZ APARICIO, M.: “Efectos sobre los plazos de prescripción tributaria de la adoptada a consecuencia de la declaración del estado de alarma”, *Quincena fiscal*, núm. 9/2020. BIB 2020\10870.
- HUELIN MARTÍNEZ, J.: “Razones en derecho que justifican la aplicación de una moratoria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias durante la vigencia del estado de alarma”, marzo 2020, págs. 7-8, (consultada en la web de AEDAF).
- MATA SIERRA, M.T.: “Consideraciones sobre la permanencia del tipo cero en la normativa reguladora del IVA”, (I) y (II) *Quincena fiscal (revista de actualidad fiscal)*. Núms. 5 y 6, 1994.
- MATA SIERRA, M.T.: “Un sucedáneo de moratoria fiscal en tiempos del COVID-19”, *Quincena fiscal*. Núm. 10/2020, actualmente en prensa.
- FALCON Y TELLA, R.: “El Decreto-ley en materia tributaria”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 10, enero-abril 1984.
- PÉREZ LARA, J.M.: *Medidas de carácter tributario adoptadas por el COVID-19. Incluye análisis, dossier legislativo estatal, autonómico y foral y las preguntas más frecuentes*, Tirant lo Blanch, 2020.

## **TÉCNICA PROCESAL PARA EL CUMPLIMIENTO PROVISIONAL DE DECISIONES JUDICIALES EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO**

### **Procedural technique for provisional enforcement of the judicial decisions in Brazilian civil procedural law**

**Daniel Roberto Hertel**

Profesor Adjunto de Derecho Procesal Civil y Práctica Jurídica Civil en la Universidad de Vila Velha

Profesor visitante de Derecho Procesal Civil en el Programa de Posgrado de la Academia Brasileña de Derecho Constitucional

Profesor de la Escuela de la Magistratura del Estado de Espírito Santo  
danielhertel@terra.com.br; daniel@uvv.br

Recibido: 21/07/2020 – Aceptado: 03/08/2020

#### **Resumen**

Trata de los diversos aspectos relacionados con el cumplimiento provisional (ejecución provisional) de las decisiones judiciales en el Código de Proceso Civil Brasileño de 2015 (CPC), centrándose en los precedentes del Superior Tribunal de Justicia (STJ) y en los precedentes del Supremo Tribunal Federal (STF). Aborda el propósito del cumplimiento provisional, y luego analiza las hipótesis de la idoneidad de esta modalidad de ejecución, contrastándolas con situaciones de cumplimiento definitivo. Se ocupa de las normas de tramitación del cumplimiento provisional, analizando la necesidad de proporcionar seguridad, aclarando sobre el momento procesal exacto para la práctica de ese acto. Las posibilidades de dispensar el depósito también están ventiladas. Menciona la posibilidad de consolar la ejecución provisional en definitiva. Por último, también aborda el cumplimiento provisional de la tutela provisional y los efectos prácticos de la concesión de protección provisional en la sentencia.

■ **Palabras clave:**  
Cumplimiento provisional; Decisión judicial; Procedimiento

■ **Keywords:**  
Provisional execution; Judicial decision; Procedure

#### **Abstract**

Deals with the various aspects related to the provisional execution with judicial decisions in the CPC, focusing on the precedents of the Superior Court of Justice. It addresses the purpose of provisional execution in order to subsequently analyze the hypotheses of suitability for this type of execution, contrasting them with situations of definitive execution. It deals

with the rules for processing provisional execution, analyzing the need to provide security, clarifying the exact procedural moment for the practice of that act. The chances of waiving the deposit are also considered. It mentions the possibility of convoluting the provisional execution definitively. Finally, it also addresses the provisional fulfillment of provisional guardianship and the practical effects of granting provisional guardianship in the sentence.

## Resumo

Trata do diversos aspectos relativos ao cumprimento provisório das decisões judiciais no CPC, com enfoque nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Aborda a finalidade do cumprimento provisório para, em seguida, analisar as hipóteses de cabimento dessa modalidade de execução, contrapondo-as às situações de cumprimento definitivo. Trata das regras de processamento do cumprimento provisório, analisando a necessidade de prestação de caução, esclarecendo sobre o momento procedimental exato para a prática daquele ato. As hipóteses de dispensa da caução também são ventiladas. Menciona a possibilidade de convalidação da execução provisória em definitiva. Por fim, aborda ainda o cumprimento provisório da tutela provisória e os efeitos práticos da concessão da tutela provisória na sentença.

### ■ Palavras-chave:

Cumprimento provisório;  
Decisão judicial; Procedimento

1. Introducción – 2. Finalidad de la técnica del cumplimiento provisional de las decisiones judiciales – 3. Hipótesis de cumplimiento provisional y definitivo: 3.1. cumplimiento definitivo de una decisión impugnada por “apelación” recibida sin efecto suspensivo; 3.2. cumplimiento definitivo o provisional de la decisión de pronta sentencia parcial del fondo – 4. Procedimiento de la ejecución provisional de la decisión judicial – 5. Provisión de garantía en ejecución provisional – 6. La conversión de la ejecución provisional de decisión judicial en ejecución definitiva – 7. Ejecución de la decisión de tutela provisional y de la tutela provisional concedida en la sentencia – 8. Consideraciones finales – Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

Con la llegada de la Enmienda Constitucional nº 45, se insertó en la Constitución Federal el artículo 5º, LXXVIII. Este precepto ha positivado en Brasil el principio de duración razonable de los procedimientos<sup>1</sup>. Esta directriz guió entonces al legislador ordinario, que, por cierto, estableció en el artículo 4º del nuevo Código de Proceso Civil Brasileño que las partes tienen derecho a obtener en un plazo razonable la solución completa de los méritos, incluida la actividad satisfactoria.

<sup>1</sup> Cf. HERTEL, Daniel Roberto. **Aspectos processuais da emenda constitucional 45**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 385, mai/jun, 2006. p. 76 e 77. Sobre as tendências do direito processual civil, cf. HERTEL, Daniel Roberto. **Perspectivas do direito processual civil brasileiro**. Revista dialética de direito processual - RDDP, São Paulo, n. 42, p. 20-30, set., 2006.

La importancia de la actividad satisfactoria para la eficacia del proceso judicial ha sido reconocida durante mucho tiempo, mencionando que dicha actividad se obtiene precisamente a través del proceso de ejecución o del módulo de cumplimiento de sentencias. De hecho, no tiene sentido reconocer los derechos si esos derechos no se aplican a nivel pragmático. No cabe esperar que el objetivo principal de la jurisdicción, al buscar el Poder Judicial, sea obtener la realización de sus derechos, de modo que cualquier estudio que valore la eficacia de la disposición judicial se armonice con la noción de instrumentalidad del proceso.

En esta oportunidad, se pretende prestar especial atención a las peculiaridades del cumplimiento provisional de las decisiones judiciales esbozadas en los artículos 520 a 522 del Código de Proceso Civil. El cumplimiento provisional de la decisión judicial constituye una técnica procesal capaz de acelerar el instrumento judicial en la realización de los derechos. Su alcance, por lo tanto, es proteger al ciudadano contra demoras procesales indebidas<sup>2</sup>, que a menudo immortalizan el procesamiento de las demandas.

La demora en el procesamiento de procesos en Brasil es un problema grave y no es raro que un proceso dure, desde la petición inicial hasta la satisfacción del acreedor, muchos años. Por lo tanto, la ejecución provisional (cumplimiento provisional) es una forma de optimizar el desarrollo procesal, con la capacidad de evitar demoras procesales indebidas<sup>3</sup>.

Este artículo toma en cuenta el texto del nuevo Código de Proceso Civil Brasileño (CPC), la doctrina procesal y las decisiones más recientes del Superior Tribunal de Justiça (STJ), responsable por la última palabra sobre la interpretación de la ley federal (no la Constitución) en Brasil. Desafortunadamente, en Brasil no hay datos específicos y cuantitativos sobre la aplicación provisional antes del nuevo Código de Procedimiento Civil para fines de comparación. Sin embargo, esto no constituye un obstáculo para la descripción de un modelo rápido y equitativo de ejecución provisional frente a la nueva ley y ni oportunidad para criticar las eventuales debilidades del nuevo sistema.

---

<sup>2</sup> La doctrina brasileña afirma que “A garantia de duração razoável do processo deve ser compreendida, então, de forma panorâmica, pensando-se na duração total do processo, e não só no tempo necessário para se produzir a sentença do processo de conhecimento” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 6).

<sup>3</sup> Como destaca la doctrina en Brasil “Pressuposto para aferição da duração razoável do processo é a definição do seu *spatium temporis* – o dies a quo e o dies ad quem entre os quais o processo se desenvolve. O processo deve ser avaliado para fins de aferição de sua duração, levando-se em consideração todo o tempo em que pendente a judicialização do conflito entre as partes” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 97-8).

## 2. FINALIDAD DE LA TÉCNICA DE CUMPLIMIENTO PROVISIONAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES

El cumplimiento provisional de la decisión judicial tiene por objeto acelerar el proceso judicial. De hecho, cuando la Legislatura permitió la ejecución de la decisión incluso antes de su finalización, tenía la intención de acelerar el instrumento judicial. Así, incluso antes de la sentencia definitiva de determinadas decisiones, en las situaciones previstas por la ley, el acreedor puede solicitar la ejecución de las mismas.

Cabe destacar que la técnica procesal de la ejecución provisional está en perfecta armonía con el principio de duración razonable de los procedimientos. Al permitir la ejecución de la decisión antes de su tránsito definitivo, en última instancia, lo que el legislador pretendía era acelerar el procedimiento procesal para satisfacer la ley. Por cierto, el Superior Tribunal de Justicia ya ha declarado que el objetivo de la ejecución provisional es acelerar el procedimiento y antes de la sentencia firme, el acreedor puede solicitarla, en las situaciones previstas por la ley<sup>4</sup>.

## 3. HIPÓTESIS DE CUMPLIMIENTO PROVISIONALES Y DEFINITIVAS

Es muy importante entender en qué casos el cumplimiento de la decisión judicial será provisional y definitivo. El cumplimiento de la decisión judicial será definitivo cuando se base en una decisión judicial dotada de autoridad de cosa juzgada. Cabe señalar que la cosa juzgada se forma cuando la decisión judicial se vuelve inmutable, ya no está sujeta a ningún tipo de recurso<sup>5</sup>. La ejecución basada en un título extrajudicial también será definitiva. En ese orden de ideas, la ejecución de una sentencia que condenó al deudor a pagar una cantidad pecuniaria y que ya ha pasado a ser definitiva (con cosa juzgada<sup>6</sup>), será definitiva, al igual que la ejecución de un cheque.

En el otro flanco, el cumplimiento será provisional cuando la decisión judicial sea impugnada por un recurso carente de efecto suspensivo. El efecto suspensivo de la apelación mantiene el estado de ineficacia de la decisión judicial, manteniendo este estado hasta que la apelación sea juzgada definitivamente. Imagine el cumplimiento

---

<sup>4</sup> STJ, REsp 1686751/DF, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, juzgado en 22-08-2017, DJe 31-08-2017.

<sup>5</sup> La doctrina brasileña explica que “A coisa julgada é instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro. Com isso, pretende-se zelar pela segurança jurídica extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois que assegura a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. p. 21).

<sup>6</sup> El profesor brasileño Carlos Valder afirma que “A expressão coisa julgada pode ser tomada na acepção de sentença contra a qual foram esgotados todos os recursos processuais passíveis de sua desconstituição” (NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América jurídica, 2004. p. 3).

de una sentencia impugnada por un recurso de casación especial<sup>7</sup>, que, por regla general, se recibe sin efecto suspensivo (artículo 995, CPC)<sup>8</sup> o incluso de una sentencia condenando el pago de la manutención que ha sido impugnada por “apelação”<sup>9</sup> recibida sin efecto suspensivo (artículo 1012, §1º, inc. II, CPC).

Por cierto, el artículo 520 del Código de Proceso Civil Brasileño establece que la ejecución provisional de la sentencia recurrida mediante recurso de casación carente de efecto suspensivo se llevará a cabo del mismo modo que el cumplimiento definitivo. Así pues, sin el efecto suspensivo del recurso de casación, es posible dar cumplimiento provisionalmente a la resolución judicial.

Por regla general, las apelaciones en los procedimientos civiles son carentes de efecto suspensivo (artículo 995, CPC). De dicha disposición puede extraer que las apelaciones no impiden la eficacia de la decisión, a menos que la disposición legal o la decisión judicial en un sentido diferente.

Sin embargo, parece posible que, debido a una disposición legal o incluso a una determinación judicial, el recurso de casación se reciba con efecto suspensivo. En el primer caso, hablamos del “propio efecto de suspensión”, resultante de la disposición legal, mientras que en el segundo, el “efecto suspensivo impropio” se debe a una decisión judicial. En cualquier caso, el efecto suspensivo se atribuirá cuando la eficacia de la Decisión impugnada pueda suspenderse por decisión del ponente, si la producción inmediata de sus efectos existe un riesgo de daño grave, difícil o imposible de reparar, y se demuestra la probabilidad de la presentación del recurso de casación (artículo 995, CPC).

A este respecto, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) ya ha declarado que la apelación especial no tiene efecto suspensivo y, por lo tanto, debe aceptarse la ejecución provisional de la sentencia recurrida; por lo tanto, el presente Tribunal ha admitido, en circunstancias excepcionales, la concesión de efectos suspensivos a los recursos de casación de su competencia, mediante tutela provisional, siempre que se

---

<sup>7</sup> La casación especial (recurso especial) se dirige para el Superior Tribunal de Justiça (STJ) y lo que se busca es la preservación de la ley federal. No es un recurso destinado al examen de pruebas o aspectos constitucionales.

<sup>8</sup> El artículo 1.029, §5º del CPC establece que “O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; II - ao relator, se já distribuído o recurso; III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do artigo 1037”.

<sup>9</sup> La “apelação” se dirige a los tribunales locales y permite la discusión sobre pruebas y la ley. No se confunde con el recurso de casación especial (recurso especial), que se dirige al Superior Tribunal de Justiça y no permite la discusión con respecto a las pruebas.

cumplan los requisitos de la alta verosimilitud de la reclamación y del peligro de retraso<sup>10</sup>.

Tenga en cuenta que la “apelação” no sigue la regla general sobre la ausencia de efecto suspensivo. El efecto suspensivo sistemático de tal recurso de casación se anula, es decir, en regla general, el recurso de casación tiene efecto suspensivo, estando desprovisto de este efecto únicamente en las hipótesis previstas por la ley.

Por cierto, el artículo 1.012 del CPC establece que la “apelação” tendrá efecto suspensivo, mientras que el primer párrafo dispone que además de otras hipótesis previstas por la ley, comienza a surtir efecto inmediatamente después de su publicación la sentencia que: I - aprueba la división o demarcación de la tierra; II - condena a pagar por el mantenimiento; III - extingue sin resolución de los méritos o descarte los embargos de los ejecutados; IV - hasta el mismo tiempo que la solicitud de una institución de arbitraje está bien fundada; V - confirma, concede o revoca la tutela provisional; VI - decreta la prohibición. A continuación, en los casos previstos en el primer párrafo del artículo 1.012 del CPC, ya que el recurso de casación no tiene efecto suspensivo, el demandado podrá solicitar el cumplimiento provisional después de la publicación de la sentencia.

### **3.1. Cumplimiento definitivo de una decisión impugnada por “apelação” recibida sin efecto suspensivo**

La cuestión es si una sentencia que ha sido impugnada por “apelação” recibida sin efecto suspensivo está sujeta a su cumplimiento definitivo. De hecho, esto ocurrirá en situaciones excepcionales en las que se llevaría a cabo la sentencia definitiva de una parte de la decisión.

Es cierto que esta cuestión gravita al entorno de la llamada cosa juzgada progresiva, con el tránsito final de capítulos de la decisión judicial que no han sido impugnados, cuya controversia existe en los Tribunales brasileños. El Tribunal Supremo (STF) parece admitir la cosa juzgada progresiva al ver que su resumen 514 establece que la acción de rescisión se acepta contra una sentencia firme, aunque contra ella no se hayan agotado todos los recursos de casación. Por otra parte, el Tribunal Superior de Justicia (STJ) parece no admitir en su mayoría tal posibilidad porque su resumen 401 establece que el término decadente de la acción de rescisión comienza solo cuando no puede apelarse el último pronunciamiento judicial. El artículo 975 del nuevo CPC está alineado con la última orientación.

Imagine una demanda en la que el autor haya reclamado una indemnización por daños morales y materiales. El magistrado desestima las demandas y ordena al demandado que pague tales daños, y el demandado ha presentado una “apelação” especial con el fin de obtener la reforma de la sentencia sólo parcialmente para descartar la condena

---

<sup>10</sup> STJ, AgRg na MC 25.108/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 09-06-2020, DJe 23-06-2020.

de pagar una indemnización por daños morales. Incluso si este recurso de casación ha de ser recibido sin efecto suspensivo, el cumplimiento de la sentencia en relación con el daño material no será provisional, sino definitivo.

Por cierto, el Tribunal Regional Federal de Tercera Región (TRF3) ya ha establecido que la parte no controversial, sobre la que no hay discusión, por lo tanto líquida y segura, está cubierta por el tránsito final, cuidando de la ejecución definitiva, no provisional. En este punto, se operó una resolución parcial de mérito, con formación progresiva de lo juzgado, que permitió el envío de precatório, en estricta obediencia al artículo 100, párrafo 5, de la Constitución Federal Brasileña<sup>11</sup>. Cabe señalar, sin embargo, que la orientación dominante en el Superior Tribunal de Justicia (STJ) está en la dirección opuesta, es decir, es en el sentido de que debido a que es la acción única e indivisible, no hay necesidad de hablar de fraccionamiento de la frase, lo que elimina la posibilidad de su cosa juzgada parcial, permitiendo su ejecución provisional<sup>12</sup>.

### **3.2. Cumplimiento definitivo o provisional de la decisión de juicio anticipado parcial del fondo**

El CPC proporciona en el artículo 356 la posibilidad de juicio parcial del fondo de la demanda, al establecer que el juez decidirá parcialmente el fondo cuando una o más de las solicitudes formuladas o parte de ellas: I - resulte indiscutible; II - está en juicio inmediato, de conformidad con el artículo 355. El segundo y tercer párrafo de dicha disposición establece que la parte podrá resolver o ejecutar, en primer lugar, la obligación reconocida en la decisión de que juzgue parcialmente el fondo, independientemente de la seguridad, incluso si existe un recurso contra esa acción y que En el caso del artículo 2, si hay una sentencia definitiva de la decisión, la ejecución será definitiva.

La disposición incluye la posibilidad de que el Juez tome una decisión parcial sobre el fondo de la demanda. Tradicionalmente, el fondo de la demanda siempre ha tenido su apreciación reservada a la sentencia, que debe dictarse al final del procedimiento. El nuevo Código de Proceso Civil Brasileño, sin embargo, permite el primer análisis meritorio con el juicio anticipado parcial de algunas de las peticiones hechas por el autor.

A este respecto, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) ya ha establecido que el nuevo Código de Proceso Civil tiene ahora expresamente la posibilidad de dictar decisiones parciales sobre el fondo, reconociendo la posibilidad de solicitudes acumulativas o porciones de solicitudes que pueden ser fraccionadas, son aptas para el juicio en diferentes momentos procesales, ya sea porque no hay controversia sobre ellos, o

---

<sup>11</sup> TRF 3ª Região; AC 0025240-88.2013.4.03.9999; SP; Oitava Turma; Relª. Desª. Fed. Therezinha Astolphi Cazerta; Julg. 03-11-2014; DEJF 17-11-2014; Pág. 3189.

<sup>12</sup> STJ, AgInt no REsp 1489328/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 11-09-2018, DJe 17-09-2018.

porque no hay necesidad de una mayor dilución probatoria sobre ellas, con aptitud, en ambos casos, para la formación de sentencias con fuerza de cosa juzgada material<sup>13</sup>.

Entonces, ¿será provisional o definitivo el cumplimiento de la decisión de interlocución parcial sobre el fondo? El recurso que se utilizará para impugnar dicho pronunciamiento judicial es el agravo del instrumento. El artículo 356, §5º, establece que la decisión adoptada sobre la base del presente artículo se impugna por agravo del instrumento. Por regla general, este recurso no está dotado de efecto suspensivo (artículo 995, CPC). Sin embargo, existe la posibilidad de atribuir su propio efecto suspensivo porque el artículo 1019, I, del CPC, establece que el relator de la “apelação” podrá atribuir efecto suspensivo a la “apelação” o conceder, en previsión de la tutela, total o parcial, la reclamación recursiva, comunicando al juez su decisión.

Si se concede un efecto suspensivo, no habrá posibilidad de cumplimiento provisional. Por otra parte, si no se concede ningún efecto suspensivo, la decisión entra en vigor y puede estar sujeta a un cumplimiento provisional (ejecución provisional). ¿Qué pasa si no se interpone ninguna “apelação” ante la decisión? Rememoro es un campo con respecto a la cosa juzgada progresista, pero de cualquier arte de la suerte establece el artículo 356, §3º de lo CPC que en el caso del artículo 2, si hay un tránsito definitivo de la decisión, la ejecución será definitiva.

#### **4. PROCEDIMIENTO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA DECISIÓN JUDICIAL**

El cumplimiento provisional de la decisión judicial se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 520, del Código de Proceso Civil Brasileño. Este preceptivo, en términos generales, dispone que el cumplimiento provisional de la decisión judicial se llevará a cabo de la misma manera que el cumplimiento definitivo, observando las peculiaridades contenidas en los párrafos de dicho artículo.

El artículo 520, I, del CPC establece que el cumplimiento provisional se basa en la iniciativa y la responsabilidad del acreedor, que está obligado, si se reforma la sentencia, a reparar el daño que ha sufrido el ejecutado. Esto significa que el acreedor debe solicitar al Juez el cumplimiento provisional y la iniciación ex officio no es correcta. En este orden de ideas, no es correcto que el Magistrado determine la citación de las partes en relación con el contenido de la sentencia dictada, y la parte es inmediatamente convocada a pagar el importe establecido, bajo pena de multa, en forma de artículo 523, del CPC.

La iniciativa de la parte acreedora también está justificada por el hecho de que la decisión puede ser reformada por el Tribunal de Justicia y cualquier daño causado a

---

<sup>13</sup> STJ, REsp 1798975/SP, Rel. Ministra Nancy Andriahi, Tercera Clase, juzgado el 02-04-2019, DJe 04-04-2019. Este precedente también conduce a la idea de la formación de cosa juzgada progresista, que está fuera de lugar con la orientación misma del Tribunal Superior de Justicia resultante de la “súmula” 401.

la ejecución debe ser reembolsado. Por lo tanto, las pérdidas y daños que puedan llevarse a cabo en virtud del cumplimiento provisional deben ser reparados<sup>14</sup>.

Esta responsabilidad es objetiva, sin tener necesidad de la demostración de culpabilidad. Por cierto, el Superior Tribunal de Justicia ya ha declarado que ante la posibilidad de modificar el título judicial que sustenta la ejecución provisional, se impone al acreedor la responsabilidad objetiva de reparar los daños causados al deudor, devolviendo a las partes al estado anterior<sup>15</sup>. Por ejemplo: si el vehículo de un deudor es incautado en caso de cumplimiento provisional, cualquier daño derivado del alquiler de un coche por la parte ejecutada debe ser reparado por el acreedor en caso de reforma de la decisión.

Otra peculiaridad del cumplimiento provisional es que no tendrá ningún efecto mediante una sentencia que modifique o anule la decisión en ejecución (artículo 520, II, CPC). La ejecución es provisional porque hay una “apelação” pendiente. Si se confirma dicha “apelação” del deudor, la ejecución no tendrá efecto. De hecho, cualquier acto procesal perpetrado en el cumplimiento provisional no tendrá efecto, es decir, perderá su eficacia.

Si la ejecución provisional es nula, las partes serán restauradas al estado anterior, es decir, el statu quo ante. En este orden de ideas, cualquier pago que haya sido realizado por el ejecutado en el cumplimiento provisional, debe ser reembolsado por el acreedor. Tenga en cuenta que en el artículo 520, II, del CPC, la Legislatura mencionó la restitución de las "partes" y no la restitución de las "cosas" al Estado anterior. La distinción es relevante porque como sólo las partes serán devueltas al Estado anterior, cualquier disposición del bien que se haya llevado a cabo en el cumplimiento provisional será válida, ya que se reforma la sentencia. Si el Legislador hubiera hecho mención de la devolución de las "cosas" al estado anterior, la alienación tendría que ser deshecha.

También debe señalarse que las pérdidas experimentadas por el ejecutado, sean materiales o morales, se liquidarán en el mismo proceso. No hay necesidad de proponer nueva demanda. La parte perjudicada debe solicitar, en el mismo proceso, por simple petición, la apuración de los daños sufridos.

Si la sentencia sujeta a la ejecución provisional se modifica o anula sólo en parte, la ejecución en la parte modificada o anulada no tendrá ningún efecto (artículo 520, III, CPC). Por ejemplo: se condena al deudor a pagar R\$ 5.000,00 como daño moral y R\$ 5.000,00 como daño material. El deudor, entonces, insatisfecho con la decisión, presenta una “apelação” que se recibe sin efecto suspensivo. El acreedor requiere el cumplimiento provisional (ejecución). El Tribunal confirmó el recurso de “apelação”

---

<sup>14</sup> Dinamarco señala que "en la disciplina de la ejecución provisional, la idea de los procedimientos civiles se manifiesta claramente como un sistema de certezas, probabilidades y riesgos" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Reforma de la reforma**. 2. ed. Sao Paulo: Malheiros, 2002, página 255).

<sup>15</sup> STJ, REsp 1576994/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Tercera Clase, juzgado en 21-11-2017, DJe 29-11-2017.

para desestimar la parte de la condena relativa al daño moral. En este caso, la ejecución quedará sin efecto sólo en parte, es decir, sólo en relación con la porción de R\$ 5000.00, relativa al daño material.

## 5. PROVISIÓN DE GARANTÍA EN EJECUCIÓN PROVISIONAL

Una de las grandes distinciones entre el cumplimiento provisional y definitivo es que en el primero es necesario proporcionar garantía. Con efecto, dado que se trata de una ejecución provisional y de que hay un recurso pendiente en el Tribunal, es necesario que el acreedor ofrezca una garantía para garantizar cualquier daño que pueda causar a lo ejecutado si se produce una reforma o anulación de la decisión. La garantía, por lo tanto, tiene por objeto garantizar la reparación de las pérdidas que el ejecutado pueda sufrir derivadas del cumplimiento provisional cuándo ocurrir reforma en "apelação".

Cabe señalar, en primer lugar, que no se debe proporcionar la garantía cuando se presenta la solicitud de ejecución provisional. De hecho, la garantía debe proporcionarse en situaciones específicas del procedimiento de cumplimiento provisional, estableciendo el artículo 520, IV, CPC, que la retirada de un depósito en efectivo y la práctica de actos que importen la transferencia de propiedad o enajenación de bienes u otros derechos reales, o de los que puedan derivarse daños graves a los ejecutados, dependen de una garantía suficiente y adecuada, arbitrada por el juez y proporcionada en el propio expediente. Existe la posibilidad de que el procedimiento de ejecución provisional prosiga sin la provisión de una garantía hasta la práctica de actos efectivamente satisfactorios.

Queda claro que no es necesario que la parte ejecutada propone pedido de garantía. Por lo tanto, el magistrado puede determinar de oficio que el acreedor proporciona la seguridad en cumplimiento provisional, conclusión, además, que puede extraerse del art. 520, IV, CPC, que establece que la garantía será "arbitrada por el juez".

La prestación de la garantía en la ejecución provisional es una regla general. El artículo 521, CPC, sin embargo, no exige garantía en los siguientes casos: el crédito es de naturaleza alimentaria, independientemente de su origen; II - el acreedor demuestra una situación de necesidad; III - el agravo del art. 1.042; y IV - la sentencia que ha de ejecutarse provisionalmente está en consonancia con el resumen de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal o del Tribunal Superior de Justicia o de conformidad con la sentencia dictada en la sentencia de casos repetitivos.

Hay otra hipótesis en que no se exige garantía en el cumplimiento provisional de la decisión judicial: en el caso de la pronta sentencia parcial del fondo, la provisión de seguridad (art. 356, §2º, CPC). Sin embargo, el requisito de garantía se mantendrá, en cualquier caso, cuando la ejecución pueda dar lugar a un riesgo manifiesto de daños graves de reparación difícil o incierta (artículo 521, párrafo único, CPC).

## **6. LA CONVERSIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE DECISIÓN JUDICIAL EN EJECUCIÓN DEFINITIVA**

El cumplimiento provisional debe solicitarse mediante una petición dirigida al tribunal competente y corresponde al acreedor, al no ser en el proceso electrónico, recoger copias de los siguientes documentos: I - decisión; II - certificado de presentación de la “*apelação*” no dotada de efecto suspensivo; III - poder otorgado por las partes; IV - decisión habilitante, si procede; y V - opcionalmente, otros documentos de procedimiento que se consideren necesarios para demostrar la existencia de la reclamación. Dichas copias deben ser autenticadas, pero el propio abogado puede autenticarlas.

El cumplimiento provisional puede convertirse en definitivo. Se dice que el cumplimiento es provisional cuando está respaldado por una decisión que ha sido impugnada por una “*apelação*” que no tiene efecto suspensivo. Si se juzga la “*apelação*” y no se interpone ninguna nueva “*apelação*” dentro del plazo legal, la decisión se convertirá en definitiva, formando res judicata. Por lo tanto, el cumplimiento de la decisión judicial, que puede iniciarse como provisional, debe convertirse en definitivo. En la práctica, el juez debe poner en libertad la garantía que se proporcionó, ya que el régimen de ejecución se convirtió en otro - el de lo definitivo.

## **7. EJECUCIÓN DE LA DECISIÓN DE TUTELA PROVISIONAL Y DE LA TUTELA PROVISIONAL CONCEDIDA EN LA SENTENCIA**

La tutela provisional es un género y son especies de esa la de urgencia y la de evidencia. La primera está vinculada a la existencia de *periculum in mora* y la segunda, no. También vale la pena mencionar que la protección provisional de urgencia puede concederse en carácter antecedente o incidente (artículo 294, CPC). En ese caso (antecedente), la tutela provisional se solicita incluso antes del establecimiento del módulo procesal para la concesión de la tutela principal, mientras que en este último (incidente) se solicita en la propia petición inicial o mediante simple petición durante el procedimiento, sin módulo procesal previo.

Establece el artículo 297, párrafo único, CPC que la eficacia de la tutela provisional se ajustará a las normas relativas al cumplimiento provisional de la sentencia. Por lo tanto, si se concede protección provisional, ya sea de urgencia o de evidencia, su ejecución seguirá las normas sobre el cumplimiento provisional.

A este respecto, el Superior Tribunal de Justicia ya ha aclarado que el Código de Proceso Civil Brasileño de 2015 adoptó la teoría del riesgo-beneficio, estableciendo que el beneficiario con la concesión de la protección provisional debe soportar el daño causado a la parte desfavorable, siempre que: i) la sentencia sea desfavorable para él; (ii) la parte solicitante no proporciona los medios para la citación del demandado en un plazo de cinco (5) días; iii) la eficacia de la medida se produce en cualquier caso legal; o iv) el juez acepta la decadencia o prescripción de la reclamación del autor

(CPC/2015, artículo 302, I a IV)<sup>16</sup>. En tales casos, cabe mencionar que la indemnización, siempre que sea posible, se resolverá en el propio proceso en el que se haya concedido la medida.

En el otro flanco, debe señalarse que si el magistrado desea permitir el cumplimiento provisional de una sentencia que pueda ser impugnada por “apelação” con efecto suspensivo, deberá conceder, si no lo ha hecho antes, una protección provisional en la propia sentencia. Por lo tanto, la interposición de cualquier recurso de “apelação” interpuesto ante dicho pronunciamiento judicial no estará dotada de efecto suspensivo (artículo 1.012, §1º, V, CPC).

El artículo 1015, I, CPC, contempla el cabimiento del recurso de “agravo de instrumento” contra las decisiones que se refieren a la “tutela provisional”, lo cierto es que, a la vista de la sentencia, incluso cuando se concede la tutela provisional, el recurso que debe utilizarse es el de recurso de “apelação”. Por cierto, es la orientación del Tribunal Superior de Justicia que el recurso apropiado contra la anticipación de la tutela concedido en la sentencia es el recurso, recibido únicamente en efecto de retorno<sup>17</sup>.

## 8. CONSIDERACIONES FINALES

El Legislador hizo una profunda reformulación de la legislación procesal civil en Brasil. La reforma procesal tenía, entre otros objetivos, dar eficacia a la disposición constitucional relativa al principio de duración razonable de los procedimientos. La técnica de cumplimiento provisional de las decisiones judiciales es una medida que armoniza con este objetivo.

Sin embargo, al tratar el cumplimiento provisional de las decisiones judiciales, el Legislador, en mi opinión, han sido mucho tímido. Me parece que, en lugar de mejorar la estructura de elaboración de este modo de aplicación, debería haber ampliado los casos en los que se acepta el cumplimiento provisional. De hecho, ha perdido una excelente oportunidad para establecer, por ejemplo, por regla general, la recepción de la “apelação” sin efecto suspensivo, revirtiendo la norma prevista en el artículo 1.012 CPC.

Como dije, desafortunadamente, no hay datos específicos y cuantitativos sobre la aplicación provisional antes del nuevo Código de Procedimiento Civil Brasileño para fines de comparación. Pero, ciertamente, permitir que un mayor número de situaciones estén sujetas a la ejecución provisional, con la retirada del efecto suspensivo de la apelación, configuraría una forma de cumplir con el principio de duración razonable del procedimiento.

---

<sup>16</sup> STJ, REsp 1770124/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Tercera Clase, juzgado en 21-05-2019, DJe 24-05-2019.

<sup>17</sup> STJ, REsp 267.540/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, juzgado en 21-11-2006, DJ 12-03-2007, p. 217.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda et al.: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ASSIS, Araken: *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CÂMARA, Alexandre Freitas: *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant: *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco: *Instituições de processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1.
- CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel: *A reforma da reforma*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel: *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.
- DONIZETTI, Elpídio: *Curso didático de direito processual civil*. 21. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Gen/Atlas, 2018.
- HERTEL, Daniel Roberto: *Aspectos processuais da emenda constitucional 45*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 385, mai/jun, 2006.
- HERTEL, Daniel Roberto: *Perspectivas do direito processual civil brasileiro*. Revista Dialética de Direito Processual - RDDP, São Paulo, n. 42, p. 20-30, set., 2006.
- HERTEL, Daniel Roberto: *O processo civil moderno e a dignidade da pessoa humana*. Revista Dialética de Direito Processual – RDDP, São Paulo, nº 55, out., 2007.
- HERTEL, Daniel Roberto: *Curso de execução civil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos: *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz: *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel: *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDIDA, José Miguel Garcia: *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa: *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.): *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América jurídica, 2004.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção: *Manual de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.
- OTEIZA, Eduardo: Prueba pericial y acceso a la justicia. Imparcialidad e igualdad. In: JUNOY, Joan Picó i. VÁZQUEZ, Carlos de Miranda (Coord.). *Peritaje y prueba pericial*. Barcelona: Bosh editor, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto: *Processo de execução*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto: *Curso de direito processual civil*. 41. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia: *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

## **EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA AUDITORÍA AMBIENTAL EN EL SIGLO XXI. EL CASO CUBANO<sup>1</sup>**

### **Historic evolution of the environmental auditing in the century XXI. The case cuban**

**Alcides Francisco Antúnez Sánchez**

Profesor Auxiliar Derecho Ambiental y Derecho Internacional  
Facultad de Ciencias Económicas y Sociales  
Universidad de Granma, República de Cuba  
aantunez@udg.co.cu

Recibido: 15/06/2020 – Aceptado: 07/09/2020

#### **Resumen**

A escala global, aprovechar las potencialidades energéticas que el ambiente aporta al hombre sigue siendo un reto para la comunidad científica. Los gobiernos implementan estrategias que fomentan el incremento de parques eólicos, el uso de celdas fotovoltaicas a través de paneles solares, e hidroeléctricas para la obtención de energía que aporta el agua, para el uso del consumo humano a través de la red eléctrica. Empero, para conseguir este fin, se hace indispensable, la publicación por parte de los Estados de cuerpos legales en los ordenamientos jurídicos que ofrezcan incentivos dirigidos a la producción de energía a partir del uso de las fuentes renovables, y el diseño de estrategias de desarrollo con el uso de los avances científicos para modificar la matriz energética, no solo a nivel regional, sino a nivel nacional, de manera que sea creciente su aporte a para lograr una matriz energética sostenible en consonancia con los Objetivos del Milenio para el 2030.

#### **Palabras clave:**

Energía eólica; Energía  
hídrica; Energía solar;  
Ciclo de vida

#### **Abstract**

To global scale, to make good use of the energetic potentialities that the environment contributes to the man continues to be a challenge for the scientific community. The Governments implement strategies that foment the increment of wind farms, the use of photovoltaic cells through solar panels, and hydroelectric for the obtaining of energy that you

---

<sup>1</sup> La investigación está vinculada al Proyecto empresarial sobre Capacitación jurídica a los Consultores Jurídicos de la Empresa de Servicios Legales de la provincia Granma, desarrollado por la carrera de Derecho de la Universidad de Granma. Email: aantunez@udg.co.cu, antunez63@nauta.cu\_ORCID No. 0000-0002-8561-6837.

contribute the water, for the use of the human consumption through the electric net. Yet, in order to get this end, you become indispensable, the publication for part of the States of bodies of laws that offer guided incentives the production of energy as from the use of the renewable sources in the juridical organizings, and the design of strategies of development with the use of the scientific advances to modify the energetic womb, you did not sole regional level, but nationally, so that his contribution be increasing to for to achieve an energetic sustainable matrix in consonance with the Objectives of the Millennium for 2030.

■ **Keywords:**

■ **Keywords:**  
 Aeolian energy; Hydric energy;  
 Solar energy; Cycle of life

bodies of laws that offer guided incentives the production of energy as from the use of the renewable sources in the juridical organizings, and the design of strategies of development with the use of the scientific advances to modify the energetic womb, you did not

## Material y métodos

El artículo propone como objetivo caracterizar el campo de acción de la auditoría ambiental en los diferentes escenarios donde se ejecuta por el equipo auditor de la Entidad Fiscalizadora Superior en las etapas estudiadas de la auditoría ambiental en Cuba hasta el siglo XXI. Se parte para ello desde su origen, desarrollo, y evolución de su tratamiento teórico doctrinal, y como se ha regulado en la legislación hasta el siglo XXI, concluyendo con el control ejecutado a las energías renovables por las formas de gestión que la implementan para mitigar la contaminación y alcanzar el desarrollo sostenible al modificarse la matriz energética en relación a los Objetivos del Milenio para el 2030. Se formula la hipótesis del diseño de la investigación, no experimental con enfoque cualitativo. Para ello, se han utilizado los métodos de la investigación como el de análisis síntesis, histórico comparado, revisión bibliográfica, e inducción deducción.

1. Introducción – 2. La auditoría ambiental, origen, evolución y desarrollo en el campo del control público – 3. La auditoría como actividad de control ambiental en el campo de acción en el sector empresarial – 4. La auditoría ambiental, campos de aplicación en la protección del ambiente – 5. La auditoría ambiental aplicada como evaluadora a las fuentes renovables de energía: 5.1. Las energías renovables, su uso, implementación y regulación en el ordenamiento jurídico cubano a partir del control público ambiental – 6. Conclusiones – Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

El problema de la energía y el ahorro energético se convierte hoy en un problema relevante a tener en cuenta en el siglo XXI. La energía se obtiene a partir de las fuentes de energía y las cantidades disponibles de dichas fuentes es lo que se denomina recursos energéticos que los recursos naturales le aportan al hombre en su relación difusa con la naturaleza.

Cambiar la explotación de los recursos finitos constituye un reto para la Administración Pública, para ello fomenta el uso de las fuentes de energías renovables, a partir del uso de la energía solar fotovoltaica, eólica, geotérmica, termosolar, hidroeléctrica, bioenergía y el poder de las corrientes marinas, siendo un tema recurrente en las políticas públicas en Cuba.

En consecuencia, el avance que han experimentado el uso de estas energías se ha extendido globalmente en el actual siglo, por estar disponibles en todo el mundo, al contrario que las tradicionales como el gas, carbón y petróleo, las cuales se concentran en algunos países en concreto y son finitas.

Los estudios realizados en el mundo académico ponderan que el uso de las energías renovables, lo cual permite obtener energías más limpias, las que no generan desechos peligrosos, son fáciles de desmontar, aumentan la autonomía en las regiones, generan puestos de trabajos verdes, concebidas como energías seguras, y son fuentes inagotables en su uso y explotación por el hombre en su relación con el ambiente.

Ha dado lugar desde la ciencia social del Derecho, al avance y aplicación del Derecho Internacional Energético al ser los Tratados su núcleo duro, desarrollado como una nueva rama del Derecho, para ello el Derecho Energético tiene como objeto ordenar y regular en su amplio espectro el comercio internacional de la energía. Por la complejidad y amplia variedad de su objeto de regulación, el Derecho Internacional de la Energía abarca campos y aspectos del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional Privado, del Derecho Económico, Mercantil, Administrativo, Ambiental, Fiscal y el Derecho Constitucional.

De ahí que, en los últimos años, una importante corriente doctrinal latinoamericana y otras como la española, la francesa y la italiana, se pronuncien por el manejo del término conceptual de Derecho Internacional de la Energía y de los productos básicos, lo que los juristas ingleses han dado en llamar “Internacional Law of Energy and Raw Materials”.

Desde el Derecho Administrativo Ambiental, la actividad de control –auditoría ambiental– aparece para que la Administración Pública pueda conocer el grado de cumplimiento de las políticas públicas y evaluar el cumplimiento de la legalidad de las normas en el orden ambiental, incidentes en lograr alcanzar el desarrollo sostenible en atención a los Objetivos del Milenio para el 2030 pertinentes para el ahorro y la eficiencia energética al fomentarse el uso de la energía verde.

## **2. LA AUDITORÍA AMBIENTAL, ORIGEN, EVOLUCIÓN Y DESARROLLO EN EL CAMPO DEL CONTROL PÚBLICO**

Para analizar la auditoría ambiental, es preciso iniciar su estudio desde los orígenes de la auditoría como hoy se le conoce “actividad de control”; la historia devela que se remonta su hacer al Egipto antiguo, donde los soberanos para evitar desfalcos en las cuentas de sus residencias o en la construcción de obras públicas aplicaban medidas de control. Esta práctica en materia de control, estuvo presente en las civilizaciones antiguas, la que desaparece junto con el mercado y el sistema monetario al finalizar esta etapa histórica y comenzar la Alta Edad Media, caracterizada por el predominio de la economía natural (VILLARDEFrancos Álvarez et al., 2006, pp. 53-59).

Al estudiar la institución jurídica de la auditoría, es pertinente visualizarla en la época posterior a la invención de la escritura, aunque su práctica proceda de civilizaciones tan antiguas como la egipcia, en la que se procedía a controlar los ingresos de los impuestos y los gastos, subdividiendo la tarea entre recaudadores distintos, conociendo cada uno de ellos que su labor sería revisada con posterioridad por un funcionario distinto, para determinar el honesto manejo de los mismos como por los recaudadores encargados de estas funciones.

En esta época estudiada, el pueblo era sometido al pago de tributos por el soberano que lo dominaba, se conoce como contribución (impuesto); para su control se designaban revisores, quienes realizaban la actividad de fiscalización para la administración de sus riquezas, se evidencia también esta práctica en la civilización del pueblo Sumerio, en los años 3300 antes de Cristo.

En Europa, en las naciones de Inglaterra y Escocia en 1130, se comenzó el uso de los llamados Registros de los Erarios, como una especie de registro contable. Se signa que el título de Auditor fue para las personas que dominaban esta técnica, iniciándose las asociaciones de estos profesionales en el Colegio de Contadores de Venecia en Italia, los Consejos Londinenses en Inglaterra y el Tribunal de Cuentas de París.

En Gran Bretaña, BARREIRO ZABALA (1922, p.4) en sus estudios refiere “...la inspección de cuentas o libros data de época muy remota. En el año 1299, según se lee en los archivos del Ayuntamiento de Londres, se nombraba una persona que ejercía el cargo de Auditor o Inspector para que revisara las cuentas de aquel municipio...”.

La razón de ser Gran Bretaña, la cuna de la institución jurídica de la auditoría, se explica por ser el país pionero en la Revolución Industrial, precursor y máximo exponente de las técnicas de auditoría en su desarrollo, cuestión que se debe a dos causas, por un lado: al alto nivel del desarrollo industrial y financiero, y haber contado con la experiencia de siglos de los Consejos Londinenses, precursores de las actuales asociaciones profesionales de auditores (VILLARDEFrancos Álvarez et al., 2006, pp. 53-59).

En el resto de los países europeos, se introdujeron estos medios de control en la época del Renacimiento. A partir del siglo XII, en el período de Baja Edad Media, trajo consigo el resurgimiento de las ciudades, el florecimiento de los oficios y el desarrollo del comercio, los que exigían determinados tipos de evidencia documental en la actividad mercantil.

BALLESTEROS & MARÍN-BALDO (1924, p. 24) son del criterio que hacia el siglo XIII se generaliza el uso del papel, aquí en este momento histórico, pudo obtener la contabilidad sensibles progresos. Más tarde, ya avanzado el siglo XVII, la Ordenanza francesa de 1673, perfiló la obligación de conservar y transcribir en un libro los aspectos contables, formulándose semestralmente los inventarios.

En España, país que cuenta con la legislación sobre el tema analizado más antigua del mundo, dispone la obligatoriedad para todos los comerciantes y banqueros, nacionales

o extranjeros, residentes en los reinos de Castilla, de llevar sus cuentas por el sistema de partida doble. Así, el origen de la auditoría es corroborado en el Tribunal de Cuentas de España, y se remonta a los tiempos de Sancho IV el Bravo, Rey de Castilla y León (1284-1295), pocos años después surgía en Navarra bajo el reinado de Carlos II, el Malo, una institución de características similares, donde la Cámara, especie de consejo real para asuntos económicos tuvo facultades como Tribunal de Cuentas (MARTÍNEZ GARCÍA, 1992, p. 62).

Se aprecia que, el motivo de la creación de estas instituciones jurídicas como las Cortes de Toledo, celebradas en 1436, cuyo fin era auditar las cuentas públicas por los Contadores Mayores en el fondo el despilfarro público el que acaban pagando los contribuyentes por medio de los impuestos. Siguiendo este estudio para caracterizar a la función auditora, se corrobora que a finales del siglo XIII y principios del XIV ya se auditaban las operaciones de los funcionarios públicos que tenían a su cargo los fondos del Estado para su control público.

En Italia, en el siglo XV, en el desarrollo de la actividad de la auditoría surgieron las técnicas de teneduría de libros, como el medio de mantener los ingresos y los gastos bajo el control público. En la ciudad de Roma, se aprecian evidencias que se practicó una especie de control preventivo en la administración de los fondos públicos, siendo en la época del Imperio de Augusto, años antes del nacimiento de Jesucristo, cuando alcanza su plenitud. Los romanos recaudaban sus tributos por medio de sus “Cuestores”, que a su vez rendían cuentas al Tesorero central de Roma.

El referente de la obra científica de LUCAS PACCIOLI (1494) “Tratado sobre el Método” conocido de la “partida doble”, evidencia que desde el año 254 se inspeccionaban y comprobaban las cuentas, factor que permitió la evolución paralela de la actividad de la auditoría como resultado de la práctica de la contabilidad como ciencia, y a la vez como herramienta de trabajo de los especialistas dedicados a la contabilidad con el desarrollo del comercio (TUA PEREDA, 2008, pp. 1-23).

El estudio demuestra que para 1799, ya existían firmas acreditadas de contadores públicos en Escocia, Estados Unidos de América e Inglaterra, fueron estas las primeras naciones en las que toma relevancia la función de la contaduría pública ligada a la práctica de la auditoría pública. Las mismas adoptaron el modelo británico de información, lo mismo que sus procedimientos analíticos (TUA PEREDA, 2012, pp. 94-110).

Se aprecia en este análisis como GIRONELLA MASGRAU (1976, p. 15) señala que la historia refiere que existían unos controles recaudatorios en otras civilizaciones, en el Imperio Chino y Mesopotamia. No obstante, el autor consultado indica que la auditoría tal como se concibe actualmente, como una función de validación de los estados financieros, nació en los inicios del siglo XIX en Gran Bretaña.

Otro aporte es el de SUÁREZ SUÁREZ (1990, p. 3), quien considera desde su postura que, la auditoría tal como hoy en día se concibe, en su acepción restringida o verdadera auditoría, consiste en la comprobación de la veracidad de la información contable, no

nace en Europa hasta después de la Revolución Industrial; en pleno siglo XIX, tuvo un desarrollo muy desigual en unos y otros países inicia su irradiación.

Ilustra este autor consultado, sobre la función de auditor, al observar que en España se le denomina “Auditor de Rota” a cada uno de los doce preladados del tribunal romano de la Rota, que tiene jurisdicción para conocer en apelación de las causas eclesiásticas; auditor conventual, al religioso encargado de examinar las cuentas del monasterio; auditor militar, al funcionario del cuerpo jurídico-militar que informa sobre la interpretación y aplicación de las leyes, y propone la resolución correspondiente en los procedimientos judiciales instruidos por el ejército; “Auditor de la Marina”, al juez letrado que entiende en las causas del fuero del mar; “Auditor Canónico”, a la persona designada instructor en las causas canónicas.

En la región de Centroamérica, el antecedente de la auditoría se aprecia en la nación de México, donde el pueblo Azteca se caracterizó por la dominación de otros pueblos, actividad que hacían mediante la contribución a través del recaudador o auditor para explotarlos mediante el cobro de impuestos.

Por ello, por la transdisciplinariedad del tema, desde las ciencias contables, por el vínculo con la función de control estudiada, los estudios refieren que la práctica de la auditoría nace en la primera mitad del siglo XIX, luego se extendió a países de la cultura empresarial anglosajona como la forma de hacer fiable la información contable, permitió la transparencia del mercado de valores ante el desarrollo económico y la expansión de las relaciones económicas al exigirse información precisa y real de sus estados de cuentas, para dar confianza y competitividad a la actividad comercial. Ilustran los elementos estudiados que, el acto de rendir cuentas supone la existencia de un principio de contabilidad crítica: el examen por un funcionario superior de las operaciones económico-financieras realizadas por otro funcionario de inferior categoría, a fin de otorgarles su aprobación o desestimarlas (VILLARDEFrancos Álvarez et al., 2006, pp. 53-59).

Por consiguiente, hasta el suceso histórico de la Revolución Industrial, se demuestra que la economía se desarrollaba en base a una estructura de empresa familiar donde la propiedad y la dirección de sus negocios confluían en las mismas personas, que no sentían ninguna necesidad de la auditoría independiente ni tampoco se les imponía por normativa legal. Como acontecimiento económico social del siglo XIX, fue el suceso histórico cultural que demandó la participación de hombres especializados en analizar los problemas económicos, financieros y contables para su evaluación, donde se necesitó de la contaduría pública como la herramienta técnica para estos fines (MÉNDEZ-GUTIÉRREZ DEL VALLE, 2009, pp. 55-56).

Vinculada a las ciencias jurídicas, se constata como en los países de cultura latina, en particular en España, el uso de la auditoría como actividad de control quedó relegada hasta comienzos del siglo XX en el Derecho Militar y en el Derecho Canónico. Se aprecia, cómo fueron incluidas normas jurídicas a la actividad de la auditoría como voluntad de la Administración Pública, elementos que permitieron que se fortaleciera el trinomio Contabilidad, Auditoría y Derecho, al cobrar nuevas dimensiones como norma administrativa para proteger los activos contra posibles transgresiones,

tipificándose con la protección del bien jurídico ambiental y otras infracciones, ubicados bajo el término genérico de los delitos ambientales con reflejo en la contabilidad directa o indirecta a los sujetos de gestión, fortalecida con el uso de las herramientas de las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones (TIC), la que tuvo como su campo de acción a la empresa (ANTÚNEZ SÁNCHEZ, 2019).

En contexto, RODRÍGUEZ-FLORES DE QUIÑONES (1964, p. 169) explicita desde su postura que, para los juristas y hace referencia a España, ignoran la contabilidad, minimizan su importancia y no tienen presentes las bases fundamentales de esta disciplina al tratar de solucionar los problemas que plantean en esta materia. Este elemento ha influido en la jurisprudencia de los Tribunales y se ha reflejado en la legislación, que con frecuencia contienen errores en materia contable. La doctrina contable desconoce en la mayor parte de los casos, los principios más esenciales de la ciencia del Derecho y de la Hermenéutica jurídica.

En su postura, VICENT CHULIA (2010, p. 7711) manifiesta que la contabilidad y el Derecho como ciencias van en un divorcio histórico. Aunque se reconoce que la correcta actualización de la contabilidad es manifestación de una buena organización empresarial, el Derecho Mercantil la ha fomentado tradicionalmente mediante el reconocimiento de los asientos contables como una prueba privilegiada. Por la transversalidad del tema analizado, el aporte con una visión de futuro, realizado desde el Derecho Mercantil por VICENT CHULIA (2010, pp. 115-146), al señalar al control contable, como el término verificación y la expresión de auditoría. Cuestión a la que los autores se afilian, hoy reconocido como Derecho Contable.

La idea aportada en este análisis por BROSETA PONS (2010, p. 292), al referir desde su postura sobre la censura de cuentas, quien señala que, al ser una denominación castellana, la auditoría de cuentas es la denominación importada de la práctica anglosajona. De aquí que se visualice, analizado el parecer de ambos catedráticos estudiados, consideran los autores del artículo su nexa con el Derecho, y en especial con el Derecho Mercantil, hoy señalado en la literatura científica como Derecho Contable para su aplicación por los empresarios para conocer sus estados de cuentas de su patrimonio.

También se valora que, la auditoría tiene un reconocimiento jurídico desde el Derecho Internacional Público, al ser su paraguas, irradiándolo hacia el Derecho Administrativo y al Derecho Constitucional, los que le dan fuerza jurídica para su desarrollo en los ordenamientos jurídicos en cuerpos jurídicos especiales para ejecutarla en el sector empresarial público y el privado por las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS).

### **3. LA AUDITORÍA COMO ACTIVIDAD DE CONTROL AMBIENTAL EN EL CAMPO DE ACCIÓN EN EL SECTOR EMPRESARIAL**

En el propio siglo XX, prosiguiendo el *íter* histórico de este estudio, se asevera que la auditoría ambiental aparece dentro de los mecanismos de control público con otro

nuevo campo “el ambiental”, se justiprecia que significó un escalón superior en el orden de integralidad, porque apuntó no solo a la eficiencia económica sino a la conformación de la empresa responsable con el ambiente. Representó impulsar y verificar el debido engranaje optimización, legitimidad, racionalidad y competitividad a los sujetos de gestión que la ponderan en la empresa o la industria.

Elementos que a criterio del articulista han sido pertinentes, y han permitido que haya evolucionado la auditoría ambiental con el transcurso del tiempo en relación con el país que la aplique y el desarrollo tecnológico industrial que posea en su desarrollo normativo con un fin, disminuir la contaminación ambiental que generan los sujetos de gestión económico, como es el objeto central del artículo.

La auditoría ambiental, se corrobora como se instrumenta en los países de mayor desarrollo industrial a través de metodologías y técnicas en sus ordenamientos jurídicos. Su ordenación se vincula a elementos históricos, teóricos, doctrinales, legislativos y culturales con la práctica de la auditoría y la contabilidad social, ligados a la responsabilidad social a partir de 1953 en los Estados Unidos de América (BOWEN, 1953, pp. 7-47; ROMANQUE, 1996, pp.133-160; GARCÍA FRONTI, 1997, pp. 55-77).

Su conexión como se refirió, está relacionada a los orígenes del *ius* ambientalismo como parte de la Agenda Pública Internacional desde la impronta del Derecho Internacional. Las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) a escala global señalan al año 1969, como su inicio. Se inserta este tipo de auditoría entre los factores de estimulación de fórmulas empresariales correspondiente a la resolución de la contradicción eje de los modelos económicos: ilimitadas necesidades individuales y colectivas y limitados recursos materiales disponibles para satisfacerlas a partir del desarrollo sostenible. Donde como tradición la relación entre la empresa-ambiente ha sido bastante conflictiva: los principales daños ambientales los acarrea la empresa y ésta ha percibido la atención ambiental como un obstáculo en sus actividades y un freno para su desarrollo y obtención de ganancias (LOPERENA ROTA, 2003, pp. 57-73; ALLÍ ARANGUREN, 2006, pp. 1-34; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, 2019).

En la década de los 70' del siglo pasado, se constata como el empresariado norteamericano es el primero en aplicarla de manera voluntaria, para evaluar la empresa con la finalidad de servir como herramienta de dirección para la gestión ambiental, todo ello debido al aumento y la complejidad de la normativa jurídica Estatal y Federal en su ordenamiento jurídico, ante los problemas ambientales que acontecían generados por la contaminación al ambiente, los que habían originado problemas en el orden legal (HARRISON, 1996, pp. 1-676).

Estos elementos señalados *up supra*, se justiprecia que han obligado a los empresarios a replantearse una actitud estratégica hacia la protección del ambiente, con una actitud proambiental para hacer competitiva la empresa en el mercado y mitigar los efectos negativos que tiene la contaminación ambiental con una visión transdisciplinaria.

Las EFS organización internacional creadora de este tipo de auditoría, le concede la función de dar a conocer los índices de contaminación generados como resultado de

la producción industrial de bienes y servicios, al estimular la implementación de las tecnologías limpias, los sistemas de gestión ambiental y otros instrumentos en materia contable, para obtener la certificación ambiental a partir de la década de los 90' del pasado siglo a los empresarios que la ponderan en empresas e industrias.

Se concibe por ello que, implementar la auditoría ambiental fue una respuesta estratégica para modificar los hábitos de consumo y estilos de vida contrarios al paradigma jurídico del desarrollo sostenible por parte de los empresarios, como el efecto negativo del desarrollo tecnológico y las transformaciones económico-sociales. Trajo como resultado, el reto a las EFS de crear instrumentos y herramientas que viabilizaran su aplicación y permitieran el equilibrio entre los avances tecnológicos y el ambiente por su dimensión multidisciplinaria.

Desde las ciencias jurídicas, en particular desde el Derecho Ambiental Internacional, la auditoría ambiental se reconoce como una herramienta de gestión dentro de los instrumentos de tutela ambiental, se implementa para minimizar los impactos ambientales negativos generados. Es una estrategia empresarial aplicada por la Administración Pública para proteger el bien jurídico público ambiente ante la problemática del cambio climático; se vincula en su ejecución con otras herramientas de gestión con la Evaluación de Impacto Ambiental, la Inspección Ambiental y la Licencia Ambiental, entre otras, de aquí su transversalidad por sus ejecutantes (ANTÚNEZ SÁNCHEZ, 2019).

Por ello, en la década de los 80', del siglo pasado, la Cámara Internacional de Comercio (1986), la reconoce como la *“...herramienta de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva del funcionamiento de la organización ambiental. Prevé la implantación de gestión, así como los equipos de control necesarios con objeto de facilitar el control de gestión de las prácticas medio ambientales y declarar la observancia de la política de la Compañía de acuerdo con la normativa ambiental. Es el examen metódico que implica análisis y comprobaciones de las prácticas y procedimientos ambientales de una empresa o parte de ella. Este término de auditoría es sinónimo de revisión y verificación de diversos aspectos de una empresa...”*.

La Asociación Americana de Contabilidad, la concibe como *“...proceso sistemático para obtener y evaluar de manera objetiva las evidencias relacionadas con informes sobre actividades económicas y otros hechos relacionados. Su finalidad consiste en determinar el grado de correspondencia del contenido informativo con las evidencias que le dieron origen para determinar si en dichos informes se han elaborado con la observancia de los principios establecidos para el caso...”* (ALVARADO RIQUELME et al., 2014, pp. 1-507).

En la propia década de los 90' del siglo pasado, prosiguiendo este estudio, se observa como se le adicionan nuevos elementos tecnológicos vinculados al Comercio Internacional a la actividad de control analizada, la hacen mucho más compleja, completa y dinámica en cuanto a la gestión ambiental por parte de los sujetos económicos que la implementan; las técnicas, métodos y objetivos como actividad de control de forma simétrica evolucionó para poder atender y dar respuestas a las nuevas

exigencias de los clientes a partir del siglo XX, como ya en su momento el catedrático VICENT CHULIA lo señalaba.

Las EFS (1995), la concibe como una herramienta de gestión ambiental, aunque otros estudios desde las ciencias contables consideran que su génesis está vinculada a la contabilidad y a la auditoría social para dar respuesta a problemas generados al ambiente con la contaminación atmosférica, por el vertido, la lumínica, la sonora, la protección a la biodiversidad, el cambio climático, a los recursos hídricos, al incremento de los niveles de radiación, a la lluvia ácida, por el incremento de las concentraciones de ozono generado por la industria, la mala calidad del aire en las ciudades, el uso y manejo de la tierra, la desertificación, el comercio y el ambiente. Cuestión aún por esclarecerse. Puntualizan que permite en su ejecución por el auditor realizar la evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de la efectividad de la organización auditada en la gerencia para proteger el bien jurídico público ambiente con un mejor control de las prácticas ambientales y la evaluación para cumplir la política ambiental de la empresa y las normas legales a partir de la institucionalización de la tutela ambiental (ELSTEIN, 2012, pp.17-45).

La norma técnica ambiental ISO 14 001:1995, la define como “...*proceso sistemático, autónomo y documentado para obtener evidencias de la auditoría, evalúa de manera objetiva con el fin de determinar la extensión en que se cumplen los criterios de auditoría...*”.

En la propia década de los 90' del siglo XX, empiezan a publicarse estudios desde las ciencias jurídicas, reflejan el análisis de la política pública ambiental con la integración en su aplicación de herramientas de gestión para determinar los niveles de contaminación, exigir la responsabilidad ambiental, la evaluación ambiental estratégica, la cuantificación del daño ambiental, los servicios públicos ambientales, la inspección ambiental, los permisos ambientales, el uso de las tecnologías limpias, los sistemas de gestión ambiental y la obtención de la certificación ambiental, y el uso de la ecoetiqueta vinculados a la praxis de la auditoría ambiental (SANZ RUBIALES, 2000, pp. 7-19).

Desde el plano jurídico, se analizan los aportes de MARTÍN MATEO (1991, pp. 145-148), NOGUEIRA LÓPEZ (1997, pp. 5-200), LOPERENA ROTA (2000, p. 101), ESTEVE PARDO (2002, pp. 21-22), EMBID IRUJO (2015, pp. 3492-3498), señalan que la auditoría ambiental está articulada a una actividad de control, la misma evalúa al sujeto de gestión de manera voluntaria u obligatoria su relación con el ambiente, es concebida como una fórmula de autorregulación ambiental con efecto público externo, no es un servicio público típico; en su ejecución son aplicadas normas técnicas ambientales (ISO 14 000, 19 011, 26 000) y el Sistema Comunitario de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS) para el sector industrial en Europa; tiene naturaleza jurídica pública y de fomento ambiental, concebida dentro de la fórmula estimulación-recompensa, con efecto directo y vinculante al auditado, puede ser onerosa o gratuita, y su resultado final es certificadorio de la gestión ambiental del auditado. Como se aprecia, aquí hay otro campo nuevo de acción, el “sector industrial” en la práctica de la auditoría al surgir el EMAS.

Por consiguiente, se valora que la auditoría ambiental se vincula al Derecho Ambiental con el principio de prevención, precautorio, de quien contamina paga, de responsabilidad, de cooperación, y de legalidad; como instrumento de carácter corrector, mejora el comportamiento ambiental al auditado, es interdisciplinaria y puede tener un carácter punitivo (FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, 2004, pp. 27-43; CAFERRATA, 2009, pp. 20-55; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, 2015).

Queda claro que la auditoría ambiental responde a las necesidades sociales, por ello en la Cumbre de Johannesburgo en 2002, se pondera su uso a escala global como su paraguas como ya se reseñara. Es la herramienta de gestión susceptible de integrarse por su transversalidad en la realización de las revisiones clásicas establecidas por otras ramas de la economía industrial, integrada a otros tipos de auditorías –legalidad, financiera, cumplimiento, gestión– al revisar en sus programas aspectos vinculados con la protección ambiental con una visión estratégica, aplicando la inteligencia ecológica para ello en pos de alcanzar el desarrollo sostenible, ejecutada de forma voluntaria u obligatoria.

Para el autor del artículo, se demuestra que en la ejecución del control ambiental por la EFS se conjugan la competitividad y la sostenibilidad en un equilibrio adecuado con el ambiente, al ponderar la norma técnica ISO 26 000 en pos de alcanzar el desarrollo sostenible como paradigma jurídico. Permite evaluar el compromiso de la gestión ambiental con el ambiente para la empresa y la industria (FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, 2004, pp.1-19; SALES DE FREITAS, 2013, pp. 293-309).

La auditoría ambiental, pondera el principio de rendición de cuentas como lo explicitan MONEVA ABADÍA et al. (2004, pp. 1-27); al ser un derecho de la sociedad, permite conocer el impacto de las actividades que todo sujeto de gestión económica tiene en su comunidad y con el entorno para actuar de manera sostenible y respetuosa con su entorno, ponderando a criterio de los articulistas el principio de información.

Por la transdisciplinariedad en su ejecución, se valora que constituye un reto al exigir la responsabilidad a los actores económicos en la protección al bien jurídico ambiente como bien de uso público, que acate el principio de legalidad, ratificada en la Cumbre de Río en 1992, Johannesburgo 2002, y en la Agenda 2030 en los objetivos del Milenio, donde el control público ambiental es tema recurrente, de aquí que su principal reconocimiento sea en cada país a través del texto constitucional y se desarrolle en los ordenamientos en normas jurídicas especiales, donde de manera indistinta las normas legales la recogen en su ejecución de manera voluntaria u obligatoria.

Aunque queda claro que, la relación empresa-ambiente ha sido conflictiva, los principales daños ambientales los acarrea la empresa y ésta ha percibido la atención al ambiente como un obstáculo en sus actividades y un freno para su desarrollo y para la creación de empleos verdes. Han sido los principales factores que ha obligado a la empresa como sujeto económico, a replantearse su actitud estratégica hacia el ambiente, ante la creciente preocupación social a raíz de la magnitud de la crisis ambiental global, como fruto de la actividad económica insostenible, que impide

alcanzar los Objetivos del Milenio para el 2030, donde el control público ambiental es pertinente.

Prosiguiendo el análisis, se aprecia como la auditoría ambiental, se le conoce con varios nombres en la literatura científica “ecoauditoría”, “revisión ambiental”, “control ambiental”, “evaluación ambiental”, y “vigilancia ambiental”, aunque su significado resulta ser el mismo por quien la ejecute y para quien se le notifiquen sus resultados.

Dentro de la familia de los instrumentos de comando y control en la materia ambiental, se valora como los ordenamientos jurídicos, por su origen idiomático, su cultura y su realidad económico-social, consideran que es capaz de evaluar y sentar las bases de una política ambiental dirigida a los empresarios para mitigar la contaminación ambiental. Se vincula a los conceptos de economía y contabilidad ambiental creados por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA, 2005).

Su naturaleza jurídica está concebida a partir de que el control es un sistema de verificación y corrección de la legalidad que evalúa el principio de juridicidad, directamente vinculado al concepto de Estado de Derecho, y se relaciona con la democracia como forma política de gobierno nacional. En el marco de un Estado de Derecho, el control implica que la Administración Pública en su organización, funcionamiento, relaciones con la comunidad y su personal están subordinados al ordenamiento jurídico como sujeto pasivo, el que deriva directamente de un marco constitucional. Las normas jurídicas deben someterse a la Constitución Política, y a éstas deberán someterse a su vez, las normas que se derivan de la potestad reglamentaria como lo señala el Derecho Administrativo.

Hay que ponderar en este estudio, que, para la ejecución por el equipo auditoría, la auditoría ambiental, ni las normas, ni el referente doctrinal son homogéneos en lo concerniente a los indicadores a medir, en la significación de los mismos, ni cómo hacerlo atendiendo a las diferencias del desarrollo tecnológico y las formas de gestión económicas auditadas en cada escenario. Los ordenamientos jurídicos no han tenido en cuenta los diferentes momentos de control “*no solo a la tecnología existente sino a la que se va adquirir*” como mecanismo de prevención para mitigar la contaminación ambiental.

Lleva a justipreciar que, dentro del proceso de la auditoría ambiental, es pertinente evaluar la “economía circular”, vinculada a los recursos naturales limitados y a la creciente contaminación creada por la generación de residuos para implementar medidas para que estos productos no sean desechados, sino reutilizados o reciclados para crear nuevos productos por las empresas e industrias con los objetivos del Milenio para el 2030 –objetivo 12: producción y consumo sostenible–.

El que concluye como cierre a criterio del autor del artículo, con el análisis de ciclo de vida (ACV) “Life Cycle Assessment”, conocido como análisis de la cuna a la tumba, balance ambiental, balance ecológico o evaluación del ciclo de vida (ECV). Se aprecia que esta evaluación está concebida como una herramienta de diseño que investiga y evalúa los impactos ambientales de un producto o servicio durante todas

las etapas de su existencia: extracción, producción, distribución, uso y fin de vida (reutilización, reciclaje, valorización y eliminación/disposición de los residuos/desecho), (OWENS, 1996-1998; SAOUTER y FEJTEL, 2000).

#### **4. LA AUDITORÍA AMBIENTAL, CAMPOS DE APLICACIÓN EN LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE**

La evolución de la auditoría ambiental en el siglo XXI, acontece en el primer decenio, transita hacia la “auditoría de gestión cooperada” ejecutada en la región de la Amazonía por las EFS en América Latina a los “recursos hídricos, a la “biodiversidad” y al cambio climático”, a través de acciones evaluadoras de las políticas públicas y al marco regulatorio ambiental como un nuevo campo de acción. Se aprecia como muta del control clásico del sistema empresarial hacia el ambiente con un nuevo campo de acción. Su régimen jurídico utiliza instituciones jurídicas del Derecho Administrativo como la autorización, la concesión administrativa y el dominio público, todas evalúan el principio de juricidad a través de la gestión ambiental compartida (ELSTEIN, 2012, p. 15; LUSTOSA DA COSTA, 2014, pp. 43-46).

Esta auditoría de gestión ambiental se valora que responde a objetivos económicos, de utilidad, factibilidad, eficacia, reducción de costos, ganancias; los sociales, crecimiento cualitativo y cuantitativo, competitividad, pleno empleo, reducción de riesgos para la vida; y los ecológicos, se dirigen a la utilización económica de los recursos y al mantenimiento del equilibrio y protección ambiental, vinculados al Derecho Administrativo Ambiental, es más completa en su programa que la auditoría ambiental en sí.

En la auditoría de gestión ambiental, se justiprecia que de acuerdo con la perspectiva de las normas técnicas ambientales ISO, mantienen los principios básicos de la auditoría y los de la contabilidad, pero requiere de un auditor que maneje los aspectos específicos de la gestión ambiental en el sujeto económico a auditar, de aquí que en su ejecución se aprecia como pervive la transdisciplinariedad en la conformación del grupo de auditores habilitados. Por ello se valora que es superior a la auditoría ambiental tradicional realizada, este es otro cambio en su tracto evolutivo hacia un nuevo campo de acción como ya fue citado.

En sus estudios, ANTÚNEZ SÁNCHEZ (2019) concibe que la auditoría ambiental, como actividad de control es un instrumento de gestión ambiental de naturaleza jurídica pública, su campo de acción son la empresa, la industria, el ambiente (personas jurídicas y naturales) dentro de la formula estimulación-recompensa, su ejecución es realizada por funcionarios públicos requeridos de título profesional y título habilitante, registrados en el Registro de Auditores y Contralores; su función es evaluadora y certificadora de las metas ambientales en relación con la política ambiental trazada por la organización empresarial, es una técnica de comprobación de la legalidad con una potestad reglada de la Administración Pública. Es un proceso, en su práctica se utilizan procedimientos y metodologías, en ella se evalúa la ejecución gasto contable del patrimonio destinado a la protección ambiental, puede ser ejecutada

de forma interna o externa, se evalúa la eficiencia del sistema de gestión ambiental en relación con el vertido, la introducción de tecnologías limpias en la organización empresarial, se aplican normas técnicas, se exige la responsabilidad administrativa contravencional, laboral-funcionarial, social-empresarial, civil y penal a los sujetos auditados. Tiene efecto directo y vinculante al auditado, puede ser onerosa o gratuita. Su resultado final certificatorio le aporta valores añadidos que inciden de forma positiva en el comercio y el mercado a la persona jurídica o natural objeto de la auditoría.

Evidencian estos elementos estudiados hasta aquí, permiten valorar que a pesar de la vasta teorización sobre la auditoría ambiental, aún su construcción conceptual, su regulación y práctica adolece del enfoque sistémico para el logro de la empresa responsable con el ambiente, está necesitada de integración de contenidos entre las diferentes ciencias y saberes para este propósito; hoy con la aparición dentro de la 4<sup>ta</sup> Revolución Industrial de la Industria 4.0, y las posturas internacionales sobre la Agenda para el desarrollo sostenible 2030, están necesitadas del acompañamiento desde una visión estratégica por los empresarios esta institución jurídica sigue en evolución y desarrollo en los ordenamientos jurídicos que la reconocen, este es el segundo momento evolutivo del control público en la web 2.0, donde se le seguirán incorporando nuevos elementos dentro de su caracterización en la medida que se siga perfeccionando.

Desde el plano jurídico, la evolución en el siglo XXI de la auditoría ambiental con el uso de las Tic en la web 2.0, implementa herramientas digitales en este sentido. Se valora que tiene nexo con las herramientas informáticas al ser utilizadas en la contabilidad, en el comercio electrónico, el uso de la firma electrónica, con la ventanilla única de certificación ambiental dentro del gobierno digital, al ponderar el principio de información, entre otras. La auditoría ambiental, es útil compararla con la auditoría financiera, como su antecedente próximo inmediato dentro de las ciencias contables al estar vinculadas con el análisis contable-financiero a los actores económicos.

Ambas auditorías, la ambiental y la financiera, deben ser conducidas por auditores calificados según los niveles de acreditación, basados mayormente en la experiencia profesional, y en cierto grado, en el entrenamiento y calificación profesional de acuerdo a procedimientos sistemáticos, abarcan un examen o revisión de la actividad para verificar que los aspectos bajo su consideración se ajustan al ordenamiento especificado o planificado dentro del control a ejecutar, por un nexo empresa-ambiente.

Presentado este panorama científico de la institución jurídica estudiada, luego de analizadas las posturas interdisciplinarias desde las ciencias sociales, la contabilidad, el derecho, las ciencias empresariales, las ciencias informáticas y las ciencias ambientales, evidencian el tratamiento jurídico, contable, ecológico y empresarial que ha tenido esta actividad de control público desde su reconocimiento legislativo en los ordenamientos jurídicos, ejecutada en una evaluación ambiental de los estados financieros de la industria y la empresa que la implementa, su naturaleza

jurídica es evaluadora de la gestión ambiental al sujeto de gestión que la pondera para ser competitivo en el mercado.

## **5. LA AUDITORÍA AMBIENTAL APLICADA COMO EVALUADORA A LAS FUENTES RENOVABLES DE ENERGÍA**

Otro problema ambiental que acontece en el mundo, debido a que los combustibles fósiles son recursos finitos y que su quema de ha sido identificada como el motivo principal del fenómeno adverso del calentamiento global, generando el cambio climático. Por ello, en la actualidad las fuentes renovables de energías empiezan a tomar relevancia en el mundo actual, siendo otro “campo de acción de la auditoría ambiental”.

Ante la diversidad de la oferta de energías, como una de las condiciones de desarrollo para la región, para que este desarrollo ocurra en bases sostenibles, es imprescindible que tenga matrices energéticas diversificadas. De aquí que las fuentes renovables de energía son aquellas energías que se obtienen de los recursos naturales, su característica principal es su capacidad de ser inagotable tanto por la cantidad de energía que contienen, como por la posibilidad de regenerarse por medio naturales, al no ser contaminantes al ambiente.

Desde el Derecho Ambiental Internacional en el año 2012, se proclama como el “Año Internacional de la Energía Sostenible para Todos”, el PNUMA publica un informe en el que pidió a los gobiernos que desarrollaran políticas que fomentaran el uso de las energías renovables en naciones del Tercer mundo. En la región de América Latina y el Caribe, del cual la nación cubana es parte, hay un gran potencial de fuentes renovables de energías, sobre todo en la eólica, la fotovoltaica, la biomasa, el biogás, las olas, y la energía geotérmica. Nos apoyamos en este estudio, del informe publicado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) “Fuentes Renovables de Energía en América Latina y el Caribe: Situación y propuestas de políticas” (2004).

En su desarrollo, en el siglo XXI, la catedrática MORA RUIZ (2010, p. 1-4), es de la posición al analizar el uso sobre la energía, el desarrollo y el medio ambiente; en la actualidad, los tres vértices de una ordenación jurídica de las energías renovables que precisa de una intervención cualificada del Derecho Administrativo, en la que la satisfacción del interés general implica el equilibrio de estos tres elementos para conseguir los objetivos de seguridad en el abastecimiento de la energía, continuidad en el desarrollo económico de los Estados y tutela del bien jurídico medio ambiente, habida cuenta de que las energías renovables se conceptualizan, casi de manera unánime por la doctrina, como “aquellas fuentes primarias de energía que, de forma periódica, se renuevan a través de ciclos naturales, por lo que se pueden considera inagotables”. Desde esta perspectiva, la efectiva ordenación de las energías renovables es determinante para la consecución de estos objetivos que, aunque dispares en apariencia, se encuentran íntimamente relacionados.

La autora estudiada precisa de autores que en su momento, por la importancia del tema como nuevo campo de acción de la auditoría ambiental “las energías renovables”, acotaba con precedencia que, el académico MARTIN MATEO (1982, p. 146) disertaba sobre un nuevo Derecho Energético, con bastante antelación, en las medidas de ahorro energético, como vía de equilibrio del crecimiento económico ante el aumento de demanda de energía, de forma que “...*el ahorro energético pasa a constituir la denominada «fuente invisible de energía», sin que ello suponga necesariamente la disminución del ritmo de desarrollo, ni la limitación de satisfacciones...*”. Aunque los articulistas también, han constatado otra denominación por la que se le conoce “Derecho de la Energía”, que ambos su objeto de estudio es el mismo, pero tuvo una visión que hoy en el siglo XXI es que se fomenta su uso al ser menos contaminadora.

Prosigue otra mirada al análisis ejecutado por el profesor GARCÍA NOVO (2007, pp. 231-232), quien señala “...*que el acceso a la energía...adquiere en el tercer milenio la condición de supervivencia de la sociedad y biosfera...*”, de forma que, en nuestra opinión, la relevancia de las fuentes de energía renovables trasciende del mero auxilio en la lucha contra el cambio climático, adquiriendo una dimensión global fundamental.

Coincidimos con la posición de la catedrática MORA RUIZ (2010, pp. 1-10) para quien señala que insistir en la importancia de la ordenación de las energías renovables, conectada a las valoraciones que hace sobre la necesaria relación entre energía, medio ambiente y sostenibilidad, y a poner de manifiesto la necesidad de contar con un marco jurídico adecuado y, sobre todo, eficaz, no sólo desde la perspectiva puramente ambiental, sino también, desde un enfoque económico asociado a la relevancia del sector energético como ámbito de desarrollo económico.

Desde esta perspectiva jurídica, lo ambiental se incorpora decididamente en el diseño de estas políticas públicas, pero precisa de una ordenación jurídica acertada que, por un lado, haga atractiva a los inversores la producción de energía a partir de fuentes renovables y, de otro, no convierta las exigencias de sostenibilidad en un elemento de distorsión en los mercados energéticos, con el consiguiente riesgo de no avanzar en la generalización de estas energías como una subrama del Derecho Ambiental para su estudio y desarrollo.

Ejemplos de lo estudiado, son apreciados en la actividad de fomento que se estudia desde el Derecho Administrativo Ambiental, con la creación de parques eólicos como fuente de energía renovable vinculados a la generación de electricidad en el sector eléctrico al utilizar la energía que proporciona el viento. Otro ejemplo es la creación de parques fotovoltaicos, los que utilizan la energía que genera el Sol, y estos la convierten en electricidad, administrada por el sector público, y la energía generada por las olas de los mares. Tienen a criterio de los articulistas un denominador común, el uso de tecnologías para obtener esta energía.

La actividad de fomento desde el Derecho Público, se percibe que está dirigida a los empresarios, para que desarrollen e implementen en sus empresas e industrias el uso de energía no renovables a través de calentadores, paneles solares, generadores de

biogás, motores eólicos, y cualquier otra tecnología o producto que use como fuente total o parcial las energías no convencionales, acorde a la norma legal del sector eléctrico, la legislación ambiental, la legislación del uso de las energías no renovables no convencionales, legislación sobre incentivos fiscales para el fomento de las energías no renovables, la exención de impuesto dirigidos a la construcción de maquinarias, autos, ciclomotores, entre otras, en los ordenamientos jurídicos de las naciones en América Latina como Nicaragua, Chile, el Salvador, Argentina, Brasil, República Dominicana, y Costa Rica, entre otras naciones incorporadas al uso de la energía verde, como lo han ponderado VALLS (1977) y DRNAS DE CLÉMENT (2016) desde sus estudios en la materia ambientalista y en particular del Derecho de la Energía como nuevo paradigma dentro de las políticas públicas en relación con el uso de la energía verde y el Derecho Ambiental en la preservación del ambiente como derecho humano con puntos de encuentro.

El autor del artículo, también observa que el fomento de esta actividad precisará de desarrollar programas de capacitación y formación de los recursos humanos en todos los campos de aplicación de las energías renovables para su uso, implementación y regulación en el ordenamiento jurídico, así como en cuestiones de índole jurídico en la materia tributaria, como nuevo campo de acción de la auditoría ambiental desde el Derecho Administrativo Ambiental.

### **5.1. Las energías renovables, su uso, implementación y regulación en el ordenamiento jurídico cubano a partir del control público ambiental**

En relación al tratamiento de las energías renovables, se aprecia su expresión en el cumplimiento de los Objetivos del Milenio para el 2030 en la nación cubana, en el ordenamiento jurídico promulgado desde el pasado siglo XX en el año 1975, se aprueba la Ley No. 1287, Ley Eléctrica Cubana, sus objetivos plasman garantizar la ordenación y regulación del crecimiento de la industria eléctrica, para hacer frente a la creciente demanda en función del desarrollo económico y social del país.

En el propio 1975, fue aprobado y publicado el Reglamento del Servicio Eléctrico, estableciéndose las bases regulativas para la utilización racional y aprovechar al máximo la energía eléctrica, siendo necesaria la actualización y unificación de las normas técnicas reguladoras de la materia. Este cuerpo jurídico, faculta al Ministerio de la Industria Eléctrica como suministrador único de este servicio en la nación, y dispone las prioridades establecidas por el Gobierno para el desarrollo de los planes económicos y sociales creado en 1976.

Un acontecimiento importante en el adelanto de las fuentes renovables fue la creación y puesta en funcionamiento del Centro de Investigaciones de Energía Solar en la ciudad de Santiago de Cuba entre 1980-1984 en la nación cubana. En el año 1984, se promueve la creación de diferentes Grupos de Desarrollo e Investigación en los Órganos de la Administración Central del Estado y en casi todas las provincias, dedicados a la generalización del uso de diferentes fuentes renovables de energía, principalmente la hidráulica, el biogás, la biomasa, la solar térmica y la eólica.

En esta década estudiada en el orden económico, en la isla de Turiguanó se implementan los primeros generadores de energía eólica en el país, cuestión que se ha ido expandiendo a otras regiones como en la provincia de Las Tunas en la zona de la Herradura. En materia de energía fotovoltaica hay ejemplos en las regiones de Pinar del Río, Ciego de Ávila, Granma y Cienfuegos de su implementación. De la ejecución de pequeñas hidroeléctricas en ríos cubanos, las pequeñas bioeléctricas en los centrales azucareros, como es el caso de la provincia de Ciego de Ávila.

En la década de los 90', la Asamblea Nacional del Poder Popular aprobó el Programa de Desarrollo de las Fuentes Nacionales de Energía, sus objetivos se dirigían sobre la base de lograr mayor eficiencia en el uso del bagazo y los residuos agrícolas cañeros (biomasa); extender la utilización de las energías hidráulica, solar térmica, solar fotovoltaica y eólica, así como el biogás y los desechos industriales, agrícolas y urbanos.

En esta propia década analizada de los 90', en la sociedad civil se funda la Sociedad Cubana para la promoción de las fuentes renovables de energías y el respeto ambiental (CUBASOLAR), por la Academia de Ciencias de Cuba y la Comisión Nacional de Energía, con el organismo de referencia el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA).

En el orden político, en el 2011 se aprueban los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para la actualización del modelo económico y social en Cuba. Este documento definió el sistema económico que prevalecería desde ese año, basándose en los mismos principios de la propiedad socialista vigentes hasta el momento, teniendo en cuenta las tendencias del mercado. Dentro de estos, se encuentra identificada la política energética del país y las medidas a adoptar para actualizarla, por lo que a raíz de este, se buscó la adopción de métodos y técnicas eficaces de sistemas de energía menos contaminantes y más eficientes; el aumento del uso de fuentes de energía nuevas, renovables y económicamente viables, para reducir los efectos nocivos sobre la atmósfera y el medio ambiente; el incremento de la producción, distribución y utilización de la energía en forma eficiente, segura y ecológicamente racional; y la promoción de la cooperación internacional para el Desarrollo del Programa Energético Nacional.

En el orden legislativo, a raíz de las transformaciones de la nación cubana, en el ordenamiento jurídico aparece el Decreto Ley No 301 de 2012, donde se crea el Ministerio de Energía y Minas, como evolución del antiguo Ministerio de la Industria Básica. Desde el plano jurídico, vinculantes dentro del propio ordenamiento jurídico con el tema analizado en el artículo, se aprecian los cuerpos legales siguientes vinculantes al tema objeto de estudio, con la Ley No. 81 de 1997, Ley del Medio Ambiente, la Ley No 118 de 2014, la Ley de la Inversión Extranjera, y el Decreto-Ley No 165 de 1996, De las Zonas Francas y Parques Industriales, y el Decreto Ley No. 313 de 2013, Zona Especial de Desarrollo del Mariel, y la Ley No. 124 de 2014, Ley de Aguas Terrestres.

Ahora bien, se valora que, para propiciar el uso de las fuentes de energías renovables o energía verde, no solo se deberán realizar acciones en el ámbito de las

investigaciones, la innovación e inversión extranjera. Hace falta, un componente legal que ofrezca la seguridad jurídica para el estímulo de proyectos futuros, y es ahí donde el Derecho, como ciencia reguladora de las relaciones sociales, es una herramienta útil en este sentido, la actividad de control analizada.

Se justiprecia por los articulistas que, la Ley No 1287 de 1975, Ley Eléctrica cubana y su Reglamento, es el momento de su actualización por el legislador, con el fin de que responda y se atempere a la realidad actual del siglo XXI en la materia energética con la actualización del modelo económico y social. Hay que significar que esta norma jurídica citada, con sus 45 años de vigencia, en un periodo de abundancia en combustibles fósiles por ser la nación cubana parte del bloque económico de los países socialistas, Consejo de Ayuda Mutua Económica (CAME), regula las primeras medidas para evitar el despilfarro o inadecuado aprovechamiento de la energía, reconociéndose como objetivo obligado, establece la necesidad de actualizar y unificar las diversas normas técnicas en la materia, dispersas hasta ese momento de su emisión. Elementos que se consideran válidos para la actualización del Derecho Administrativo sancionador.

A partir de la promulgación del nuevo texto constitucional de 2019, se considera que los retos del legislador cubano, son actualizar la Ley No 1287 de 1975, Ley Eléctrica y la Ley No. 81 de Medio Ambiente de 1997, que se valore la aprobación de nuevas normas jurídicas con rango de Ley sobre Economía Sostenible, de Eficiencia Energética y Energías Renovables, y sobre Energías para que permita armonizar la diversidad energética que pervive en la nación cubana, con estas regulaciones se podrá incidir en lograr un mayor aporte de las energías renovables a la generación eléctrica, creará mayor independencia a la importación de combustibles, estimulará como política pública que tribute al fomento en la presentación y ejecución de proyectos inversionistas a partir del uso de las energías renovables.

Claro está, se percibe aquí deberá jugar un papel determinante la política fiscal establecida en la Ley No 113 de 2012, Ley Tributaria, contempla otorgar beneficios fiscales, préstamos preferenciales con bonificación de intereses financieros, exención de impuestos de importación, y el pago de una retribución a las instalaciones de energía renovables generadores de electricidad vinculados al uso de estas, como parte de esta política antes citada por la Administración Pública.

Hay que destacar, que, en la actualización del ordenamiento jurídico, el Decreto Ley No. 345 de 2019, Del desarrollo de las fuentes renovables y el uso eficiente de la energía, ha dispuesto novedades jurídicas en materia de producción de energía por productores independientes que no son parte de la Unión Nacional Eléctrica, a la cual esta se la puede comprar, es el ejemplo de la energía que se produce en la Agroindustria del Azúcar con los desechos de la caña, con su fundamento legal esencial en el artículo 75 constitucional. Se dispone un Programa Nacional de desarrollo para las personas jurídicas para el fomento de energías verdes eficientes por la Administración Pública. En el orden fiscal promueve incentivos arancelarios y fiscales, y créditos bancarios.

Hay que significar que por vez primera el sector privado se le autoriza adquirir estas tecnologías y vender su excedente al sector público como ya se reseñó en esta nueva norma jurídica aprobada. Aquí se prioriza la inversión extranjera, al ser la misma la que introducirá tecnología de punta a la nación. Disposición normativa que se acompaña con actos administrativos internos de Ministerios de Energía y Minas, de Comercio Exterior, la Banca Central de Cuba, y por el Ministerio de Finanzas y Precios.

Permite analizar y valorar que la auditoría coordinada sobre energías renovables se realizó en el 2018-2019 en los países de Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, y Venezuela en alianza entre el Tribunal de Cuentas de la UNION (TCU) y la Organización Latinoamericana de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS). El objetivo de la actividad de control fue evaluar las políticas públicas para la expansión de las fuentes renovables en la matriz eléctrica, en particular, mediante la identificación de buenas prácticas y oportunidades de mejora en estas políticas, a fin de contribuir al cumplimiento de los compromisos adquiridos a través de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2030) y el Acuerdo de París.

En relación a la situación de la nación cubana, se señalan como deficiencias en el resultado de esta evaluación realizada en atención a datos desactualizados sobre emisiones de Gases de Efecto Invernadero, lo que dificulta el seguimiento de posibles avances en relación con las reducciones; problemas en el seguimiento de metas o directrices por la ausencia de monitoreo adecuado o por deficiencias en los indicadores establecidos; debilidades en la articulación entre los actores responsables de las políticas de inserción de fuentes renovables en la matriz energética; falta de evaluación de los resultados de los incentivos otorgados a las fuentes renovables, lo que genera un riesgo de que las estrategias adoptadas no se justifiquen en términos de costo-beneficio; debilidades de los instrumentos gubernamentales para asegurar que la expansión de las fuentes renovables se realice para garantizar la confiabilidad y la economía del sistema eléctrico.

En fin, esta actividad de control realizada a partir del 2014 ha permitido, la acción conjunta de los países miembros de Organización Latinoamericana de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS) puede servir de ejemplo para la ejecución de auditorías coordinadas por otras EFS, ya que mitigar los efectos del cambio climático es un problema transnacional que requiere el esfuerzo conjunto de la comunidad internacional.

Son estos elementos estudiados, los que conllevan a considerar que este programa de auditoría ambiental a la energía verde, deberá estar centrado por su transdisciplinariedad y multidisciplinariedad a evaluar el cumplimiento de los componentes desde el Derecho Administrativo Ambiental al integrarse contenidos en su proceso de evaluación, en:

- *La legislación en materia ambiental vinculada a las energías renovables en relación a su uso sostenible*

- *La documentación legal de la entidad a cargo de la gestión de la energía renovable en el expediente legal*
- *La evaluación de los asientos contables vinculados a la protección ambiental registrados en el patrimonio como sujeto de gestión*
- *La evaluación de los activos fijos contables asentados en su patrimonio vinculados a la protección ambiental*
- *Grado de cumplimiento de la gestión ambiental del sujeto de gestión auditado*
- *Grado de cumplimiento de la política ambiental estatal para la protección ambiental*
- *Cumplimiento de los Objetivos 2030 para el desarrollo sostenible de la forma de gestión auditada*
- *Formación de los recursos humanos en la materia ambiental en relación con el capital financiero destinado a ello*
- *Acciones de control ejecutadas a la empresa donde se evaluó la gestión ambiental y se conozcan sus avances y retrocesos*
- *Plan de sustitución de la tecnología que incida en las producciones limpias en la gestión ambiental empresarial*
- *Ponderación del uso de la etiqueta ambiental en la producción empresarial por los sujetos económicos*
- *Cumplimiento de las normas técnicas ambientales en la actividad empresarial por los sujetos económicos*
- *Actualizar la norma jurídica de la auditoría en el ordenamiento jurídico cubano, que permita ejecutar la auditoría ambiental a las personas naturales, como aparece en el texto jurídico, el sector privado que no ejerce como empresario privado como propuesta de la Contraloría General en Cuba*
- *La evaluación de las licencias ambientales autorizando el uso de la energía verde por el CITMA*
- *La evaluación del impacto ambiental del ciclo de vida dentro de la gestión ambiental a los sujetos económicos por el CITMA.*

Presentado este panorama científico de la institución jurídica estudiada en el desarrollo del artículo, con el análisis de posturas interdisciplinarias desde las ciencias sociales, la contabilidad, el derecho, las ciencias empresariales, las ciencias informáticas y las ciencias ambientales, evidencian el tratamiento jurídico, contable, ecológico y empresarial que ha tenido esta actividad de control público desde su reconocimiento legislativo en los ordenamientos jurídicos, ejecutada en una evaluación contable ambiental de los estados financieros de la industria y la empresa que la implementa, su naturaleza jurídica es evaluadora de la gestión ambiental al sujeto de gestión que la pondera para ser competitivo desde los diversos campos de acción donde ha transitado, la cual sigue en evolución en el siglo XXI en pos del desarrollo sostenible desde la economía circular.

## **6. CONCLUSIONES**

El origen de lo que hoy se conoce desde la “teoría del control”, se ha comprobado que la auditoría como actividad de control tiene su génesis desde las antiguas culturas.

Tuvo su mayor desarrollo en el continente europeo, lo que permitió e incidió en su irradiación como paraguas al resto de los continentes, desarrollándose en la medida del desarrollo industrial de cada país.

La preocupación ambiental y ética de las empresas como sujetos de gestión de acuerdo con las tendencias de las sociedades no son nuevas, toma auge desde la década de los 90' del siglo XX a escala global; en el siglo XXI la protección del bien jurídico ambiente se exterioriza en tres dimensiones: la económica, la social y la ambiental a partir del desarrollo industrial, equilibrado para generar recursos, empleos y promover la educación ambiental como bases del bienestar social y la calidad de vida, para lograr el principio del desarrollo sostenible con la aplicación de la Responsabilidad Social Empresarial al conformarse la Empresa Responsable con el Ambiente y tributar al alcance del desarrollo sostenible como su campo de acción.

En América Latina, la ecoauditoría se mueve en su desarrollo con tres auditorías ambientales las que centran su campo de acción al ambiente, permitió a la Administración Pública obtener información del comportamiento de las políticas públicas y de la normativa ambiental como paradigmas ambientales, trazar estrategias que involucren a todos los actores que intervienen en la protección ambiental, desarrollar nuevas tácticas, recomendaciones, campañas de fomento de la cultura ambiental para alcanzar el desarrollo sostenible, distinguiéndola de los modelos de los Estados Unidos de América y el de la Comunidad Europea, al reconocerse como *sujeto a la naturaleza* dentro del *Pluralismo Jurídico De Jure*.

En Cuba, la auditoría ambiental a la energía verde emerge en el 2019, ejecutada por la Contraloría General de la República como actividad de control al amparo de la Ley No. 107 de 2009. En relación al Derecho de la Energía no hay una construcción teórico doctrinal que permita su estudio, donde se incorporen elementos estructurales del Derecho Ambiental como nueva disciplina autónoma del derecho desde las ciencias sociales. Su antecedente fue en el 2014, con la ejecución de la auditoría ambiental a la Cuenca Hidrográfica Vento Almendares en el enfrentamiento al cambio climático.

En el ordenamiento jurídico cubano, con la promulgación del Decreto Ley No. 345 de 2017, se permite el fomento del uso de la energía verde por las personas naturales y el sector estatal como actor que presta este servicio público, es una vía de dar respuesta a los efectos adversos del bloqueo impuesto por los Estados Unidos de Norteamérica que impide el adquirir petróleo para la generación eléctrica. Establece que la tutela del servicio eléctrico le corresponde al Ministerio de Energía y Minas, pero reconoce a la persona natural en la generación de energía, liberando esta actividad. El reto es que como se contextualizará su adquisición en el mercado foráneo y el nacional dentro de las estrategias de la política pública nacional para la mitigación de la crisis energética en la relación ambiente-desarrollo de la economía y la energía dentro del modelo cubano con su actualización en el ámbito económico y social.

El Derecho Administrativo Ambiental a través de la actividad de control ejecutada por el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente al amparo de la Ley No. 81 de 1997, le corresponderá observar el cumplimiento de principios que informan como el de prevención, precaución, no regresión, legalidad, en pos de las exigencias

de la tutela ambiental en la protección ambiental con el fomento de la energía verde que permita conocer los resultados del modelo implementado en relación con la investigación, el desarrollo, y la innovación en el sector público y el privado atendiendo a su clasificación jurídica considerados *res communis omnium*, como integrantes del dominio público y los del dominio privado.

La academia cubana a través de la carrera de Derecho, como ciencia social, tiene el reto de profundizar los estudios del Derecho Ambiental energético, y en otras ciencias por la transdisciplinariedad del tema ante los retos de la crisis económica en la formación del pregrado y posgrado en el sector público y el privado, a tenor de los cambios del modelo económico y social tras la actualización del texto constitucional en el 2019 desde la perspectiva académica con la integración de contenidos.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2004). *Temas de Derecho Administrativo cubano*, 1ª edición, Editorial Félix Varela, La Habana.
- AA.VV. (2007). *Derecho Ambiental cubano*, 2ª edición, Editorial Félix Varela, La Habana.
- AA.VV. (2010). *Lecciones de Derecho Administrativo Ambiental*, Universidad Pablo de Olavide, España.
- AGENDA (2030). *Los Objetivos de Desarrollo Sostenible* (2018) Una oportunidad para América Latina y el Caribe, CEPAL.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. (2015). *Los principios del Derecho Ambiental que informan la auditoría ambiental en su aplicación por la Entidad Fiscalizadora Superior en Cuba*, Revista De Jure, México.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. (2018). *La fórmula estimulación/recompensa en el Derecho Administrativo Ambiental. Visión desde la administración estratégica por los sujetos de gestión*, Revista de investigación y análisis De Jure No. 91, México.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. y POLO MACEIRAS, E. (2015). *El tratamiento jurídico de la etiqueta-certificación ambiental. Regulación en el Derecho Cubano*, Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y los Recursos Naturales N°. 18, Argentina.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. y RAMÍREZ SÁNCHEZ, A. (2016). *La potestad inspectiva v/s auditoría pública. Ojeada histórica dentro del Derecho Administrativo Ambiental cubano*, Revista Dos Tribunais Thomsonreuters N°. 967, Brasil.
- AYES ATMELLER, G. (2006). *Desarrollo Sostenible y sus Retos*. Colección Divulgación Científica. Editorial Científico-Técnica. La Habana.
- ALVARADO RIQUELME, M. (2014). *Teoría y práctica de la auditoría*, Editorial Pirámide, España.
- ARTEAGA SILVA, K. (2015) Tesis de maestría: *Ecogestión y Ecoauditoría, un instrumento de protección medio ambiental*, Universidad Complutense de Madrid. España.
- BARREIRO ZABALA, L. (1922). *Los Chartered Accountant*. Editorial Artes Gráficas Grijelmo. España.

- BARREIRO, R. (2002). *Derecho de la Energía Eléctrica*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.
- BELLORIO CLABOT, D. (2004). *Tratado de Derecho Ambiental*, 1ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A. et al. (2004). *EMAS: análisis, experiencias e implantación*, Ecoiuris, España.
- BOWEN, H. (1953). *La responsabilidad social de los empresarios. La auditoría, vínculos con otras ciencias y saberes*, Estados Unidos de América.
- BOWEN, H., GOND, J. & BOWEN, P. (2013). *Social Responsibilities of the Businessman*. University of Iowa Press. EUA.
- BRACAMONTES ALDANA, J. (1994). *Marco legal de las auditorías ambientales en el mundo. La protección ambiental con la combinación de legislación, regulación y políticas voluntarias a la industria*. UNAM. México.
- BOAZ MOSELLE, J. y RICHARD, S. (2011). *Electricidad verde: energías renovables y sistema eléctrico*. Editorial Marcial Pons, Madrid.
- BROSETA PONT, M. (2010). *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, Madrid.
- BECKER, F. (2009). *Tratado de regulación del sector eléctrico. Aspectos jurídicos*. Tomo I, Editorial Thomson Aranzadi, España.
- BECKER, F. et al. (2010). *Tratado de energías renovables: Aspectos jurídicos*, Tomo II, Editorial Aranzadi, Cizur Menor.
- CAFERRATA, N. (2009). *Teoría de los principios del Derecho Ambiental*, Revista Abeledo Perrot, Argentina.
- CÁNOVAS GONZÁLEZ, D. (2010). *Licencia ambiental y sistemas de responsabilidad, El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI*, Editorial de la Universidad de La Habana.
- CARABALLO MAQUEIRA, L. (2014). *El Derecho Ambiental. Realidades y esperanzas*, Editorial Acuario, La Habana.
- CALDEIRA BRANT, L. et al. (2016). *Desarrollo sostenible y matriz energética en América Latina. La universalización del acceso a la energía limpia*, Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung, Brasil.
- Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista*, 7mo Congreso del Partido Comunista de Cuba (2016). Editorial Política, La Habana.
- CONESA FERNÁNDEZ-VITORA, V. (2003). *Instrumentos de la gestión ambiental en la empresa*, 4ª edición, Editorial Mundi-Prensa, España.
- CUBILLOS, A. et al. (2011). *Energía y Medio Ambiente. Una ecuación difícil para América Latina*, Editorial Universidad Santiago de Chile. Chile.
- CITMA (2017). *Estrategia Ambiental Nacional 2017/2020*. La Habana.
- CITMA (2018). *Programa Nacional de Educación Ambiental para el Desarrollo Sostenible 2016/ 2020*. La Habana.
- CREMADES, J. y RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2006). *Derecho de la Energía*. Editorial La Ley. Madrid.

- CHULIA, F. (2005). *Introducción al Derecho Mercantil*, 18ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.
- D'ESTÉFANO PISANI, M. (1996). *Derecho Ambiental Internacional*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.
- DÍAZ LEGÓN, O. et al (2016). *Apuntes sobre la Ley No. 113, Del Sistema Tributario, en el marco de las transformaciones económicas en Cuba*. Estudios Jurídicos, Editorial Loynaz, Pinar del Río.
- DI CAGNO, V. et al. (2005). *La protección del medio ambiente en Cuba*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.
- DELGADO DÍAZ, C. (2002). *Cuba verde: en busca de un modelo para la sustentabilidad en el siglo XXI*, Editorial Félix Varela. La Habana.
- DRNAS DE CLÉMENT, Z. (2016). *EL Derecho Ambiental y el Derecho de la Energía, ¿Paradigmas compatibles o contrapuestos?* Argentina.
- ESTEVE PARDO, J. (2008). *Derecho del medio ambiente*, 2ª edición, Editorial Marcial Pons, España.
- ESTEVE PARDO, J. (2014). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Editorial Marcial Pons, 4ª edición, España.
- ELSTEIN, S. (2012). *La auditoría del medio ambiente crece y evoluciona para afrontar los retos de un ambiente cambiante*, Revista de Auditoría Gubernamental INTOSAI. España.
- EMBID IRUJO, A. et al (2008). *Agua y Energía*, Editorial Civitas- Thomson Reuters, España, pp. 249
- FERNÁNDEZ RUBIO-LEGRA, Á. (1999). *Derecho Ambiental Internacional*, Editorial AFR, La Habana.
- FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, Á. (1999). *Ley Nº. 81 en más de 150 preguntas y respuestas*, Editorial MINJUS, La Habana.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (2004). *Principios del Derecho Ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental*, Boletín Económico ICE No. 2824, España.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (2008). *Derecho Ambiental*, Editorial Trivium, España.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (2008). *Las auditorías ambientales*, Editorial Tirant lo Blanch, España.
- FERNEY, M. L. (2003). *Intervención del Estado en los negocios jurídicos de energía eléctrica en Regulación Eléctrica: Estudio jurídico*. AMIN. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- FRONTI DE GARCÍA, L. et al. (2003). *Auditoría ambiental, un nuevo enfoque profesional*, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R. (2015). *Ley No. 118, Ley de la inversión extranjera* (edición revisada y actualizada), Editorial ONBC, La Habana.
- HERRERA MOLINA, P. (2000). *Derecho Tributario Ambiental*. Editorial Marcial Pons, España.

- HERAS, I. et al. (2008). *Evolución de la adhesión del EMAS en la Unión Europea y España*, Editorial Ambienta, España.
- GARCÍA NOVO, F. (2007). *Escenario ambiental del modelo energético*. Energía y Regulación, Editorial Thomson-Civitas, Cizur Menor, pp. 227-253.
- GIRONELLA MASGRAU, E. (1976). *El control interno y la censura de cuentas*, Editorial ICE. España. p. 15.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, D. (2017). Tesis Maestría: *Propuestas para la regulación jurídica de la Cogeneración en Cuba*. Universidad Central Marta Abreu de Las Villas.
- GONZÁLEZ RÍOS, I. (2011). *El régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y la eficiencia energética*, Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.
- RAMÍREZ ORTIZ, D. et al. (2014). *Derecho Ambiental y desarrollo sustentable*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México.
- RAMÍREZ SÁNCHEZ, A. & ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. (2019). *El régimen jurídico de la inspección administrativa en Cuba. Apuntes para una reforma*, Revista Derecho & Paz, N° 38, Brasil.
- REY SANTOS, O. et al. (2017). *La Ley de medio ambiente: 20 años después*, Editorial UNIJURIS, La Habana.
- RODRIGO, A. (2015). *El desafío del desarrollo sostenible. Los principios del Derecho Internacional relativos al desarrollo sostenible*. Editorial Marcial Pons, España.
- RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S. (2003). *El fomento de la ecoauditoría como estrategia interventora*, Editorial Thomson Civitas, Madrid.
- RODRÍGUEZ, T. et al. (2004). *Tabloide de energía*. Editorial Academia. La Habana.
- GONZÁLEZ RÍOS, I. (2011). *Régimen Jurídico-administrativo de las energías renovables y de la eficiencia energética*. Editorial Aranzadi, Navarra.
- MARTÍN MATEO, R. (1982). *Nuevo Derecho energético*, IAP, España.
- MARTÍN MATEO, R. (1991). *Tratado de Derecho Ambiental*, 3 tomos, 1ª edición, Editorial Trivium, España.
- MARTÍN MATEO, R. (1997). *Derecho Administrativo Ambiental*, 6ª edición, Editorial Trivium, España.
- MARTÍN MATEO, R. (2003). *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Thomson Aranzadi, España.
- MORA RUIZ, M. (2010). *Los condicionantes ambientales de las energías renovables: el ejemplo de la energía eólica y su regulación en el derecho español. Procedimiento Administrativo: Simplificación administrativa, mejora de la eficacia y garantías de los ciudadanos*. Universidad de Navarra, España.
- MORA RUIZ, M. (2011). *La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis?* Universidad de Navarra, España.
- MONEVA ABADÍA, J. & LAMEDA MONTERO, I. (2004). *Sostenibilidad vs rentabilidad en las grandes empresas españolas*. La contabilidad sin fronteras. Universidad de Granada, España.

- MUÑOZ MACHADO, S. (1998). *Servicio público y mercado*. Tomo IV. El sistema eléctrico. Editorial Civitas, Madrid.
- NIETO, A. (2005). *Derecho Administrativo sancionador*. 4ª edición. Editorial Tecnos, España.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2010). *Hacia un EMAS de alcance internacional en competencia con la ISO 14001: notas a la revisión del Reglamento EMAS*, Revista electrónica Actualidad Jurídica Ambiental, España.
- PAREJO ALFONSO, L. (2013). *Lecciones de Derecho Administrativo, orden económico y sectores de referencia*, Editorial Tirand Lo Blanch, España.
- PEÑA CHACÓN, M. et al. (2019). *Derecho Ambiental del siglo XXI*, 1ª edición, Editorial Isolma, Costa Rica.
- PEÓN, J. (2008). *Desarrollo de fuentes renovables en Energía y regulación en Iberoamérica*. Tomo I. Editorial Aranzadi, Cizur Menor.
- PEREIRA, M. (2016). *Hacia la construcción de un Derecho Energético Ambiental como disciplina autónoma*. Revista Jurídicas CUC N° 16, pp. 181-208.
- PÉREZ MORENO, A. (2006). *El Derecho de la Energía*, IAAP, Sevilla, pp. 455-508.
- PICHS MADRUGA, R. (2004). *Economía mundial, energía y medio ambiente*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.
- PNUMA (2005). *Auditoría ambiental: evolución histórica y su entorno político institucional*. ONU.
- ROMANQUE, D. (1996). *El Contador y su Rol en la Empresa Ambientalmente Responsable*, Revista Ambiente y Desarrollo N° 1, España.
- SUAREZ SUARÉZ, A. (1990). *La moderna auditoría, análisis conceptual y metodológico*. Editorial McGraw-Hill de Management. Madrid.
- JAQUENOD DE ZOGON, S. (1991). *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, Editorial Dykinson, Madrid, p.372.
- JAQUENOD DE ZOGON, S. (2004). *Derecho Ambiental*, 2ª Edición, Editorial Dykinson, Madrid.
- JORDANO FRAGA, J. (2008). *Un desafío para los ordenamientos en el siglo XXI: el desarrollo sostenible*. QDL. Fundación Democracia y Gobierno Local. España.
- TARRÉS VIVES, M. (2003). *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.
- TUA PEREDA, J. (2008). *Evolución y situación actual del pensamiento contable. La inserción de la contabilidad ambiental en la empresa*. Revista Legis de Contabilidad & Auditoría N° 24. Colombia.
- TUA PEREDA, J. (2012). *Pacioli la partida doble y el renacimiento*, Revista de Contabilidad, España.
- JUSTE RUIZ, J. (2009). *La evolución del Derecho Internacional del Medio Ambiente*, España, pp.467-474.
- JUSTE RUIZ, J. & BOU FRANCH, V. (2017). *El desarrollo sostenible tras la cumbre de Río + 20: desafíos globales y regionales*. Editorial Tirant lo Blanch. España.

- LOPERENA ROTA, D. (1998). *Los principios del Derecho Ambiental*. Editorial Civitas. España. p. 87.
- LÓPEZ SAKO, M. (2008). *Regulación y autorización de los parques eólicos*, Editorial Thomson-Civitas, Cizur Menor, España, pp. 160 y ss,
- LUSTOSA DA COSTA, C. (2014). *Las auditorías coordinadas y sus contribuciones para los Estados Federales: la experiencia de la auditoría en la Amazonía*, Revista OLACEFS N°. 15. Brasil.
- SANZ RUBIALES, I. (2012). *El mercado de los derechos a contaminar*, Editorial Lex Nova, España.
- SALES DE FREITAS, J. (2013). *Auditoría externa ambiental como instrumento de defensa del medio ambiente*, Revista De Jure N° 20, Brasil.
- SAOUTER, E., FEIJTEL, T.C.J. (2000). *Utilización de un análisis del ciclo de vida y una evaluación de riesgos medioambientales en una evaluación integral del producto*. Environmental Strategies, Nordic Workshop, Vedbaek.
- ONU (2018). *24 Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP24)*. Polonia.
- OLACEFS (2019). *Auditoría coordinada: energías renovables*, Tribunal de Cuentas de la Unión. Brasil. Disponible en: <http://www.tcu.gov.br/energiasrenovaveis>
- OWENS, J.W. (1996). *Evaluación del impacto de LCA: caso de estudio utilizando un producto para el consumidor*. (LCA Impact Assessment: Case Study Using a Consumer Product.). International Journal of Life Cycle Assessment No 1, pp. 209-217.
- VALLS, M. (1977). *Derecho de la Energía*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- VERCHER NOGUERA, A. (2003). *Responsabilidad ambiental penal, civil y administrativa*, Editorial ECOIURIS, Madrid.
- VILLARDEFrancos Álvarez, M. (2006). *La auditoría como proceso de control: concepto y tipología*, Revista Ciencias de la Información N° 2, La Habana.
- VICENT CHULIÁ, F. (2010). *Introducción al Derecho Mercantil*, 22 edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.
- ZEBALLOS DE SISTO, M. (2000). *El Derecho Ambiental Internacional: Esquema de su evolución*, Editorial Estudio, Argentina.

B) COMENTARIOS DE  
JURISPRUDENCIA Y  
LEGISLATIVOS



**LA REDUCCIÓN DE JORNADA ANUAL EN UN SECTOR DE  
NUEVA CREACIÓN. NI APLICACIÓN DEL CONVENIO, NI  
CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA: FALTA DE ACCIÓN.  
COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA  
NACIONAL, SALA DE LO SOCIAL, 128/2019,  
DE 31 DE OCTUBRE**

**Juan José Fernández Domínguez**

jferd@unileon.es

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad de León

**Patricia Prieto Padín**

patricia.prieto@deusto.es

Contratada Posdoctoral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Grupo de investigación reconocido por el Gobierno Vasco (IT1089-16)  
Universidad de Deusto

**Resumen:** Un conflicto colectivo de enjundia, como el derivado de la operatividad de una condición más beneficiosa en materia de jornada anual en supuestos de sucesión de convenios, obediente a la aparición de un nuevo sector nacional por mor de la especialización técnico-productiva, encuentra respuesta judicial de remisión a su sede apropiada al apreciar la excepción de falta de jurisdicción, de límites tan polémicos como su propia aplicación en el caso concreto.

---

**Palabras clave:** *Excepción de falta de jurisdicción; Sucesión de convenios; Aparición de sector nacional; Jornada máxima anual*

---

**Abstract:** A relevant collective conflict derived from the operation of a more beneficial condition in terms of the annual working hours is analysed. This, in addition, in cases of succession of collective bargaining agreements and due to the emergence of a new national sector for the sake of technical-productive specialisation. Judgment refers to its appropriate headquarters upon observing a exception of lack of jurisdiction, with limits as controversial as its own application in the specific case.

---

**Keywords:** *Exception of lack of jurisdiction; Succession of succession of collective bargaining agreement; Emergence of the national sector; Maximum annual working hours*

---

*1. Contexto legal – 2. El doble supuesto de hecho: conflicto latente y subyacente – 3. Criterio judicial auspiciado por la sentencia – 4. Incidencia futura de la doctrina comentada*

## **1. Contexto legal**

“La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo”. A partir de esta remisión a la autonomía colectiva o individual el art. 34.1 ET resuelve tan trascendental materia, con la sola precaución de establecer un límite superior infranqueable, por cuanto “la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual”. A sus resultados, un total de 1826 horas con 27 minutos actúan como umbral de derecho necesario absoluto por debajo del cual será la autonomía colectiva, por lo común, la encargada de determinar esa frontera del nivel más elevado en cada caso concreto.

Precisamente el protagonismo otorgado a la negociación colectiva ofrece el triple contexto legal de la sentencia: inmediato, mediato y remoto.

En el plano inmediato, los distintos niveles de negociación eventualmente implicados en la determinación de la jornada máxima anual (arts. 82.3 y 84.2 ET) pueden conducir a conflictos más o menos amplios en función de los espacios territorial, funcional y personal afectados. La exigencia de correspondencia entre el ámbito material del conflicto y el del proceso especial ante la jurisdicción social hará que cualquier desajuste lleve a poder apreciar la concurrencia de una excepción de creación jurisdiccional: la denominada “falta de acción”, como óbice formal aplicable de oficio cuando no existiera interés litigioso actual y real, inferido a partir de la falta de correspondencia entre la extensión subjetiva de la acción y su titular.

En el entorno mediato cabrá situar la estructura de la negociación y la sempiterna cuestión de los cambios de unidades con la aparición de alguna de las cláusulas convencionales más difíciles de interpretar y aplicar en la práctica, como son las destinadas a ordenar las condiciones más beneficiosas de origen individual (o plural) y las decisiones que le afectan en orden a su respeto incondicionado o a la aplicación de técnicas de neutralización dadas por decisiones de compensación y absorción.

Por último, y según dejará ver de manera preclara el pronunciamiento examinado, el marco remoto lo proporciona la renovación de sectores para la negociación, como producto de las coordinadas productivas que mudan en el tiempo, en particular a partir de la irrupción de avances tecnológicos, exigencias de aplicación a la mudable realidad social y a hábitos de consumo o preferencias distintos o, sencillamente, obedientes a elementos circunstanciales subjetivos de las organizaciones sindicales y empresariales signatarias.

No existe un patrón que guíe en tal tránsito, muchas veces resultado más de la fuerza de los hechos que del Derecho; de ahí la frecuencia con la cual resulta ser el producto

*La reducción de jornada anual en un sector de nueva creación. Ni aplicación del convenio, ni condición más beneficiosa: falta de acción. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, 128/2019, de 31 de octubre*

de la evolución desde un convenio extraestatutario a otro acomodado a las exigencias de la norma. En particular cabrá indicar que, si bien la disposición final 8ª ET/1980 asignó a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos la formulación de una suerte de catálogo de actividades que pudieran “servir de indicador para las determinaciones de los ámbitos funcionales de la negociación colectiva”, y tal función se mantuvo (aun cuando el catálogo nunca llegó a existir) en la disposición final 2ª del Texto Refundido de 1995, el cometido desapareció a resultas del evidente retroceso de la intervención administrativa en el marco de las relaciones colectivas.

De este modo, la vigente disposición adicional 9ª ET/2015 únicamente atribuye a la Comisión, por cuanto aquí interesa, competencia en materia de “asesoramiento y consulta sobre el ámbito funcional de los convenios colectivos y sobre el convenio colectivo de aplicación a una empresa, así como la consulta en el supuesto de extensión de un convenio regulado en el art. 92”. Facultad a desarrollar, siempre dentro de un ámbito superior al autonómico, de conformidad con lo previsto en los arts. 12 y ss. RD 1362/2012, de 27 de septiembre, cuyos dictámenes pueden ser un instrumento de asesoramiento para describir ámbitos, bien donde no hay convenio aplicable, bien donde podría tener cabida una nueva unidad especializada *ratione materiae*.

## **2. El doble supuesto de hecho: conflicto latente y subyacente**

La aparente sencillez del caso, que por sí mismo apenas si concitaría mayor interés, no oculta tras el conflicto saliente un fondo de superior complejidad; con una tendencia, además, en evidente expansión a la luz de los cambios rápidos y profundos que afectan al sistema productivo.

De este modo, el asunto presente y directamente abordado refiere una demanda sobre conflicto colectivo suscitada por FICA-UGT (a la cual se adhieren CCOO y CIG, incorporándose por esta última organización escrito en el cual el Consejo Gallego de Relaciones Laborales manifiesta su posición favorable a cuanto reclaman las centrales sindicales) contra la Asociación Nacional de Industrias de Elaboración (ANIE), instando que la reducción de jornada contemplada en el artículo 18 del convenio colectivo que vincula a ambos (consistente en una minoración de 16 horas del total anual para 2018, elevada a 24 horas a partir de enero de 2021) sea aplicada a todos los trabajadores y empresas, sin distinción alguna. En el entendimiento, obviamente, de la existencia de algunas entidades concernidas en las cuales no se venía haciendo así; en concreto, el demandante alude a la constancia de “empresas en el sector que no están aplicando el referido precepto convencional a aquellos trabajadores a los que con anterioridad se les aplicaba un convenio colectivo diferente”.

La defensa de la patronal ANIE es sencilla: el convenio está siendo aplicado a todos los trabajadores en todas las empresas, salvo cuando resultan aplicables otras condiciones más beneficiosas en virtud de lo dispuesto en el art. 6 del convenio invocado; añadiendo, a sus resultas, cómo el dato de haber sido aplicado anteriormente otro convenio en modo alguno enerva la operatividad del art. 18 cuando fuere pertinente.

En este sentido, el último párrafo del art. 6 es claro en cuanto a que “las condiciones más beneficiosas en materia de jornada máxima (...) se mantendrán a título personal para los trabajadores afectados en tanto no se convenga otra cosa por acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores o se produzca la equiparación con lo que se estipule en los próximos convenios de este ámbito sectorial”. Remitiendo, por tanto, a la constatación, caso por caso, sobre si ha acaecido aquel acuerdo o ha habido lugar a la mentada equiparación; por ende, a la valoración de la situación en cada empresa y al contraste, siempre, entre lo aplicado y lo dispuesto en el art. 18 del convenio.

Conflicto clásico de concurrencia convencional bajo el cual en ningún momento se oculta la génesis del que subyace, producto de una especialización técnica en los procesos de producción capaz, en esta concreta ocasión, de llevar a descubrir el nuevo ámbito dado por las empresas dedicadas a la elaboración de productos del mar con procesos de congelación y refrigeración.

La fuerza de los hechos, más que del Derecho, hizo que en su momento emergiera como sector distinto, despegándose del convenio del frío industrial, para así atender de manera conveniente las singularidades propias de la elaboración de productos del mar. Título bajo el cual fue negociado el primero, solo firmado por UGT, motivo por el cual su eficacia fue limitada o extraestatutaria; alcanzándose en 2008 el convenio estatutario del sector estatal de nuevo cuño.

En este tránsito es donde se plantea el problema derivado de querer disfrutar de las nuevas condiciones laborales, pero sin perder las más beneficiosas ostentadas en las unidades de origen. Dificilísima cuestión a la cual casi siempre responden los convenios a través de una cláusula *ad hoc*, en esta ocasión a partir del mencionado art. 6, cuyo tenor se viene reproduciendo desde la primera versión, pero no ha enervado las posiciones encontradas de sindicatos y patronal: los primeros defendiendo la singularidad de la materia relativa a reducción de tiempo de trabajo, que llamaría a un análisis separado de cualquier valoración global de condiciones; la segunda afirmando la incompatibilidad de tal aplicación con el disfrute del régimen de jornada máxima que se traía del convenio del sector del frío industrial.

Todo ello en un marco funcional y personal que, según consta en los hechos probados de la sentencia, tan solo se ha acreditado que afecte a una entidad (FANDICOSTA, SA), lo cual, y según se pasa a analizar, resulta ser el factor clave para dictar una sentencia que no resuelve sobre el fondo el asunto.

### **3. Criterio judicial auspiciado por la sentencia**

El pronunciamiento aprecia de oficio la excepción de falta de acción; sin entrar, por ende, a resolver sobre el fondo del asunto. En consecuencia, únicamente pone fin formalmente al conflicto latente, remitiéndolo a cuanto considera la sede funcional apropiada para afrontarlo.

La doctrina que contiene presenta un grueso destinado a repasar los lugares comunes de mayor interés para, a su través, fundamentar la excepción de falta de acción en su versión de carencia de interés real y actual; al lado, una escueta justificación de su aplicación en el caso en concreto.

Siguiendo una práctica que no por habitual deja de ser menos discutida, el núcleo argumental supone reproducir cuanto previamente ya había sentado el Alto Tribunal sobre la excepción procesal en un pronunciamiento precedente (STS de 22 de febrero de 2017, rec 120/2016). En vez de sistematizar, resumir o adaptar su tenor, lo refleja literalmente en toda su extensión; incorporando, de este modo, los tres aspectos fundamentales que contiene relativos a:

1.- Una síntesis de la construcción jurisdiccional más reciente sobre la denominada “falta de acción”. Reconoce, de este modo, la ausencia de estatuto procesal definido de la figura, motivo por el cual su uso, por lo general impreciso, aparece en ocasiones referido a la falta de jurisdicción (casi siempre al no estar en presencia de un conflicto real o actual), aun cuando no falten otros en los cuales recoge situaciones de ausencia de legitimación activa, queda referido a una declaración de inadecuación de procedimiento o alude a las desestimaciones por insuficiencia de fundamento de la pretensión (recordando, de este modo, el tenor de la STS de 26 de diciembre de 2013). De manera más sistemática, la escasez de ese acervo consolidado, o al menos bien delimitado, por los órganos de la jurisdicción social ha llevado a una tipología que, “no en todos los casos acertadamente” —y el matiz es harto interesante—, viene siendo identificado por la jurisprudencia con alguna de las siguientes situaciones (con citas de las SSTs de 18 de julio de 2002, rec 1289/2001, 1 de marzo de 2011, rec.74/2010, y 8 de mayo de 2015, rec 56/2014, el tenor de la STS de 15 de septiembre de 2015, rec 252/2014): “A) Un desajuste subjetivo entre la acción y su titular. B) Una inadecuación objetiva del proceso elegido en relación con la pretensión ejercitada. C) La ausencia de un interés litigioso actual y real, de modo especial cuando se ejercitan acciones declarativas. D) Una falta de fundamentación de la pretensión ejercitada”.

2.- A renglón seguido, y centrando la atención sobre una de las especies mentadas, analiza si la acción ejercitada conduce a la excepción por su naturaleza meramente declarativa. A tal fin repasa el dato histórico derivado de la admisión por el Tribunal Constitucional de acciones declarativas en el proceso laboral al calor de cuanto establece el art. 24.1 CE, con la finalidad primaria de no privar a un interés legítimo de su tutela judicial (recordando la STC 71/1991, de 8 de abril, en criterio consolidado a partir de las STC 210/1992, de 30 de noviembre, y 20/1993, de 18 de enero). E igualmente remarca que tal admisión nunca fue absoluta o ilimitada, pues “está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela. La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se de una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa, y una resolución judicial que de manera no arbitraria ni irrazonable afirme

la inexistencia de la acción meramente declarativa por falta de interés no atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 210/1992, de 30 de noviembre).

La base constitucional ha servido de cimiento a una fértil doctrina en la jurisdicción social, limitando su justificación a la existencia “de un interés controvertido o discutido por las partes, por tanto un conflicto actual, dado que la función de la acción declarativa es eliminar la incertidumbre en torno a la existencia, inexistencia o modalidad de una relación jurídica” (STS de 16 de marzo de 1999, rec 2094/1999); por tanto, “la concurrencia de una verdadera controversia y la concurrencia de una necesidad de protección jurídica (...), lo cual ha de llevar a analizar el supuesto concreto a fin de evitar el planteamiento de cuestiones futuras o hipotéticas que no se corresponden con la existencia de una verdadera controversia actual entre las partes, con la consiguiente necesidad de protección jurídica de un derecho insatisfecho que deba ser tutelado mediante el ejercicio de la acción” (SSTS de 24 de junio de 2015, rec 2400/2014, y 15 de septiembre de 2015, rec 252/2014).

Sintetizando todo el acervo acumulado a lo largo de décadas, presenta el doble condicionamiento para la admisibilidad de estas demandas (STS de 29 de noviembre de 2016, rec 676/2015): “1º La existencia de una verdadera controversia. Por ello se entiende que no puedan plantearse cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor; se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera ‘litis’, pues no cabe solicitar del Juez una mera opinión o consejo. 2º.- La concurrencia de una necesidad de protección jurídica. Se precisa de la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción”.

3º.- Al final, procede a trasladar el anterior acervo a la modalidad planteada en el caso concreto. Recuerda, de este modo, cómo el proceso especial de conflicto colectivo demanda, precisamente, la existencia de una situación conflictiva: “este cauce procesal no debe, por tanto, ser utilizado como un procedimiento de consulta a los órganos de la jurisdicción social sobre unas y otras hipótesis interpretativas en supuestos en que no se ha producido en realidad, o no se ha producido todavía, una concurrencia de pretensiones incompatibles de dos o más sujetos, lo que acontece cuando de los hechos probados no se constata que haya ya existido un desacuerdo real entre las partes, y siendo ello así el proceso de conflicto colectivo planteado carece de sustrato real” (STS de 15 de diciembre de 1997, rec 1398/1997).

Tras este proceso de sedimentación, se alza el escueto pronunciamiento de la Audiencia Nacional, el cual toma en consideración dos datos. En primer lugar, la existencia de una controversia sobre la aplicación general del art. 18 del convenio, según sostiene el demandante, o de la excepción contenida en el art. 6 de aquel, conforme mantiene la patronal; de preferirlo, la distinta interpretación de la extensión del art. 18, bien generalizada, bien abierta a la matización de la posible aplicación en materia de jornada máxima anual de una condición más beneficiosa. En segundo término, y a pesar de tal dato, el hecho de haber acreditado que puede producirse tal discrepancia tan solo en una empresa, por cuestionar la aplicabilidad del art. 18 a trabajadores a quienes antes era de aplicación el Convenio del Sector de Frío Industrial.

*La reducción de jornada anual en un sector de nueva creación. Ni aplicación del convenio, ni condición más beneficiosa: falta de acción. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, 128/2019, de 31 de octubre*

De este modo, la Audiencia Nacional, constatando la ausencia de un interés litigioso actual y real a partir del desajuste subjetivo entre el ámbito de la acción y su titular, establece “que concurre la excepción de falta de acción, en el ámbito sectorial en el que el presunto conflicto ha sido planteado, ya que la controversia solo se ha acreditado que queda circunscrita al ámbito de una empresa determinada, siendo allí donde el mismo debe ser planteado”.

Presencia admitida de conflicto, pero con primacía de su ámbito concreto de expresión sobre la fuente de la cual deriva y cuya aplicación se discute.

#### **4. Incidencia futura de la doctrina comentada**

Podría pensarse que un pronunciamiento que resuelve declarando la aplicación de una excepción procesal apenas si presenta otro recorrido o interés distinto al propio y estricto de la resolución —en su caso permanente, provisional o temporal— del supuesto enjuiciado. Lejos de tal, desde estas líneas quiere efectuarse una doble advertencia:

En primer lugar, la cada vez más frecuente aplicación de la excepción de “falta de acción”. El propio Tribunal Supremo ha advertido ya sobre su “utilización imprecisa”, tanto más peligrosa cuando se aprecia de oficio; motivo por el cual procederá estar pendiente tanto de su frecuencia como de su correcta utilización.

En segundo término, habrá de preocupar de manera singular su aplicación en procesos de conflicto colectivo como el analizado, pues la apreciación de falta de correspondencia entre el ámbito de la acción y su titular puede llevar a una primacía excesiva del lugar donde se desarrolla el conflicto frente al ámbito del convenio a aplicar; por consiguiente, a la primacía de la legitimación derivada de aquel en detrimento de otra más cercana, ignorando, de este modo, cómo, en muchas ocasiones, los vínculos entre una y otra son evidentes o las referencias locativas inferiores pudieran carecer de sujetos para ejercer las acciones directamente.

Huelga decir que este será un panorama presumiblemente más frecuente con el tiempo, en el nuevo contexto dado por unas condiciones de producción donde el factor locativo pierde importancia también a efectos de negociación colectiva.



## **LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA A TRAVÉS DE ALGUNAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA APERTURA DE OFICINAS DE FARMACIA (A PROPÓSITO DE LA STSJ, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, MADRID 31 ENERO 2020)**

**Juan José Fernández Domínguez**

jjferd@unileon.es

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad de León

**Juan José García Vieitez**

juan.garcia.vieitez@unileon.es

Catedrático de Farmacología  
Universidad de León

**Guillermo Domínguez Fernández**

gdomif@estudiantes.unileon.es

R & D Scientist. LSNE-León

**Resumen:** Una sentencia que aborda el módulo de población como factor determinante para la autorización de nuevas oficinas de farmacia sirve de oportunidad para, de su mano, visitar el permanente debate entre la liberalización y la planificación en la ordenación farmacéutica. A tal fin se examina su solución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la opción española a partir de la heterogénea traslación de los factores dados por el número de habitantes y distancia entre farmacias desde la norma básica estatal hacia las distintas leyes autonómicas en la materia y, en fin, algunos de los elementos

fundamentales de una copiosísima jurisprudencia al respecto.

---

**Palabras clave:** *Apertura de oficinas de farmacia; Libertad de establecimiento; Planificación farmacéutica*

---

**Abstract:** A sentence that deals with the population module as a determining factor for the authorization of new pharmacies serves to revisit the ongoing debate between liberalization and planning in pharmaceutical management. To this purpose, the study examines its solution by the Court of Justice of the European Union, the Spanish option

based on the heterogeneous translation of the factors of number of inhabitants and distance between pharmacies from the State norm to the different regional laws on the matter and, finally, some of the

fundamental elements of a very wide jurisprudence.

---

**Keywords:** *Opening of pharmacy offices; Freedom of establishment; Pharmaceutical planning*

---

*I. Sobre el supuesto de hecho en presencia y su trascendencia – II. La planificación farmacéutica y los límites a la libertad de establecimiento en la jurisprudencia europea – III. El contexto legal: de la norma estatal básica a la heterogeneidad autonómica en la consideración de la población y distancias como elementos a ponderar en la autorización de nuevas oficinas de farmacia – IV. Aspectos principales de la jurisprudencia sobre la apertura de oficinas de farmacia. La solución al caso estudiado – V. Bibliografía*

## **I. Sobre el supuesto de hecho en presencia y su trascendencia**

La sentencia comentada solventa el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la decisión desestimatoria del recurso de alzada que había decidido la Viceconsejera de Humanización de la Asistencia Sanitaria de la Comunidad de Madrid el 23 de agosto de 2018, y había sido formulado por la parte aquí actora contra la Resolución de 13 de junio de 2018 de la Dirección General de Inspección y Ordenación de la mencionada Consejería, por la cual se hizo pública la relación provisional de solicitudes admitidas y excluidas en el procedimiento de autorización de apertura de nuevas oficinas de farmacia iniciado por Resolución de 5 de marzo de 2018.

Los distintos actos administrativos, y sus fechas respectivas, presentan en esta ocasión una importancia notable, pues la primera parte de la sentencia tendría un gran interés si el propósito del presente análisis se asentara en los asuntos procesales de enjundia que aborda, no en vano se suscitan hasta cuatro cuestiones de inadmisibilidad motivadas por el hecho de que, literalmente, el escrito de interposición de la demanda aparecía dirigido contra la Resolución de 28 de agosto, aunque en el suplico se instara la declaración de nulidad de la Resolución de 13 de junio de 2018.

Bajo un esquema que atiende a un mismo modelo de respuesta, el Tribunal Superior de Justicia relativiza la importancia de los óbices procesales. Comienza, siempre, reconociendo el punto de razón que asiste al Letrado de la Comunidad Autónoma (“desde un punto de vista formal llevaría razón...”, “cierto es que...”, “pese a ser cierto que...” o “no falta razón a la demandada...”), pero acaba rechazando que el error o irregularidad alcancen magnitud bastante para provocar a la inadmisibilidad. Argumenta al respecto que:

1) Si bien es cierta la variación en el objeto del proceso entre el que figura en el escrito de interposición y el recogido en el suplico, y las alegaciones no se dirigen contra la relación provisional de solicitudes admitidas, sino contra la previsión de autorización en concreto, no cabrá obviar que la resolución impugnada efectivamente contenía un pronunciamiento respecto de la cuestión suscitada como objeto central de debate a resultas de la petición última formulada por la parte demandante, sin que, por ese motivo, quepa apreciar desviación procesal alguna.

2) A pesar de que la Resolución de 5 de marzo de 2018 incluía en su publicación la indicación expresa de no agotar la vía administrativa, el órgano judicial no aprecia la ausencia de falta de recurso de alzada, al interpretar –nuevamente *pro actione*– que no es aquella la Resolución impugnada, sino la de 23 de agosto de 2018, desestimatoria del recurso de alzada contra la Resolución de 13 de junio de 2018.

3) Aun cuando ni la Resolución de 5 de marzo, ni tampoco la de 13 de junio, concretan el número de farmacias cuya apertura se autoriza, ambas, al calor de las solicitudes admitidas y excluidas, contienen referencias explícitas a tal cuestión, y además constan las alegaciones que en las dos fueron formuladas al respecto. Por tal motivo, no cabe considerar que la impugnación de la Resolución de 28 de agosto suponga la reproducción de otra resolución previa, consentida y firme.

4) Por último, si lo recurrido fuera tan solo la decisión sobre las solicitudes admitidas y excluidas provisionalmente en el proceso de autorización, no podría caber duda de que la parte actora carecería de legitimación por no formar parte del mismo; sin embargo, y en la medida en que la Resolución de 13 de junio contiene una respuesta específica a las alegaciones de parte sobre aquella cuestión relativa a la procedencia de autorizar un número u otro de oficinas de farmacia, está proporcionando esa legitimación que ahora se cuestiona.

Solventando el obstáculo procesal, el Tribunal aborda el asunto de fondo, centrado sobre los habitantes requeridos para la creación de un número determinado de oficinas de farmacia por incremento de población. En concreto, la demandante discute la procedencia de la apertura de una tercera oficina a la luz de las peculiaridades que reúnen ciertos habitantes censados en la localidad, pues –según su parecer– habrían de restarse del cómputo del padrón todos los ingresados en las plazas para estancias de larga duración de las tres residencias existentes, no en vano ninguno de ellos, en principio, adquirirían medicamentos o productos farmacéuticos en las oficinas municipales, sino que lo harían en las farmacias (o depósito) de los respectivos centros donde se alojan.

Supuesto ciertamente original, el análisis de la solución adoptada en el caso concreto sirve en este comentario al doble propósito fundamental de recorrer la normativa autonómica sobre cómputo de la población y previsión de distancias a efectos de autorizar la apertura de nuevas oficinas de farmacia, así como repasar, de la mano de la jurisprudencia, algunos de los problemas más salientes que han acompañado a un asunto en el cual las cuestiones fundamentales no dejan de ser recurrentes (si bien la evolución legal ha conseguido eliminar alguna de ellas) y, sin embargo, los detalles varían de manera importante, para así proporcionar un paisaje rico en matices cuya

solución a día de hoy no corresponde al Tribunal Supremo, sino a los Tribunales Superiores de Justicia.

De no menor interés resulta, después de la solución al caso concreto, y como un argumento que lo refuerza, el extenso e interesante excursus sobre el criterio de viabilidad económica de las oficinas de farmacia y la exigencia de un abastecimiento a la población seguro y de calidad como dos factores a cohesionar (en la medida de lo posible) a la hora de proceder a la autorización. A través de la invitación que contiene a reflexionar sobre la doctrina jurisprudencial europea, proporciona atalaya inmejorable para situar el viejo debate sobre la necesidad de autorización para la apertura de nuevas farmacias y la amplitud a tal excepción a la libertad de establecimiento.

## II. La planificación farmacéutica y los límites a la libertad de establecimiento en la jurisprudencia europea

Cuando el órgano judicial afirma que a la hora de decidir –tanto él ahora, como antes la autoridad gubernativa correspondiente– “no han de regirse solo por los criterios de viabilidad económica (...), sino más bien [por] el prevalente de eliminar el riesgo de la falta de abastecimiento seguro y de calidad”, toma parte de manera decidida en un debate que, si bien ya suscitado con anterioridad, ha venido ocupando un primer plano a lo largo del siglo: la liberalización o desregulación del mercado farmacéutico.

Teniendo siempre presentes los importantes intereses económicos que subyacen a la pretensión<sup>1</sup>, la cuestión pasa casi sin transición desde las discrepancias respecto a cuanto se considera más eficaz o supone un servicio al ciudadano en mejores condiciones de calidad y precio<sup>2</sup>, hacia la decisión jurídica de reservar (o no) la

---

<sup>1</sup> Sobre el volumen de negocio, y la decisión trascendente derivada de las variables propiedad y/o titularidad junto a la gestión de la actividad, baste comprobar los datos que al debate aportaron hace una década GONZÁLEZ ALONSO, I. y BARA BANDRÉS, M. P.: “Grandes cadenas de farmacias presentes en el entorno europeo”, *Farmacéuticos Comunitarios*, Vol. 1, núm. 2, 2009, págs. 59-63. Respecto a los intereses de los diferentes actores en presencia, el esbozo de PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: *Farmacia y patrimonio: un estudio de la relación jurídica de servicio farmacéutico*, Andújar (Ibarra de Arce), 1999, en particular págs. 28 y ss.

<sup>2</sup> Entre otros análisis que detienen su atención en estos aspectos a la luz de reformas que los han convertido en guía última en diferentes países, sirvan la muestras de WAGNER, A. *et alii*: “Equity in the distribution of community pharmacies in England: impact of regulatory reform”, *Journal of Health Services Research & Policy*, Vol. 14, núm. 4, 2009, págs. 243-248; GARATTINI, L.; VAN DE VOOREN, K. y CURICO, A.: “Will the reform of community pharmacies in Italy be of benefit to patients or the Italian National Service?”, *Drugs & Therapy Perspectives*, Vol. 28, núm. 11, 2012, págs. 23-26; KÄLVEMARKY SPORRONG, S. y NORDÉN-HÄGG, A.: “Trends in pharmacy staff’s perception of patient safety in Swedish community pharmacies after re-regulation of conditions”, *Pharmacy Practices*, Vol. 12, núm. 4, 2014, págs. 1-5 o GOMES, M. *et alii*: “Dinâmica e concorrência regulada do mercado das farmacias em Portugal”, *Revista Portuguesa de Farmacoterapia*, Vol. 9, núm. 2, 2017, págs. 213-221. El análisis de la evolución en nueve Estados en VOGLER, S.; HABIMANA, K. y ARTS, D.: “Does deregulation in community pharmacy

propiedad de las farmacias en favor de farmacéuticos y/o condicionar la apertura de nuevas oficinas de farmacia a una ordenación predeterminada y, por tanto, a unos requisitos de índole demográfico y/o geográfico.

Divididos prácticamente por la mitad los Estados europeos que optan por una u otra alternativa (sin perjuicio de una heterogénea mezcla que cabe seguir de la Tabla 1), ni la Comisión Europea, ni tampoco algunas importantes instituciones nacionales, han permanecido precisamente neutrales a la hora de abogar por una unificación de marcado signo liberalizador.

**Tabla 1**  
**Principales características deferenciales de los sistemas farmacéuticos europeos**



Fuente: GRANDA (2001)<sup>3</sup>.

En este sentido, la Comisión Europea ha propugnado una política abiertamente liberalizadora en materia de oficina de farmacias, materializada en la incoación de hasta cuatro procedimientos contra Estados miembros (Alemania, Austria, España e Italia)<sup>4</sup>. Estrategia “que ha desarrollado hasta 2008, cuando mostraba su intención de

---

impact accessibility of medicines, quality of pharmacy services and costs? Evidence from nine European countries”, *Health Policy*, Vol. 117, núm. 3, 2014, págs. 311-327.

<sup>3</sup> GRANDA, E.: “Modelos de farmacia: comparativa europea. ¿Somos diferentes?”, *Farmacia Profesional*, Vol. 25, núm. 2, 2011, pág. 16. Una visión comparada, anterior en el tiempo pero más exhaustiva, en GONZÁLEZ ALONSO, I. y BARA BANDRÉS, M. P.: “Modelos de farmacia en la Unión Europea. Análisis comparativo”, *Farmacia Profesional*, Vol. 22, núm. 8, 2008, págs. 10-15.

<sup>4</sup> En este sentido cabrá remitir a Comisión Europea, IP/06/858, Bruselas, 28 junio 2006; e IP/06/1352, Bruselas, 18 septiembre 2008. Con detalle, EZQUERRA HUERVA, A.: “El

continuar los procedimientos por incumplimiento a través de la Dirección General de Mercado Interior y Servicios en distintos ámbitos del mercado interior, citando expresamente los relativos a la movilidad de los pacientes y el reembolso de los costes médicos, el establecimiento de farmacias, etc. Al mismo tiempo, la Comisión se ha propuesto perseguir las violaciones más groseras del art. 43 TEC, que consagra el derecho de establecimiento, y del art. 49 TCE, relativo a la libre prestación de servicios, en relación con los servicios de salud y lo que la Comisión denomina ‘las discriminaciones patentes en el sector de las farmacias’<sup>5</sup>.

En España, y con ecos en una vieja reivindicación del Defensor del Pueblo al calor del principio ‘pro apertura’ en la autorización del establecimiento de nuevas farmacias<sup>6</sup>, cabrá dar cuenta de la contundente toma de posición del Tribunal de Defensa de la Competencia<sup>7</sup>, la formulación en 2008 de una decisión prejudicial por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Granada cuestionando su compatibilidad con el art. 43 TCE (por avocar a “un sistema de limitación del número de farmacias desproporcionado, incluso contraproducente, respecto al objetivo del buen abastecimiento de medicamentos del territorio de que se trate”)<sup>8</sup> o la activa lucha mostrada por las asociaciones a favor de la libre apertura de oficinas con argumentos que han venido encontrando amplio eco social<sup>9</sup>.

No tuvieron el éxito pretendido ni la actuación a nivel supraestatal, ni tampoco las iniciativas nacionales tuvieron el éxito pretendido, cercenadas de raíz por un Tribunal de Justicia de la Unión Europea convertido en árbitro (legislador negativo<sup>10</sup>) que ha permitido conservar cuanto se ha considerado como “mercados intervenidos”<sup>11</sup> (pues

---

modelo español de ordenación farmacéutica en el contexto comunitario europeo de libertad de establecimiento”, *Derecho y Salud*, Vol. 16, 2008, págs. 20 y ss.

<sup>5</sup> ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: “La regulación española de las oficinas de farmacias en el contexto del mercado único a la luz de la jurisprudencia europea”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 10, 2009, pág. 19. Por extenso, HANCHER, L.: “The EU pharmaceuticals market: parameters and pathways”, en AA.VV. (MOSSIALOS, E. *et alii*, Eds.): *Health systems governance in Europe: The role of European Union Law and Policy*, Cambridge (Cambridge University Press), 2010, págs. 635-682.

<sup>6</sup> NICOLÁS ORTÍZ, C.: “Defensor del Pueblo: ‘pro apertura’ de farmacias”, *Farmacia Profesional*, Vol. 8, núm. 9, 1994, págs. 5-9.

<sup>7</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: *La competencia en España: balance y nuevas perspectivas*, Madrid (Tribunal de la Competencia), 1995, pág. 229-271.

<sup>8</sup> Decisión prejudicial C-563/08, asunto *Carlos Sáez Sánchez y Patricia Vargas Rueda c. Junta de Andalucía y Manuel Jalón Morente y otros*, de 18 de diciembre de 2008 (DOUE 2009/C 69/37).

<sup>9</sup> Un sucinto elenco de estos argumentos, y también de los contrarios, en PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: “Libertad de establecimiento de farmacias en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXV, 2010, 2º semestre, págs. 367 y 368.

<sup>10</sup> WASSERFALLEN, F.: “The judiciary as legislator? How the European Court of Justice shapes policy-making in European Union”, *European Public Policy*, Vol. 17, núm. 8, 2010, págs. 1128-1146.

<sup>11</sup> Elocuente la justificación al respecto de NIETO, A.: “La Ley alemana de Farmacia de 28 de agosto de 1960”, *Revista de Administración Pública*, núm. 35, 1961, pág. 361. Sobre la exclusión de la Ley de Sociedades profesionales, precisamente como “impulso de las

“adolecen de rigideces que les impiden adaptarse a las necesidades actuales”<sup>12</sup>) o, desde otra perspectiva, garantiza la autonomía de cada país a la hora de decidir un régimen de liberalización o de normas más o menos restrictivas para dar lugar así a esa elocuente “asimetría constitucional”<sup>13</sup>, que en el caso español admitirá diversidad de grados en función del ejercicio de competencias transferidas a las Comunidades Autónomas<sup>14</sup>.

Este apunte sobre el estado de la situación, surgido de una posición jurisprudencia firme, exige recordar cómo, en su momento, el mantenimiento de los modelos nacionales heterogéneos, incluidos los ejemplos más notorios de restricciones a la libertad de establecimiento en el ámbito farmacéutico<sup>15</sup>, encontró una posible justificación expresa en aquel pronunciamiento en el cual se venía a establecer que “en el Estado actual del Derecho Comunitario, en el que no se ha conseguido la armonización de las normas relativas a la comercialización interior de cada Estado miembro (...), el establecimiento de normas relativas a la dispensación propiamente dicha de los productos farmacéuticos sigue siendo competencia de cada uno de los Estados miembros, siempre que se respeten las disposiciones del presente Tratado y, en particular, las que se refieren a la libre circulación de las mercancías (...). La existencia de monopolio farmacéutico puede estar justificada por uno de los intereses generales mencionados en el artículo 36 del Tratado, entre los que figuran la protección de la salud y la vida de las personas. Además, al ser, en principio, indistintamente aplicable a los productos nacionales y a los importados, este monopolio también puede estar justificado por la protección de los consumidores que, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, figuran entre las exigencias imperativas que pueden justificar una medida que puede obstaculizar el comercio intracomunitario”<sup>16</sup>.

---

autoridades sanitarias españolas y de los representantes profesionales de los farmacéuticos para frenar los requerimientos liberalizadores de la Comisión Europea”, VILLALBA PÉREZ, F. L.: “Disposición adicional sexta. Oficinas de farmacia”, en AA.VV. (GARCÍA PÉREZ, R. y ALBIEZ DOHRMANN, K. J., Dirs.): *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen Fiscal y Corporativo*, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson), 2007, pág. 708.

<sup>12</sup> PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: “Libertad de establecimiento de farmacias en la Unión Europea”, cit., pág. 365.

<sup>13</sup> SHARPF, F. W.: “The European social model”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, núm. 4, 2002, pág. 647.

<sup>14</sup> Una perspectiva llena de contestaciones al quehacer de Tribunal de Justicia en BROOKS, E.: “Crossing borders: A critical review of the role of the European Court of Justice in EU health policy”, *Health Policy*, Vol. 105, núm. 1, 2012, págs. 33-37.

<sup>15</sup> En este sentido, GARCÍA ESCRIBANO MARTÍNEZ, M. S.: *El derecho de establecimiento de las oficinas de farmacia en la Unión Europea*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense, 1997, en dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=173761.

<sup>16</sup> STJCE C-369/88, de 21 de marzo de 1991, asunto *Delattre*. Una valoración de su sentido por cuanto aquí interesa en MORALES ARIZA, S. M.: *Ordenación farmacéutica española: situación actual y perspectivas de futuro*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2015, pág. 202 en <https://core.ac.uk/reader/71056520> o SERRATO MARTÍNEZ, L.: *Régimen jurídico-administrativo del medicamento*, Tesis Doctoral, Universitat de Lleida, 2014, en <https://repositori.udl.cat/handle/10459.1/64107>.

La cuestión viene a ser retornada dos décadas después, a través de cuatro sentencias del Tribunal de Justicia en las cuales cuanto se debate son precisamente los cimientos sobre los cuales se asienta el modelo español de ordenamiento farmacéutico.

Las dos primeras, de 2009, aun cuanto las posiciones de las partes sean netamente distintas, abordan y resuelven bajo argumentos prácticamente idénticos cuestiones relativas a la compatibilidad de la normativa nacional que reserva la propiedad y explotación de una oficina de farmacia a quienes ostentan la titulación de farmacéutico con cuanto recogía sobre la libertad de establecimiento el entonces art. 43 del Tratado Comunitario de la Unión Europea (TCE)<sup>17</sup>. En ellas, tras negar que el supuesto presente similitud con un pronunciamiento previo sobre la profesión de óptico y la titularidad de tales establecimientos (dando el carácter peculiar de los medicamentos y su mercado, así como el estado actual de Derecho Comunitario)<sup>18</sup>, sienta tres premisas que van a orientar el razonamiento posterior y justificarán el fallo<sup>19</sup>:

— A partir de la jurisprudencia que las precedió, así como de cuanto disponen no solo la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre de 2005 (cuyo considerando vigésimo sexto no coordina las condiciones de acceso a las actividades de ámbito farmacéutico y su ejercicio, estableciendo que la distribución geográfica de las farmacias y el monopolio de dispensación de medicamentos sigue siendo competencia de los Estados), sino también —cabría añadir, aun cuando la sentencia lo ignora<sup>20</sup>— la Directiva 2006/123/CE, de 13 de diciembre de 2006, relativa a los servicios de mercado interior [con la exclusión de su aplicación *ex art. 2.2 f*), justificada en el considerando vigésimo, en tanto “debe abarcar los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a pacientes con objeto de evaluar, mantener, restaurar su estado de salud, cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en un Estado miembro”], resulta claro que la Unión Europea carece de normativa específica al respecto y que el parámetro de control único ha de venir dado por cuanto antes recogía el art. 43 TCE y ahora lo hace el art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). De este modo, los Estados miembros ostentan la competencia para ordenar las oficinas de farmacia, pero lo han de hacer con respeto al Derecho Comunitario y, en especial, a las libertades de circulación, incluidas la de capitales y de establecimiento; por ello, será de recibo un margen de apreciación en favor de cada país, pero no cabrá establecer o mantener restricciones injustificadas.

---

<sup>17</sup> STJCE C531/06, de 19 de mayo de 2009, asunto *Comisión a Italia* y C-171/02 y C-172/07, de 19 de mayo de 2009, asunto *Apothekerkammer des Saarlands*.

<sup>18</sup> La referencia lo es a la STJCE C-140/03, de 21 de abril de 2005, asunto *Comisión c. Grecia*.

<sup>19</sup> RAZQUIN LIZARRAGA, J. A.: “La reserva de la propiedad y la titularidad de las oficinas de farmacia a los farmacéuticos no es contraria al Derecho Comunitario Europeo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 777, 2009, BIB\777\2009.

<sup>20</sup> GARCÍA DE PABLOS, J. F.: “Apertura de farmacias en España y libertad de establecimiento”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2011, BIB\2010\3044. Muy crítico al respecto el planteamiento de BAETEN, R.: “Was the exclusion of healthcare from the Services Directive a pyrrhic victory? A proportionality test on regulation of health professions”, *OSE Paper Series*, núm. 18, 2017.

— En uso de esta competencia, la disparidad de regímenes entre los Estados miembros es evidente, pues en algunos de ellos la propiedad y la explotación han de coincidir en un farmacéutico autónomo, mientras otros aceptan que quienes no ostentan la condición de farmacéuticos autónomos puedan ser titulares de negocio, si bien habrán de encargar la gerencia a farmacéuticos contratados.

— Piedra axial en la concreción de este margen regulador conferido a los Estados, y de las diferentes opciones en presencia, es la doctrina asentada a cuyo tenor “la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado”, pudiendo “el Estado miembro decidir qué nivel de protección de la salud pública pretende asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel”<sup>21</sup>.

A partir de estas consideraciones, la sentencia aborda la cuestión relativa a si la restricción evidente que supone la necesidad de que el titular y quien explota la oficina de farmacia sea un farmacéutico (sin discriminación por razón de nacionalidad) está suficientemente justificada “por razones imperiosas de interés general” (y la protección a la salud lo es, expresada en esta ocasión por un abastecimiento de medicamentos seguro y de calidad a la población<sup>22</sup>), siempre que sean adecuadas para garantizar la realización de la finalidad que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo. De este modo, será la proporcionalidad en sentido amplio y estricto la llamada a solventar la cuestión en el caso concreto<sup>23</sup>:

1.- En cuanto al principio general de proporcionalidad hace, el Tribunal de Justicia sostiene que la exclusión de quienes no son farmacéuticos puede resultar adecuada para garantizar el propósito de asegurar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad, y por tanto la protección de la salud pública, ya que:

- a) El consumo excesivo e incorrecto de medicamentos supone riesgos para la salud pública y para el equilibrio financiero de los sistemas de Seguridad Social, motivo por el cual los Estados miembros “pueden reservar la venta de medicamentos al por menor, en principio, exclusivamente a los farmacéuticos, debido a las garantías que estos deben presentar y a la información que deben ser capaces de proporcionar al consumidor”; siendo de recibo, por ende, la

<sup>21</sup> Punto de partida en el discurso de VILLALBA PÉREZ, F.: “La protección de la salud como factor determinante de la libertad de establecimiento de la oficina de farmacia española y el Derecho Comunitario”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 312, 2011, págs. 51-68.

<sup>22</sup> Discutiendo que el mayor nivel de protección a la vida y la salud quede directa y necesariamente vinculado (“salto en el vacío del discurso”) a la justificación de la normativa nacional en garantía de un abastecimiento seguro y de calidad, la crítica durísima de TAPIA HERMIDA, A.: “Las limitaciones a la apertura de nuevas farmacias”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 332, 2010, págs. 159-160 y 162.

<sup>23</sup> Así, el planteamiento de BAETEN, R. y PALM, W.: “The compatibility of healthcare capacity planning policies with EU internal market rules”, en AA.VV. (VAN DE GRODEN, J. et alii, Eds.): *Healthcare and EU Law. Legal issues of services of general interest*, La Haya (TMC Asser Press), 2011, págs. 389 y ss.

exigencia de que los medicamentos sean distribuidos por farmacéuticos que acreditan una independencia profesional real<sup>24</sup>.

- b) Teniendo en cuenta las tres categorías de potenciales titulares de una farmacia, el hecho de que lo sean farmacéuticos ofrece unas garantías de formación, experiencia profesional y responsabilidad de las que carecen quienes no tienen dicha condición<sup>25</sup>. En el supuesto de los farmacéuticos contratados por empresas del sector de productos farmacéuticos –y más aún en quienes en su condición de farmacéuticos están activos en el ámbito profesional como fabricantes o mayoristas– existe un riesgo que podría llevar a cuestionar su independencia<sup>26</sup>.
- c) La coherencia de la normativa italiana que examina la primera de las sentencias no quiebra por las excepciones al principio de exclusión en caso de transmisión *mortis causa*, pues presentan carácter totalmente marginal y extraordinario, se justifican por la protección de los derechos e intereses patrimoniales legítimos de los familiares del farmacéutico fallecido y solo tienen efectos temporales. Tampoco por la posibilidad de que determinadas personas que no son farmacéuticos puedan explotar farmacias municipales, ya que no existe un riesgo de que los municipios, que son titulares de prerrogativa del poder público, se dejen guiar por un objetivo comercial particular y exploten las farmacias municipales en detrimento de las exigencias de la salud pública, pues los entes locales ostentan facultades de control sobre las sociedades y siguen siendo los titulares de tales farmacias.

2.- En cuanto hace a la proporcionalidad en sentido estricto, considera que en ambos supuestos “la normativa nacional resulta ser adecuada para garantizar la realización de su objetivo y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo. En consecuencia, procede admitir que las restricciones que se derivan de dicha normativa pueden justificarse por ese objetivo” de garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad.

---

<sup>24</sup> Contestando abiertamente tal premisa, por “la desafortunada vinculación entre el régimen de titularidad de las farmacias y el coste público de la prestación farmacéutica”, EZQUERRA HUERVA, A.: “Acerca del blindaje comunitario de la reserva de la propiedad de las oficinas de farmacia a favor de los farmacéuticos. Consideraciones al hilo de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de mayo de 2009 (asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, y asunto C-531/06)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009, págs. 268-271.

<sup>25</sup> Destacando que “su interés privado en la obtención de beneficios está mitigado por estos factores”, CABEZAS LÓPEZ, M. D.; PIQUERAS GARCÍA, A. y GÓMEZ BETETA, J. E.: “El modelo mediterráneo de farmacia y la libertad de establecimiento en la Unión Europea”, *Ars Pharmaceutica*, Vol. 51, núm. 3, 2010, pág. 7.

<sup>26</sup> Sobre estos riesgos, en un contexto más amplio, pero con cita precisamente del primero de los pronunciamientos, VILLALBA PÉREZ, F. L.: “La necesaria previsibilidad y estabilidad del ejercicio profesional del farmacéutico de oficina de farmacia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 152, 2011, notas 4 y 36.

El segundo de los pilares, situado en la planificación farmacéutica con restricciones a la apertura de nuevas oficinas a partir de criterios de población y distancia, encuentra el aval expreso un año después, para “cesar así la incertidumbre que pesaba sobre la compatibilidad de dicha normativa con las libertades económicas comunitarias”<sup>27</sup>.

El pronunciamiento, referido precisamente a la norma española (en concreto a la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de los Servicios de las Oficinas de Farmacia –LRSOF– y al Decreto 72/2001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacias y botiquines del Principado de Asturias)<sup>28</sup>, supone una lectura “posibilista” del entonces art. 43 TCE y actual art. 49 TFCE<sup>29</sup>. Adjetivo, el entrecomillado, apropiado a la luz de las dos observaciones preliminares que se van a convertir en verdadera premisa de la *ratio decidendi*: de un lado, la competencia reconocida a los Estados para organizar sus servicios sanitarios, de los cuales forma parte las oficinas de farmacia, bajo el contexto reseñado de preeminencia de la salud y la vida y la decisión soberana en torno a los niveles de protección a conseguir y forma de hacerlo; de otro, e insistiendo en un rasgo tantas veces repetido, la inexistencia de una regulación europea sobre las condiciones para crear nuevas farmacias, los requisitos para su explotación o, más en concreto, que regule su ordenación territorial. Principio de subsidiariedad que signa de manera indeleble las vías de control, pues convierte al art. 49 TFUE en el patrón a utilizar a la hora de medir con tiento las excepciones a la libertad de establecimiento para no incurrir en restricciones injustificadas<sup>30</sup>.

Sobre el doble fundamento enunciado, no cabe duda que la norma española, con la exigencia de autorización condicionada a requisitos mínimos de población y distancias entre farmacias, introduce una restricción capaz de hacer menos atractivo para los farmacéuticos de otros Estados miembros el ejercicio de sus actividades en territorio español a través de un establecimiento. Ahora bien, la limitación puede estar justificada si supera el triple test dado por los principios de no discriminación –el cual no plantea mayores problemas en la ocasión que se juzga, al ser de aplicación con independencia de la nacionalidad–, necesidad –derivando la justificación de evidentes motivos de salud pública bajo la forma de garantía de un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad<sup>31</sup>– y proporcionalidad<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Perspectiva bajo la cual discurre el interesante y sucinto análisis de GARCÍA DE PABLOS, J. F.: “Apertura de farmacias y la normativa comunitaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 801, 2010, BIB\2010\1389.

<sup>28</sup> STJUE C-570/07 y C-571/07, de 1 de junio de 2010, asunto *Blanco Pérez y Chao Gómez*.

<sup>29</sup> BAEYENS, A. y GOFFIN, T.: “Selected legislation and jurisprudence. European Court of Justice”, *European Journal of Health Law*, Vol. 17, 2010, pág. 422.

<sup>30</sup> PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: “Libertad de establecimiento de farmacias en la Unión Europea”, cit., 2010, p. 377.

<sup>31</sup> Con mayor extensión sobre el test de necesidad en este caso concreto, CABEZAS LÓPEZ, M. D.; PIQUERAS GARCÍA, A. y GÓMEZ BETETA, J. E.: “El modelo mediterráneo de farmacia y la libertad de establecimiento en la Unión Europea”, cit., p. 10.

<sup>32</sup> Por extenso, RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A.: “La ordenación territorial de las oficinas de farmacia en España y el Derecho de la Unión Europea (Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 2010, C-570/07 y C-571/07, Blanco Pérez y Chao C.)”, *Aranzadi Unión Europea*, núm. 7, 2010, BIB\2010\7412.

Este último se convierte, otra vez, en la clave del pronunciamiento final. El Tribunal lo considera cumplido por la normativa española con fundamento en tres argumentos:

— La planificación, incluida la autorización previa, puede resultar indispensable para colmar lagunas en el acceso a las prestaciones y para evitar una duplicidad de estructuras, de forma que se garantice una asistencia sanitaria adaptada a las necesidades de la población, que cubra la totalidad del territorio y tenga en cuenta las regiones geográficamente aisladas, o que de alguna otra manera se hallan en una situación de necesidad específica. Esta razón de ser es de aplicación plena a los prestadores de servicios sanitarios en el ámbito ahora objeto de atención.

La falta de regulación podría acarrear que los farmacéuticos se concentraran en las localidades consideradas más rentables y atractivas (aglomeraciones situadas en las zonas urbanas), y que otras localidades menos atractivas (zonas rurales, geográficamente aisladas o en una situación desventajosa) no dispusieran de un número suficiente de profesionales para garantizar una atención farmacéutica segura y de calidad<sup>33</sup>. Ante el riesgo de escasez de farmacias en determinadas partes del territorio, el Tribunal admite la posibilidad de establecer un módulo de población mínimo que permita canalizar la implantación de farmacias hacia las partes del espacio nacional en las cuales el acceso a esta atención presente lagunas; al tiempo, impedir a los farmacéuticos establecerse en zonas donde ya existe un número suficiente de farmacias, e invitarles a instalarse en las que haya escasez. Por tanto, valora que el requisito es adecuado para distribuir las farmacias de manera equilibrada en el territorio nacional, en tanto permite garantizar a toda la población un acceso apropiado a la atención farmacéutica y, en consecuencia, aumentar la seguridad y la calidad del abastecimiento de medicamentos a la población<sup>34</sup>.

De otro lado, también sopesa que el requisito puede ser por sí solo insuficiente. Por ese motivo considera de recibo establecer requisitos adicionales destinados a impedir tal concentración, como es la exigencia de distancias mínimas entre las farmacias, pues permite evitar el riesgo y distribuir las farmacias de una manera más equilibrada en el interior de una zona geográfica determinada, así como aumenta la certidumbre de los pacientes de que dispondrán de una farmacia próxima y, por consiguiente, de un acceso fácil y rápido a una atención farmacéutica apropiada. En este sentido, el requisito de la distancia mínima es complementario de los módulos de población, pudiendo contribuir a la realización del objetivo que consiste en distribuir las farmacias de manera equilibrada en el territorio nacional y, de este modo, cubrir la garantía que fundamenta la decisión.

— No cabe afirmar que algunos farmacéuticos se vean privados del acceso a la actividad profesional mientras los establecidos en el mercado gozan de ventajas

---

<sup>33</sup> Negando esta afirmación de partida, las razones que proporciona CERVERA SOTO, S.: “El modelo de atención farmacéutica en la legislación de Navarra”, *Derecho y Salud*, Vol. 9, núm. 1, 2001, págs. 1-8.

<sup>34</sup> La discusión de esta premisa en LLUCH, M. y KANAVOS, P.: “Impact of regulation of community pharmacies on efficiency, access and equity. Evidence from UK and Spain”, *Health Policy*, Vol. 110, núm. 2-3, 2010, págs. 245-254.

desproporcionadas, por cuanto: de un lado, el criterio a ponderar son los imperativos de protección de la salud pública, y la importancia de los objetivos perseguidos en este ámbito puede justificar restricciones que tengan consecuencias negativas, incluso considerables, para algunos operadores; de otro, las autoridades competentes en este supuesto organizan al menos una vez al año un procedimiento para conceder autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias en función de la evolución demográfica; y, finalmente, la normativa nacional privilegia a los farmacéuticos que todavía no han obtenido una autorización de instalación para asegurar el acceso a más farmacéuticos al ejercicio profesional independiente, pues no será valorada la experiencia profesional como ejercicio de farmacéutico titular o cotitular en una oficina de farmacia, ni cualquier otra clase de méritos, cuando una u otros hubieran servido con anterioridad para obtener una autorización de instalación, dándose prioridad a los farmacéuticos que no hayan sido titulares de oficinas de farmacia<sup>35</sup>.

— La aplicación uniforme de las reglas generales de módulos de población y distancia mínima podría no garantizar una adecuada atención farmacéutica en zonas que tienen ciertas particularidades demográficas. Pero la normativa nacional prevé medidas de ajuste para atenuar los riesgos derivados de una aplicación estricta de la norma básica en cuanto al número de habitantes, pues las Comunidades Autónomas están facultadas para establecer módulos de población inferiores para las zonas rurales, turísticas, de montaña o aquellas en las que, en función de sus características geográficas, demográficas o sanitarias, no fuere posible la atención farmacéutica aplicando los criterios generales, de modo que las farmacias situadas en tales zonas particulares sean más accesibles para el segmento de la población que las rodean. Además, la dificultad derivada de la aplicación estricta de la distancia mínima entre farmacias puede atenuarse con la eventual reducción de esa regla general prevista en la normativa española, la cual incluso estaría en disposición de ser interpretada con carácter obligatorio siempre y cuando la aplicación estricta de la norma general consiga impedir que se garantice un acceso apropiado a la atención farmacéutica en determinadas zonas geográficas de gran concentración demográfica; cuestión a ponderar, a la vista de las circunstancias, por el órgano jurisdiccional al que corresponda.

— También, y en fin, supera el requisito de proporcionalidad en sentido estricto, pues a la vista del margen de apreciación de los Estados miembros en materia de protección de la salud pública, cualquiera de ellos puede considerar que el “sistema de mínimos” no permite lograr –con la misma eficacia que el sistema actual– el objetivo de garantizar el abastecimiento seguro y de calidad de medicamentos en las zonas poco atractivas<sup>36</sup>. Por tal motivo, legítimamente puede aspirar a organizar el sistema de distribución territorial a escala regional confiriendo a las diferentes

<sup>35</sup> Por extenso, VILLABA PÉREZ, F. L.: *La profesión farmacéutica*, Madrid (Marcial Pons), 1996, en particular págs. 38 y ss.

<sup>36</sup> Esta tensión entre los principios de una política social y cuanto pudiera derivar de esas exigencias mismas a partir de las cuales debería quedar todo sometido a la libre competencia en MOSSIALOS, E. y LEAR, J.: “Balancing economic freedom against social policy principles: EC Competition Law and national health systems”, *Health Policy*, Vol. 106, núm. 2, 2012, págs. 127-137.

Comunidades Autónomas (en este caso) la responsabilidad de organizar la distribución de las farmacias entre las zonas geográficas de sus respectivos territorios. La situación en las diferentes regiones puede ser considerablemente diferente respecto del establecimiento de los farmacéuticos, pues en algunas puede que no se haya alcanzado el número mínimo necesario de farmacias y, en cambio, en otras sí, estando todo su territorio disponible para el libre establecimiento, incluso las zonas más atractivas. Esta situación podría perjudicar el objetivo nacional de canalizar a los farmacéuticos hacia las zonas desprovistas de farmacias sin importar la región de que se trate; por tanto, no cabe considerar que la normativa española vaya más allá de lo necesario para lograr el objetivo perseguido.

Ecos evidentes, o continuidad en la doctrina, se encuentra en la última de las sentencias del TJUE, dedicada a la apertura de oficinas de farmacia sometida a autorización previa<sup>37</sup>. Sosteniendo, bajo los argumentos conocidos, que este sistema de prestación de asistencia se puede justificar por resultar indispensable para colmar posibles lagunas en el acceso a las prestaciones sanitarias, así como para evitar una duplicidad de estructuras, reitera la concesión a los Estados de un margen de aplicación a la hora de decidir el nivel de salud pública que pretenden alcanzar y la manera de hacerlo. Sin embargo, y en la medida en que esta opción por la autorización puede privar de eficacia a las disposiciones del Derecho de la Unión, y en particular a las de la libertad de establecimiento, recuerda que se trata de una excepción que “debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, que garanticen su adecuación para establecer suficientemente los límites del ejercicio de la facultad de apreciación por las autoridades nacionales”.

En el caso de la normativa austriaca sometida a examen, la concesión de una licencia de apertura aparece supeditada a su “necesidad”, que se presumirá existente salvo de concurrir las circunstancias que la propia ley contempla, relativas al número de prestadores sanitarios existentes en la zona, la distancia entre la farmacia cuya apertura se solicita y la más próxima y el número de personas a las cuales se debe abastecer de medicamentos<sup>38</sup>.

La aplicación uniforme de los requisitos de densidad demográfica, sin posibilidad de excepciones –al contrario de lo que ocurría en el supuesto de la normativa española antes analizado–, podría suponer que en determinadas zonas rurales cuya población está normalmente dispersa y es menos numerosa, algunos habitantes afectados se encontrarán más allá de la distancia razonable de una farmacia y se vieran así privados de un acceso adecuado a la prestación. Nota que –según destaca de manera específica– resulta relevante en particular en lo que respecta a las personas con movilidad reducida. Dictamina a la postre, y a la luz de las libertades fundamentales, que el art. 49 TFUE se opone a la norma de un Estado miembro que establezca como criterio esencial, a efectos de comprobar la existencia de necesidad para la apertura de una nueva farmacia, un límite fijo de “personas a las que se debe continuar abasteciendo”,

---

<sup>37</sup> STJUE C-367/12, de 13 de febrero de 2014, asunto *Sokoll-Seebacher*.

<sup>38</sup> Sobre estos parámetros objetivos, con el detalle debido para comprender el sentido último del pronunciamiento, MALENOVSKY, J.: “Apertura de nuevas farmacias (TJ Sala Cuarta, S 13 febrero 2014)”, *La Ley Unión Europea*, núm. 13, 2014, pp. 50 y 51.

en la medida en que las autoridades nacionales competentes no puedan establecer excepciones a este límite para tener en cuenta particularidades locales<sup>39</sup>.

Doctrina que, no obstante, exigió una aclaración en auto posterior para sentar que, al hacer referencia a las regiones rurales o aisladas y a las personas de movilidad reducida, el Tribunal de Justicia no pretendía limitar el alcance de su apreciación sobre la congruencia de la legislación nacional controvertida en el litigio principal a este tipo de regiones o a esta categoría de personas, sino que se trataba de un mero ejemplo ampliable a otros capaces de provocar el mismo efecto<sup>40</sup>.

### **III. El contexto legal: de la norma estatal básica a la heterogeneidad autonómica en la consideración de la población y distancias como elementos a ponderar en la autorización de nuevas oficinas de farmacia**

Aun cuando la actividad farmacéutica siempre estuvo sometida a controles, la instalación de oficinas de farmacia a lo largo de la historia había venido siendo una decisión totalmente liberalizada, con un pasado próximo en el cual su apertura solo quedaba sujeta a los condicionantes recogidos en las Reales Ordenanzas de 1860. La extensión progresiva de prestaciones sanitarias y sociales hizo que el Decreto de 24 de enero de 1941 introdujera una regulación fuertemente restrictiva de tal régimen<sup>41</sup>, en decisión refrendada para proporcionarle nivel normativo adecuado por la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 noviembre de 1944. La distancia entre farmacias pasaría a ser desde entonces –en particular a partir del Decreto de 31 de mayo de 1957– condicionante fundamental de la autorización, convertida en título jurídico que legitima a los farmacéuticos para el establecimiento de farmacias y cuyo objetivo radica en controlar, ordenar, orientar y planificar sobre el territorio la apertura y las modificaciones de estos establecimientos<sup>42</sup>.

A ese requisito de separación en metros unió el RD 909/1978, de 14 de abril, el módulo poblacional (art. 3)<sup>43</sup>, para alumbrar el modelo “moderno” de ordenación farmacéutica, que perdura bajo sus planteamientos hasta bien entrada la década de los

<sup>39</sup> GARCÍA MONTOYA, L.: “Límites nacionales a la apertura de nueva farmacia vs. libertad de establecimiento del art. 49 TFUE”, *CESCO. Notas jurisprudenciales*, 7 de abril de 2014.

<sup>40</sup> ATJUE C-634/15, de 30 de junio de 2016, asunto *Sokoll-Seebacher y Nardehirn*.

<sup>41</sup> Sobre la limitación que recogiera la Orden de 28 de septiembre de 1934, pero que nunca fue de aplicación, LÓPEZ SANTIAGO, A.: “Apertura de oficinas de farmacia. Análisis de situación”, *Farmacia Profesional*, Vol. 15, núm. 9, 2001, pág. 29.

<sup>42</sup> MARTÍN RETORTILLO, S.: “Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias”, *Revista de Administración Pública*, núm. 24, 1957, en especial págs. 154 y 155.

<sup>43</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Nueva ordenación de las oficinas de farmacia*, Madrid (BOE), 1978, o el muy sucinto pero sugerente ensayo de ZÚÑIGA LÓPEZ, J. M.: “La apertura de las oficinas de farmacia al amparo de los arts. 3.1 B) del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, y 3.1 de la Orden Ministerial de 21 de noviembre de 1979”, *La Ley*, T. I, 1997, págs. 1819-1822.

90, con la reforma acaecida en los años 1996 y 1997<sup>44</sup>, en los cuales se produjo sustitución parcial<sup>45</sup>. Larga vida e influencia que no impidió una doble crítica:

De un lado, se afirma que “constituyó una bomba de relojería a medio plazo que fue convenientemente, recibada por las órdenes ministeriales de desarrollo, al remarcar estas aún más el carácter pseudofuncionario de las concesiones, bonificándose hasta extremos inconcebibles el ejercicio natural de la profesión, y complicándose las normas de mediciones de distancia para ‘bunkerizar’ las oficinas de farmacia sitas en núcleos importantes de población. Por ello, la mayoría de las solicitudes de oficinas farmacia terminan siendo objeto de recursos judiciales. Además, la no percepción de cantidad alguna por parte de los Colegios por la tramitación de los expedientes favoreció la práctica de solicitudes múltiples, por si en alguna había suerte, aunque estuviesen escasamente fundadas. Esto ha generado el colapso de los registros de Comunidades y Colegios”<sup>46</sup>.

De otra, y después de aprobada la Constitución, se cuestiona abiertamente la compatibilidad de las limitaciones al libre establecimiento de oficinas de farmacia con cuanto contemplan, sobre todo, los art. 14, 35.1, 36 y 38 CE<sup>47</sup>. Labor previa a hacer lo propio con el ordenamiento europeo en los términos antes expuestos, el Tribunal Supremo primero<sup>48</sup>, y el Tribunal Constitucional más tarde<sup>49</sup>, legitimaron el sistema y mantuvieron la norma hasta que el desarrollo del Estado de las Autonomías convirtió a las Administraciones territoriales en verdaderas protagonistas de la ordenación farmacéutica, entendida en el sentido que tempranamente le otorgó el máximo intérprete de la Norma Fundamental<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> La perspectiva en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, F. J.: “Las limitaciones a la libertad de apertura de nuevas oficinas de farmacia tras la reforma de la ordenación farmacéutica”, en AA.VV. (SOSA WAGNER, F., Coord.): *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 1542. Por extenso, MUELAS TIRADO, J.: *Régimen jurídico de apertura y actividad de las oficinas de farmacia*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2002, págs. 16 y ss., en dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=21867.

<sup>45</sup> Este apunte de continuidad en VIDAL CASERO, M. C.: “La apertura de oficinas de farmacia y la aplicabilidad del Real Decreto 909/1978, artículo 3.1”, *La Ley*, T. 2, 1996, págs. 1604.1607.

<sup>46</sup> LÓPEZ SANTIAGO, A.: “Apertura de oficinas de farmacia. Análisis de situación”, cit., pág. 29

<sup>47</sup> Probablemente los mayores y mejores argumentos, y superior constancia, sobre esta incompatibilidad con el principio de igualdad, el derecho al trabajo y la libre elección de profesión y oficio, el derecho al ejercicio de las profesiones tituladas y el derecho a la libertad de empresa en RIVERO YSERN, J. L.: *Libertad de establecimiento de oficinas de farmacia*, Madrid (Trivium) 1992, págs. 36 y 49-56.

<sup>48</sup> STS 10 mayo 1983 (s/rec.). En la doctrina, comentándola, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: “La constitucionalidad de la legislación sobre establecimiento de farmacias (Sentencia de 10 de mayo de 1983)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 39, 1983, págs. 597 y 598.

<sup>49</sup> STC 83/1984, de 24 de julio.

<sup>50</sup> STC 32/1983, de 28 de abril, cuando reza de manera concluyente que “la competencia comunitaria de ordenación farmacéutica (...) ha de entenderse referida a los establecimientos de venta al público de productos farmacéuticos”. En la doctrina, por todos,

De este modo, y ubicada la ordenación de las farmacias dentro de la materia sanitaria –y no Seguridad Social, como hubiera sido también factible–, al Estado corresponde ordenar sus bases (art. 149.1.16 CE) y a las Comunidades Autónomas proceder a su desarrollo legal en uso de las competencias que le confiere el art. 149.1.21 CE<sup>51</sup>.

Convertidas la Ley General de Sanidad de 1986 (art. 103.3) y la Ley del Medicamento de 1990 (art. 88) en las normas que configuraron las primeras “bases de sanidad”<sup>52</sup>, fue preciso esperar al Real Decreto Ley 11/1996, de 17 de junio<sup>53</sup>, y a la vigente Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de Oficinas de Farmacia (LRSO) para disponer de un modelo ajustado plenamente a las pautas constitucionales.

A partir de esta norma nacional cabrá comprobar cómo el Estado, “lejos de aportar una normativa básica en cuanto hace a la regulación del servicio farmacéutico a la población, se limita a las oficinas de farmacia, y su contenido básico común es más reducido, ya que a todos los contenidos del Decreto Ley [que la antecedió] le fue suprimido su carácter básico, con lo cual estamos ante una Ley que se dedica a establecer una serie de principios generales que dejan en manos de las Comunidades Autónomas prácticamente la entera regulación de la ordenación farmacéutica”<sup>54</sup>. Bien cabría sostener, por ende, que “el derecho directamente aplicable al procedimiento administrativo de autorización de apertura de oficinas de farmacia es autonómico”; a sus resultas, que “cada realidad territorial recuenta o cuenta los módulos poblacionales [y las distancias] teniendo en cuenta diferentes circunstancias”<sup>55</sup>, como producto de

---

MARTÍN MATEO, R.: “Ordenación farmacéutica, medicamentos y productos sanitarios”, en AA.VV.: *Jornadas Técnicas de Sanidad y Seguridad Social en el Estado de las Autonomías*, Barcelona (Instituto d’Estudis de la Salut/Generalitat de Catalunya), 1984, pág. 127.

<sup>51</sup> Por extenso sobre un asunto que en su momento no fue nada pacífico, los interesantes puntos de vista, por ejemplo, de CUETO PÉREZ, M.: *Ordenación farmacéutica: regulación estatal y autonómica*, Madrid (Marcial Pons), 1998, págs. 23 y ss.; BASSOLS COMA, M.: “Competencias transferidas a las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Sanitario y Farmacéutico”, en AA.VV.: *Derecho Farmacéutico de las Comunidades Autónomas*, Madrid (Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos), 1987, págs. 61 y ss. o VILLALBA PÉREZ, F. L.: *La profesión farmacéutica*, cit., págs. 235 y ss.

<sup>52</sup> Con detalle CUETO PÉREZ, M.: “Ordenación farmacéutica: competencias y funciones de las Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Administración Local y Autonómica*, núm. 276, 1998, en especial págs. 93-98, o, con un tenor más crítico, MARTÍN MATEO, R.: “La ordenación de las oficinas de farmacia”, *Derecho y Salud*, Vol. 3, núm. 2, 1995, págs. 153 y ss.

<sup>53</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ SALINAS, E.: *La reforma de la ordenación farmacéutica (Decreto-Ley 11/1996, y legislación de las Comunidades Autónomas)*, Madrid (Civitas), 1996 y RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A.: “La apertura de oficinas de farmacia: el Real Decreto-Ley 11/1996, de 17 de junio”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 262, 1996, págs. 1-4.

<sup>54</sup> CUETO PÉREZ, M.: “Ordenación farmacéutica: competencias y funciones de las Comunidades Autónomas”, cit., pág. 100.

<sup>55</sup> Señalando que a tal situación coadyuvó decisivamente la STC 109/2003, de 5 de junio, HERNÁNDEZ SAN JUAN, I.: “La autorización administrativa de apertura de oficinas de

un “frenético proceso legislativo por asumir competencias” cuyo resultante avoca a una situación técnicamente muy compleja y comparativamente muy diversificada<sup>56</sup>.

En una dura crítica que sirve para presentar el panorama actual se indica cómo, “a la falta de legislación básica clarificadora del modelo de oficinas de farmacia y de la necesaria concreción de los criterios de planificación, las Comunidades Autónomas se han lanzado a regular cada una a su forma –según el matiz político de sus órganos de gobierno– el régimen de las oficinas de farmacia. El resultado es un caos absoluto legislativo y una amalgama interminable de procedimientos. Basta comparar las distintas leyes aprobadas por las Comunidades Autónomas para comprobar que algunos aspectos esenciales de su regulación difieren de tal forma que han desdibujado las condiciones básicas garantizadas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales que proclama el art. 149.1.1º CE”<sup>57</sup>.

En esta dinámica, que lejos de encontrar corrección se acentúa<sup>58</sup>, habrá que situar la Ley 19/1998, de 15 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid (y en concreto su art. 32, con las previsiones concordantes que al respecto figuran en el art. 3.1 de Decreto 115/1997, de 18 de septiembre), conscientes de que –por cuanto ahora interesa– su regulación sobre módulos de población y distancia no coincidirá con los existentes en otros territorios del Estado, pues si bien todos aparecen ajustados en lo fundamental a la norma básica estatal, diferirán de manera apreciable a la hora de concretar unos referentes tan abiertos como los que dispone el art. 2 LRSOF, a cuyo tenor:

“1. En desarrollo de lo que establece el artículo 103.3 de la vigente Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril, y el artículo 88 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, y al objeto de ordenar la asistencia farmacéutica a la población, las Comunidades Autónomas, a las que corresponde garantizar dicha asistencia, establecerán criterios específicos de planificación para la autorización de oficinas de farmacia.

---

farmacia”, en AA.VV. (PAREJO ALFONSO, L. Dir.): *Autorizaciones y licencias, hoy. Un análisis sectorial tras la Directiva de Servicios*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, págs. 646, 648 y 649.

<sup>56</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J.: “La ordenación y planificación de las oficinas de farmacia en el Estado de las Autonomías”, *Revista Española de Administración Local y Autonómica*, núm. 276, 1998, pág. 62; en parecido sentido, MESTRE DELGADO, J. F.: “La competencia normativa en materia de ordenación farmacéutica”, *Derecho y Salud*, Vol. 5, núm. 2, 1997, págs. 205 y ss.

<sup>57</sup> VILLALBA PÉREZ, F. L.: “La necesaria previsibilidad y estabilidad del ejercicio profesional del farmacéutico en la oficina de farmacia”, *cit.*, págs. 892 y 893.

<sup>58</sup> Así las observaciones que al respecto realizan MUELAS TIRADO, J.: *Régimen jurídico de apertura y actividad de las oficinas de farmacia*, *cit.*, págs. 75 y ss. o VIDAL CASERO, M. C.: “El desarrollo evolutivo de la reglamentación sobre garantías en los procedimientos de apertura de nuevas oficinas de farmacia”, *Revista General Informática de Derecho*, núm. 1, 200, (recurso *on line*).

*La prestación farmacéutica a través de algunas cuestiones relacionadas con la apertura de oficinas de farmacia (A propósito de la STSJ, Contencioso-Administrativo, Madrid 31 enero 2020)*

La planificación farmacéutica se realizará de acuerdo con la planificación sanitaria. Las demarcaciones de referencia para la planificación farmacéutica serán las unidades básicas de atención primaria fijadas por las Comunidades Autónomas.

2. La planificación de oficinas de farmacia se establecerá teniendo en cuenta la densidad demográfica, características geográficas y dispersión de la población, con vistas a garantizar la accesibilidad y calidad en el servicio, y la suficiencia en el suministro de medicamentos según las necesidades sanitarias en cada territorio.

La ordenación territorial de estos establecimientos se efectuará por módulos de población y distancias entre oficinas de farmacia, que determinarán las Comunidades Autónomas, conforme a los criterios generales antes señalados. En todo caso, las normas de ordenación territorial deberán garantizar la adecuada atención farmacéutica a toda la población.

3. El módulo de población mínimo para la apertura de oficinas de farmacia será, con carácter general, de 2.800 habitantes por establecimiento. Las Comunidades Autónomas, en función de la concentración de la población, podrán establecer módulos de población superiores, con un límite de 4.000 habitantes por oficina de farmacia. En todo caso, una vez superadas estas proporciones, podrá establecerse una nueva oficina de farmacia por fracción superior a 2.000 habitantes.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, las Comunidades Autónomas podrán establecer módulos de población inferiores para las zonas rurales, turísticas, de montaña, o aquéllas en las que, en función de sus características geográficas, demográficas o sanitarias, no fuese posible la atención farmacéutica aplicando los criterios generales.

4. La distancia mínima entre oficinas de farmacia, teniendo en cuenta criterios geográficos y de dispersión de la población será, con carácter general, de 250 metros. Las Comunidades Autónomas, en función de la concentración de la población, podrán autorizar distancias menores entre las mismas; asimismo, las Comunidades Autónomas podrán establecer limitaciones a la instalación de oficinas de farmacia en la proximidad de los centros sanitarios.

El cómputo de habitantes en las zonas farmacéuticas, así como los criterios de medición de distancias entre estos establecimientos, se regularán por las Comunidades Autónomas.

5. El cómputo de habitantes se efectuará en base al padrón municipal vigente, sin perjuicio de los elementos correctores que, en razón de las diferentes circunstancias demográficas, se introduzcan por las Comunidades Autónomas". Sobre este patrón tan flexible, que se acomoda a la pérdida de la condición de básicos de los máximos y mínimos en población y distancia, el panorama de reparto competencial quedaría gráficamente establecido según se fija en la Tabla 2.

**Tabla 2****Requisitos necesarios para la autorización de apertura de farmacias. Pautas estatales y ámbito de competencia de las CC.AA.**

<b>Criterio a tener en cuenta</b>	<b>Valor definido en la Ley 16/1997</b>
Unidad territorial de referencia	Unidades básicas de atención primaria
Base del cómputo de habitantes	Padrón municipal
Medición del cómputo de habitantes y distancias	Delegado a las Comunidades Autónomas
Distancia mínima entre farmacias	Carácter general: 250 m
Excepciones a la distancia mínima	A establecer por las Comunidades Autónomas según la concentración de población
Módulo de población máximo	Carácter general: 1/4000
Módulo de población mínimo	Carácter general: 1/2800
Módulo de población para apertura de farmacias adicionales	Carácter general: 1/2000
Excepciones al módulo poblacional mínimo	A la baja según el criterio de las Comunidades Autónomas de consecución
Distancias mínimas a Centro de Salud	A desarrollar por las Comunidades autónomas

Fuente: GRANDA (2017)<sup>59</sup>.

No podrá extrañar, por consiguiente, que abunden los estudios destinados a cada una de las Comunidades Autónomas<sup>60</sup>, e incluso que los análisis comparados lleven a

<sup>59</sup> GRANDA, E.: “Ordenación farmacéutica y economía de las farmacias: conclusión y recomendaciones”, *Farmacia Profesional*, Vol. 31, núm. 3, 2017, pág. 2.

<sup>60</sup> Así, por ejemplo, los análisis previos de la primera Ley de Cataluña que efectuaron MARTÍN BAREA, M. P. y ESPINOSA RAMOS, E.: “Ley de Ordenación Farmacéutica de Cataluña”, *Offarm*, Vol. 11 núm. 6, 1996, págs. 40-42 o BEL PRIETO, E. y SUÑÉ ARBUSSÁ, J.M.: “Estudio crítico de la Ley de Ordenación Farmacéutica de Cataluña (I). La oficina de farmacia (1ª y 2ª parte)”, *Offarm*, Vol. 12, núms. 1 y 2, 1993, págs. 54-61 y 63-69, respectivamente; CARRASCOSA SALMORAL, A.: “Apertura de oficinas de farmacia en Andalucía”, *La Toga*, núm. 138, 2002, págs. 27-28; VIDAL CASERO, M. M.: “La apertura de oficinas de farmacia en el País Vasco”, *El farmacéutico: profesión y cultura*, núms. 210 y 225, 1998 y 1999, págs. 74-79 y 104-110, respectivamente; CERVERA SOTO, S.: “El modelo de atención farmacéutica en la legislación navarra”, cit., págs. 1-8; AGRAZ PÉREZ-ENRÍQUEZ, L. y NAVARRO FUENTES, M.: “Apertura de oficinas de farmacia en la Comunidad de Madrid”, *Acofar*, núm. 389, 2000, págs. 12-13; GAGO CABEZUDO, M. J.: *La farmacia en Castilla La-Mancha. Incidencia normativa y social*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2002, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=165953>; o, en fin CARROBLES GARCÍA, J.: *Manual práctico de apertura y gestión de farmacias en Castilla-La Mancha*, Cuenca (Alfonso de Aragón), 2000.

aludir a modelos<sup>61</sup>, proclamando las diferencias evidentes en la planificación (en algunas ocasiones con tal singularidad como para haber sido cuestionada su constitucionalidad porque, buscando una superior eficacia<sup>62</sup> el “sistema de mínimos” al que tiende la Comunidad de Navarra se valoró como una desregulación encubierta<sup>63</sup>). Lejos de pretender tal comparativa, o siquiera el reflejo textual de los diferentes preceptos que ordenan la materia<sup>64</sup> se quiere ofrecer al lector de este comentario una imagen gráfica del contexto plural en el cual aparece ubicada la norma madrileña llamada a resolver el caso, a fin de que pueda visualizar los diversos modelos de población adoptados y sus variantes no solo en la referencia a zonas urbanas, sino también semiurbanas, rurales, turísticas u otras especiales (Tabla 3); medios de prueba y criterios para el cómputo de la población, añadiendo a la referencia proporcionada por el padrón –y la certificación administrativa que en su caso se precise–, las fórmulas para contabilizar a la población de hecho no censada, la turística y/o la derivada de segundas residencias (Tabla 4), las variantes sobre distancias mínimas entre farmacias y respecto a centros sanitarios públicos (Tabla 5) y las condiciones para la creación de botiquines (Tabla 6).

---

<sup>61</sup> A los que alude, por ejemplo, MUÑOZ PEREA PIÑAR, I.: *Diferencias en las normativas autonómicas para la apertura de oficina de farmacia*, Tesis Doctoral, Universidad Alfonso X el Sabio, 2017, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=219567>.

<sup>62</sup> Así lo demuestra BARBARISI, I. *et alii.*: “A spatial analysis to evaluate the impact of deregulation policies in the pharmacy sector: Evidence from the case of Navarre”, *Health Policy*, Vol. 123, núm. 11, 2019, págs.1108-1115.

<sup>63</sup> Comentado en el ATC 62/2004, de 24 febrero de 2004, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad suscitada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra frente a cuanto disponen los arts. 24.3, 26 y 27 de la Ley Foral 12/2000, de Atención Farmacéutica, LARRUMBE SANMARTÍN, F.: “Liberalización de la apertura de oficinas de farmacia: constitucionalidad de la Ley Foral Navarra”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 623, 2004, BIB\2004\382.

<sup>64</sup> En tal empeño el notable esfuerzo histórico que realiza SUÑÉ ARBUSSA, J.M. y BEL PRIETO, E: “La ordenación farmacéutica en las Comunidades Autónomas. Determinación del número de farmacias (I). Módulos poblacionales y distancias”, *Offarm*, Vol. 19, núm. 1, 2000, págs. 106-113; “La ordenación farmacéutica en las Comunidades Autónomas. Determinación del número de farmacias (II). Estudio comparativo”, *Offarm*, Vol. 19, núm. 2, 2000, págs. 124-134; o “La ordenación farmacéutica en las Comunidades Autónomas (III). Medición de distancias”, *Offarm*, Vol. 19, núm. 5, 2000, págs. 152-164.

**Tabla 3**  
**Módulos de población**

Ámbito poblacional de aplicación	Urbano	Semiurbano o no urbano	Rural	Turístico	Misceláneo
<b>Legislación Comunidad Autónoma</b>  Comunidad Autónoma de Andalucía Ley 22/2007, de 18 diciembre	2800 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 2000$ [Art. 29.1]	Al menos una [Art. 29.2]	Al menos una [Art. 29.2]	—	Ámbitos especiales que se determinan: al menos una [Art. 29.2]
Comunidad Autónoma de Aragón Ley 4/1999, de 25 marzo 1ª y 2ª versión (hasta 31 diciembre 200 y vigente)	2600 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 1500$ . Si incremento de 1500 habitantes, también en municipios de zona de salud única con los anteriores parámetros [Art. 14.1]	2000 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 1800$ [Art. 14.2], también en municipios de zona de salud si permite mantener la misma proporción [Art. 14.3] Municipios con una farmacia y módulo de 2600 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 1500$ [Art. 14.2]	—	—	—
Comunidad Autónoma de Asturias Ley 1/2007, de 16 marzo	2500 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 2000$ [Art. 11]	—	Cada concejo puede tener 1 farmacia [Art. 10.1]  Parroquias y otros núcleos con población $\geq 600$ habitantes y centro de atención primaria podrá tener 1 farmacia [Art. 10.2]	—	—
Comunidad Autónoma de Cantabria Ley 7/2001, de 19 diciembre 1ª versión (hasta 31 diciembre 2014) 2ª versión (vigente)	2800 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 2000$ [Art. 22.2]	—	—	—	—
Comunidad Autónoma de Castilla y León	2500 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 1500$ [Art. Único.1]	—	Municipios > 450 habitantes puede tener 1 farmacia [Art. 22.1]  Necesidades demográficas [Art. Único.2]	Necesidades turística [Art. Único.2]	—

Ámbito poblacional de aplicación Legislación Comunidad Autónoma	Urbano	Semiurbano o no urbano	Rural	Turístico	Misceláneo
Ley 10/2000, de 9 diciembre (derogada) Ley 13/2001, de 20 diciembre	2500 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 1500$ [Art. 18.1.a)]	2000 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 1500$ [Art. 18.1.b)]	1800 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 1500$ [Art. 18.1.c)]	—	—
Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha Ley 4/1996, de 26 diciembre (derogada) Ley 5/2005, de 27 junio 1ª versión (hasta 27 marzo 2015) 2ª versión (vigente)	1750 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 1000$ [Art. 36.2]	—	—	—	—
	1800 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 1500$ [Art. 36.2]				
	1900 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 1600$ [Art. 36.2]				
Comunidad Autónoma de Cataluña Ley 31/1991, de 13 diciembre 1ª versión (hasta 31 diciembre 2001) 2ª, 3ª y 4ª versión (hasta 2 enero 2006, 30 diciembre 2011 y vigente)	4000 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 2000$ [Art. 6.2]	2500 habitantes [Art. 6.4]	2500 habitantes [Art. 6.4]	—	Zona de montaña o especial: 1500 habitantes [Art. 6.3]
	4000 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 2000$ [Art. 6.c]	2500 habitantes [Art. 6.d)]	2500 habitantes [Art. 6.d)]	—	Zona de montaña o especial: 2500 habitantes [Art. 6.d)]
Comunidad Autónoma de Extremadura Ley 3/1996, de 25 junio (derogada) Ley 6/2006, de 9 noviembre	1800 habitantes. Tramos subsiguientes de 1801-3600, 3001-5400, y así sucesivamente [Art. 10]	—	Poblaciones de ámbito inferior a un municipio $\geq 400$ habitantes puede tener una farmacia [Art. 10]	—	—
	Fórmula = $[(N^{\circ} \text{habitantes} - 700) \times 0,00043] + 1$ [Art. 23.1]				

Ámbito poblacional de aplicación Legislación Autónoma	Urbano	Semiurbano o no urbano	Rural	Turístico	Misceláneo
Comunidad Autónoma de Galicia Ley 5/1999, de 21 mayo (derogada) Ley 3/2019, de 2 julio	2800 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq$ 1500 [Art. 18.4.a)]	2500 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq$ 1500 [Art. 18.4.b)]	2000 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq$ 1500 [Art. 18.4.c)] Cada municipio puede tener 1 farmacia [Art. 18.5)]	—	Entidades Colectivas de población si nº de habitantes $\geq$ 2000 y farmacia más cercana $\geq$ 400 m [Art. 18.6)]
Comunidad Autónoma de las Islas Baleares Ley 7/1998, de 12 noviembre	2800 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq$ 1500, exigiendo incremento neto de población en los últimos 5 años [Art. 32.1.a)]	2500 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq$ 1500, exigiendo incremento neto de población en los últimos 5 años [Art. 32.1.b)]	2000 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq$ 1500, exigiendo incremento neto de población en los últimos 5 años [Art. 32.1.c)] Cada municipio puede tener 1 farmacia [Art. 32.2)]	Módulo de zona urbana con otro complementario adicional de 3500 habitantes estacionales. Superada esa proporción, fracción $\geq$ 2500 [Art. 20.4)]	—
Comunidad Autónoma de las Islas Canarias Decreto 258/1997, de 16 octubre (derogado) Ley 4/2005, de 13 julio	2800 habitantes (si núcleos continuados de población 3500). Superada esa proporción, fracción $\geq$ 2000 [Art. 11)]	—	Población $\geq$ 1500 habitantes [Art. 13.b)]	Población $\geq$ 1500 habitantes [Art. 13.b)]	—

Ámbito poblacional de aplicación Legislación Comunidad Autónoma	Urbano	Semiurbano o no urbano	Rural	Turístico	Misceláneo
Comunidad Autónoma de Madrid Ley 19/1998, de 25 noviembre	2800 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq$ 2000 habitantes [Art. 21.1]	—	Sin farmacia a una distancia menor de 1000 m o con $\geq$ 1500 habitantes [Art. 21.2.b]	Sin farmacia a una distancia menor de 1000 m o con $\geq$ 2500 de plazas alojativas [Art. 21.2.b]	Ausencia de servicio; por cierre de farmacia y ausencia de otra a menos de 500 m [Art. 21.2.a]
Comunidad Autónoma de Murcia Ley 3/1997, de 28 mayo	2800 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq$ 2000 [Art. 32.5]	—	2000 habitantes [Art. 32.6]	—	—
Comunidad Autónoma de Navarra Ley Foral 12/2000, de 16 noviembre 1ª y 2ª Versión (hasta 2 diciembre 2008 y vigente)	2800 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq$ 2000 [Art. 18.5]	—	1500 habitantes [Art. 18.7]	2500 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq$ 2000 [Art. 18.6]	—
Comunidad Autónoma de País Vasco Ley 11/1994, de 17 junio	Municipio > zona de salud: 3200 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq$ 2500 [Art. 11.1 y 12.a] Municipio = zona de salud: 2800 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq$ 2500 [Art. 11.2 y 12.b] Municipio < zona de salud: 2500 habitantes (si un municipio comprende 75% habitantes, criterio de Art. 11.2) [Art. 11.3 y 12.c]	Municipio < zona de salud, con oficina de farmacia: fracción $\geq$ 2500 [Art. 13.c.2]	localidades $\geq$ 700 personas o n.º inferior, bajo circunstancias de dispersión geográfica e interés público [Art. 27.1.b) y 2.1.º]	—	Zona especial: 1400 habitantes, modificable en función de dispersión geográfica e interés público [Art. 27.1.e)]

Ámbito poblacional de aplicación Legislación Comunidad Autónoma	Urbano	Semiurbano o no urbano	Rural	Turístico	Misceláneo
Comunidad Autónoma de La Rioja Ley 8/1998, de 16 junio 1ª versión (hasta 13 noviembre 2006) 2ª y 3ª versión (hasta 31 diciembre 2008 y vigente)	Municipios superior 5000 habitantes, 2800 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 2000$ [Art. 8.2.a)]	Municipios superior 5000 habitantes, 2800 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 2000$ [Art. 8.2.a)]	Municipio $\geq 400$ habitantes sin farmacia [Art. 8.2.c)]	2000 habitantes [Art. 8.2.b)]	Zona de montaña o especial: 2000 habitantes [Art. 8.2.b)] Zona de expansión urbanística: 2000 habitantes [Art. 8.2.b)]
Comunidad Autónoma de Valencia Ley 6/1998, de 22 junio 1ª versión (hasta 31 diciembre de 2014) 2ª versión (vigente)	2800 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 1500$ [Art. 8.3.a)]	2800 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 1500$ (Apertura en el municipio con mayor ratio) [Art. 8.3.b)]	Municipio $\geq 400$ habitantes sin farmacia [Art. 8.3.c)] o $< 400$ habitantes y farmacia clausurada [Art. 8.3.d)]	2800 habitantes estacionales. Superada esa proporción, fracción 1500 [Art. 8.3.f)]	Zona de montaña o especial: una por Zona Farmacéutica [Art. 8.3e)] Zona de expansión urbanística: sector con un mínimo de 2000 habitantes [Art. 8.3.g)]
Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla Orden 3 de diciembre 1996	2800 habitantes. Superada esa proporción, fracción $\geq 2000$ , siempre y cuando se alcance el módulo básico general [Art. 21]	—	Población sin farmacia puede tener 1 farmacia [Art. 20]  Población $\geq 250$ habitantes sin farmacia puede tener 1 farmacia [Art. 20.1]	Módulo complementario a la fracción de 3500 habitantes estacionales. Superada esa proporción, fracción 2500 [Art. 21]	Posibilidad de segunda y sucesivas farmacias en municipios y entidades locales menores previa determinación individualizada [Art. 21 in fine]
	Ciudades urbanas ex Real Decreto-Ley 11/1996, de 17 junio	—	—	—	—

Fuente: Elaboración propia.

**Tabla 4**  
**Bases para el cómputo de la población**

Ámbito poblacional de aplicación Legislación Comunidad Autónoma	Padrón municipal	Población de hecho (no censada)	Turístico	Certificación administrativa
Comunidad Autónoma de Andalucía Ley 22/2007, de 18 diciembre	[Art. 31.1]	Mediante certificado ayuntamiento o entidad correspondiente [Art. 31.2º]	Plazas turísticas x 184/365. Segunda residencia: nº viviendas x 3,5 x 92/365 [Art. 31.3]	—
Comunidad Autónoma de Aragón Ley 4/1999, de 25 marzo	[Art. 16]	—	Según determinación reglamentaria [Art. 16]	—
Comunidad Autónoma de Asturias Ley 1/2007, de 16 marzo	[Art. 12]	—	—	—
Comunidad Autónoma de Cantabria Ley 7/2001, de 19 diciembre	[Art. 21.1a]	—	20% Plazas turísticas [Art. 21.1b] 20% vivienda segunda residencia (4 personas por vivienda) [Art. 21.1c]	—
Comunidad Autónoma de Castilla y León Ley 10/2000, de 9 diciembre (derogada) Ley 13/2001, de 20 diciembre	—	—	—	—
Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha Ley 4/1996, de 26 diciembre (derogada) Ley 5/2005, de 27 junio	[Art. 37.1]	—	—	—
Comunidad Autónoma de Cataluña Ley 31/1991, de 13 diciembre 1ª versión (hasta 1 enero 2002) 2ª, 3ª y 4ª versión (vigente)	[Art. 6.5]	—	- 10% Plazas turísticas - 10% vivienda segunda residencia (4 personas por vivienda) [Art. 6.5]	Certificado del departamento de comercio, consumo y turismo [Art. 6.5]

Ámbito poblacional de aplicación Legislación Comunidad Autónoma	Padrón municipal	Población de hecho (no censada)	Turístico	Certificación administrativa
Comunidad Autónoma de Extremadura Ley 3/1996, de 25 junio (derogada) Ley 6/2006, de 9 noviembre	[Art. 6.e]	—	- 10% Plazas turísticas - 10% vivienda segunda residencia (4 personas por vivienda) [Art. 6.e]	Certificado Secretaríos de ayuntamiento, de municipios de área básica [Art. 6.e] Zonas turísticas: Certificado departamento de Industria, Comercio y Turismo [Art. 6.e]
Comunidad Autónoma de Galicia Ley 5/1999, de 21 mayo (derogada) Ley 3/2019, de 2 julio	O rectificación anual del Padrón [Art. 10.2º] [Art. 23.3] [Art. 18.8] [Art. 32.3]	Prorrateo mensual [Art. 16.3º] — — —	Prorrateo mensual [Art. 10.3º] — — —	— — — —
Comunidad Autónoma de las Islas Baleares Ley 7/1998, de 12 noviembre 1ª versión (hasta 15 noviembre 2014) 2ª, 3ª y 4ª versión (vigente)	— Censo de población individualizado por zona farmacéutica o unidad menor con certificado INE [Art. 20.3.5 y 6]	— —	40% plazas turísticas [Art. 20.8] 30% vivienda segunda residencias, excepto deshabitadas [Art. 20.7]	— —
Comunidad Autónoma de las Islas Canarias Decreto 258/1997, de 16 octubre (derogado) Ley 4/2005, de 13 julio	— —	— —	— —	— —
Comunidad Autónoma de Madrid Ley 19/1998, de 25 noviembre	[Art. 32.7]	[Art. 32.7]	—	—
Comunidad Autónoma de Murcia Ley 3/1997, de 28 mayo	[Art. 18.8]	—	30% plazas turísticas. 40% vivienda segunda residencia (4 personas por vivienda) [Art. 18.9]	[Art. 18.9]

Ámbito poblacional de aplicación Legislación Comunidad Autónoma	Padrón municipal	Población de hecho (no censada)	Turístico	Certificación administrativa
Comunidad Autónoma de Navarra Ley Foral 12/2000, de 16 noviembre 1ª versión (hasta 2 diciembre 2008) 2ª versión (vigente)	[Art. 27.1.a)]	—	—	—
Comunidad Autónoma de País Vasco Ley 11/1994, de 17 junio	[Art. 27.1.a) y 2]  [Art. 11.4 y 12.1]	—	—	—
Comunidad Autónoma de La Rioja Ley 8/1998, de 16 junio 1ª versión (hasta 13 noviembre 2006) 2ª versión (hasta 31 diciembre 2008) 3ª versión (vigente)	[Art. 8.4.a)]	—	30% Plazas turística [Art. 8.4.e)]	—
Comunidad Autónoma de Valencia Ley 6/1998, de 22 junio	[Art. 22]	—	20% plazas turísticas. Segunda residencia (4 personas por vivienda) [Art. 22]	—
Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla Orden 3 de diciembre 1996	—	—	—	—

Fuente: Elaboración propia.

**Tabla 5**  
**Distancia mínima entre farmacias y respecto a centro sanitarios públicos**

Ámbito de aplicación Legislación Comunidad Autónoma	Entre farmacias	Centros sanitarios (Primario o Especializado)	Decisión administrativa	Miscelánea
Comunidad Autónoma de Andalucía Ley 22/2007, de 18 diciembre	250 m. Excepto núcleos aislados mayor de 1000 habitantes: 500 m [Art. 30.1]	200 m. Excepto farmacia única: 100 m o, sin posible instalación, ninguna distancia [Art. 30.2]	—	—
Comunidad Autónoma de Aragón Ley 4/1999, de 25 marzo	250 m [Art. 15.1.1º] Salvo inexistencia física de locales o traslados forzados por resolución judicial: 225 m [Art. 15.1.2º]	150 m [Art. 15.1.3º] Salvo una única farmacia [Art. 15.1.4º]	—	—
Comunidad Autónoma de Asturias Ley 1/2007, de 16 marzo	250 m [Art. 13.1 y 13.2]	250 m [Art. 13.3] Salvo municipio o ámbito inferior con una única farmacia [Art. 13.4]	Mejor atención farmacéutica [Art. 10.3] Impulso desarrollo rural [Art. 10.3]	—
Comunidad Autónoma de Cantabria Ley 7/2001, de 19 diciembre	250 m (Por concentración de población: 150 m) [Art. 23.1]	150 m salvo una única farmacia [Art. 23.1]	Necesidades en caso de plazas turísticas y viviendas de segunda residencia [Art. 21.2] Oficinas intermunicipales [Art. 23.2]	—
Comunidad Autónoma de Castilla y León Ley 10/2000, de 9 diciembre (derogada) Ley 13/2001, de 20 diciembre	—	—	—	—
Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha Ley 4/1996, de 26 diciembre (derogada) Ley 5/2005, de 27 junio 1ª versión (hasta 26 marzo 2015) 2ª versión (vigente)	250 m. Salvo núcleos de población de < 5000 habitantes: 150 m [Art. 36.4 y 37]	250 m [Art. 19.1.a)]  150 m [Art. 36.4 y 37] Excepto municipios con una única farmacia [Art. 36.5 y 37]  250 m [Art. 36.5 y 37] Salvo núcleos de población de < 5000 habitantes: 150 m [Art. 36.6 y 37]	—	Zonas rurales: 150 m entre farmacias y respecto de centro sanitario público [Art. 19.2]

Legislación Comunidad Autónoma	Ámbito de aplicación	Entre farmacias	Centros sanitarios (Primario o Especializado)	Decisión administrativa	Miscelánea
Comunidad Autónoma de Cataluña Ley 31/1991, de 13 diciembre 1ª versión (hasta 1 enero 2002) 2ª versión (hasta 3 enero 2006) 3ª versión (hasta 31 diciembre 2011) 4ª versión (vigente)		250 m [Art. 6.7.b]	250 m (salvo municipio con una única farmacia: 125 m) [Art. 6.7.b]		
		250 m [Art. 6.g] segundo]	250 m (salvo municipio con una única farmacia: 125 m) [Art. 6.g]		
		250 m [Art. 6.g] segundo]	250 m (salvo municipio con una única farmacia: 125 m) [Art. 6.g]		
		250 m [Art. 6.g] segundo]	250 m (salvo municipio con una única farmacia: 125 m) [Art. 6.g]		
Comunidad Autónoma de Extremadura Ley 3/1996, de 25 junio (derogada) Ley 6/2006, de 9 noviembre	250 m. Salvo núcleos de población con única farmacia [Art. 10.5º]	250 m. Salvo núcleos de población con única farmacia [Art. 24]	—		
	250 m. Salvo núcleos de población con única farmacia [Art. 24]	250 m. Salvo núcleos de población con única farmacia [Art. 24]	250 m.		
Comunidad Autónoma de Galicia Ley 5/1999, de 21 mayo (derogada) Ley 3/2019, de 2 julio	250 m [Art. 18.9]	250 m [Art. 18.9]	250 m [Art. 18.9]		
	250 m [Art. 33.1] Salvo municipios con una única farmacia [Art. 33.2] Salvo cambio ubicación forzoso provisional: 125 m [Art. 33.4]	250 m [Art. 33.1] Salvo municipios con una única farmacia [Art. 33.2] Salvo cambio ubicación forzoso provisional: 125 m [Art. 33.4]	250 m [Art. 33.1] Salvo municipios con una única farmacia [Art. 33.2] Salvo cambio ubicación forzoso provisional: 125 m [Art. 33.4]		
Comunidad Autónoma de las Islas Baleares Ley 7/1998, de 12 noviembre 1ª versión (hasta 31 diciembre 2005) 2ª versión (hasta 31 diciembre 2006) 3ª versión (hasta 15 noviembre 2014)	250 m [Art. 19.1]	250 m [Art. 19.1]	250 m [Art. 19.2]		
	250 m [Art. 19.1]	250 m [Art. 19.1]	250 m [Art. 19.2]		
	250 m [Art. 19.1]	250 m [Art. 19.1]	(salvo núcleos de población con una única farmacia y < 1500 habitantes) [Art. 19.2]		

Legislación Comunidad Autónoma	Ámbito de aplicación	Entre farmacias	Centros sanitarios (Primario o Especializado)	Decisión administrativa	Miscelánea
3ª versión (hasta 24 febrero 2015) 5ª versión (vigente)	250 m [Art. 19.1]	250 m [Art. 19.2] (salvo núcleos de población con una única farmacia y < 1500 habitantes) [Art. 19.3]	—	—	—
Comunidad Autónoma de las Islas Canarias	250 m [Art. 19.1]	250 m [Art. 19.2] (salvo núcleos de población con una única farmacia y < 1500 habitantes) [Art. 19.3]	—	—	—
Comunidad Autónoma de las Islas Canarias Decreto 258/1997, de 16 octubre (derogado) Ley 4/2005, de 13 julio	250 m (salvo municipios con una única farmacia o densidad de población: 125 m) [Art. 14.1]	250 m (salvo municipios con una única farmacia o densidad de población: 125 m) [Art. 14.1]	250 m (salvo municipios con una única farmacia o densidad de población: 125 m) [Art. 14.1]	—	Zonas Farmacéuticas Especiales de tipo Común: 1000 m entre farmacias [Art. 14.2]
Comunidad Autónoma de Madrid Ley 19/1998, de 25 noviembre	250 m [Art. 22.1]	250 m (salvo núcleos de población con una única farmacia: 125 m) [Art. 22.2]	—	—	—
Comunidad Autónoma de Murcia Ley 3/1997, de 28 mayo	250 m [Art. 33.1]	150 m (salvo municipios con farmacia única) [Art. 33.2]	—	—	—
Comunidad Autónoma de Navarra Ley Foral 12/2000, de 16 noviembre 1ª versión (hasta 2 diciembre 2008) 2ª versión (vigente)	250 m (por concentración de población hasta: 150 m) [Art. 19.2]	200 m [Art. 19.2] Salvo municipios o ámbito inferior con farmacia única: 125m [Art. 19.3]	—	—	—
Comunidad Autónoma de País Vasco Ley 11/1994, de 17 junio	250 m [Art. 15.1] Por concentración de población hasta: 150 m [Art. 15.2]	150 m [Art. 15.3] Salvo una única farmacia [Art. 15.4]	—	—	—

Legislación Comunidad Autónoma	Ámbito de aplicación	Entre farmacias	Centros sanitarios (Primario o Especializado)	Decisión administrativa	Miscelánea
Comunidad Autónoma de La Rioja Ley 8/1998, de 16 junio 1ª versión (hasta 13 noviembre 2006) 2ª y 3ª versión (vigente)	250 m [Art. 8.4]	250 m [Art. 8.5.a)] Salvo sectores de expansión urbanística: 800 m, excepto zonas de comercio y ocio: 250 m [Art. 8.5.b)]	250 m [Art. 8.5]	—	—
Comunidad Autónoma de Valencia Ley 6/1998, de 22 junio 1ª (hasta 31 diciembre de 2015) 2ª versión (vigente)	250 m [Art. 23.1º]	250 m [Art. 23.1º]	250 m [Art. 23.2º] 250 m [Art. 23.2º] Excepto municipio con una única farmacia y menor de 1500 habitantes [Art. 23.3º]	—	—
Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla Orden 3 de diciembre 1996	—				

Fuente: Elaboración propia.

**Tabla 6**  
**Condiciones para la creación de botiquines**

Ámbito poblacional de aplicación Legislación Comunidad Autónoma	Por aumento de población	Rural	Situaciones de emergencia	Zona especial de difícil accesibilidad	Cierre o traslado de farmacias y otras circunstancias
Comunidad Autónoma de Andalucía Ley 22/2007, de 18 diciembre	—	—	—	—	[Art. 48]
Comunidad Autónoma de Aragón Ley 4/1999, de 25 marzo	[Art. 26.1]	[Art. 26.1]	[Art. 26.1]	—	—
Comunidad Autónoma de Asturias Ley 1/2007, de 16 marzo	[Art. 36.2]	[Art. 36.2]	—	—	[Art. 36.2 y 3]
Comunidad Autónoma de Cantabria Ley 7/2001, de 19 diciembre 1ª versión (hasta 31 diciembre 2014) 2ª versión (vigente)	[Art. 34.1], en relación con [Art. 22.1]	[Art. 34.1], en relación con [Art. 22.1]	—	—	[Art. 34.1]
Comunidad Autónoma de Castilla y León Ley 10/2000, de 9 diciembre (derogada)	—	—	—	—	—
Ley 13/2001, de 20 diciembre 1ª versión (hasta 8 octubre 2010) 2ª versión (vigente)	[Art. 31]	[Art. 31]	[Art. 31]	—	—
Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha Ley 4/1996, de 26 diciembre (derogada)	[Art. 31.2]	[Art. 31.2]	[Art. 31.2]	—	—
Ley 5/2005, de 27 junio	—	—	—	—	[Art. 39]
Comunidad Autónoma de Cataluña Ley 31/1991, de 13 diciembre	[Art. 10.1]	[Art. 10.1]	—	—	—
Comunidad Autónoma de Extremadura Ley 3/1996, de 25 junio (derogada) Ley 6/2006, de 9 noviembre	—	—	—	—	[Art. 15]
	—	[Art. 40.2.a)	—	—	[Art. 40.2.b)]

*La prestación farmacéutica a través de algunas cuestiones relacionadas con la apertura de oficinas de farmacia (A propósito de la STSJ, Contencioso-Administrativo, Madrid 31 enero 2020)*

Ámbito poblacional de aplicación Legislación Comunidad Autónoma	Por aumento de población	Rural	Situaciones de emergencia	Zona especial de difícil accesibilidad	Cierre o traslado de farmacias y otras circunstancias
Comunidad Autónoma de Galicia Ley 5/1999, de 21 mayo (derogada) Ley 3/2019, de 2 julio	[Art. 26.1] [Art. 50.1]	[Art. 26.1] [Art. 50.1]	[Art. 26.1] [Art. 50.1]	— [Art. 50.2]	— [Art. 50.3]
Comunidad Autónoma de las Islas Baleares Ley 7/1998, de 12 noviembre	—	—	[Art. 20.10]	—	[Art. 36]
Comunidad Autónoma de las Islas Canarias Decreto 258/1997, de 16 octubre (derogado) Ley 4/2005, de 13 julio	—	—	—	—	—
Comunidad Autónoma de Madrid Ley 19/1998, de 25 noviembre	[Art. 52.1] [Art. 47.1.e)]	[Art. 52.1] —	[Art. 52.1] —	—	—
Comunidad Autónoma de Murcia Ley 3/1997, de 28 mayo	[Art. 29.1]	[Art. 29.1]	[Art. 29.1]	—	—
Comunidad Autónoma de Navarra Ley Foral 12/2000, de 16 noviembre	—	[Art. 33.1]	—	—	—
Comunidad Autónoma de País Vasco Ley 11/1994, de 17 junio	[Art. 25.1]	[Art. 25.1]	—	—	—
Comunidad Autónoma de La Rioja Ley 8/1998, de 16 junio	—	[Art. 8.3.b) y 12.1]	—	—	—
Comunidad Autónoma de Valencia Ley 6/1998, de 22 junio 1ª y 2ª versión (hasta 31 diciembre de 2014) 3ª versión (vigente)	[Art. 33, en relación con Art. 20] [Art. 33, en relación con Art. 20]	[Art. 33, en relación con Art. 20] [Art. 33, en relación con Art. 20]	[Art. 33, en relación con Art. 20] [Art. 33, en relación con Art. 20]	[Art. 33, en relación con Art. 20] [Art. 33, en relación con Art. 20]	— [Art. 35]
Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla Orden 3 de diciembre 1996	—	—	—	—	—

Fuente: Elaboración propia.

#### **IV. Aspectos principales de la jurisprudencia sobre la apertura de oficinas de farmacia. La solución al caso estudiado**

Una exposición del contexto donde se desarrolla la norma madrileña sometida a consideración no quedaría completa si, al tiempo, no se proporciona una visión sucinta de las principales cuestiones que ha suscitado su aplicación a lo largo del tiempo.

Para ello se recurre a una selección de los cientos de pronunciamientos en la materia que han surgido del Tribunal Supremo, y ello aun siendo conscientes de que, aun cuando a efectos del recurso de casación las cuestiones referidas a la apertura de farmacia son de cuantía indeterminada<sup>65</sup>, su importancia ha disminuido de manera notable, no en vano “no resulta competencia del Tribunal Supremo revisar en casación la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico autonómico, que en exclusiva corresponde a la Sala sentenciadora del Tribunal Superior de Justicia”<sup>66</sup>. Con todo, el examen de cuanto puede adolecer de inmediata actualidad presenta una doble ventaja: de un lado, la seguridad jurídica de un parecer uniforme, frente a la diversidad de criterios que tantas veces sostienen los juzgadores autonómicos; de otro, el dato a partir del cual la posición del Tribunal Supremo es continuamente recordada por aquellos, para mostrar cómo los grandes temas se vienen repitiendo desde hace tiempo y, aunque los matices no dejen de enriquecerlos, el criterio jurisprudencial pacientemente decantado sigue siendo la principal referencia también en este ámbito.

Bajo tal planteamiento, cabría enunciar el siguiente elenco de aspectos fundamentales de interés, convertidos en las principales cuestiones controvertidas:

1.- Las múltiples situaciones de concurrencia que pueden afectar a las autorizaciones de apertura, e indirectamente tiene que ver con el cómputo de población afectado en un procedimiento en concreto, como pudieran ser si el núcleo identificado coincide o no parcialmente con otro que ya sirvió para anteriores autorizaciones –o llevo a anulaciones<sup>67</sup>– por vía administrativa o judicial<sup>68</sup>; si la solicitud se ve afectada por otras anteriores aún pendientes de decisión o por expedientes en trámite<sup>69</sup> o –sin perjuicio de otras situaciones menos corrientes<sup>70</sup>– si media o no colisión entre el proceso de autorización de apertura sobre una base poblacional dada y los traslados

---

<sup>65</sup> AATS 29 marzo 2007 (rec. 9798/2003) y 25 febrero 2010 (rec. 5609/2009) y STS 16 julio 2014 –dos– (rec. 3535/2012 y 3459).

<sup>66</sup> STS 20 septiembre 2011 (rec. 1171/2010).

<sup>67</sup> STS 24 marzo 2003 (rec. 6586/1998).

<sup>68</sup> SSTS 20 febrero 1995 (rec. 5694/1991) y 24 junio 2002 (rec. 5122/1997). Situaciones excepcionales de habitantes agregados de otro –y distinto– núcleo farmacéutico en SSTS 30 septiembre 1987 (s/rec.), 5 diciembre 1995 (rec. 1106/1992) o 7 abril y 20 mayo 1998 (rec. 8133/1994 y 4458/1992).

<sup>69</sup> SSTS 8 junio 1999 (rec. 4711/1993) o 29 mayo y 7 octubre 2009 (rec. 3534/2007 y 2416/2006).

<sup>70</sup> Sirvan, por ejemplo, las interesantes muestras que proporcionan las SSTS 23 febrero 1994 (rec. 13548/1991), 18 octubre 1999 (rec. 7256/1993) o 28 marzo 2006 (s/rec.).

de oficinas que aún no han culminado satisfactoriamente o han sido abiertos en paralelo o con posterioridad<sup>71</sup>.

Frente a pareceres previos de signo muy diverso, durante la primera década del siglo se afirmó una doctrina reiterada a cuyo tenor, en todas estas situaciones de conflicto, será preciso estar al momento y circunstancias de cada petición y a la prioridad de solicitudes en el tiempo<sup>72</sup>.

2.- De continuo invocado, el principio “*pro apertura*” o “*pro libertate*” (vinculado tanto al derecho a la protección de la salud –art. 43 CE– como al principio de libertad de empresa –art. 38 CE– y, a la postre, al criterio de “*favor libertatis*” que aspira a conducir a la igualdad real de los ciudadanos y los grupos sociales –art. 9.2 CE–<sup>73</sup>) constituye “necesario punto de partida” que ha de ordenar la apertura de farmacias; vinculado, siempre, al beneficio de los administrados, quienes así verán asegurada y notoriamente mejorada la dispensación de productos farmacéuticos<sup>74</sup>.

Con todo, esta primacía del servicio público (ocasionalmente concebida como un “principio de economía”), de indudable trascendencia por las ocasiones en que así se ha apreciado judicialmente<sup>75</sup>, dista de alcanzar la *vis expansiva* a la cual parece apuntar su propia denominación.

El Tribunal Supremo sienta a este respecto que sirve para resolver casos dudosos o situados en el límite, según ocurre, por ejemplo, cuando es escasa la diferencia entre los habitantes requeridos y la cifra acreditada, lo cual pudiera llevar a considerar que “de forma aproximada se cumple”<sup>76</sup>, a deducir que el volumen real podría alcanzar esa cifra<sup>77</sup> o, incluso, a inferir que incrementos futuros llevarán de manera clara y

<sup>71</sup> Entre muchísimas, y además de ser los supuestos que sirven de base fundamental a la solución jurisprudencial unificada durante los primeros años del siglo XXI, valgan los ejemplos preclaros que muestran las SSTS 15 octubre 1992 (rec. 6245/1990), 20 enero 1993 (rec. 10978/1990) o 15 julio 2008 (rec. 5365/2005).

<sup>72</sup> SSTS 20 septiembre y 20 noviembre 2000 (rec. 7937/1994 y 1549/1995), 10 mayo y 4 junio 2002 (rec. 5112/1997 y 6297/1997), 3 marzo 2003 (rec. 8812/1998), 24 abril 2007 (rec. 7809/2004), 27 enero y 17 marzo 2009 (rec. 4419/2006 y 2453/2006) o, recopilando un importante acervo que condensa la idea, 29 octubre 2012 (rec. 1035/2011).

<sup>73</sup> Sobre el entronque constitucional del principio, por todas, STS 8 marzo 1996 (rec. 9210/1992).

<sup>74</sup> Tal consideración, remarcada de modo adecuado, en SSTS 28 mayo 2003 (rec. 2631/2012) y 3 noviembre 2014 (rec. 3582/2013).

<sup>75</sup> Su asentamiento, en una selección significativa, permite remitir a las SSTS 4 marzo 1985 (s/rec.); 6 octubre 1987 (s/rec.); 27 diciembre 1988 (s/rec.); 4 junio y 24 octubre 1990 (ambas s/rec.); 27 mayo 1991 (s/rec.); 3 octubre, 12 noviembre y 16 diciembre 1992 (rec. 692/1988, 655/1990 y 8616/1991); 14 abril 1994 (rec. 1180/1992); 25 julio 1995 (rec. 3396/1990); 29 enero 1997 (s/rec.); 31 enero, 26 febrero y 22 marzo 2002 (rec. 6195/1996 y 8933/1996); 1 marzo 2004 (rec. 4662/2001) o, por no seguir, 6 octubre 2008 (rec. 7106/2005).

<sup>76</sup> STS 26 enero 2010 (rec. 5110/2008).

<sup>77</sup> SSTS 12 noviembre 1992 (rec. 9450/1990), 14 octubre 1998 (rec. 9683/1992) o 5 noviembre 2003 (rec. 7015/1999).

segura a superarla<sup>78</sup>. En modo alguno puede ser utilizada, sin embargo, para alterar el régimen jurídico establecido o solventar un supuesto que incumple notoriamente las exigencias<sup>79</sup>; tampoco –por supuesto– para derogar el sistema de intervención administrativa o excluir requisitos a los que la norma supedita la procedencia de la apertura de farmacias<sup>80</sup>.

De este modo, y además de su aplicación en los supuestos ya reseñados de dudas en cuanto a los límites de población, cabrá dar cuenta de cómo su expresión más numerosa y acabada se ha venido encontrando en las excepciones a la exigencia de cubrir los umbrales de personas que permiten descubrir núcleos de población dotados de cierta homogeneidad y a los cuales atribuir carácter diferencial respecto del resto del casco urbano para autorizar una oficina de farmacia<sup>81</sup>.

De este modo, se vino a afirmar como regla la relativa a reconocer la continuidad del núcleo urbano (mientras este fue el parámetro utilizado, aun cuando sus problemas se trasladan, *mutatis mutandis*, a los nuevos referentes dentro de las zonas farmacéuticas, zonas de salud, zonas urbanas básicas, etc.<sup>82</sup>), sin cabida para invocaciones a una simple mayor facilidad o comodidad, pues “no cabe que sea diferenciado de manera artificial cuando no aparece dotado de verdadera sustantividad o independencia frente al resto de la población urbana”<sup>83</sup>. Para aplicar la excepción procederá exigir, por ende,

<sup>78</sup> STS 24 junio 2002 (rec. 5122/1997).

<sup>79</sup> SSTS 15 junio 1992 (rec. 6795/1990), 20 marzo 1995 (rec. 453/1992), 26 junio 1996 (rec. 1223/1994), 14 octubre 1998 (rec. 9683/1992), 17 enero y 30 mayo 2001 (rec. 4521/1995 y 3811/1995), 7 octubre 2003 (rec. 4473/1999), 1 marzo 2004 (rec. 4662/2001) o 24 mayo y 7 octubre 2005 (rec. 2534/2003 y s/rec.).

<sup>80</sup> STS 8 marzo 2002 (rec. 2635/1997). En aplicación del criterio se sienta, por ejemplo, que, como regla, no cabrá utilizar la equiparación o analogía entre municipios y entidades inferiores al municipio para aplicar la norma que corresponda en cada ocasión, SSTS 1 octubre 1997 (rec. 7617/1994), 23 febrero 2000 (rec. 2986/1994) o 20 octubre 2003 (rec. 888/1999).

<sup>81</sup> Interesante la síntesis que acomete POU VIVER, T.: “Nuevo concepto jurisprudencial de núcleo a efectos de apertura de farmacia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 96, 1997, págs. 603-608.

<sup>82</sup> Baste para comprobarlo con revisar el razonamiento contenido en la STS abril 2005 (rec. 989/2003). Con carácter general, en relación con las zonas farmacéuticas, por ejemplo, SSTS 5 junio 2012 (rec. 6246/2010) o 15 septiembre 2015 (rec. 3727/2013); por referencia a las zonas básicas de salud, SSTS 2 junio 2009 (rec. 4335/2006) y 23 febrero 2010 (rec. 2594/2008); atendiendo a la delimitación de un área urbana básica, SSTS 24 enero 2012 (rec. 1052/2009) y 17 marzo 2016 (rec. 2151/2014).

<sup>83</sup> SSTS, Sala Especial del art. 61 LOPJ, 19 octubre 1990 (rec. 196/1989) y SSTS 3 abril 1984 (s/rec.); 20 junio 1990 (s/rec.); 10 enero 1993 (rec. 10985/1990); 3 mayo 1999 (rec. 5616/1993); 12 abril y 24 mayo 2000 (rec. 4220/1994 y 5528/1994); 19 febrero, 13 marzo, 9 octubre y 20 noviembre 2001 (rec. 4019/1995, 6752/1995, 3245/1996 y 3378/1996); 25 marzo, 3 abril, 13 noviembre y 4 y 20 diciembre 2002 (rec. 9046/1996, 2075/1997, 855/1998, 4189/1998 y 4115/1998); 14 enero y 8 y 21 octubre 2003 (rec. 8776/1998, s/rec. y 3568/2000); 3 febrero, 1 marzo, 11 mayo, 9 junio y 28 septiembre 2004 (rec. 2834/2001, 4662/2001, 3482/1999, 7225/2001 y 3541/2001); 9 febrero, 15 marzo, 20 abril, 29 junio, 20 julio y 10 octubre 2005 (rec. 2372/2002, s/rec., 8183/2002, 2143/2003, s/rec. y 1148/2003); 23 marzo, 6 y 10 mayo y 4 y 10 octubre 2006 (s/rec., s/rec., s/rec., 3806/2004

que se acredite por una única vez<sup>84</sup> –pues no cabrá aplicar dos veces la misma<sup>85</sup>–, ya la presencia de un obstáculo natural que represente una notoria molestia o incomodidad en el traslado desde el núcleo separado hasta aquel donde está(n) ubicada(s) otra(s) oficina(s) de farmacia<sup>86</sup>, ya la existencia de un peligro cierto ocasionado por un obstáculo artificial (con singular relieve el tráfico o circulación intensa)<sup>87</sup>, ya la distancia excesiva hasta las farmacias más próximas u otras circunstancias análogas (entre las cuales destaca la dispersión en la población) capaces de justificar en el caso concreto esas razones de servicio necesarias para superar las dificultades reales en el acceso a la prestación tan básica<sup>88</sup>.

**3.-** Determinación del *dies a quo* a partir del cual procede computar la variación de población que, por incremento, está llamada a permitir la apertura de una farmacia, así como aquel que habrá de servir para tomar la referencia del número de personas y verificar si concurren o no los parámetros legales exigidos.

Partiendo de la necesidad de utilizar magnitudes homogéneas en todo momento (en particular por cuanto hace al cómputo de la población de hecho, para así eludir “combinaciones interesadas entre población de hecho y de derecho”)<sup>89</sup>, la fecha de la cual se ha de partir para considerar el número de habitantes debe venir dada, como regla, por la del censo correspondiente al año en que se hubiera procedido a la apertura de la última farmacia<sup>90</sup>. Con todo, y en función de las circunstancias en presencia, se ha entendido que también procede considerar el padrón existente al momento de la autorización concedida en los supuestos de que, por un lado, con la aplicación de la regla se produzca un doble cómputo del incremento de la población, de manera que

---

y 3100/2004); 18 mayo 2007 (rec. 4244/2007); 18 octubre 2011 (rec. 2827/2010) o 20 noviembre 2012 (rec. 5165/2010).

<sup>84</sup> STS 9 octubre 2000 (rec. 1438/1995).

<sup>85</sup> STS 23 noviembre 1990 (rec. 71/1990).

<sup>86</sup> SSTS 23 abril 1993 (rec. 5690/1991), 18 octubre 1999 (rec. 7256/1993) o 25 marzo 2003 (rec. 10089/1998).

<sup>87</sup> SSTS 22 abril 1995 (s/rec.), 3 noviembre 1992 (rec. 5607/1990), 13 marzo y 1 julio 2001 (rec. 6752/1995), 20 y 26 febrero y 3 abril 2002 (rec. 7791/1996, 8933/1996 y 2075/1997) o 5 mayo 2003 (rec. 223/1993).

<sup>88</sup> Entre estos motivos, SSTS 26 febrero 1988 (s/rec.); 24 febrero 1991 (rec. 272/1988); 24 septiembre 1991 (rec. 292/1988); 11 febrero y 18 marzo 1992 (rec. 7491/1990 y 4031/1990); 5 marzo 1994 (rec. 14248/1991); 4 octubre 1996 (rec. 1473/1993); 19 y 23 septiembre, 3 octubre y 9 diciembre 1997 (rec. 580/1994; 8315/1992, 7639/1994 y 3824/1994); 29 enero, 1 abril y 23 septiembre 1998 (rec. 2865/1995, 3563/1994 y 8315/1992); 10 febrero y 18 junio 1999 (rec. 3846/1993 y 5598/1993); 24 abril, 24 mayo y 25 octubre 2000 (rec. 5826/1994, 5528/1994 y 8584/1994); 17 enero 2001 (rec. 3837/1999); 1 abril 2004 (rec. 8644/1999); 5 abril 2005 (rec. 5420/2002) o 6 julio 2011 (rec. 451/2010).

<sup>89</sup> SSTS 21 junio 1994 (rec. 1077/1992), 11 noviembre 2002 (rec. 1651/1998), 14 enero y 1 marzo 2003 (rec. 7750/1998 y 10797/1998), 23 noviembre 2017 (rec. 2331/2015) o 20 febrero 2018 (rec. 3318/20159).

<sup>90</sup> SSTS 28 julio 1988 (s/rec.), 12 marzo 1990 (s/rec.), 10 julio 1991 (rec. 1847/1990), 8 y 10 junio 1999 (rec. 4711/1993 y 6173/1993), 22 octubre 2001 (rec. 2018/1996), 9 octubre y 6 y 11 noviembre 2002 (rec. 8153/1997, 9014/1997 y 1651/1998), 11 marzo y 16 junio 2003 (s/rec. y 8565/1998) y 18 junio 2000 (rec. 3945/2005).

sirva para la apertura de dos oficinas de farmacia<sup>91</sup>; de otro –y más común–, cuando tenga lugar la autorización firme de una nueva oficina de farmacia durante el periodo comprendido entre el día inicial (última farmacia abierta –no, por tanto, la autorizada pero nunca abierta<sup>92</sup>–) y final de cómputo (fecha de solicitud de la farmacia por incremento de población), salvo cuando quepa apreciar un deliberado e improcedente retraso en la apertura de la farmacia intermedia autorizada<sup>93</sup>.

Por su parte, la población a considerar para una concreta autorización será la existente, con carácter general, al momento de la solicitud de apertura del procedimiento de autorización<sup>94</sup>; únicamente de manera excepcional, la acreditada en el momento de efectuar la convocatoria al inicio del procedimiento<sup>95</sup>. Ello no empece, por supuesto, la posibilidad de valorar informes y documentos posteriores a dicha fecha<sup>96</sup>, pero sí vedará cualquier intento de llevar a cabo una delimitación distinta<sup>97</sup>.

4º.- Conscientes de que los supuestos de mayor aproximación a la cifra exigida pueden encontrar solución a través del principio “*pro apertura*”, la exclusión radical de fracciones en cualquier cómputo<sup>98</sup>.

5º.- El papel que asumieron, y en muchos casos siguen asumiendo, los Colegios Profesionales. Así se contempla su quehacer dejando claro que “siempre actúan en la materia ejerciendo funciones o en su caso competencias que no son propias, sino de la Administración autonómica que se las ha encomendado. Por tanto, aunque no sería exacto declarar que actúan como órganos administrativos de aquella Administración, lo cierto es que ejercen competencias que de pleno derecho corresponde a aquella, por

<sup>91</sup> Por todas, STS 11 noviembre 2002 (rec. 1651/1998); en igual sentido, SSTS 16 junio 2003 (rec. 8565/1998) o 7 octubre y 15 noviembre 2005 (s/rec. y 5351/2003).

<sup>92</sup> STS 10 junio 1999 (rec. 6173/1993).

<sup>93</sup> Con diferentes razones para hacer primar la última autorización, SSTS 11 noviembre 1993 (rec. 6700/1991), 24 noviembre 1995 (rec. 1874/1992), 16 junio 2003 (rec. 8565/1998), 7 octubre 2005 (rec. 2005/8471) o 28 octubre 2008 (rec. 458/2006).

<sup>94</sup> SSTS 26 enero, 11 febrero y 15 junio 1994 (rec. 13386/1991, 1809/1993 y 1603/1992); 17 septiembre 1998 (rec. 8365/1992); 19 septiembre 2000 (rec. 8771/1994); 27 febrero y 9 julio 2001 (rec. 4441/1995 y 1334/1996); 14 enero 2003 (rec. 6623/1998); 14 noviembre 2006 (rec. 6314/2003); 17 noviembre 2008 (rec. 3307/2006); 10 marzo 2009 (rec. 9318/2004); 22 marzo 2011 (rec. 3698/2009) y 20 marzo 2015 (rec. 1690/2013).

<sup>95</sup> SSTS 16 septiembre y 10 noviembre 2009 (rec. 724/2007 y 4821/2007).

<sup>96</sup> STS 20 noviembre 2001 (rec. 3378/1996).

<sup>97</sup> STS 26 septiembre 2008 (rec. 6898/2005).

<sup>98</sup> STS, Sala Especial del art. 61 LOPJ, 8 junio 1990 (rec. 161/1982) y SSTS 17 marzo y 31 mayo 1989 (ambas s/rec.); 2 febrero y 8 junio 1990 (s/rec. y 161/1989); 7 y 17 junio y 19 septiembre 1991 (rec. 347/1989, 1755/1989 y 2372/1989); 27 abril, 4 mayo, 28 julio y 16 noviembre 1992 (rec. 527/1990, 6754/1990, 7948/1990 y 11437/1990); 27 enero, 13 abril y 13 octubre 1993 (rec. 3645/1991, 6009/1990 y 403/1992); 14 y 22 junio y 18 y 24 noviembre 1994 (rec. 1579/1992, 1652/1992, 5133/1991 y 1673/1992); 13 septiembre 1995 (rec. 1874/1992); 16 y 25 enero y 20 abril 1996 (rec. 724/1993, 754/1993 y 161/1992); 5 mayo 1999 (rec. 4906/1993); 30 mayo 2000 (rec. 3266/1994); 22 octubre 2001 (rec. 2018/1996); 25 marzo 2002 (rec. 1414/1997) o 28 abril 2004 (rec. 104/2002).

lo que ciertamente están actuando en concepto de lo que se denomina Administración impropia<sup>99</sup>.

6.- La medición de la población a considerar ha planteado de continuo la cuestión de la vía apropiada a estos efectos, conscientes siempre de que se requiere un documento fiable para que no se lleve a cabo “a través de cálculos hipotéticos, sino que recaiga sobre datos objetivos constatados”<sup>100</sup>. De este modo, tras un período en que la polémica estuvo a la orden del día sobre cual había de ser el documento apropiado y cual la entidad certificante, obra jurisprudencia reiterada afirmando la preeminencia del padrón municipal frente a cualquier otro medio de prueba<sup>101</sup>.

Procederá sopesar, por tanto, “el vigente en fecha de solicitud, sin que se distinga ya entre población de hecho y de derecho, pues la única cifra que registra es la de residentes, habiendo desaparecido ya los conceptos de presentes, ausentes y transeúntes”<sup>102</sup>. De este modo, la certificación censal municipal<sup>103</sup>, o los módulos de población de las secciones censales que deben ser considerados en una zona farmacéutica<sup>104</sup>, quedan acreditados como referencia fundamental, a la cual pueden servir de complemento adecuado los certificados emitidos por el INE<sup>105</sup>, dada la presunción de corrección de que disfrutan<sup>106</sup>.

7.- Pero, sin duda, el mayor número de pleitos surge de la población no censada, bien de hecho, bien flotante, con particular relieve para aquellas personas con segunda residencia<sup>107</sup>. Desechando cualquier informe que tome en consideración a los futuros

---

<sup>99</sup> Dejando claro cuanto se entrecomilla como literal de la STS 29 enero 2001 (rec. 4998/1995), entre más, SSTS 10 febrero 1993 (rec. 4526/1991) y 30 marzo 1994 (rec. 822/1992); aplicándolo a un supuesto de revocación de las funciones atribuidas, STS 19 abril 1989 (s/rec.).

<sup>100</sup> STS 14 diciembre 1999 (rec. 1120/1994).

<sup>101</sup> SSTS 7 marzo 1998 (rec. 2112/1996); 18 mayo 2005 (rec. 1871/2003); 18 mayo 2006 (s/rec.); 23 enero y 4 noviembre 2008 (rec. 8/2005 y 2112/2006); 10, 20 y 24 febrero, 2 junio, 16 septiembre, 21 octubre y 10 noviembre 2009 (rec. 8681/2004, 2420/2006, 174/2007, 4335/2006, 724/2007, 577/2008 y 4821/2007); 23 febrero 2010 (rec. 2518/2008); 12 abril, 5 junio, 17 julio y 6 noviembre 2012 (rec. 1740/2010, 978/2011, 2566/2010 y 4100/2011); 28 mayo 2013 (rec. 2631/2013); 3 noviembre 2014 (rec. 3562/2013) o 24 marzo 2015 (rec. 1690/2013).

<sup>102</sup> SSTS 12 abril –dos– y 16 noviembre 2012 (rec. 1740/2010, 2089/2010 y 4100/2011).

<sup>103</sup> SSTS 20 noviembre 2012 (rec. 1209/2012), 15 septiembre 2015 (rec. (3727/2013) o 22 junio 2016 (rec. 3837/2014).

<sup>104</sup> SSTS 5 junio 2012 (rec. 6246/2010) y 15 septiembre 2015 (rec. 3727/2013).

<sup>105</sup> STS 28 mayo 2013 (rec. 2631/2012). Para colegir que no han de ser computadas las viviendas vacías, SSTS 20 octubre 2009 (rec. 5723/2007), 22 marzo 2010 (rec. 5106/2007) y 6 julio 2015 (rec. 3494/2013).

<sup>106</sup> SSTS 8 julio 2008 (rec. 5301/2005), 30 marzo 2010 (rec. 5439/2007), 28 mayo 2013 (rec. 2631/2012) y 6 julio 2015 (rec. 3194/2013).

<sup>107</sup> Sirvan las reflexiones que al respecto, y en relación con el supuesto de segunda residencia, contienen las SSTS 9 mayo 2002 (rec. 4775/1996), 14 enero 2003 (rec. 7750/1998), 12 abril 2006 (s/rec.) o 29 abril 2019 (rec. 1886/2016).

residentes<sup>108</sup>, o la ponderación de viviendas en previsión de planeamiento o construcción<sup>109</sup>, así como aquellas que se han acreditado que están vacías<sup>110</sup>, el Tribunal Supremo insiste en la pertinencia de tomar a este sector de población en consideración, llevando a su comprobación “por cualquier medio de prueba siempre que sea veraz, contundente, fiable y referido a la fecha de apertura de la farmacia”<sup>111</sup>.

Este criterio firmemente sostenido ha dado pie a la utilización de medios muy diversos para su cálculo<sup>112</sup>, “admitiéndose la prueba presuntiva o aproximativa, si bien debe fundarse en datos objetivos, seguros, comprobables o constatables”<sup>113</sup>.

Este es el supuesto que resulta de especial aplicación para el cálculo de la población de segunda vivienda o residencia<sup>114</sup>, como vía para llevar a “un índice de ocupación creíble”<sup>115</sup>. En esta operación se ha acudido (entre otros índices<sup>116</sup>) a la valoración del número de viviendas con un promedio de cuatro personas por vivienda<sup>117</sup> a los contadores de agua y luz o el abono de residuos urbanos (sometidos a corrección cuando concurrieran con establecimientos comerciales o industriales)<sup>118</sup>, o a la consideración como residencias “de veraneo” para ponderar los días de

<sup>108</sup> SSTS 3 mayo 1993 (rec. 5695/1991), 30 julio 1995 (rec. 5094/1993), 21 abril 1994 (rec. 4062/1993) o 5 junio 2001 (rec. 8059/1995). Con detalle, aun cuando ligeramente alejado en el tiempo, el ensayo de VIDA FERNÁNDEZ, J.: “Criterios para la autorización de apertura de farmacias: relevancia del padrón municipal, población flotante y población militar”, *Revista General de Derecho Administrativo (iustel)*, núm. 8, 2005 (recurso *on line*).

<sup>109</sup> STS 10 junio 1990 (s/rec.).

<sup>110</sup> SSTS 21 septiembre 2006 (rec. 3467/2004) y 11 junio 2007 (rec. 5413/2004).

<sup>111</sup> Tal el literal que reza en las SSTS 31 marzo y 29 noviembre 2000 (rec. 3157/1994 y 2763/1995), 24 mayo 2001 (rec. 7853/1995) o 18 noviembre 2003 (rec. 6334/2000).

<sup>112</sup> SST, Sala Especial art. 61 LOPJ, 24 febrero, 24 marzo y 19 junio 1990 (rec. 14/1989, s/rec. y 4/1990) y SSTS 6 octubre 1987 (s/rec.); 8 mayo 1990 (s/rec.); 3 junio 1991 (rec. 1697/1989); 3 noviembre 1992 (rec. 5607/1990); 24 febrero 1994 (rec. 6493/1992); 13 septiembre 1995 (rec. 1874/1992); 30 enero 1998 (rec. 3476/1992); 15 diciembre 1999 (rec. 39/1994); 29 noviembre 2000 (rec. 2763/1995); 6 noviembre 2002 (rec. 9014/1997); 22 enero, 4 febrero, 15 abril y 20 octubre 2003 (rec. 969/1998, 4182/1998, 580/1999 y 888/1999); 2 y 21 febrero, 4 mayo y 12 diciembre 2005 (rec. 5359/2000, 3501/2002, 7402/2002 y 3304/2003) o 11 abril 2006 (s/rec.).

<sup>113</sup> Literal que sirve de aval a la aplicación de esta prueba de presunciones, por ejemplo, en las SST 5 abril 2005 (rec. 5420/2002), 10 marzo y 29 septiembre 2009 (rec. 9318/2004 y 5885/2007), 26 enero 2010 (rec. 5110/2008), 6 julio 2011 (rec. 451/2010) o 12 y 16 noviembre 2012 (rec. 6179/2010 y 4100/2011).

<sup>114</sup> STS 9 mayo 2002 (rec. 4775/1996), 14 enero 2003 (rec. 7750/1998), 12 abril 2006 (s/rec.), 26 enero 2010 (rec. 5110/2008), 24 enero 2012 (rec. 1052/2009) o 29 abril 2019 (rec. 1886/2016).

<sup>115</sup> SSTS 3 noviembre 2014 (rec. 3562/2013) y 16 diciembre 2015 –dos— (rec. 800/2014 y 813/2014).

<sup>116</sup> Un elenco significativo en STS 3 noviembre 2014 (rec. 3562/2013).

<sup>117</sup> SSTS 22 enero 2003 (rec. 969/1998), 18 octubre 2005 (s/rec.), 14 noviembre 2006 (rec. 6314/2003), 11 noviembre 2008 (rec. 4128/2006), 24 febrero 2009 (rec. 174/2007), 24 mayo 2011 (rec. 4190/2009) o 20 noviembre 2012 (rec. 1209/2012).

<sup>118</sup> SSTS 14 febrero 2005 (rec. 3263/2002), 29 septiembre 2009 (rec. 5885/2007) o 24 noviembre 2011 (rec. 4190/2009).

permanencia<sup>119</sup>, intentando encontrar un promedio en el conjunto del año<sup>120</sup> o considerando la proporción del periodo de estancia con el resto del año<sup>121</sup>. Tratando de objetivar este último parámetro se admite la previsión normativa que considera julio y agosto al 100% de ocupación, el resto de los meses veraniegos entre el 40 y el 50%, y asigna un número concreto de días a Navidad y Semana Santa<sup>122</sup>.

Al lado de las inclusiones mentadas (y de mayor interés al objeto de la sentencia comentada), cabrá recordar alguna de las exclusiones subjetivas que afectan al cómputo relacionado de la población flotante (la cual, por supuesto, pierde tal característica cuando los afectados estén censados<sup>123</sup>), pues obran pronunciamientos destinados a declarar que no procederá tomar en consideración a los “visitantes ocasionales”<sup>124</sup> (como pudieran ser los que acuden en tal concepto a un recinto histórico-artístico<sup>125</sup>, a un puerto deportivo<sup>126</sup> o un parque acuático<sup>127</sup>), los trabajadores en industrias situadas próximas al núcleo urbano (polígonos industriales cuando no se pernocta en núcleo o zona considerados<sup>128</sup>), los estudiantes y profesores que no permanecen en el ámbito objeto de consideración<sup>129</sup>, los clientes de centros comerciales<sup>130</sup>, los turistas puramente puntuales<sup>131</sup>, los usuarios de ferrocarriles<sup>132</sup> y aeropuertos<sup>133</sup>, los asistentes a espectáculos deportivos<sup>134</sup> o –en elenco abierto a variantes como la que en esta sentencia se analiza<sup>135</sup>– cuantos no sean residentes en el supuesto de establecimientos militares

**8.-** En fin, y junto al módulo de población por obedecer al mismo interés de planificación, para garantizar así tanto la adecuada distribución como la accesibilidad, importa asegurar una correcta distancia de la nueva farmacia no solo respecto de otras

<sup>119</sup> SSTS 24 septiembre 2001 (rec. 1980/1996) o 29 mayo 2011 (rec. 4190/2009).

<sup>120</sup> STS 29 abril 1993 (rec. 7460/1991).

<sup>121</sup> STS 22 diciembre 1993 (rec. 4957/1991).

<sup>122</sup> STS 3 noviembre 2014 (rec. 3562/2013).

<sup>123</sup> SSTS 4 mayo y 12 diciembre 2005 (rec. 7402/2002 y 3304/2003) y 1 diciembre 2009 (rec. 12/2007).

<sup>124</sup> STS 20 febrero 2002 (rec. 7791/1996).

<sup>125</sup> STS, Sala Especial del art. 61 LOPJ, 6 junio 1990 (rec. 228/1989).

<sup>126</sup> STS 27 mayo 1991 (s/rec.).

<sup>127</sup> STS 2 noviembre 1995 (rec. 1584/1992).

<sup>128</sup> SSTS 2 octubre 1990 (s/rec.), 22 diciembre 1993 (rec. 4957/1991), 21 febrero 1996 (rec. 126/1994) o 20 noviembre 2012 (rec. 5156/2010).

<sup>129</sup> STS 2 octubre 1990 (s/rec.), 11 junio 2008 (3354/2005) y 20 noviembre 2012 (rec. 5165/2010).

<sup>130</sup> SSTS 24 septiembre 2001 (rec. 1986/1996), 30 abril 2002 (rec. 3394/1997). En la doctrina, OSUNA GÓMEZ, F.: “Apertura de oficinas de farmacia: usuarios de grandes centros comerciales y cómputo de habitantes”, *La Toga*, núm. 98, 1998, págs. 21-25.

<sup>131</sup> SSTS 3 octubre 1989 (s/rec.), 20 marzo 1991 (s/rec.), 12 noviembre 1992 (rec. 9665/1990) y 16 junio 1993 (rec. 8598/1991).

<sup>132</sup> STS 30 abril 2002 (rec. 3394/1997).

<sup>133</sup> STS 13 noviembre 2001 (rec. 3975/1996).

<sup>134</sup> STS 24 septiembre 2001 (rec. 1980/1996).

<sup>135</sup> Así las SSTS 19 junio y 8 julio 1996 (rec. 1484/1993 y 6126/1992), 22 enero y 28 abril 2003 (rec. 969/1998 y 1316/1999), 9 junio 2004 (rec. 7225/2001) o 15 abril 2009 (rec. 2131/2006).

farmacias, sino también de hospitales y centros de salud o de cirugía ambulatoria de carácter público.

La razón de ser de esta última previsión (que se extiende no solo a centros sanitarios ya existentes, sino en proyecto<sup>136</sup>) radica en razones evidentes de competencia estableciendo una distancia capaz de impedir que la farmacia se convierta, por este dato, en centro de referencia para el paciente<sup>137</sup>, requiriendo de este modo una separación mínima que a veces provoca complejos litigios para su medición<sup>138</sup>.

Por cuanto hace a la distancia entre farmacias, como factor llamado a garantizar diferentes zonas de influencia o de prestación de servicio y asegurar la atención requerida por los ciudadanos –de ahí el interés profesional en la intervención al respecto de los Colegios Profesionales<sup>139</sup>–, su justificación siempre resultará necesaria<sup>140</sup>, aun cuando varios factores llevarán a matizar los metros que han de ser requeridos:

- a) Si bien, con carácter general, la distancia mínima es exigible y exigida con todo el rigor<sup>141</sup>, no faltan ejemplo en las cuales se han valorado las circunstancias en presencia para admitir una cierta flexibilidad, pudiendo servir como ejemplo los ofrecidos en casos de municipios limítrofes<sup>142</sup>, continuos urbanos<sup>143</sup> o entidades dispersas<sup>144</sup>. El motivo aducido se sitúa en la necesidad de ponderar otras circunstancias como, por ejemplo, que esa

<sup>136</sup> STS 13 junio 1991 (rec. 2064/1989).

<sup>137</sup> “Tiene como finalidad otorgar en este punto las debidas garantías respecto a la esfera de influencia o ámbito de prestación del servicio por unos y otros”, STS 21 mayo 1992 (rec. 8163/1990).

<sup>138</sup> No tomar en consideración un futuro paso subterráneo que podría hacer que la distancia fuera menor [STS 26 octubre 1983 (s/rec.)], efectuar la medición hasta la puerta principal –y no otras de urgencias, minusválidos y otras emergencias–, y más exactamente hasta su centro [STS 13 junio 1991 (rec. 2064/1989)] o, por no seguir, la necesidad de computar el tramo que discurre entre los centros de la respectivas fachadas y el eje de las calzadas [STS 26 mayo 2006 (rec. 2602/2014)].

<sup>139</sup> Exponiendo tal interés, entre más, SSTS 28 marzo 1983 (s/rec.), 24 febrero 1994 (rec. 6493/1992), 14 octubre 1998 (s/rec.) o 24 febrero 2009 (rec. 6264/2006).

<sup>140</sup> La insistencia en este extremo aparece clara en pronunciamientos como los contenidos en SSTS 16 mayo 1984 (s/rec.), 19 noviembre 1989 (s/rec.), 17 septiembre 1990 (rec. 928/1989), 24 octubre y 14 noviembre 1991 (rec. 4009/1990 y 676/1989), 23 marzo 1992 (rec. 2005/1989), 23 febrero 1993 (rec. 4802/1991), 3 y 19 mayo y 18 octubre 1999 (rec. 5616/1995, 4643/1993 y 7256/1993), 24 mayo y 29 noviembre 2000 (rec. 5528/1994 y 2763/1995), 18 diciembre 2001 (rec. 4976/1996) o 31 enero y 22 marzo 2002 (rec. 6195/1996 y 2699/1997).

<sup>141</sup> Para verlo, y entre los últimos, el contenido del pronunciamiento que recoge la STS 3 abril 2009 (rec. 1064/2007).

<sup>142</sup> Confrontando pareceres en este punto, de un lado, SSTS 17 julio 1987 (s/rec.) y 16 octubre 1990 (s/rec.); de otro, STS 16 julio 1990 (s/rec.).

<sup>143</sup> STS, Sala Especial art. 61 LOPJ, 8 junio 1990 (rec. 175/1989) o 14 mayo 2004 (rec. 3482/1999).

<sup>144</sup> STS 22 diciembre 1993 (rec. 4957/1991).

distancia conlleve especial incomodidad o riesgo para los clientes<sup>145</sup>; también en la valoración –en sentido contrario– de que el cumplimiento de la distancia “es uno de los requisitos exigidos, pero de esta exigencia no se puede sin más llegar (...) a que, siempre que concurra tal distancia, sea procedente la apertura de una oficina de farmacia, pues ni ello lo dice la norma que dispone el régimen sobre el establecimiento de oficinas de farmacia, ni lo ha dicho el Tribunal Supremo (...) [el cual] siempre ha exigido algún elemento delimitador”<sup>146</sup>.

- b) Algunos de los factores que obran como elementos delimitadores tienen que ver, por ejemplo, con la cuestión ya apuntada de supuestos de incompatibilidad absoluta entre traslados y apertura (pues el emplazamiento exigirá respetar la distancia hasta el local designado por el que tiene prioridad en el tiempo)<sup>147</sup>, o con la naturaleza sanitaria de los establecimientos y las restricciones históricas a su apertura en espacios comerciales, grandes superficies o polígonos industriales<sup>148</sup>, “con la excepción tal vez única de los aeropuertos”<sup>149</sup>.
- c) En cuanto a la incidencia del factor analizado sobre la autorización hace, preciso será tener en cuenta la distinción jurisprudencial “entre, de un lado, la falta de obligación de designar desde un primer momento, el local concreto que ha de ocupar la farmacia y, de otro, la indudable necesidad de fijar un espacio territorial aproximado de futura ubicación de la misma cuando la razón que pueda justificar su apertura así lo exija”<sup>150</sup>.  
En este sentido, “la doctrina que ha venido sentando esta Sala en torno al tema no ofrece dudas al respecto; si bien, en tesis general, no existe obligación de efectuar una concreta designación del local, o lugar concreto, en que se propone el solicitante establecer su farmacia en la primera fase del expediente de apertura, siempre que por las condiciones físicas del núcleo designado se

---

<sup>145</sup> Recogiendo cuantiosos precedentes SSTS 24 octubre y 13 noviembre 2002 (rec. 2785/1998 y 855/1998).

<sup>146</sup> STS 20 marzo 2002 (rec. 9393/2002).

<sup>147</sup> Por su contundencia STS 9 julio 2004 (rec. 3439).

<sup>148</sup> SSTS 18 septiembre 1991 (s/rec.), 28 enero y 18 noviembre 1992 (rec. 6110/1990 y 8228/1990) y 21 abril 1997 (rec. 1156/1991).

<sup>149</sup> STS 23 enero 1992 (rec. 6335/1990).

<sup>150</sup> Tenor literal que, con ligeras variaciones, se mantiene en la serie de pronunciamientos encabezados por la STS 13 noviembre 1990 (s/rec.), y que continúan las SSTS 22 noviembre 1991 (rec. 3135/1990), 22 abril 1992 (rec. 6001/1990), 10 mayo y 26 noviembre 1993 (rec. 5852/1991 y 4038/1991), 25 mayo y 2 julio 1994 (rec. 5193/1990 y 207/1992), 14 marzo 2001 (rec. 3875/1995) o 8 marzo 2002 (rec. 9044/1996). Sobre tan importante asunto, cabrá tomar en consideración la libertad del peticionario a la hora de organizar el procedimiento en una sola fase o en dos y, por tanto, con una designación genérica o *ab initio* con las repercusiones que ello tiene no solo por el carácter vinculante de la petición específica (frente a la genérica), sino de la derivada de la prioridad, fundamentalmente en caso de concurrencia de peticiones con otras de traslado al mismo núcleo; al respecto, por extensión, GONZÁLEZ SALINAS, E.: “Designación de local para oficina de farmacia (Momento en que puede hacerse y prioridad en caso de concurrencia de solicitud de apertura con petición de traslado)”, en AA.VV. (MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., Coord.): *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*, Vol. 3, Madrid (Civitas), 1993, págs. 2047-2060.

haga imprescindible conocer esa ubicación para poder apreciar sustantividad con respecto al resto de la zona circundante, la falta de designación del lugar –siquiera en términos aproximados– en que se situaría el establecimiento es causa justificada de denegación de la petición. Y, precisamente, esa especial circunstancia concurre en todos aquellos supuestos en que la distancia haya de ser el elemento decisivo para poder apreciar la homogeneidad o sustantividad que ha de constituir la característica diferencial del núcleo, así como el único medio de apreciar si la totalidad de los residentes van a verse beneficiados, de una manera efectiva, por la existencia de la nueva oficina, o si, por el contrario, una parte notable de los mismos seguirán encontrándose más próximos a alguna de las farmacia ya existentes, haciendo decaer así la razón de apertura de la nueva oficina”<sup>151</sup>.

- d) La importancia de una correcta ubicación a la hora de atender adecuadamente a la población para cuyo servicio se ha concedido<sup>152</sup> influye en un criterio jurisprudencial a partir del cual, “cumplida la distancia mínima entre locales, no es la que separa a estos el factor determinante, sino la que han de recorrer los habitantes considerados para acceder al servicio farmacéutico que prestan las farmacias instaladas”<sup>153</sup>.
- e) Pero, sin duda, la mayor parte de las cuestiones se refieren a cómo efectuar la medición, manteniéndose por vía jurisprudencial la pauta que en su momento concretó la regla 4ª de la Orden de 1 de agosto de 1959: “la medición de las distancias se hará siempre desde el camino vial más corto”. Parámetro aquilatado con la prohibición de hacer deducciones de cualquier tipo y exigiendo que se efectúe por el eje de la calle o camino (art. 1.3.1º Decreto de 31 de mayo de 1947), y atendiendo a las variantes en función de la situación de las fachadas (regla 2ª Orden de 1 de agosto y 12 de diciembre de 1959), cruces de calles (regla 3ª de la Orden de 1 de agosto de 1959) o previsiones específicas para plazas y espacios abiertos (regla 2ª de la Orden de 1 de agosto de 1959)<sup>154</sup>.

Por tanto las variantes, son muy numerosas cuando los Tribunales entran a valorar las complejas pruebas periciales practicadas, para dejar ver que siempre habrá de

<sup>151</sup> STS 14 enero 2003 (rec. 8786/1998). Para mostrar con claridad los dos supuestos referidos cabría remitir, por ejemplo, a las SSTS 19 septiembre 1991 (rec. 2209/1990) y 25 enero 2000 (rec. 638/1994).

<sup>152</sup> SSTS 31 enero, 8 febrero y 25 marzo 2002 (rec. 6195/1996, 7601/1996 y 9046/1996) y 11 noviembre 2003 (rec. 4226/2000).

<sup>153</sup> SSTS 10 mayo 1999 (rec. 4643/1993); 8 marzo, 22 julio, 24 octubre y 6 y 13 noviembre 2002 (rec. 2048/1997, 7825/1997, 2705/1998, 9014/1997 y 855/1998); 21 enero, 5, 6 y 13 mayo, 30 junio, 15 julio y 6 octubre 2003 (rec. 6912/1998, 223/1999, 11123/1999, 4747/1998, 3603/1999, 6999/1999 y 8810/1997); 26 enero, 1 marzo y 11 mayo 2004 (rec. 1278/2002, 4662/2001 y 3482/1999) o 23 y 24 mayo 2005 (rec. 100/2004 y 2534/2003).

<sup>154</sup> Sobre esta evolución reglamentaria y la jurisprudencia primera a que dio lugar, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: “La medición de distancia entre farmacias a efectos de otorgar la licencia de apertura”, *Revista de Administración Pública*, núm. 32, 1960, págs. 141-150.

asegurarse, a fin de llevar a la “distancia real”<sup>155</sup>, “el camino peatonal más corto, cómodo y accesible”<sup>156</sup>, trazado por el “eje de la acera y siguiendo los pasos peatonales, siempre por caminos viales de dominio público o uso público autorizado”<sup>157</sup>. Regla abierta a matices que, en el supuesto de zonas externas, lleva a ponderar la necesidad de medir “desde el límite o lindero del núcleo, no desde la finca existente”<sup>158</sup>; en el de pasajes, a diferenciar si su uso es permanente o no<sup>159</sup> (incluso aunque fuera privado<sup>160</sup>); o en el de puertas y fachadas, a la necesidad de estar a su configuración en el caso concreto<sup>161</sup>, dado que obra un cúmulo de variantes de tanto interés como difícil comparación<sup>162</sup>.

Frente a los aspectos de doctrina jurisdiccional enunciados, el contenido de la sentencia analizada únicamente tendrá interés para un futuro respecto a la pertinencia o no de incluir en el cómputo de población, a efectos de calcular el número de habitantes para la autorización de nuevas farmacias, a quienes están alojados en residencias de personas mayores dotadas de farmacia, botiquín o depósito.

En tanto no se discute la pertinencia de autorizar las dos primeras, por aplicación del módulo de 2.800 habitantes, la cuestión se ciñe a la tercera farmacia derivada de la superación de aquella proporción y su posible autorización si concurriera una fracción superior a 2.000 habitantes en los términos contemplados en el art. 32.5 Ley 19/1991, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid, y en el art. 3.1 del Decreto 115/1997, de 18 de septiembre.

El juzgador parte para su respuesta de un dato fáctico absolutamente definitivo: después de excluir a las personas que invoca la actora como alojados en las residencias de mayores (cifra no acreditada por la parte, pero tampoco discutida por la Comunidad Autónoma demandada), así como de aplicar a la cantidad resultante la proporción de una oficina de farmacia por cada 2.800 habitantes, el resto de la población es superior a 2.000 habitantes, motivo por el cual la Dirección General de Inspección y Ordenación quedaría legitimada para autorizar esa tercera farmacia; descartando, por la fuerza de los datos, la disconformidad a Derecho de las resoluciones impugnadas.

Dos razones más se añaden para llevar a igual conclusión: en primer lugar, el art. 32 de la Ley “aplica el módulo poblacional teniendo en cuenta solo el número de oficinas de farmacia existentes en la zona farmacéutica en cuestión, por lo que ninguna relevancia tendría, en realidad –y al margen de no ser necesario acudir a ello en esta

<sup>155</sup> STS 10 mayo 1999 (rec. 4643/1993).

<sup>156</sup> Y ello aunque suponga que es preciso “circunvalar plaza y no haya paso de peatones”, SSTS 10 noviembre 2008 (rec. 4105/2006) y 20 septiembre 2011 (rec. 1171/2010).

<sup>157</sup> “No por zona ajardinada y uso peatonal privados”, STS 17 febrero 2009 (rec. 77/2007).

<sup>158</sup> STS 29 noviembre 2006 (rec. 4145/2004).

<sup>159</sup> STS 20 noviembre 1992 (rec. 2885/1991).

<sup>160</sup> La discrepancia a la hora de considerar los pasajes en función de si su acceso y tránsito es factible en SSTS 28 septiembre 1996 (rec. 862/1993) y 12 julio 2000 (rec. 7970).

<sup>161</sup> Por ejemplo, STS 14 octubre 1998 (rec. 8746/1992).

<sup>162</sup> Sirvan así, entre muchos más, los interesantes supuestos dedicados a esta cuestión que contemplan las SSTS 31 octubre 1995 (rec. 1921/1992) o 30 abril, 4 y 21 octubre y 9 diciembre 1996 (rec. 7195/1992, 1473/1993, 4378/1991 y 472/1993).

ocasión–, la existencia de farmacias hospitalarias, botiquines o depósito de medicamentos existentes en residencias de personas mayores”; en segundo término, ya existía un pronunciamiento previo de la Sala<sup>163</sup>, confirmado por el Tribunal Supremo<sup>164</sup>, interpretando los aspectos sustanciales que inciden en el debate.

En este último sentido, aquella sentencia ya puso en claro que:

— “La facultad de autorizar y establecer una nueva oficina de farmacia por fracción superior a 2.000 habitantes en una determinada zona farmacéutica tiene lugar cuando se supera la proporción indicada, no los habitantes indicados, esto es, no cuando se superan los primeros 2.800 habitantes computados de la zona farmacéutica, o los 2.800 habitantes computados que exceden de los que corresponden a las oficinas de farmacias ya existentes en una determinada zona farmacéutica”<sup>165</sup>.

— Proporción es “la correspondencia debida entre cosas relacionadas entre sí; de forma que superada la correspondencia prevista en los indicados preceptos entre una oficina de farmacia y 2.800 habitantes censados en la zona farmacéutica, si este resto es una fracción superior a 2.000 habitantes e inferior a 2.800, la Administración sanitaria ‘podrá’ autorizar una nueva oficina de farmacia”.

— “Obviamente, si este resto o fracción alcanzara el módulo de los 2.800 habitantes, la administración sanitaria ‘deberá’ autorizar la oficina de farmacia que corresponde a éste módulo, pues del artículo 2.3 LRSOF se desprende que todas las oficinas de farmacia que se puedan crear en una determinada zona farmacéutica en función de la proporción indicada de una farmacia por cada 2.800 habitantes son de creación obligatoria, y ello por contraposición al carácter potestativo que tiene la autorización de la oficina de farmacia cuando el resto de población que resulte de aplicar dicha proporción sea una fracción –del módulo de 2.800 habitantes– que exceda de 2.000 habitantes y, por supuesto, no alcance los 2.800, pues si alcanzase esta cifra de población, tal resto constituiría no una fracción del módulo, sino el módulo mismo, que determina la necesidad de aplicar la proporción contemplada en el precepto y, en consecuencia, la obligación de autorizar otra oficina de farmacia más”.

---

<sup>163</sup> STSJ Madrid 2 junio 2010 (rec. 278/2009).

<sup>164</sup> STS 17 abril 2012 (rec. 4683/2016).

<sup>165</sup> En este punto, de interés sobre la evolución de esta jurisprudencia, VIDAL CASERO, M. C.: “La apertura de oficinas de farmacia en núcleos de población de 2000 habitantes: la interpretación jurisprudencial”, *Revista General de Derecho*, núm. 616-617, 1996, págs. 201-220; su origen en GONZÁLEZ PÉREZ, J.: “La apertura de farmacias para que queden mejor atendidos los núcleos de población de dos mil habitantes”, *Revista de Administración Pública*, núm. 44, 1964, págs. 283-300. La modificación definitiva hasta la actualidad en RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A.: “La apertura de oficinas de farmacia por núcleo de población de 2000 habitantes: reciente giro jurisprudencial (A propósito de las SSTs de 26 septiembre y 4 octubre 1996)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 298, 1997, BIB\1997\158.

## V. Bibliografía

- AGRAZ PÉREZ-ENRÍQUEZ, L. y NAVARRO FUENTES, M.: “Apertura de oficinas de farmacia en la Comunidad de Madrid”, *Acofar*, núm. 389, 2000.
- BAETEN, R. y PALM, W.: “The compatibility of healthcare capacity planning policies with EU internal market rules”, en AA.VV. (VAN DE GRODEN, J. *et alii*, Eds.): *Healthcare and EU Law. Legal issues of services of general interest*, La Haya (TMC Asser Press), 2011.
- BAETEN, R.: “Was the exclusion of healthcare from the Services Directive a pyrrhic victory? A proportionality test on regulation of health professions”, *OSE Paper Series*, núm. 18, 2017.
- BAEYENS, A. y GOFFIN, T.: “Selected legislation and jurisprudence. European Court of Justice”, *European Journal of Health Law*, Vol. 17, 2010.
- BARBARISI, I. *et alii*.: “A spatial analysis to evaluate the impact of deregulation policies in the pharmacy sector: Evidence from the case of Navarre”, *Health Policy*, Vol. 123, núm. 11, 2019, págs.1108-1115.
- BASSOLS COMA, M.: “Competencias transferidas a las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Sanitario y Farmacéutico”, en AA.VV.: *Derecho Farmacéutico de las Comunidades Autónomas*, Madrid (Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos), 1987.
- BEL PRIETO, E. y SUÑÉ ARBUSSÁ, J.M.: “Estudio crítico de la Ley de Ordenación Farmaceuta de Cataluña (I). La oficina de farmacia (1ª y 2ª parte)”, *Offarm*, Vol. 12, núms. 1 y 2, 1993.
- BROOKS, E.: “Crossing borders: A critical review of the role of the European Court of Justice in EU health policy”, *Health Policy*, Vol. 105, núm. 1, 2012, págs. 33-37.
- CABEZAS LÓPEZ, M. D.; PIQUERAS GARCÍA, A. y GÓMEZ BETETA, J. E.: “El modelo mediterráneo de farmacia y la libertad de establecimiento en la Unión Europea”, *Ars Pharmaceutica*, Vol. 51, núm. 3, 2010.
- CARRASCOSA SALMORAL, A.: “Apertura de oficinas de farmacia en Andalucía”, *La Toga*, núm. 138, 2002.
- CARROBLES GARCÍA, J.: *Manual práctico de apertura y gestión de farmacias en Castilla-La Mancha*, Cuenca (Alfonsópolis), 2000.
- CERVERA SOTO, S.: “El modelo de atención farmacéutica en la legislación de Navarra”, *Derecho y Salud*, Vol. 9, núm. 1, 2001, págs. 1-8.
- CUETO PÉREZ, M.: *Ordenación farmacéutica: regulación estatal y autonómica*, Madrid (Marcial Pons), 1998.
- CUETO PÉREZ, M.: “Ordenación farmacéutica: competencias y funciones de las Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Administración Local y Autonómica*, núm. 276, 1998.

- EZQUERRA HUERVA, A.: “El modelo español de ordenación farmacéutica en el contexto comunitario europeo de libertad de establecimiento”, *Derecho y Salud*, Vol. 16, 2008.
- EZQUERRA HUERVA, A.: “Acerca del blindaje comunitario de la reserva de la propiedad de las oficinas de farmacia a favor de los farmacéuticos. Consideraciones al hilo de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de mayo de 2009 (asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, y asunto C-531/06)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J.: “La ordenación y planificación de las oficinas de farmacia en el Estado de las Autonomías”, *Revista Española de Administración Local y Autonómica*, núm. 276, 1998.
- GAGO CABEZUDO, M. J.: *La farmacia en Castilla La-Mancha. Incidencia normativa y social*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2002, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=165953>.
- GARATTINI, L.; VAN DE VOOREN, K. y CURICO, A.: “Will the reform of community pharmacies in Italy be of benefit to patients or the Italian National Service?”, *Drugs & Therapy Perspectives*, Vol. 28, núm. 11, 2012, págs. 23-26.
- GARCÍA DE PABLOS, J. F.: “Apertura de farmacias y la normativa comunitaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 801, 2010, BIB\2010\1389.
- GARCÍA DE PABLOS, J. F.: “Apertura de farmacias en España y libertad de establecimiento”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2011, BIB\2010\3044.
- GARCÍA ESCRIBANO MARTÍNEZ, M. S.: *El derecho de establecimiento de las oficinas de farmacia en la Unión Europea*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense, 1997, en [dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=173761](https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=173761).
- GARCÍA MONTOYA, L.: “Límites nacionales a la apertura de nueva farmacia vs. libertad de establecimiento del art. 49 TFUE”, *CESCO. Notas jurisprudenciales*, 7 de abril de 2014.
- GOMES, M. *et alii*: “Dinâmica e concorrência regulada do mercado das farmacias em Portugal”, *Revista Portuguesa de Farmacoterapia*, Vol. 9, núm. 2, 2017, págs. 213-221.
- GONZÁLEZ ALONSO, I. y BARA BANDRÉS, M. P.: “Modelos de farmacia en la Unión Europea. Análisis comparativo”, *Farmacia Profesional*, Vol. 22, núm. 8, 2008, págs. 10-15.
- GONZÁLEZ ALONSO, I. y BARA BANDRÉS, M. P.: “Grandes cadenas de farmacias presentes en el entorno europeo”, *Farmacéuticos Comunitarios*, Vol. 1, núm. 2, 2009, págs. 59-63.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, F. J.: “Las limitaciones a la libertad de apertura de nuevas oficinas de farmacia tras la reforma de la ordenación farmacéutica”, en AA.VV. (SOSA WAGNER, F., Coord.): *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

*La prestación farmacéutica a través de algunas cuestiones relacionadas con la apertura de oficinas de farmacia (A propósito de la STSJ, Contencioso-Administrativo, Madrid 31 enero 2020)*

- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: “La medición de distancia entre farmacias a efectos de otorgar la licencia de apertura”, *Revista de Administración Pública*, núm. 32, 1960, págs. 141-150.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: “La apertura de farmacias para que queden mejor atendidos los núcleos de población de dos mil habitantes”, *Revista de Administración Pública*, núm. 44, 1964, págs. 283-300.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Nueva ordenación de las oficinas de farmacia*, Madrid (BOE), 1978.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: “La constitucionalidad de la legislación sobre establecimiento de farmacias (Sentencia de 10 de mayo de 1983)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 39, 1983.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ SALINAS, E.: *La reforma de la ordenación farmacéutica (Decreto-Ley 11/1996, y legislación de las Comunidades Autónomas)*, Madrid (Civitas), 1996.
- GONZÁLEZ SALINAS, E.: “Designación de local para oficina de farmacia (Momento en que puede hacerse y prioridad en caso de concurrencia de solicitud de apertura con petición de traslado)”, en AA.VV. (MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., Coord.): *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*, Vol. 3, Madrid (Civitas), 1993, págs. 2047-2060.
- GRANDA, E.: “Modelos de farmacia: comparativa europea. ¿Somos diferentes?”, *Farmacia Profesional*, Vol. 25, núm. 2, 2011.
- GRANDA, E.: “Ordenación farmacéutica y economía de las farmacias: conclusión y recomendaciones”, *Farmacia Profesional*, Vol. 31, núm. 3, 2017.
- HANCHER, L.: “The EU pharmaceuticals market: parameters and pathways”, en AA.VV. (MOSSIALOS, E. et alii, Eds.): *Health systems governance in Europe: The role of European Union Law and Policy*, Cambridge (Cambridge University Press), 2010, págs. 635-682.
- HERNÁNDEZ SAN JUAN, I.: “La autorización administrativa de apertura de oficinas de farmacia”, en AA.VV. (PAREJO ALFONSO, L. Dir.): *Autorizaciones y licencias, hoy. Un análisis sectorial tras la Directiva de Servicios*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013.
- KÄLVEMARKY SPORRONG, S. y NORDÉN-HÄGG, A.: “Trends in pharmacy staff’s perception of patient safety in Swedish community pharmacies after re-regulation of conditions”, *Pharmacy Practices*, Vol. 12, núm. 4, 2014, págs. 1-5.
- LARRUMBE SANMARTÍN, F.: “Liberalización de la apertura de oficinas de farmacia: constitucionalidad de la Ley Foral Navarra”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 623, 2004, BIB\2004\382.
- LLUCH, M. y KANAVOS, P.: “Impact of regulation of community pharmacies on efficiency, access and equity. Evidence from UK and Spain”, *Health Policy*, Vol. 110, núm. 2-3, 2010, págs. 245-254.

- LÓPEZ SANTIAGO, A.: “Apertura de oficinas de farmacia. Análisis de situación”, *Farmacia Profesional*, Vol. 15, núm. 9, 2001.
- MALENOVSKY, J.: “Apertura de nuevas farmacias (TJ Sala Cuarta, S 13 febrero 2014)”, *La Ley Unión Europea*, núm. 13, 2014.
- MARTÍN BAREA, M. P. y ESPINOSA RAMOS, E.: “Ley de Ordenación Farmacéutica de Cataluña”, *Offarm*, Vol. 11 núm. 6, 1996.
- MARTÍN MATEO, R.: “Ordenación farmacéutica, medicamentos y productos sanitarios”, en AA.VV.: *Jornadas Técnicas de Sanidad y Seguridad Social en el Estado de las Autonomías*, Barcelona (Instituto d’Estudis de la Salut/Generalitat de Catalunya), 1984.
- MARTÍN MATEO, R.: “La ordenación de las oficinas de farmacia”, *Derecho y Salud*, Vol. 3, núm. 2, 1995.
- MARTÍN RETORTILLO, S.: “Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias”, *Revista de Administración Pública*, núm. 24, 1957.
- MESTRE DELGADO, J. F.: “La competencia normativa en materia de ordenación farmacéutica”, *Derecho y Salud*, Vol. 5, núm. 2, 1997.
- MORALES ARIZA, S. M.: *Ordenación farmacéutica española: situación actual y perspectivas de futuro*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2015, en <https://core.ac.uk/reader/71056520>.
- MOSSIALOS, E. y LEAR, J.: “Balancing economic freedom against social policy principles: EC Competition Law and national health systems”, *Health Policy*, Vol. 106, núm. 2, 2012, págs. 127-137.
- MUELAS TIRADO, J.: *Régimen jurídico de apertura y actividad de las oficinas de farmacia*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2002, en [dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=21867](http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=21867).
- MUÑOZ PEREA PIÑAR, I.: *Diferencias en las normativas autonómicas para la apertura de oficina de farmacia*, Tesis Doctoral, Universidad Alfonso X el Sabio, 2017, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=219567>.
- NICOLÁS ORTÍZ, C.: “Defensor del Pueblo: ‘pro apertura’ de farmacias”, *Farmacia Profesional*, Vol. 8, núm. 9, 1994, págs. 5-9.
- NIETO, A.: “La Ley alemana de Farmacia de 28 de agosto de 1960”, *Revista de Administración Pública*, núm. 35, 1961.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: “La regulación española de las oficinas de farmacias en el contexto del mercado único a la luz de la jurisprudencia europea”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 10, 2009.
- OSUNA GÓMEZ, F.: “Apertura de oficinas de farmacia: usuarios de grandes centros comerciales y cómputo de habitantes”, *La Toga*, núm. 98, 1998, págs. 21-25.
- PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: *Farmacia y patrimonio: un estudio de la relación jurídica de servicio farmacéutico*, Andújar (Ibarra de Arce), 1999.

*La prestación farmacéutica a través de algunas cuestiones relacionadas con la apertura de oficinas de farmacia (A propósito de la STSJ, Contencioso-Administrativo, Madrid 31 enero 2020)*

- PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: “Libertad de establecimiento de farmacias en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXV, 2010, 2º semestre.
- POU VIVER, T.: “Nuevo concepto jurisprudencial de núcleo a efectos de apertura de farmacia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 96, 1997, págs. 603-608.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A.: “La apertura de oficinas de farmacia: el Real Decreto-Ley 11/1996, de 17 de junio”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 262, 1996.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A.: “La apertura de oficinas de farmacia por núcleo de población de 2000 habitantes: reciente giro jurisprudencial (A propósito de las SSTs de 26 septiembre y 4 octubre 1996)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 298, 1997, BIB\1997\158.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A.: “La reserva de la propiedad y la titularidad de las oficinas de farmacia a los farmacéuticos no es contraria al Derecho Comunitario Europeo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 777, 2009, BIB\777\2009.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A.: “La ordenación territorial de las oficinas de farmacia en España y el Derecho de la Unión Europea (Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 2010, C-570/07 y C-571/07, Blanco Pérez y Chao C.)”, *Aranzadi Unión Europea*, núm. 7, 2010, BIB\2010\7412.
- RIVERO YSERN, J. L.: *Libertad de establecimiento de oficinas de farmacia*, Madrid (Trivium) 1992.
- SERRATO MARTÍNEZ, L.: *Régimen jurídico-administrativo del medicamento*, Tesis Doctoral, Universitat de Lleida, 2014, en <https://repositori.udl.cat/handle/10459.1/64107>.
- SHARPF, F. W.: “The European social model”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, núm. 4, 2002.
- SUÑÉ ARBUSSA, J.M. y BEL PRIETO, E.: “La ordenación farmacéutica en las Comunidades Autónomas. Determinación del número de farmacias (I). Módulos poblacionales y distancias”, *Offarm*, Vol. 19, núm. 1, 2000, págs. 106-113.
- SUÑÉ ARBUSSA, J.M. y BEL PRIETO, E.: “La ordenación farmacéutica en las Comunidades Autónomas. Determinación del número de farmacias (II). Estudio comparativo”, *Offarm*, Vol. 19, núm. 2, 2000, págs. 124-134.
- SUÑÉ ARBUSSA, J.M. y BEL PRIETO, E.: “La ordenación farmacéutica en las Comunidades Autónomas (III). Medición de distancias”, *Offarm*, Vol. 19, núm. 5, 2000, págs. 152-164.
- TAPIA HERMIDA, A.: “Las limitaciones a la apertura de nuevas farmacias”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 332, 2010.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: *La competencia en España: balance y nuevas perspectivas*, Madrid (Tribunal de la Competencia), 1995, pág. 229-271.

- VIDA FERNÁNDEZ, J.: “Criterios para la autorización de apertura de farmacias: relevancia del padrón municipal, población flotante y población militar”, *Revista General de Derecho Administrativo (iustel)*, núm. 8, 2005 (recurso *on line*).
- VIDAL CASERO, M. C.: “El desarrollo evolutivo de la reglamentación sobre garantías en los procedimientos de apertura de nuevas oficinas de farmacia”, *Revista General Informática de Derecho*, núm. 1, 200, (recurso *on line*).
- VIDAL CASERO, M. C.: “La apertura de oficinas de farmacia en núcleos de población de 2000 habitantes: la interpretación jurisprudencial”, *Revista General de Derecho*, núm. 616-617, 1996, págs. 201-220.
- VIDAL CASERO, M. C.: “La apertura de oficinas de farmacia y la aplicabilidad del Real Decreto 909/1978, artículo 3.1”, *La Ley*, T. 2, 1996, págs. 1604-1607.
- VIDAL CASERO, M. M.: “La apertura de oficinas de farmacia en el País Vasco”, *El farmacéutico: profesión y cultura*, núm. 210, 1998, págs. 74-79.
- VIDAL CASERO, M. M.: “La apertura de oficinas de farmacia en el País Vasco”, *El farmacéutico: profesión y cultura*, núm. 225, 1999, págs. 104-110.
- VILLABA PÉREZ, F. L.: *La profesión farmacéutica*, Madrid (Marcial Pons), 1996.
- VILLALBA PÉREZ, F. L.: “Disposición adicional sexta. Oficinas de farmacia”, en AA.VV. (GARCÍA PÉREZ, R. y ALBIEZ DOHRMANN, K. J., Dirs.): *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen Fiscal y Corporativo*, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson), 2007.
- VILLALBA PÉREZ, F. L.: “La necesaria previsibilidad y estabilidad del ejercicio profesional del farmacéutico de oficina de farmacia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 152, 2011.
- VILLALBA PÉREZ, F.: “La protección de la salud como factor determinante de la libertad de establecimiento de la oficina de farmacia española y el Derecho Comunitario”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 312, 2011, págs. 51-68.
- VOGLER, S.; HABIMANA, K. y ARTS, D.: “Does deregulation in community pharmacy impact accessibility of medicines, quality of pharmacy services and costs? Evidence from nine European countries”, *Health Policy*, Vol. 117, núm. 3, 2014, págs. 311-327.
- WAGNER, A. *et alii*: “Equity in the distribution of community pharmacies in England: impact of regulatory reform”, *Journal of Health Services Research & Policy*, Vol. 14, núm. 4, 2009, págs. 243-248.
- WASSERFALLEN, F.: “The judiciary as legislator? How the European Court of Justice shapes policy-making in European Union”, *European Public Policy*, Vol. 17, núm. 8, 2010, págs. 1128-1146.
- ZÚÑIGA LÓPEZ, J. M.: “La apertura de las oficinas de farmacia al amparo de los arts. 3.1 B) del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, y 3.1 de la Orden Ministerial de 21 de noviembre de 1979”, *La Ley*, T. I, 1997, págs. 1819-1822.

C) RECENSIONES DE  
LIBROS Y BIBLIOGRAFÍA



## **REDES SOCIALES Y DERECHO DEL TRABAJO. EL LENTO TRÁNSITO DESDE LA INDIFERENCIA LEGISLATIVA A LA NECESARIA REGULACIÓN LEGAL O CONVENCIONAL**

Roberto Fernández Fernández  
Cizur Menor (Thomson Reuters-Aranzadi), 225 páginas  
ISBN: 978-84-1345-582-2

**Cristina González Vidales**

cgonv@unileon.es

Investigadora Contratada en Formación (FPU)  
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de León

La obra que tengo el gran honor de recensionar constituye una nueva muestra del buen quehacer investigador con el que el Profesor Roberto Fernández Fernández suele difundir los resultados de su actividad científica a la sociedad. En este caso, además, lo hace de la mano del sindicato CSIF tratando de ofrecer una monografía que aborde las implicaciones en el Derecho del Trabajo de la utilización de las redes sociales, no solamente desde el punto de vista teórico, si no que pretende ofrecer una guía exhaustiva a los delegados de dicha organización sindical sobre cómo resolver las dudas y retos que se pueden plantear en esta materia en su actividad representativa. Con semejante ligazón, la obra comienza con una presentación realizada por el Presidente de la Unión Provincial de CSIF en León quien viene a destacar el compromiso del autor con la comunidad leonesa, con la defensa de los derechos de los trabajadores y con el tratamiento de temas de la máxima actualidad e interés para la sociedad.

La obra aparece prologada por el Profesor Juan José Fernández Domínguez quien, con su magnífico estilo y su característica escritura en género literario, viene a comparar la obra con la construcción de un mosaico “cuyos capítulos se relacionan entre sí como las teselas del mosaico que el autor construye de forma deliberada (ajeno a automatismos, y más lejos aún del azar) para formar un conjunto soldado por recurrencias y variantes, cuestiones que cierran una reflexión y abren otra, y donde cada idea no deja de ser la cara externa de un prisma cuya aventura se inicia pero no se puede acabar, convertida en una sucesión que para el lector no tiene fin, sino solo principio y las indicaciones de por dónde seguir”. Merece la pena parar mientes en la lectura del prólogo pues en muy pocas páginas el Profesor Fernández Domínguez vuelve a mostrar su magisterio investigador, ofreciendo al lector un texto autónomo y

signado por interesantes matices jurídicos que, sin duda, enriquece y complementa la monografía.

En el Capítulo Primero, el autor da cuenta de la importancia que los procesos de digitalización están presentando en el marco empresarial, en particular la influencia de internet en la transformación de manera sustancial tanto de la vida de los ciudadanos como de la forma de organización de las empresas, en un proceso que lejos de llegar a su fin se encuentra en pleno tránsito, hasta el desarrollo completo de cuánto se conoce como Internet de las Cosas (IoT), dónde más allá de la conexión entre humanos, lo sustancial será la conexión entre los objetos. Sobre la premisa anterior, el autor realiza una aproximación brillante a la noción de redes sociales e intenta adelantar cuál es la respuesta legislativa que, tanto desde la Unión Europea como desde el ámbito interno, trata de ofrecerse a los retos planteados por la digitalización empresarial y las redes sociales en el lugar de trabajo. La conclusión es el olvido legislativo al no existir referencia alguna a las redes sociales en las normas laborales, compartiendo la necesidad señalada por la Profesora Casas Baamonde de incorporar un nuevo título al Estatuto de los Trabajadores que regule los derechos fundamentales de los trabajadores y su relación con las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

Precisamente el análisis de las prerrogativas fundamentales y la incidencia que las redes sociales pueden presentar en su ejercicio constituye la materia objeto de análisis del Capítulo Segundo. Así, el autor procede a identificar y analizar las consecuencias de estas aplicaciones digitales en las siguientes facultades constitucionalmente reconocidas, a saber: el derecho a la vida y a la integridad física; los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen; el secreto de las comunicaciones; el derecho a la protección de datos o, en fin, la libertad de expresión. En particular, es menester hacer referencia a la interesante, y de necesaria lectura, sobre el derecho del trabajador a ser informado sobre la introducción y el control de las redes sociales en el lugar de trabajo que, como señala el Profesor Goñi Sein, presenta dos finalidades trascendentes: de un lado, servir para que el interesado pueda conocer sus prerrogativas de manera específica, informada e inequívoca y, de otro, y vinculado a lo anterior, pueda tener pleno conocimiento de los ejercicios sobre “los derechos de acceso, rectificación, limitación al tratamiento, supresión, portabilidad y oposición que la normativa reconoce a los interesados”.

El Capítulo Tercero aborda lúcidamente la potencialidad que Internet y las redes sociales presentan en la selección de trabajadores, y cómo las mismas han permitido aumentar exponencialmente los datos a los que puede acceder el empresario y los agentes vinculados a la selección de personal tanto desde las redes generalistas como aquellas de naturaleza profesional (tales como, LinkedIn, Infojobs, Monster o Xing). Todo ello sin obviar la existencia de programas informáticos y algoritmos que permiten hacer “cribados” iniciales de las instancias presentadas y hacer más ágil y quitar complejidad al proceso selectivo. En cualquier caso, y sea cual fuere la herramienta utilizada por la empresa, el autor defiende la necesidad de respetar los derechos fundamentales de los candidatos, incorporando mecanismos que impidan cualquier sesgo discriminatorio, abogando por la utilización, por ejemplo, del curriculum ciego. En este contexto, un análisis especial presenta el conocido como

derecho al olvido, realizando el Doctor Fernández Fernández una labor minuciosa por desentrañar las garantías que esta prerrogativa presenta para los ciudadanos y cómo, a la postre, su significado último permite al afectado exigir la cancelación de sus datos personales cuando ya no tengan trascendencia en el tiempo actual. De esta manera, como señala el autor, esta prerrogativa no supone tanto la eliminación total de los hechos recogidos en un determinado repositorio o red social, cuanto la posibilidad de solicitar a los buscadores la no indexación de determinada información si no es relevante y ha perdido su importancia en el momento actual.

El Capítulo Cuarto centra su atención en analizar las conexiones entre las redes sociales y el contrato de trabajo. De esta manera, la monografía da cuenta de los nuevos yacimientos de empleo que pueden generar las redes sociales (desde los *social media manager* pasando por los influencers hasta los *nethunters*); su utilización como una herramienta más en el quehacer productivo, siendo un ejemplo por su actualidad judicial las aplicaciones utilizadas por las plataformas digitales (fundamentalmente Deliveroo y Glovo) para ofrecer sus servicios y que han devuelto al foro la importancia de la ajenidad en los medios o, por no seguir, el valor que las comunicaciones a través de las redes sociales puede presentar en la relación laboral. Pero sin lugar a dudas, el núcleo central de este capítulo versa sobre el alcance y límites del control empresarial sobre estos sistemas digitales. El autor deja clara la posibilidad legal de que el empresario pueda controlar los dispositivos tecnológicos puestos a su alcance por el titular de la unidad productiva, pero siempre con respeto al derecho a la intimidad y privacidad de estos últimos (arts. 20 *bis* Estatuto de los Trabajadores y 87 de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales). En consecuencia, la fiscalización no puede afectar a los equipos propiedad del trabajador, salvo consentimiento expreso por parte de este último, pudiendo, a lo sumo, establecer prohibiciones, razonables y proporcionadas, sobre el uso de los terminales privados durante el tiempo y en el lugar de trabajo. En fin, el capítulo se cierra con el estudio del derecho a la desconexión digital como institución para garantizar la vida privada del trabajador y que este pueda descansar de la utilización de los instrumentos tecnológicos, garantizándole los correspondientes periodos de descanso, permisos y vacaciones.

El Capítulo Quinto profundiza en las posibles consecuencias que desde el punto de vista disciplinario puede tener para el trabajador un mal uso de las redes sociales, aportando el autor un nada baladí número de resoluciones judiciales en las cuales se ha convalidado la licitud de la sanción disciplinaria impuesta al trabajador debido al incumplimiento de sus obligaciones laborales. El cierre del capítulo da cuenta de cómo las redes sociales pueden ser utilizadas por el empresario como prueba para acreditar un incumplimiento laboral del trabajador, siempre y cuando el acceso a su contenido no se haga de manera ilícita a través de actos de piratería o intrusismo acreditado. Los cauces más habituales para obtenerlas vienen dados bien porque el empresario ha realizado un control de las herramientas empresariales, bien porque su acceso es público, bien porque un tercero destinatario de la conversación hace llegar su contenido al titular de la unidad productiva.

En fin, el último de los Capítulos, el Sexto, trata de poner de manifiesto la importancia que los interlocutores sociales juegan en el establecimiento de garantías adicionales a las legales de los derechos y libertades digitales en el marco de la relación laboral, consecuencia del llamamiento realizado tanto por el legislador comunitario como por el español. Después de constatar el autor la ausencia de previsiones normativas más claras y detalladas sobre las redes sociales, señala que esta carencia puede ser paliada en parte mediante la elaboración de códigos de conducta, reglamentaciones internas, protocolos de actuación o cláusulas incorporadas a los convenios colectivos. Cualquiera de estos instrumentos debe establecer que cualquier mecanismo de control empresarial ha de respetar los juicios constitucionalmente establecidos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, así como establecer y comunicar unas políticas empresariales sobre el uso de estos dispositivos capaces de determinar unas pautas claras para los empleados, con la ordenación detallada de una serie de prohibiciones totales o parciales.

Finalizo esta reseña, haciendo mías las palabras incorporadas en el prólogo, pues esta recensión “no puede ser sino el esbozo de una obra a la cual también se acompañan unas ilustrativas conclusiones y un elenco de las preguntas y respuestas más comunes sobre las redes sociales en el trabajo, estando llamada a ser imprescindible tanto para la reflexión doctrinal como para los prácticos del Derecho”.

## LA COORDINACIÓN PREVENTIVA DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES

Javier Fernández-Costales Muñiz  
Thomson Reuters Aranzadi (Navarra), 2020, 342 páginas  
ISBN: 978-84-1345-354-5

**Óscar Contreras Hernández**

Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Doctor en Derecho  
Universidad de Castilla-La Mancha

Como ya hiciera en su obra titulada *La prevención de riesgos laborales en la empresa: obligaciones y responsabilidades*, publicada por la editorial Thomson Reuters Aranzadi en 2019, el Dr. FERNÁNDEZ-COSTALES se sumerge de nuevo, con solvencia académica y utilidad práctica, en el fenómeno de la Prevención de Riesgos Laborales, esta vez, reflexionando y ofreciendo una obra omnicomprensiva en relación con las obligaciones, la problemática y las responsabilidades derivadas de la coordinación preventiva de actividades empresariales. Desde su génesis hasta su estado actual, en un contexto profundamente marcado por la crisis sanitaria, social y económica ocasionada por la COVID-19 que nos mantiene, un año después de su aparición, en un escenario distópico más propio de un capítulo de la serie *Black Mirror*.

He de reconocer que resulta complicado resumir en unas breves líneas todo el análisis y el contenido que ofrece el libro que tengo el placer de reseñar. No obstante, tras su lectura, me dispongo a comentar algunos de sus rasgos principales, aquellos que el lector, académico o profesional, creo que podrá apreciar durante toda la lectura.

Nos encontramos ante un libro muy bien escrito, que utiliza un lenguaje preciso a la par que ilustrativo. Resulta especialmente destacable su estructura y el orden sistemático de los contenidos, prueba de que su autor ha dedicado algunos lustros al estudio de todos y cada uno de los elementos jurídicos de la coordinación de actividades empresariales en materia preventiva. Esta característica puede comprobarse fácilmente, pues junto al análisis en profundidad (e interconectado) de toda la normativa que regula la cuestión, la casuística y la jurisprudencia, ha manejado una amplísima y variada bibliografía.

Respecto al contenido, la obra consta de dieciséis capítulos y cuatro anexos que, en su conjunto, ofrecen una radiografía de las vicisitudes que plantea la coordinación preventiva de actividades empresariales en la actualidad. En los capítulos I a V se recogen e interrelacionan todas las normas que afectan a la materia; se delimitan conceptos y objetivos esenciales de la coordinación de actividades y se analizan, con un manejo exquisito de la doctrina y la jurisprudencia, los deberes preventivos desde el prisma de la concurrencia de trabajadores de distintas empresas en un mismo centro de trabajo. En los capítulos VI y VII se efectúa un análisis del marco legal y las obligaciones derivadas de la concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo, primero, en supuestos donde existe un empresario titular y, segundo, en aquellos supuestos donde existe un empresario principal.

Por su parte, en el capítulo VIII y tras advertir acerca de la importancia capital que tienen los medios que el empresario debe poner a disposición para una eficaz coordinación preventiva de actividades empresariales, se efectúa una sistematización del elenco de recursos posibles que pueden ser utilizados en función de la peligrosidad de las actividades desarrolladas. Especifica el profesor Dr. FERNÁNDEZ-COSTALES que, si bien las empresas poseen flexibilidad y libertad para escoger los medios de coordinación que estimen oportunos, estos deben ser actualizados, revisados y adecuados a la complejidad y al grado de dificultad de cada actividad.

Llegamos así hasta el capítulo IX donde el autor ofrece un análisis de conjunto de las competencias, facultades y garantías que poseen los delegados de prevención o, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores en la empresa. Para ello, examina y transita de forma reflexiva por toda la normativa española en relación con los derechos de los representantes de los trabajadores, en particular, en el ámbito de la coordinación de actividades empresariales y la prevención de riesgos laborales. Los capítulos X a XII resultan muy interesantes y tratan sobre la coordinación de actividades tres supuestos concretos que presentan particularidades específicas: los trabajadores autónomos, las empresas de trabajo temporal y la expatriación de trabajadores.

Mención especial merecen los capítulos XIII y XIV. El primero de ellos está íntegramente dedicado a la coordinación de actividades en el sector de la construcción, para lo que el autor se sumerge en el régimen jurídico de la coordinación preventiva y examina las reglas básicas contenidas en toda la normativa reguladora de la cuestión. Analiza asimismo la figura del coordinador en materia de seguridad y salud y los recursos preventivos en obras de construcción, las vicisitudes relativas a los estudios y los planes de seguridad, deteniéndose en las obligaciones de los contratistas y subcontratistas como responsables de la correcta adopción de medidas preventivas.

El capítulo XIV supone una absoluta novedad pues trata sobre la prevención de riesgos y la coordinación de actividades frente a la situación generada por la COVID-19. El lector encontrará en este capítulo un estudio de referencia acerca de los criterios, procedimientos y la legislación de urgencia aprobada en materia de prevención de riesgos laborales, en un contexto inédito provocado por la pandemia mundial vivida desde marzo de 2020. En esta parte del libro, se sistematiza con gran rigor técnico todas las medidas organizativas, prestacionales y de protección adoptadas, recogiendo

incluso las disposiciones aprobadas por el Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio que establece las medidas laborales que las empresas deberán aplicar una vez superada la vigencia del estado de alarma.

Los capítulos XV y XVI ponen el broche de oro a un estudio exhaustivo y completo centrándose, respectivamente, en las responsabilidades de las empresas concurrentes y en las obligaciones y responsabilidades de los trabajadores. Huelga señalar la relevancia de estos dos capítulos finales, no obstante, me permito recomendar encarecidamente la lectura del primero de ellos donde se dedica una parte significativa al análisis detallado de las responsabilidades administrativas, civiles, penales y de seguridad social derivadas de la comisión de infracciones en esta materia.

En fin, resulta patente y los lectores tendrán la oportunidad de corroborarlo: este libro es el fruto de una investigación rigurosa, está muy bien trazado y tiene como seña de identidad haber conseguido aunar rigor académico y utilidad práctica. Su calidad científica y técnica lo convierten en una guía o referencia ineludible para académicos, abogados, graduados sociales, técnicos de prevención, coordinadores de actividades empresariales y, también, para aquellos sobre los que recaen los derechos, obligaciones y responsabilidades derivadas de la coordinación de actividades empresariales.



## DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA: ESTADO ACTUAL Y NUEVOS HORIZONTES

Óscar Contreras Hernández  
Editorial Bomarzo, 2020, 340 páginas  
ISBN: 978-84-18330-15-5

**Miguel Basterra Hernández**  
Profesor Contratado Doctor  
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Alicante

Me resulta especialmente grato efectuar una reseña del libro recién publicado por **Óscar CONTRERAS HERNÁNDEZ**, Profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha, titulado el *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea: estado actual y nuevos horizontes*. Esta obra supone la publicación de una parte de la investigación seguida por el Dr. Contreras, cuya tesis doctoral fue dirigida por la Profesora Amparo Merino Segovia y evaluada por el tribunal formado por los catedráticos Joaquín Aparicio Tovar, José João Abrantes y Jaime Cabeza Pereiro, recibiendo, cómo no, la máxima calificación. Ahora bien, junto a la monografía aquí reseñada, en sus años de carrera investigadora el profesor Contreras Hernández ha abordado esta temática también desde otros trabajos, publicados tanto en revistas especializadas como en obras colectivas. Me permito destacar su libro *La Directiva 2018/957: análisis de su efectividad a través del método Delphi*, en el que, acudiendo a técnicas de investigación cualitativa poco exploradas en el campo del Derecho, evalúa, junto a un grupo de expertos de reconocido prestigio la previsible efectividad de las nuevas reglas que regulan el desplazamiento de trabajadores desde julio de 2020.

Por lo que se refiere ya a su contenido preciso, la obra arranca con un primer capítulo titulado *Razones y regulación supranacional de la movilidad laboral y el desplazamiento de trabajadores en la UE*, en el que se parte de un análisis de fondo del fenómeno de la globalización y su plasmación en la UE a través de sus propios principios fundacionales, tendentes a la integración jurídica, económica y social mediante la construcción de un marco común. Y, a este respecto, el autor, dentro de un escenario de libre circulación de trabajadores, acota las categorías de “movilidad por o para el empleo”, en la que el trabajador –migrante– se traslada fuera de las fronteras de su país en la búsqueda de un nuevo empleo, y el “desplazamiento en el

empleo”, donde el traslado del trabajador –desplazado– responde al mandato de quien ya era su empleador con el fin de dar cumplimiento a una demanda temporal de prestación de servicios de carácter internacional, tras lo cual retornaría a su país; expresión de la movilidad, esta última, que conecta con la globalización contemporánea y las nuevas formas de organización de la producción. Así, a continuación, este primer capítulo analiza la protección que proyecta la legislación comunitaria sobre seguridad social a los afectados por los distintos supuestos de movilidad laboral internacional. Y cierra con un brillante despliegue de recursos metodológicos para ilustrar con gran precisión la problemática subyacente a todas estas cuestiones: los costes laborales y márgenes de ahorro a través del desplazamiento estratégico de trabajadores, volumen de trabajadores desplazados en el seno de la UE, tendencia evolutiva de las cifras, distribución geográfica y sectorial del fenómeno, entre otras.

El segundo capítulo se dedica al análisis de *La vetusta Directiva 96/71/CE y el origen de los conflictos interpretativos y de creación de desigualdades*. En él, el autor parte de la regulación primigenia –dentro del proyecto europeo– del fenómeno de la prestación transfronteriza de servicios, que desembocó finalmente en la aprobación de la Directiva 96/71/CE. La norma es examinada con el máximo detalle y profundidad, desde el trasfondo socio-político que determinó su alcance, su perfil subjetivo y, sobre todo, el nivel de protección efectivamente reconocido a los trabajadores desplazados; todo ello desde una óptica crítica y reflexiva, con un análisis incisivo de sus desajustes e insuficiencias y un diálogo constante con la jurisprudencia del TJUE. A este respecto, cabe destacar el tratamiento, sobresaliente, que recibe la espinosa cuestión de la aplicación –o no– a los trabajadores desplazados de las disposiciones previstas en la negociación colectiva del Estado de acogida; con un clarificador análisis de la situación en cada uno de los Estados miembros. Y, por último, se anticipa la razón de ser del objeto de estudio de los capítulos tercero y cuarto (las Directivas de 2014 y 2018, respectivamente), que no es otra que la falta de adecuación de esa Directiva 96/71/CE para responder a los desafíos actuales del fenómeno del desplazamiento transnacional; toda vez que su aprobación data de 1996, con una UE de 15 Estados y unas divergencias socio-económicas no tan distantes como las presentes.

Así, el tercer capítulo parte de un análisis exhaustivo de la Directiva 2014/67/UE, cuyo objetivo declarado fue, como se sabe, el de implementar pautas y mecanismos para garantizar una aplicación efectiva de la normativa comunitaria sobre desplazamiento de trabajadores, en especial la consabida Directiva 96/71/CE. Sea como fuere, el autor se encarga de señalar, fundadamente, que, si bien el nuevo texto trajo aportaciones positivas –entre las que destacaría el capítulo VI de la Directiva, dedicado a la ejecución transfronteriza de sanciones y multas por incumplimientos de la normativa sobre desplazamiento transnacional de trabajadores–, no ha resultado suficiente, sin embargo, para corregir todas las deficiencias de la regulación comunitaria en esta materia; hasta el punto de que los progresos que aporta para atajar los principales problemas del desplazamiento de trabajadores son más bien limitados. Pues, en efecto, el texto se configura como una norma de garantía de aplicación de la anterior Directiva, pero sin aportar solución alguna a los problemas sustantivos que ya venía presentando. Y, para nutrir el debate de una óptica concisa y pegada al

terreno, este tercer capítulo clausura con el –minucioso– examen del proceso de transposición de las Directivas 96/71/CE y 2014/67/UE en el ordenamiento jurídico español, de la mano de la Ley 45/1999 y sus sucesivas modificaciones, así como del RDL 9/2017; y toda la problemática que se ha generado en torno a nuestro derecho interno.

Por último, el capítulo cuarto se dedica ya a la Directiva (UE) 2018/957, que viene a modificar la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Pues bien, el autor propone, de entrada, la incisiva pregunta de si el nuevo texto supone algún avance en la protección de los trabajadores desplazados y si será capaz de reorientar la jurisprudencia del TJUE sobre el conflicto entre libertades económicas y derechos sociales fundamentales –desde luego, marcadamente escorado en favor de la dimensión económica frente a la social–; y a la respuesta de tales cuestiones dedica las siguientes páginas. En este sentido, destacan, primero, el estudio de la tutela retributiva de los desplazados, que supone una importante mejora al incluir en el núcleo indisponible de condiciones la “remuneración” en lugar de las “cuantías de salario mínimo”; y, sobre todo, del establecimiento –por fin– de una frontera que delimita la dimensión conceptual de la “temporalidad” del desplazamiento, así como los efectos que se derivan de la superación de los límites cronológicos establecidos y los problemas de coordinación que surgen al respecto, en especial en materia de seguridad social. Y, ya en el cierre de la obra, el lector encontrará tres de los apartados más interesantes de todo este trabajo, dedicados, respectivamente, a las cuestiones que, por acción u omisión, deja todavía pendientes esta nueva Directiva y que podrían provocar el fracaso de la revisión de la Directiva 96/71/CE para reducir el *dumping* social; al análisis prospectivo de la Directiva (UE) 2018/957 y la previsión de efectividad de sus reglas en el mercado interior; y, sobre todo, a una propuesta, decidida y valiente, de recomendaciones para su transposición en el ordenamiento español.

La lectura de la obra arroja la ineludible conclusión de que el autor ha reflexionado sobre las raíces profundas de la problemática de la movilidad supranacional de trabajadores, ha estudiado en detalle la normativa y la jurisprudencia sobre el particular, ha sido capaz de identificar las grietas jurídicas de las construcciones vigentes y se ha atrevido a plantear soluciones valientes. Y, además, dentro del paradigma de lo que ha de ser un jurista moderno, el autor exhibe un amplio espectro de recursos metodológicos: interpretación jurídica, revisión doctrinal y jurisprudencial, análisis de datos, entrevistas exploratorias y uso de otras técnicas de investigación.

Así pues, sirvan estas líneas como sincera recomendación de la obra comentada, cuya calidad científica y jurídica la llaman a erigirse como referente, presente y futuro, en el análisis de un tema tan capital como el desplazamiento transnacional de trabajadores.



D) NOTICIAS DE INTERÉS  
JURÍDICO-ACADÉMICO



## ACTAS DEL VI SEMINARIO SOBRE RELACIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES: NUEVOS RETOS PARA LA ACOGIDA E INTEGRACIÓN DE LAS FAMILIAS MIGRANTES



**AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ**

*Profesora TU, acreditada Catedrática, de Derecho Internacional Privado*

Universidad de León

### **I. SEIS AÑOS DE SEMINARIOS SOBRE RELACIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES**

El día 19 de octubre de 2018 se celebró el VI Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: nuevos retos para la acogida e integración de las familias migrantes, impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad de León. Con este Encuentro, se da continuidad a los cinco seminarios anteriores, se han analizado temas de intenso calado social y repercusión jurídica relativos al [derecho a vivir en familia de los migrantes y refugiados](#). En esta ocasión se abordaron las cuestiones relativas a la celebración del matrimonio, los matrimonios poligámicos, diálogo intercultural, sustracción de menores, expulsiones forzadas, trata de seres humanos, integración de inmigrantes, entre otros, siempre a cargo de profesionales de reconocido prestigio.

Se cumplen seis años de su andadura, que fue iniciada con el I Seminario sobre Relaciones Jurídicas Internacionales: Familia e Interculturalidad, en el que participaron profesores de otras ocho universidades, cuatro españolas (Carlos III de Madrid, León, Salamanca y Valladolid), y otras cuatro extranjeras: Université Abdelmalek Essaadi (Marruecos), Universidad Autónoma de México, Università della Calabria (Italia) y Universidad de Cartagena (Colombia); del II Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: Inmigración Educación e Interculturalidad, III Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: El reto de la integración de los inmigrantes y su repercusión en la UE; del IV Seminario sobre relaciones jurídicas

internacionales: Avances y retrocesos en la política migratoria de la Unión Europea y del V. Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: infancia, MENAS, resolución de conflictos familiares y culturales.

Todos ellos han sido dirigidos por Dra. Aurelia Álvarez Rodríguez, Profesora Titular, acreditada Catedrática, de Derecho internacional privado e investigadora principal y responsable de INNAIN. Grupo de investigación relativo a la regulación de los flujos migratorios y del Grupo de Innovación docente de la ULE: “inmigración, nacionalidad e interculturalidad” (GID-INI) en colaboración con el Excelentísimo Ayuntamiento de León para llevar a cabo el Proyecto: INMIGRA&LEÓN: CIUDAD INCLUSIVA y el CEMAI centro integral de inmigración con el patrocinio de la Junta de Castilla y León y la Universidad de León.

El presente Seminario centra sus esfuerzos en proporcionar una panorámica del régimen jurídico y status familiar de los migrantes y refugiados en el ordenamiento jurídico español, con el propósito de brindar a la sociedad una visión general desde una perspectiva multidisciplinar de carácter teórico-práctica con una amplia y variada participación de profesionales de reconocido prestigio. La jornada de trabajo ha contado con cuatro ponencias magistrales, tres mesas redondas y un taller; un total de 22 Ponentes y 5 Moderadores.

## II. ACTAS DEL VI SEMINARIO SOBRE RELACIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES: INFANCIA, MENAS, RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES Y CULTURALES

[Este encuentro se inició](#) con unas palabras por parte de la Dra. M<sup>a</sup> Dolores Alonso-Cortés Fradejas (Vicerrectora de Relaciones Institucionales y con la Sociedad. ULE) y de Dña. Aurora Baza Rodríguez (Concejala de Familia y Servicios Sociales. Ayuntamiento de León), quienes confluyeron en el necesario fortalecimiento de los lazos de cooperación entre el Ayuntamiento y Universidad, y en la creación de espacios como el presente.

A las mismas, se unieron las felicitaciones por la iniciativa por parte de Decano de la Facultad de Derecho, Dr. D. Juan José Fernández Domínguez y de la Decana de la Facultad de Ciencias del Trabajo, Dra. Dña. M<sup>a</sup>. De los Reyes Martínez Barroso.

Tras una descripción de las diversas actividades del Seminario, a cargo de la Directora del Seminario, Dra. Dña. Aurelia Álvarez Rodríguez, se dio comienzo a un intenso día de trabajo.

Título Ponencia Magistral: **“MATRIMONIO E INMIGRACIÓN”**

Ponente: **Dña. Susana Salvador Gutiérrez**. Magistrada-Juez del Registro Civil de Madrid

Presenta: **D. José Enrique García Presa**. Magistrado-Juez. Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 10 de León (Juzgado de Familia)

La legislación registral actual, que data del año 1957, pues la nueva Ley de Registro Civil, la Ley 20/2011, se prevé, que entrara en vigor, el 30 de junio de 2020, se basa en dos principios de competencia, principio nacional y el principio territorial. Por ello, todo hecho, relativo a las personas físicas, que acaece en España se inscribe en el registro civil español. A modo de ejemplo, si dos marroquíes tienen un hijo se inscribirá en el registro civil español, lo mismo ocurre si éstos se casarán o uno de ellos muere.

Las resoluciones de la Dirección de los Registros y del Notariado –en adelante DGRN– han sido más restrictivas en los últimos años, debido al incremento del número de inmigrantes que residen en nuestro país.

Han aumentado el número de nacimientos de hijos de progenitores re extranjeros de matrimonios en los que al menos uno de los contrayentes no posee la nacionalidad española. Debe temerse presente, que extranjero puede acceder al registro civil a tramitar el expediente de matrimonio o a inscribir el nacimiento de su hijo sin tener residencia legal en España, pues el criterio para que el encargado del Registro Civil se declare competente se basa en el domicilio.

El domicilio en España, que determina la competencia del registro civil, se acredita con el empadronamiento del extranjero, tanto para tramitar expedientes matrimoniales o para acceder a la nacionalidad española. Si no se puede acreditar el domicilio en España el registro civil no será competente.

Una de las primeras cuestiones que plantea el nacimiento de un extranjero en España, es la inscripción de su nombre y apellidos. Estos se determinan de acuerdo a su ley personal. El ordenamiento de su nacionalidad es el que debe ser aplicado; ahora bien, en el caso de que el extranjero obtenga la nacionalidad española, su ley personal será la española, y debe ser nuestro ordenamiento el que indique el régimen de nombre y apellidos. A modo de ejemplo, los marroquíes solo tienen un apellido, al pasar a ser españoles se les duplicará éste, por razón de orden público.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que el mero hecho de nacer en España no supone que se atribuya o imponga la nacionalidad española. El *ius soli* no tiene carácter general en nuestro Ordenamiento, pues éste solo opera en los supuestos previstos en el artículo 17.1. b), c) y d) del Código Civil.

Los extranjeros también acudían al Registro Civil para la solicitud de nacionalidad por el procedimiento de naturalización por residencia. Ahora bien, desde la entrada en vigor del RD 1004/2005, a partir de noviembre de 2015, el Encargado del Registro Civil del domicilio ha dejado de tramitar este expediente, ya que éste ha pasado a ser realizado mediante un procedimiento electrónico.

La mayoría de los extranjeros que han adquirido la nacionalidad española, al convertirse en españoles sus hijos, los nacidos con posterioridad a la obtención de dicha nacionalidad, son españoles de origen; en cambio, los hijos nacidos con anterioridad pueden solicitar la nacionalidad mediante el procedimiento de opción previsto en el art. 20.1.a) del Código Civil.

Los matrimonios de complacencia o también denominados matrimonios blancos son aquellos en los que un extranjero de un tercer país no comunitario en situación irregular contrae matrimonio con un nacional de un Estado Miembro de la UE, con la finalidad de eludir el régimen general de extranjería, y también para verse beneficiado a la hora de solicitar la nacionalidad española. El periodo para adquirir la nacionalidad española por residencia es de 10 años, con residencia legal y si se casa con un nacional del estado miembro se reduce a un año. Declarar la nulidad de un matrimonio inscrito en el registro civil solo se puede realizar mediante resolución civil.

Esquema seguido para impartir la ponencia fue el siguiente: I. Normativa registral vigente. II. Competencia del registro civil español en relación con los hechos del estado civil de los extranjeros: Principio de competencia territorial del Registro Civil. Artículos 15 y 16 Ley Registro Civil: se inscriben en el Registro Civil los hechos relativos al estado civil “acaecidos en territorio español”: Régimen legal del extranjero en España; Domicilio en España. Competencia de un determinado órgano registral: expediente matrimonial y expediente DVSP. 3. Identificación del extranjero. III. Nacimientos de extranjeros en España. 1. Régimen legal de imposición de nombre y apellidos; 2. Nacionalidad española de origen del menor nacido en España de progenitores extranjeros. Artículo 17.1 c) CC. 3. Régimen legal del nombre y apellidos del nacionalizado español. IV. Nacionalidad por residencia. V. Matrimonio e inmigración: 1. Reformas en la regulación del matrimonio; 2. Requisitos de validez del matrimonio cualquiera que sea la forma de celebración. 3. Formas de celebración del matrimonio en España: A. Matrimonios en forma religiosa: a. Matrimonio en forma canónica. b. Matrimonios religiosos en formas evangélica, hebrea o islámica. c. Matrimonios religiosos que hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España. Artículo 60.2 CC reformado por Ley 15/2015, vigente desde el 23 julio 2015. Se puede contraer matrimonio protestante (en 1984 se reconoció al protestantismo); Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (2003), Testigos Cristianos de Jehová (2006), Federación de Entidades Budistas de España (2007) y, finalmente, a la Iglesia Ortodoxa en 2010. B. Matrimonio civil. 4. Control registral previo a la celebración. Expediente registral de autorización de la celebración del matrimonio civil, o en las formas religiosas judía, evangélica y notorio arraigo. 5. Control registral de la inscripción en el Registro Civil del matrimonio ya celebrado. 6. Problemática de los matrimonios blancos o de complacencia. 7. Inscripción registral del matrimonio de español con extranjero celebrado en el extranjero. 8. Vía judicial. Nulidad del matrimonio.

Título Ponencia Magistral: **“NOVEDADES Y PUESTA AL DÍA EN SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES”**

Ponente: **Dr. Francisco Javier Forcada Miranda**. Letrado Jefe del Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ y Representante de España en la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya

Presenta: **D. José Enrique García Presa**. Magistrado-Juez. Juzgado de 1ª Instancia núm. 10 de León (Juzgado de Familia)

Cada cierto tiempo y siempre de forma recurrente, casos de sustracción internacional de menores son objeto de una intensa y emocional atención mediática. Surge, entonces, la necesidad de explicar, profundizar y clarificar una temática que presenta facetas muy diversas y una complejidad jurídica que no siempre se ha querido abordar de forma objetiva.

En España, una reforma legal de 2015 introdujo en la LEC los arts. 778 quáter, 778 quinquies y 778 sexies que, desde entonces, han venido regulando las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional. Su puesta en práctica se ha demostrado muy eficaz, por ejemplo, en aspectos de celeridad (seis semanas de resolución para dos instancias), que choca con conflictivos proyectos actualmente en marcha por referencia a la reforma de Bruselas II bis donde ya en junio de 2016 se abogaba inicialmente por la Comisión Europea por la existencia de tres periodos sucesivos de seis semanas para llegar a una resolución no siempre final.

La eliminación de la casación se ha configurado también como una medida de utilidad (AATS 23.11.2016, 24.05.2017 y 18.05.2018), y la vía del amparo, ajena a la regulación de la LEC, solo tuvo admisibilidad en un caso conocido que no ha sido objeto de ulterior repetición (ATC 119/2015 y STC 16/2016).

La concentración de la competencia para conocer de este tipo de casos se ajustó en su momento a estándares y recomendaciones internacionales, de forma prudente pero osada, sin que la normativa vigente haya impedido que, en casos involucrando violencia de género, se haya pretendido y se siga pretendiendo dar competencia para conocer de estos casos a juzgados de violencia de género, sin amparo adecuado en la normativa legal vigente.

Antes de la reforma de 2015 se conoció el caso resuelto por AAP Madrid 31/03/2015, y tras la reforma de 2015 cierto sector doctrinal sigue insistiendo en una idea que me parece inapropiada (vid. Cuadernos de Derecho Transnacional Vol. 10 núm. 2 pp. 615-641, octubre 2018).

Además, aspectos esenciales de todo proceso de sustracción internacional de menores, caso de la audiencia de menores y la conceptualización de la residencia habitual, gozan cada año que pasa de inusitada actualidad por increíble que pueda parecer. En el primer aspecto, frente a la dicotomía de la STJUE 22.12.2010 Aguirre Zarraga C-491/10 PPU (no obligatoria la personal y directa ante el juez) frente a la STEDH 11.10.2016, Iglesias c. España (nº 23298/12), nos encontramos con que en el reciente marco legal español, la prueba pericial parece haber alcanzado casi carácter obligatorio cuando se trata de la adopción de una decisión judicial que sea relevante y afecte a los niños, ya que en estas decisiones se ha de contar con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados (art. 2.5.b LO. 1/96 tras LO. 8/2015), sin olvidar la posibilidad de recabar dictamen en el art. 92.9 CC. La operatividad de esta previsión no deja de suscitar dudas y dificultades.

En el segundo aspecto, la residencia habitual aparece dotada ahora de concepciones fácticas, jurídicas e híbridas, nada pacíficas en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

En punto a otras novedades, y junto al creciente número de prejudiciales resueltas ya por el TJUE respecto del Reglamento 2201/2003, encontramos la reforma de Bruselas II bis iniciada en junio de 2016 y actualmente en manos de la Presidencia Austriaca, los trabajos del denominado «Working group on article 13(1)(b) of the HC 1980» que celebró su sexta reunión en La Haya en septiembre de 2018 y la venidera Conferencia de 19 de noviembre de 2018 «Safeguarding the rights of the child in cross-border family conflicts» organizada por el Parlamento Europeo «Coordinator on children's rights, formerly known as Mediator on international parental child abduction».

Algunas referencias son obligadas también al novedoso protocolo de sustracción de menores del MJU de 2017, a los recursos del Prontuario y del Atlas Judicial Europeo y a los trabajos de la Red Internacional de Jueces de la conferencia de La Haya, particularmente en el desarrollo y establecimiento de comunicaciones judiciales directas.

**Primera Mesa Redonda: “FAMILIA INTERNACIONAL: NUEVOS RETOS PARA SU INTEGRACIÓN EN LA SOCIEDAD ESPAÑOLA”**

Moderador/a: **Dr. David Carrizo Aguado**. Profesor Ayudante Derecho Internacional Privado. ULE

Si el propósito de las Conferencias magistrales era dotar al seminario de un punto de jurídico práctico los obstáculos y dificultades extras que surgen tanto en la celebración de un matrimonio mixto así como las eventual situaciones derivadas de una crisis de pareja con respecto a sus hijos que viven en países diferentes, el fin de la primera mesa redonda responde a poner de manifiesto algunas cuestiones relacionadas con la consecuencias de los diversos modelos de familia y desde la perspectiva del derecho de extranjería las trabas derivadas de los requisitos a cumplir en la normativa de extranjería

**Título: “IMPLICACIONES LABORALES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA”**

Comunicante: **Dra. Susana Rodríguez Escanciano**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

A la luz del ordenamiento jurídico español, la “maternidad subrogada” (entendida como aquella situación en la que una mujer lleva a cabo una gestación mediante técnicas asistidas, asumiendo la obligación de entregar, de forma onerosa o lucrativa, al nacido a otro u otros contratantes, que pueden ser personas individuales, parejas de hecho o matrimonios homosexuales o heterosexuales, quienes a su vez pueden haber aportado o no sus gametos) conlleva la nulidad del contrato suscrito.

En efecto, el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, califica como nulo de pleno derecho el negocio en

virtud del cual “se concierta la gestación (con o sin precio) a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de un contratante o de un tercero”. Los apartados 2 y 3 de este precepto añaden que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”, quedando “a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales”. Todo ello en sintonía con el art. 1271 CC, en virtud del cual la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres.

Ahora bien, aun cuando puede observarse con claridad que el art. 10 Ley 14/2006 establece con absoluta perspicuidad cómo el contrato de gestación por sustitución será nulo, adquiriendo la condición de madre quien ha dado a luz, lo cierto es que nada impide que los padres intencionales acudan a un país extranjero donde está reconocida la posibilidad de la gestación por sustitución para formalizar el contrato. Sirva como dato que es legal en varios Estados de Estados Unidos (Florida, Minnesota o California), en Rusia, Ucrania, Georgia, Kazajistán, Sudáfrica, algunos Estados de México, India, Nepal, Canadá, Israel, Grecia, Holanda, Dinamarca, Bélgica, Reino Unido, Brasil, Australia o Portugal, si bien en este último país el Tribunal Constitucional en sentencia número 225/2018, de 24 de abril ha declarado la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución, entendiéndose necesario salvaguardar la revocabilidad del consentimiento prestado hasta el momento de entrega del nacido.

A partir de esta posibilidad transnacional, atendiendo a la normativa del Estado de destino se declarará la relación de filiación por las autoridades respectivas a favor de los padres subrogantes, debiendo proceder después, a la inscripción en el registro civil español en tales términos, trámite admitido por la Dirección General de los Registros y del Notariado, siempre que se cumplan determinados requisitos: resolución dictada por órgano judicial competente en la que conste la filiación del menor, concurrencia de libre consentimiento, renuncia de la mujer gestante y acreditación de que no se ha producido una vulneración del interés del menor.

Surge entonces una necesidad social con entidad propia, cual es el nacimiento de un hijo, que despliega sus efectos en numerosos ámbitos: alimenticios, sucesorios y, cómo no laborales. Centrando la atención en este último campo, cabe señalar que, una vez inscrito en el registro civil español el menor nacido en el extranjero mediante la técnica de maternidad subrogada, los progenitores reunirían la acreditación documental suficiente para solicitar el percibo de la prestación por maternidad, otra cosa es que la Entidad Gestora viniera denegando dicha cobertura haciendo una interpretación literal de lo previsto en el art. 177 del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), que se refiere únicamente, como supuestos de hecho protegidos, a la “maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, siempre que, en este último caso no tenga una duración inferior a un año”.

Tal postura negativa motivó una doctrina contradictoria de suplicación, pudiendo mencionar, sin ánimo exhaustivo, entre las sentencias que han reconocido el disfrute a la citada prestación, las SSTSJ, Social, Castilla y León 5 mayo 2010 (rec. 539/2010),

Madrid 8 octubre 2012 (rec. 1875/2012), 3 marzo 2013 (rec. 3783/2012), 23 diciembre 2014 (rec. 497/2014), 17 julio 2015 (rec. 429/2015), 12 febrero 2016 (rec. 739/2015) y 31 marzo 2016 (rec. 577/2015); Canarias/Las Palmas 27 mayo 2015 (rollo 1179/2013); Asturias 20 septiembre 2012 (rec. 1604/2012); Castilla-La Mancha 27 mayo 2015 (rec. 51465/2014) ó Cataluña 23 noviembre 2012 (rec. 6240/2011), 9 marzo 2015 (rec. 126/2015), 1 julio 2015 (rec. 2460/2015), 15 septiembre 2015 (rec. 2299/2015) y 11 febrero 2016 (rec. 6519/2015). Por el contrario, entre las sentencias que han negado la posibilidad de recibir el citado auxilio económico, procede citar, como mero botón de muestra, las SSTSJ, Social, Madrid 7 julio 2014 (rec. 142/2014) y 5 octubre 2015 (rec. 473/2015) Andalucía 4 febrero 2015 (rec. 1317/2014) ó País Vasco 13 mayo 2014 (rec. 749/2014) y 3 mayo 2016 (rec. 651/2016).

Llegados a este punto, la tesis primigenia de la Entidad Gestora, seguida por algunos Tribunales Superiores de Justicia, ha sido corregida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que ha creado un cuerpo de doctrina unificada favorable a la cobertura protectora en interés del menor [SSTS 25 de octubre 2016 (rec. 3818/2015), 16 noviembre 2016 (rec. 3146/2014) y dos de 30 de noviembre (rec. 3183 y 3219/2015), 22 noviembre 2017 (rec. 1504/2016), 29 noviembre 2017 (rec. 1430/2016) 14 diciembre 2017 (rec. 2859/2016 y 2066/2016), 2 marzo 2018 (rec. 264/2017) y AATS, 13 marzo 2018 (rec. 2059/2016) o 22 marzo 2018 (rec. 2770/2016)]. El Alto Tribunal, frente a una interpretación meramente literal sustentada sobre la base de que la legislación vigente no contempla entre las situaciones protegidas que dan derecho a la prestación de maternidad los supuestos de gestación subrogada por estar prohibida, considera que, en aquellos casos en los que el contrato de gestación se había celebrado en un países donde se admite su legalidad y la filiación a favor de los comitentes ya había sido determinada a través de la correspondiente inscripción en el registro público, es pertinente acudir a un criterio hermenéutico finalista que le lleva a razonar sobre el sentido último que justifica estas prestaciones, que no es otro que el de permitir el cuidado y atención al menor, interés que también se encuentra presente en los supuestos de maternidad subrogada. Argumenta, así, que la suspensión de la relación laboral y el reconocimiento de la prestación por maternidad constituye un medio idóneo para preservar las especiales relaciones que median entre el padre/madre y el hijo durante el período posterior al nacimiento, por lo que esta situación ha de ser debidamente protegida en la misma forma que lo son la maternidad, la adopción y el acogimiento; con independencia de que la maternidad subrogada no figure como tal y de forma expresa en el elenco de situaciones previstas, pugnaría con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería *ex lege* si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a los menores.

En la actualidad, el INSS ha adoptado unos criterios interpretativos uniformizadores a la hora de otorgar la prestación por maternidad subrogada en aquellos supuestos en los que el nacimiento ha tenido lugar en el extranjero con arreglo a la legalidad de dicho país y se ha practicado la inscripción de la filiación del hijo en el Registro Civil español (consultas núm. 26/2016, de 29 de diciembre, y 4/2017, de 30 de febrero) con el fin de aclarar el régimen jurídico aplicable.

**Título: “MATRIMONIO POLIGÁMICO: ANÁLISIS DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TS”**

Comunicante: **Dra. Pilar Maestre Casas**. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado (USAL)

Es un tema que abarca varios asuntos, en esta ponencia, se refiere principalmente a las Prestaciones de la Viudedad.

Los marroquíes o senegaleses que tienen varias esposas, las cuales ante el fallecimiento de este tiene derecho a recibir una pensión de viudedad, tendrán los mismos derechos y ambas deberán recibir dicha pensión.

Especial análisis de la [STS \(Sala 3ª. Sección 4ª\) de 24 de enero de 2018](#), que reconoce la situación de poligamia a los efectos del reparto de la pensión de viudedad a las esposas de un marroquí, y aplica el Convenio de seguridad social entre España y Marruecos. En concreto en este fallo se dictamina: “1º. Que la constatación de una situación de poligamia de un súbdito marroquí no impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado, regulado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a favor de todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español. 2º) que el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979, por la posición jerárquica que tiene en nuestro ordenamiento jurídico tras ser publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 1982 y por el reconocimiento que le otorga el artículo 96 de la Constitución Española, permite que por vía interpretativa se pueda ampliar o extender la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas, en una situación de poligamia, con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español que tenga origen marroquí, y que fuesen beneficiarias de la pensión según la legislación marroquí. 3º) que el cálculo del importe de la pensión se efectuará partiendo de que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante y 4º) que el recurso de casación debe ser estimado y, con anulación de la sentencia, apreciando la vulneración del principio de igualdad denunciada en la instancia y por no haber sido cuestionada en ningún momento por la Administración la condición de beneficiaria de la esposa reclamante según la legislación marroquí, se reconocerá a doña Maribel el derecho a la percepción de la pensión de viudedad generada por su fallecido esposo de origen marroquí, don Argimiro, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente a su fallecimiento, acaecido el 24 de enero de 2013, y calculándose su importe partiendo de que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante. Así mismo, se reconocerá su derecho al cobro de los haberes dejados de percibir desde esa fecha y hasta la efectiva percepción de la pensión que se le reconoce, más los intereses legales que procedan desde la presentación de la solicitud y hasta su efectivo pago”.

Ciertamente, si alguna vez se ha concedido la pensión de viudedad, la cual es única, se repartirá entre todas las mujeres que tengan, por partes iguales o según el tiempo de convivencia. En todo caso, resaltar que nuestro ordenamiento rechaza la poligamia (Vid. [STS de 14 de diciembre de 2017](#)). Algún caso llamativo, el TSJ de Catalunya hay una viuda a la que no le quisieron inscribir el matrimonio con un senegalés, que poseía nacionalidad española porque había acreditado que no había ejercido la poligamia; en cambio a su mujer le rechazan la pensión de viudedad solo porque en su ordenamiento está reconocida la poligamia.

**Título: “MIGRACIÓN FAMILIAR Y ESTATUTO DE CIUDADANO DE LA UNIÓN”**

Comunicante: **Dra. Aurelia Álvarez Rodríguez**. Profesora Titular, acreditada Catedrática, de Derecho Internacional Privado (ULE)

Los nacionales de la Unión Europea y sus familiares gozan del derecho a la libre circulación en el territorio de los otros Estados Miembros. Esta libertad fundamental se basa en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

La regulación se encuentra en la [Directiva 2004/38/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Este texto ha sido incorporado a nuestro ordenamiento en virtud del [Real Decreto 240/2007](#), de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Este RD es de aplicación a un 58% de la población no es española residente legal en territorio español. En principio los nacionales de los otros 27 países de la UE pueden entrar, residir y trabajar en España casi sin limitación alguna, salvo las derivadas de razón de orden público, seguridad o salud públicas. Obviamente, si se dan estos motivos se podrá denegar la entrada o se podrá instar su salida del territorio español (Vid. [STJUE 13.07.2018](#): expulsión de ciudadano UE por conducta que constituye amenaza real, actual y suficientemente grave).

Con respecto a los familiares se debe señalar la flexibilidad del TJUE a la hora de abordar el ámbito de aplicación personal de la Directiva 2004/38 (Vid. [STJUE 05.06.2018](#): concepto de "cónyuge", en el Derecho de la UE sobre libertad de residencia incluye a los cónyuges del mismo sexo).

El tema preocupante en estos momentos a la hora de aplicar la normativa interna española contenida en el RD 240/2007 gira en torno a los nacionales de terceros países familiares de españoles. En los últimos tiempos las autoridades españolas están siendo muy restrictivas a la hora de otorgar la TFUE, se están exigiendo medios económicos suficientes y asistencia sanitaria cubierta (Vid. [STS 06.11.2018](#) que reitera la línea iniciada por la [STS 1295/2017, de 18 de julio](#), y seguida en las ulteriores: [STS 1137/2018, de 3 de julio](#) y [STS 963/2018, de 11 de junio](#)).

**Título: “RETOS DE LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN: LAS (DIFÍCILES) RELACIONES ENTRE EL ESTATUTO DE CIUDADANO Y LOS DERECHOS DE RESIDENCIA”**

**Comunicante: Dra. Marina Vargas Gómez-Urrutia.** Profesora Titular de Derecho internacional privado (UNED)

En esta comunicación, la profesora Marina Vargas Gómez-Urrutia de la Universidad Nacional de Educación a Distancia examina –a la luz de nueve asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia (TJUE)– la cuestión siempre compleja del derecho de residencia de las nacionales de terceros países familiares de un ciudadano de la Unión en situaciones que no impliquen una previa movilidad. Es decir, la residencia de los familiares de ciudadanos sedentarios y su relación con el estatuto de ciudadano de la Unión. Como punto de partida, toma la decisión recaída en el asunto Ruiz Zambrano (C-34/09- 08/03/2011). A partir de este pronunciamiento analiza y sistematiza las sucesivas decisiones en torno a tres momentos temporales o épocas. En la primera época el hilo conductor es el presupuesto de la movilidad intraeuropea del ciudadano (libre circulación) como exigencia para el disfrute del derecho de residencia de sus familiares no europeos. ¿MOVERSE O NO MOVERSE? es la cuestión genérica; la respuesta se construye desde el Fallo en el asunto [Ruiz Zambrano](#) incluyendo dos asuntos más: el caso Shirley McCarthy (C-434/09 – 05/05/2011) y el caso Murat Dereci (C-256/11 – 15/11/2011). En la segunda época el hilo conductor es disfrute de los derechos de residencia asociados al estatuto de ciudadano. Es decir, el ámbito de aplicación de la Directiva de libre circulación (2004/38) y su relación con la ciudadanía de la Unión (arts. 20 y 21 TFUE). ¿SOY UN “VERDADERO” CIUDADANO EUROPEO? es la cuestión genérica; la respuesta se construye a la luz de cinco asuntos que presentan matices respecto de la doctrina Ruiz Zambrano. Son los casos: Iida (C-40/11 – 08/11/2012), O. y S. (C-356/11 y C-357/11 – 06/12/2012), Alopka (C- 86/12 – 10/10/2013), [Rendón Marín](#) (C-165/14 – 13/09/2016) y [Chávez-Vilchez](#) (C-133/15 – 10/05/2017). En la tercera época el hilo conductor es la “pérdida” de la condición de ciudadano en movimiento; es decir, cuándo “dejamos” de ser ciudadanos europeos en movimiento y nos (re) convertimos en ciudadanos sedentarios. ¿SOY UN CIUDADANO EUROPEO EN MOVIMIENTO? es la pregunta genérica; la respuesta se construye en torno al caso [Tofik Lounes](#) (C 165/16, 14/11/2017). La conclusión general de esta comunicación puede resumirse en dos ideas: (1) libre circulación de personas y estatuto de ciudadano de la Unión son dos cuestiones indisolublemente unidas cuyas relaciones no resultan fáciles en absoluto; (2) la aplicación de los derechos de la ciudadanía exige una vinculación con el Derecho de la Unión que se da siempre que la libre circulación sea efectiva (Directiva 2004/38) pero que es más difícil de activarse cuando no haya movimiento transfronterizo. En estos casos, para la invocación directa del estatuto de ciudadano de la Unión (art. 21 TFUE) ha de buscarse un vínculo lo suficientemente relevante y poderoso como para “sacar” el supuesto de la esfera meramente interna y convertirlo en un supuesto europeo.

**Título: “LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 57.2 LOEX CONFORME A LA STS 893/2018, DE 31 DE MAYO”**

Comunicante: **Dra. Susana Cuadrón Ambite**. Abogada del Colegio de Abogados de Madrid. Profesora colaboradora de Derecho Penal en ICADE. Tutora de Derecho Internacional Privado en Extranjería (UNED) y Migración

La interpretación del artículo 57.2 de la LOEx, ha sido objeto de polémica y de distintas interpretaciones. Tras la [Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo del 2018](#), parece que dicha cuestión ha sido resuelta: el criterio que contempla es que ha de estarse a la pena en abstracto atribuida al delito en el Código Penal y ello porque el propio artículo 57.2, en realidad, dispone la expulsión del extranjero que cometa un delito doloso sancionado en España con la pena superior a un año. El propio Tribunal modula tal interpretación toda vez que, en nuestro Código Penal, existen delitos que son sancionados al mismo tiempo con pena privativa de libertad inferior o superior al año. En este supuesto, la expulsión solo procedería en el caso de que “la sanción de la pena privativa de libertad prevista en el Código Penal para el delito concernido, ha de ser superior a un año en todo su ámbito o espectro sancionador”.

Sin embargo, tal Sentencia ha sido objeto de dos votos particulares que indican el automatismo en el que incurre el Tribunal Supremo con tal interpretación, automatismo que debe quedar excluido conforme a nuestro sistema en el sentido de que hay que valorar las circunstancias concurrentes en el supuesto infractor para determinar o no la procedencia de la expulsión.

**Taller de Trabajo: “Acceso a la nacionalidad española: especial análisis del nuevo procedimiento de naturalización por residencia”**

Modera: **Dra. Aurelia Álvarez Rodríguez**. Profesora Titular, acreditada Catedrática, de Derecho Internacional Privado (ULE)

El objetivo de este taller era brindar a los asistentes de una perspectiva práctica el nuevo procedimiento de naturalización por residencia. Todos los comunicantes describen el protagonismo que han asumido en materia de acceso a la nacionalidad española

**Título: “NUEVA APLICACIÓN DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA Y NUEVO SERVICIO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LEÓN”**

Comunicante: **D. Fernando Rodríguez Santocildes**. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de León

El día 25 de julio de 2017 el Ministerio de Justicia y el Consejo General de la Abogacía Española suscribieron un Convenio de habilitación para la presentación electrónica de los Expedientes de Nacionalidad por residencia.

La Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, en su Disposición Final Séptima, y con objeto de agilizar la tramitación de los expedientes de nacionalidad, se establece

un nuevo procedimiento para la obtención de la nacionalidad española por residencia, que tendrá carácter electrónico y su instrucción corresponderá a la Dirección General de los Registros y el Notariado. Dispone que todas las comunicaciones relativas a este procedimiento se efectuarán electrónicamente.

Desde la suscripción del citado Convenio el CGAE ha creado una aplicación a través de la cual los Colegios de Abogados van a poder ofrecer a sus abogados a través de la plataforma de servicios electrónicos RedAbogacía- la posibilidad de tramitar de los "expedientes de nacionalidad por residencia" de sus clientes. y la remisión de los expedientes a la Dirección General de los Registros y del Notariado a través de la infraestructura tecnológica del Ministerio de Justicia.

El Colegio pone a disposición de sus colegiados un nuevo servicio que facilita su labor profesional agilizando la tramitación de los expedientes tanto para los abogados como para sus clientes, reduciendo el tiempo de respuesta de la resolución del expediente.

La aplicación no es de uso obligado ni para el Colegio ni para el Colegiado. Es el Colegio el que decide si quiere ofrecer este nuevo servicio a sus Colegiados. Para ello tendrá que solicitar el alta en el mismo, remitiendo la adhesión al convenio suscrito con el Ministerio de Justicia.

El abogado que desee utilizar el servicio tendrá que adherirse al convenio. Para facilitar este trámite y que no suponga una carga administrativa para el colegio, se ha habilitado una funcionalidad dentro de la aplicación para realizar este trámite.

La principal función del Colegio consiste en revisar la conformidad de la documentación presentada por el abogado y extender el "Certificado de Revisión Colegial (CRC)", que acompañe a cada solicitud, indicativo de que concurren todos los requisitos exigidos para la obtención de la adquisición de la nacionalidad por residencia y, en particular, los establecidos en el artículo 5º del [Real Decreto 1004/2015](#). Se generará de forma automática por la aplicación cuando el expediente está completo, pulsando el botón de "Enviar al Ministerio de Justicia".

La presentación de la documentación por las vías y a través de los procedimientos previstos por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Se realiza pulsando el botón de "Enviar al Ministerio de Justicia" y el expediente se trasmite de manera electrónica.

Igualmente asegura el pago de la tasa correspondiente en relación con la tramitación del expediente. Se realiza verificando desde la pestaña "Tasas" del expediente la existencia del resguardo de haber realizado el pago correspondiente.

Título: **"APRENDIZAJE DEL ESPAÑOL PARA EXTRANJEROS"**

Comunicante: **Dr. Mario de la Fuente García**. Director de la Fundación Sierra Pambley

Si un inmigrante quiere conseguir la nacionalidad, tiene que pasar dos exámenes: uno de cultura y conocimientos socioculturales y otro de idioma. Explicaré brevemente cómo son estas pruebas para que podamos entender a qué se enfrentan estas personas.

El CCSE es un examen tipo test en el que hay 25 preguntas sobre 2 grandes áreas temáticas:

1. “Gobierno, legislación y participación ciudadana en España (60 % de las preguntas)”.
2. “Cultura, historia y sociedad españolas (40 % de las preguntas)”.

En general, suele ser un examen que los inmigrantes aprueban con relativa facilidad si lo preparan bien. Sin embargo, desde nuestro punto de vista hay varios aspectos claramente mejorables en este proceso:

En primer lugar, la inscripción y el pago de los derechos de examen solo se pueden hacer a través de internet. El estudiante necesita un correo electrónico, una tarjeta de crédito preparada para el comercio electrónico (no todas lo están) y 85€. Pero lo más importante es que necesita tener ciertos conocimientos informáticos para realizar todo este proceso. Algunos inmigrantes tienen estas habilidades pero no se puede afirmar que todos sean capaces de hacerlo.

En segundo término, el estudiante no dispone de materiales didácticos de calidad para preparar este examen. Todo lo que el Instituto Cervantes (el organismo encargado de estos exámenes) les da es un documento de 93 páginas con todas las preguntas y sus correspondientes respuestas, además hay una serie de textos sobre cada tema que el estudiante debe aprender para aprobar el examen. Pero estos textos no han sido elaborados desde una perspectiva pedagógica ni didáctica y, en ocasiones, contienen estructuras gramaticales y vocabulario demasiado complicados para el nivel de idioma que se les exige.

En el examen de idioma, por otra parte, los estudiantes tienen que demostrar un determinado nivel en lo que en enseñanza de idiomas se conoce como las cuatro destrezas: hablar, escuchar, leer y escribir. El nivel que tienen que demostrar es A2, un nivel inicial de español pero suficiente para comunicarse en nuestro país.

Quizá el principal problema que afecta a la enseñanza de español a inmigrantes es la alarmante falta de profesionalización de este sector. En nuestra sociedad actual existe, por desgracia, la percepción de que enseñar español a inmigrantes es algo que tiene que ver más con la atención social que con la ciencia lingüística y de que, en consecuencia, una persona que se dedique a esta labor no necesita poseer unos sólidos conocimientos gramaticales ni estar al tanto de los últimos avances en la disciplina. Este hecho determina que en numerosas organizaciones se deje esta labor en manos de voluntarios con la misma cantidad de buenas intenciones que de desconocimiento del funcionamiento gramatical del español y de las herramientas didácticas más básicas.

Me gustaría terminar con la pequeña historia de Larbi, uno de nuestros alumnos en Sierra Pambley. Cuando llegó a nuestras clases, apenas hablaba español pero después de un año hicimos un ejercicio en el que pedíamos a nuestros estudiantes que eligieran su palabra favorita del español. La palabra que escogió fue “camino”, porque después de mucho trabajo había conseguido entender los famosos versos de Machado y le habían encantado. Para mí, esta anécdota muestra que si trabajamos con seriedad y profesionalidad en la enseñanza de español a inmigrantes, podremos ayudar a estas personas a construir su propio camino en nuestro país.

**Título: “UN CASO REAL: 11 AÑOS SIENDO APÁTRIDA”**

Comunicante: **D. Vicente Guillan Martínez**. Director de análisis y planificación en Caritas Diocesana León

Hace 11 años, nació Valladolid (España), el 15 de mayo de 2007 en el Hospital Clínico Universitario de Valladolid, tal y como consta en Registro Civil de dicha ciudad. Con posterioridad al nacimiento se solicitó su inscripción también ante las autoridades marroquíes. Sin embargo, el Consulado General del Reino de Marruecos acreditado en Madrid, con fecha 16 de marzo del 2012, denegó dicha inscripción “por encontrarse la madre casada con otro hombre que no es el padre de dicha niña”.

Las autoridades españolas siendo conocedoras de los principios que rigen en el Reino de Marruecos sobre atribución de la nacionalidad *iure sanguinis* no han considerado a la niña como española, lo cual ha conllevado que se encuentre en una situación de apatridia legal y fáctica; pues la negativa de las autoridades marroquíes a inscribir en sus Registros el nacimiento de la menor implica que tampoco tiene la nacionalidad.

Desde la asesoría de Cáritas, con ayuda de Dra. Dña. Aurelia Álvarez Rodríguez, se alegó que España está obligada por la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y firmada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989. El art. 7 del mencionado texto internacional impone a los Estados, obligados por el mismo, la concesión de la nacionalidad del país de nacimiento, al disponer en su apartado 2 que “Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”. Esta imposición también se recoge a nivel estatal en el art. 17.1.c) del Cc. Ciertamente, la afirmación de que son españoles los nacidos en España de padres marroquíes, es difícil de justificar. En principio, sólo serán españoles algunos de los hijos de marroquíes nacidos en territorio español. Esto se debe a que la ausencia de apatridia originaria de los hijos va a estar condicionada al cumplimiento de algunos requisitos, como por ejemplo, que el matrimonio de los progenitores no sea reconocido por las autoridades marroquíes, al que debemos añadir a este caso.

Ciertamente, esto dificultaba el acceso a la nacionalidad española. Ahora bien, se justificó la existencia de algunos casos previos resueltos por parte del Ministerio de Justicia (Res. DGRN de 30 de abril de 1997; Res. DGRN 5ª de 15 de febrero de 1999;

Res. DGRN 1ª de 16 de enero de 2002; Res. DGRN 4ª de 23 de abril de 2002; Res. DGRN 7ª de 10 de septiembre, 8ª de 16 de septiembre, 1ª de 13 de diciembre de 2002 y 4ª de 14 de junio de 2005).

Para más información:

Álvarez Rodríguez, Aurelia y OPI.: Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España, Madrid, 2006.

Álvarez Rodríguez, Aurelia.: “Algunos de los niños de extranjeros nacidos en España son españoles”.

Título Ponencia Magistral clausura de la mañana: **“EL RETO MIGRATORIO EJE CENTRAL DE LA REUNIÓN DE SALZBURGO Y LAS LÍNEAS ESENCIALES DE LA ACTUAL POLÍTICA ESPAÑOLA SOBRE MIGRACIONES: CIUDADANÍA ESPAÑOLA EN EL EXTERIOR E INMIGRANTES EN ESPAÑA”**

Ponente: **D. José Alarcón Hernández**. Director General de Migraciones

La globalización conlleva incremento de traslados, movimientos y desplazamientos de personas, las migraciones han aumentado en los últimos años. El número de migrantes en el mundo, de acuerdo con los últimos informes de la OIM han alcanzado los 258 millones de inmigrante. En nuestro país, actualmente residen de forma legal 5 millones de extranjeros, de los cuales 3 millones son comunitarios y 2 millones extracomunitarios. También hay que señalar que más de 2 millones de españoles se encuentran viviendo fuera de España. Los jóvenes españoles, ante la ausencia de oportunidades se trasladan fuera de nuestro país para poder acceder a un puesto de trabajo. Con ello, se puede afirmar que la inmigración y la emigración son factores que marcan el devenir de la sociedad española.

Los países europeos están haciendo unos discursos y unos análisis excesivamente pegados a una visión política que no está tratando el fenómeno tal cual es.

A partir del año 2015 se ha producido una entrada masiva de inmigrantes debido a la guerra de Siria. Debido a esto muchos países europeos han sufrido un impacto mental, esto ha tenido repercusión en los parlamentos y en la sociedad, lo cual está perjudicando al fenómeno de la inmigración.

Nuestra alternativa es hacer una política adaptada a nuestros tiempos, una política que luche contra la inmigración irregular. Aunque ahora no necesitamos mano de obra extranjera es posible que en un futuro no muy lejano si sea necesario.

La inmigración no es positiva ni negativa sino necesaria, y es necesario establecer vías de entrada regulares y seguras, que los inmigrantes accedan al territorio español, que es territorio Schengen, con un contrato de trabajo y/o itinerario de adaptación.

La política de integración en el Gobierno hasta 2014 ha sido un referente y tiene que volver a serlo.

Los días 19 y 20 de septiembre de 2018, en Salzburgo, los Ministros de Justicia e Interior se reunieron para examinar una vez más la agenda en materia migratoria. En las sesiones de trabajo se puso de manifiesto que algunos países de la UE están manteniendo discursos y análisis excesivamente pegados a una visión política que no es tal cual es, pues hacen utilitarismo del fenómeno.

A partir del año 2015 se ha producido una entrada importante de personas que huyen de conflictos bélicos, sobre en el caso de los nacionales procedentes de Siria. Este éxodo ha sido retransmitido de un modo directo por los medios de comunicación. Y, los discursos de rechazo han tenido una repercusión en los parlamentos y en la sociedad, excesivo y poco positivo en cuanto al fenómeno de inmigración en el conjunto.

Son percepciones alejadas de la realidad. Ciertamente, la lucha contra la inmigración irregular, es un eje de la política migratoria. Sin embargo, hay un error de diagnóstico, lo que puede generar rechazo en la población. Es materialmente imposible que un país expulse a tantos ciudadanos que han llegado irregularmente a Alemania o como Suecia o Finlandia y no han conseguido el estatuto de asilado. Debemos preocuparnos y contrarrestar otro tipo de modelo, la alternativa es una política adaptada al tiempo. En este año no estamos necesitando mano de obra extranjera, pero se prevé que en futuros años si lo sea. La inmigración no es positiva ni negativa, es necesaria, y es necesario tener vías de entrada regular y segura para poder tener un contrato de trabajo, o itinerario de adaptación.

La política de integración en el gobierno ha sido un referente y tiene que volver a ser un referente. El gobierno anterior, se puso un 0 en política migratoria.

PD. Las labores que desempeña la Dirección General de Migraciones están delimitadas en el art. 4 del [Real Decreto 903/2018](#), de 20 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Este precepto establece que: “1. Corresponden a la Dirección General de Migraciones las funciones siguientes: a) La elaboración de proyectos normativos y la realización de informes sobre materias relacionadas con la inmigración y la emigración, así como la preparación de propuestas normativas relacionadas con la elaboración, aprobación, transposición y aplicación de normas de la Unión Europea o de ámbito internacional, en materias de su competencia. b) La elaboración de instrucciones de desarrollo normativo en el ámbito de la Dirección General dirigidas a los órganos periféricos de la Administración General del Estado. c) El apoyo técnico de la participación en el ámbito de la Unión Europea y de otras organizaciones internacionales en materia de migraciones, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 2.3; así como la coordinación, como punto de contacto nacional, de la Red Europea de Migración en España. d) La ordenación y gestión de los procedimientos de concesión de autorizaciones previstas en la normativa general sobre extranjería e inmigración u otra normativa cuya resolución corresponda a la Dirección General de Migraciones. e) La coordinación funcional con otros centros directivos y con las oficinas de extranjería, así como el apoyo a los órganos periféricos de la Administración General del Estado, y el seguimiento de su actuación en procedimientos de autorizaciones de trabajo y residencia, o en materias de

inmigración de su competencia. f) La propuesta justificada de necesidades de medios e infraestructuras para la gestión de procedimientos de inmigración y la coordinación para su implantación por los órganos competentes. g) La ordenación de la gestión colectiva de contrataciones en origen, los procesos de selección y contratación de trabajadores extranjeros en sus países de origen, o extranjeros documentados con visados de búsqueda de empleo, así como el apoyo a los trabajadores seleccionados y seguimiento de las contrataciones. h) La atención a los españoles en el exterior y retornados. i) El reconocimiento y gestión de prestaciones económicas y ayudas asistenciales destinadas a españoles en el exterior y retornados. j) La asistencia sanitaria, en su país de residencia, a los españoles de origen beneficiarios de prestaciones económicas. k) La gestión de los programas de subvenciones y ayudas destinados a los españoles en el exterior y retornados. l) La coordinación funcional de la actuación de los órganos periféricos de la Administración General del Estado con competencias en materia de emigrantes retornados. 2. De la Dirección General de Migraciones dependen, con nivel orgánico de Subdirección General: a) La Subdirección General de Régimen Jurídico, a la que corresponde el ejercicio de las funciones enumeradas en los párrafos a), b), y c) del apartado 1. b) La Subdirección General de Inmigración, a la que le corresponde el ejercicio de las funciones enumeradas en los párrafos d), e), f) y g) del apartado 1. c) La Subdirección General de Emigración, a la que corresponde el ejercicio de las funciones enumeradas en los párrafos h), i), j), k) y l) del apartado 1”.

**Título Ponencia Magistral apertura de la sesión de la tarde: “PROGRAMAS Y ACCIONES DE LA ACTUAL POLÍTICA DE ACOGIDA E INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS NECESITADAS DE PROTECCIÓN HUMANITARIA”**

**Ponente: Dña. Estrella Rodríguez Pardo.** Directora General de Integración y Atención Humanitaria.

**Presenta: D. José Varela Rodríguez.** Presidente de Cruz Roja España en Castilla y León

La protección internacional es un derecho reconocido en la declaración de derechos del hombre concretada (Derecho de asilo o protección subsidiaria).

Las personas sujetas a protección internacional tienen derecho a la no devolución, al acceso al servicio público de empleo, a la sanidad, etc.

En nuestro país el Ministerio del Interior se encarga de la instrucción y resolución de la protección y el Ministerio Trabajo, Migraciones y Seguridad Social tiene potestad para desarrollar lo que es el proceso de acogida y protección.

La reubicación es traer personas solicitantes de asilo de Italia y Grecia. Refugiados ya reconocido de terceros campos de refugiados a España, ahora mismos hay una Delegación en Jordania conjuntamente con el Ministerio del Interior para seleccionar a mil personas.

España no era un país de asilo. Nos vamos a convertir en un país de asilo, debemos de reorientar la política de asilo y de acogida. En los últimos años se ha hecho un esfuerzo por aumentar las plazas de acogida de refugiados, de tener 1000 a tener cerca de 8000. El sistema no da, no podemos seguir creciendo indefinidamente.

Hoy en día, tal y como está el sistema, está pensando para trabajar en itinerarios individuales de integración, es un sistema gradual, no es para todos igual. Depende mucho de las circunstancias personales se prepara su itinerario.

La fase previa, cuando manifiestan su voluntad de protección internacional, en ese momento si no hay plazas de protección internacional van a una asignación provisional de acogida, para poder alojarse. Luego se pasa a su acogida en un centro, público o concertado. La siguiente fase es la de autonomía, donde se alquila un piso y se le da unas ayudas para poder pagar el alquiler, la alimentación, si tienen hijos se les escolariza, etc. Se trata de un sistema de protección que dura de 18 a 24 meses para intentar que estas personas alcancen un sistema de autonomía suficiente como para vivir en nuestro país. Además la legislación establece que pueden trabajar a partir de los 6 meses. También se suministra asistencia jurídica, y ayuda psicológica, así como buenos traductores.

PD. Las labores que desempeña la Dirección General de Integración y Atención Humanitaria están delimitadas en el art. 5 del [Real Decreto 903/2018](#), de 20 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Este precepto establece que: “1. Corresponden a la Dirección General de Integración y Atención Humanitaria las siguientes funciones: a) La planificación, desarrollo y gestión del sistema nacional de acogida integral e integración de solicitantes de asilo, refugiados y otros beneficiarios de protección internacional, apátridas y personas acogidas al régimen de protección temporal. b) La gestión de subvenciones y la colaboración con entidades públicas y privadas cuyas actividades se relacionen con la acogida e integración de solicitantes de asilo, refugiados y otros beneficiarios de protección internacional, apátridas y personas acogidas al régimen de protección temporal. c) La planificación, desarrollo y gestión de programas de atención humanitaria a inmigrantes y de intervención urgente para situaciones de carácter excepcional, en colaboración, en su caso, con las comunidades autónomas, entidades locales, así como con entidades públicas y privadas. d) La planificación, gestión y seguimiento de los centros de estancia temporal de inmigrantes (CETI) y de los centros de acogida a refugiados (CAR). e) La gestión de subvenciones de carácter estatal en materia de integración de inmigrantes y la colaboración con entidades públicas y privadas cuyas actividades se relacionen con dicha materia. f) El desarrollo y gestión de programas vinculados al retorno de inmigrantes, la reagrupación familiar, y la acogida e integración de inmigrantes con visado de búsqueda de empleo. g) La gestión de los fondos y planes de acción de la Unión Europea en materia de asilo, migración e integración. h) La concertación con otros Departamentos ministeriales, comunidades autónomas, entidades locales y entidades públicas y privadas de actuaciones de promoción de la integración de inmigrantes, de acogida e integración de solicitantes de asilo, refugiados y otros beneficiarios de protección internacional, apátridas y personas acogidas al régimen de protección temporal. 2. De la Dirección General de Integración y Atención

Humanitaria dependen, con nivel orgánico de Subdirección General: a) La Subdirección General de Programas de Protección Internacional, a la que corresponde el ejercicio de las funciones enumeradas en los párrafos a) y b) del apartado 1. b) La Subdirección General de Programas de Atención Humanitaria y Centros de Migraciones, a la que corresponde el ejercicio de las funciones enumeradas en los párrafos c), d), e) y f) del apartado 1. c) La Subdirección General de Integración y Relaciones Institucionales, a la que corresponde el ejercicio de las funciones enumeradas en los párrafos g) y h) del apartado 1. 3. De la Dirección General de Integración y Atención Humanitaria depende, con el rango que se determine en la correspondiente relación de puestos de trabajo, el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, al que corresponden las siguientes funciones: a) La recopilación y análisis de la información sobre racismo y xenofobia para el conocimiento de la situación y de sus perspectivas de evolución, a través de la puesta en marcha de una red de información. b) La promoción del principio de igualdad de trato y no discriminación y lucha contra el racismo y la xenofobia. c) La colaboración y coordinación con los distintos agentes públicos y privados, nacionales e internacionales vinculados con la prevención y lucha contra el racismo y la xenofobia”.

**Segunda Mesa Redonda: “ACCESO, ACOGIDA E INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS NECESITADAS DE PROTECCIÓN HUMANITARIA ESPECIAL ATENCIÓN A LA VÍCTIMAS DE TRATA Y VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LAS ONGs LEONESAS”**

Moderador/a: **Dr. Salvador Tarodo Soria**. Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado. ULE

**Título: “INFORMES DE AMNISTÍA INTERNACIONAL SOBRE LA CRISIS EN LA GESTIÓN DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS MIGRANTES FORZOSOS”**

Comunicante: **Dr. José Manuel Paredes Castañón**. Vicepresidente de Amnistía Internacional en Castilla y León

Amnistía Internacional es una organización internacional, pero no es de ayuda directa

Es más una labor de vigilancia, supervisión y denuncia de derechos humanos.

Alrededor de 21 millones de personas refugiadas, la mayoría refugiadas en países pobres. Los que llegan a Europa son una pequeña minoría.

Tenemos desde el punto de vista de protección de derechos humanos dos problemas graves globales.

- Sistema de asilo de los años 80. No se ha mejorado, si reformado. Está colapsado. El sistema de asilo español es inadecuado e insuficiente. Fenómeno de lo que ocurre en Ceuta y Melilla, que son “ciudades sin ley”, es decir, decisiones policiales sin ningún tipo de sustento.

- Situación de las personas migrantes que llegan a España por multitud de razones, en el caso de que accedan a España y permanezcan sin el permiso de residencia, dependiendo del lugar y dependiendo de las vicisitudes de la administración pública en cada lugar, se pueden encontrar en situación de una relativa protección o completamente desasistidos.

En el año 2012 el Ordenamiento español reservaba el derecho al acceso al sistema sanitario a la situación o condición administrativa de la residencia legal. Al vincular España derechos humanos a una condición administrativa se legalidad se vulneran derechos fundamentales. Se debería distinguir entre derechos humanos con otros derechos, aquéllos no deben quedar subordinados a la situación administrativa. Ciertamente, existen otros derechos cuya concesión o no depende de lo que las Administraciones consideren oportuno, la administración es libre para conceder o denegar a los inmigrantes. En todo caso, éstos sobre todo los irregulares en muchas ocasiones no pueden acceder a éstos, o para lograrlos deben superar excesivos obstáculos.

**Título: “CRUZ ROJA Y LA ACOGIDA DE LOS REFUGIADOS EN LEÓN”**

Comunicante: **Dña. Marta Cuesta Martínez**. Coordinadora Provincial de Cruz Roja León (CRE)

El Programa de acogida e integración de personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional se trata de un sistema mixto (administración + entidades) coordinado por la Secretaría de Estado de Migraciones del Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social.

**La red estatal de acogida engloba:**

- Los Centros de Migraciones dependientes de la Dirección General de Migraciones (DGM) que incluyen: Los CAR (Alcobendas, Vallecas, Mislata y Sevilla), destinados a solicitantes y beneficiarios de protección internacional, solicitantes y beneficiarios del estatuto de apátrida en España. Los CETI de Ceuta y Melilla, destinados tanto al colectivo citado anteriormente como a inmigrantes que acceden de forma irregular a estas ciudades autónomas.
- Otros dispositivos de acogida, subvencionados por el Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social (MTM) y gestionados por las Entidades colaboradoras, destinados al mismo colectivo.

Los programas y recursos complementarios necesarios para favorecer medidas de integración que faciliten a los beneficiarios desenvolverse en el nuevo entorno y acceder a puestos de empleo e integrarse en la sociedad de acogida, Durante 30 años las únicas entidades colaboradoras de la red estatal de acogida fueron: CRUZ ROJA/ACCEM/ CEAR.

Sin embargo, dado el incremento en el número de solicitantes de protección internacional y, sobre todo, los compromisos de reasentamiento y reubicación adquiridos por el gobierno español se han incorporado como entidades

colaboradoras: CEPAIM/ DIANOVA/RED ACOGE/LA MERCED/APIP-ACAM/PROVIVIENDA/ FUNDACION LA MERCED MIGRACIONES / (...)  
La red estatal (CAR administración + entidades) cuenta actualmente con una capacidad de 5.359\* plazas, de las que Cruz Roja gestiona un 48% (2.581).

### Objetivo general

Acogida e Integración de personas solicitantes y beneficiarias de Protección Internacional con el objetivo último de conseguir su autonomía e integración en la sociedad española.

### Fases del programa

FASE DE ACOGIDA Y DIAGNÓSTICO	PRIMERA FASE	SEGUNDA FASE	TERCERA FASE
1ª Acogida	Acogida temporal en centro	Integración	Autonomía

Teniendo en cuenta que nuestra intervención busca la integración de las personas solicitantes de asilo en la sociedad de acogida, se cuenta con una amplia red de personal técnico y voluntario para facilitar esta tarea.

Estas fases tienen una duración media de 18 a 24 meses.

### Servicios Transversales

- a) Aprendizaje del castellano
- b) Ayudas económicas
- c) Atención psicológica
- d) Empleo
- e) Asistencia legal y jurídica
- f) Interpretación y traducción

### DATOS PARTICIPANTES DEL PROGRAMA. CRUZ ROJA LEÓN:

#### Situación actual

Fase I: ACOGIDA TEMPORAL	Fase II: INTEGRACIÓN	Fase III: AUTONOMÍA	TOTAL BENEFICIARIOS PROGRAMA ASILO
Plazas	Nº Beneficiarios	Nº Beneficiarios	
33	14	26	63

Resumen Datos Programa de Acogida e Integración de personas solicitantes y beneficiarias de Protección Internacional. León 2016-2018.

HOMBRES	MUJERES	ADULTOS	MENORES	U.F.	INDEPENDIENTES
66	84	80	70	135	15
44%	56%	53%	47%	90%	10%

SITUACIÓN LEGAL ADMINISTRATIVA		
Solicitantes	111	74,00%
Beneficiarios	31	20,67%
Solicitantes inadmitidos	1	0,67%
Inmigrantes irregulares	6	4,00%
En proceso de solicitud	1	0,67%
<b>Total</b>	<b>150</b>	<b>100%</b>

NACIONALIDADES		
Afganistan	7	4,67%
Brasil	1	0,67%
Colombia	16	10,67%
Ecuador	1	0,67%
El Salvador	8	5,33%
España	1	0,67%
Georgia	3	2,00%
Nicaragua	4	2,67%
Pakistan	3	2,00%
Palestina	6	4,00%
Rusia	4	2,67%
Siria	38	25,33%
Somalia	7	4,67%
Ucrania	11	7,33%
Venezuela	40	26,67%
<b>Total</b>	<b>150</b>	<b>100%</b>

Título: **"ACCEM Y LA ASISTENCIA JURÍDICA A LOS REFUGIADOS EN LEÓN"**

Comunicante: **Dña. Natalia Cañiz García**. Abogada del Colegio de Abogados de Madrid. Letrada del Servicio Jurídico de Accem en León

El asilo consiste –en líneas generales– en otorgar protección frente a la persecución, persecución entendida como una violación grave y sistemática de los derechos humanos: casi siempre lo asociamos personas que huyen de un país en guerra o a una persecución por motivos políticos, pero también existe una persecución por motivos de género: mutilación genital femenina, [matrimonios forzados o de edad temprana](#), homicidios por motivos de honor, violencia doméstica, ataques con ácido, violación y otras formas de agresión sexual, esterilización forzada, la persecución por manifestar opiniones feministas, por reivindicar sus derechos, por no acatar las normas y convenciones sociales y como no, la trata con fines de explotación sexual son algunas de las formas de **persecución** que siguen sufriendo mayoritariamente mujeres y niñas.

Los datos que conocemos –a punta del iceberg– señalan que un porcentaje muy elevado de las mujeres que ejercen la prostitución y de las que son víctimas de trata son mujeres extranjeras y muchas de ellas también están en situación irregular.

Es importante aclarar que no todas las extranjeras víctimas de trata son potenciales refugiadas, lo relevante para que se conceda asilo es determinar si existe un riesgo para esa persona en caso de retorno a su país:

- de volver a ser tratada
- de sufrir represalias x parte de la red/tratante
- o incluso de estigmatización social, ostracismo, discriminación o castigo por parte de la familia o comunidad

El procedimiento de solicitud de protección internacional no es incompatible con la solicitud por la vía de extranjería de un permiso de residencia como víctima de trata: ambas formas de protección no son excluyentes, sino complementarias (así lo recoge expresamente el RELOEX (art. 144.8 y art. 148.1 RELOEX. *El contenido de este precepto no afectará al derecho que asiste al extranjero de solicitar y disfrutar de protección internacional*). Hay que decir también que la posibilidad de obtener un permiso de residencia como víctima de trata por la vía de extranjería es un entramado legal especialmente complejo para las mujeres extranjeras, máxime cuando se encuentran indocumentadas.

Por tanto, parte de nuestra labor consiste en analizar si la posible víctima de trata reúne también un perfil que haga viable la solicitud de protección internacional. ¿Qué perfiles son esos?

- Puede haber sido una mujer sometida a trata en su país, que escape de la red y venga a España en busca de protección.
- Puede que haya sido captada por la red en su país, se la traslada fuera de él y sometida a trata fuera de su país de origen, escapa y busca protección en el Estado donde se encuentra.
- O incluso puede que nunca haya sido tratada pero teme serlo y huye a otro país venga a España en busca de protección.

Existe una aplicación muy restrictiva del derecho de asilo a las víctimas de trata: desde finales de 2016 se ha concedido protección internacional a 19 mujeres víctimas de trata, junto a 4 menores a su cargo (recaltar que son cifras no oficiales, la Oficina de Asilo no publica datos desglosados al respecto por lo que no se puede garantizar la precisión de las mismas, son datos internos que manejamos las ONGs).

[El Protocolo marco de protección de las víctimas de trata de seres humanos](#), adoptado mediante acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial, establece que “cuando en la instrucción de un expediente de solicitud de protección internacional se aprecien indicios de que la persona solicitante pudiera ser víctima de trata de seres humanos, la Oficina de Asilo y Refugio lo pondrá en conocimiento de la Sección de Asilo de la

*Comisaría General de Extranjería y Fronteras a fin de que esta lo comunique a la unidad policial competente para su identificación, por si pudiera ser de aplicación lo establecido en el artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”.*

Por tanto, cuando la Oficina de Asilo advierte indicios de un posible caso de trata deriva a la Policía para la activación del Protocolo de protección a las víctimas y que continúe el caso por la vía de extranjería (art. 59 bis LOEX), denegando en la mayoría de los casos el asilo al entender que no encaja jurídicamente dentro de esta figura. A su vez, la Oficina de Asilo y Refugio lo pone en conocimiento del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, encargado de la acogida integral e integración de los solicitantes de protección internacional, refugiados y apátridas para la búsqueda de un recurso de acogida adecuado, en caso de que la solicitud haya sido admitida a trámite.

La respuesta de los tribunales españoles tampoco ha sido favorable, la mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo son desestimatorias.

¿Cuáles suelen ser las razones de denegación?

- Se argumenta por parte de la Administración que se trata de casos de delincuencia común, que no encajan dentro de los motivos de persecución, restringido a “supuestos especialmente graves”. Hay informes de instrucción de la OAR en lo que el único argumento de denegación es que ya existe la vía del art. 59 bis de la LOEX.
- Cuestiones relacionadas con la credibilidad del relato, al considerar que no está documentado, es vago, impreciso o contradictorio. Precisamente que el relato sea inverosímil es uno de los indicadores que pueden hacernos pensar que esa mujer está siendo tratada. Muchas veces siguiendo las indicaciones de la red mienten sobre su nacionalidad para evitar una posible expulsión, o traen historias aprendidas, estereotipadas. Por ello es tan importante que se realice un buen estudio del caso por parte de la OAR y que se lleve a cabo una segunda entrevista –o incluso una segunda solicitud– cuando la mujer se encuentre en condiciones de seguridad y confianza para poder narrar la persecución sufrida.
- No hay que perder de vista que estas mujeres realizan la entrevista inicial ante funcionarios de la Policía o de la propia OAR, tienen miedo de exponer su verdadera situación, a veces lo cual les perjudica enormemente ya que hace que sus alegaciones resulten inverosímiles y con ello muchas veces sean inadmitidas a trámite o denegadas por resultar incoherentes o incongruentes.
- Peculiaridad de este tipo de solicitudes: estas mujeres no son perseguidas por las autoridades de su país, sino por el tratante o la red de trata (agente de persecución no estatal), por lo que en estos casos hay que demostrar la falta de voluntad o la incapacidad su país para ofrecerles protección.

Hay que decir también que las autoridades son conscientes de que la mayoría de las mujeres de África subsahariana que están llegando a Ceuta y Melilla han sufrido trata, violencia sexual u otras formas de violencia de género y tienen miedo del supuesto efecto llamada, pero hay muy pocos traslados a la Península por el temor al efecto llamada.

Es preocupante la exclusión de los ciudadanos/as comunitarios del derecho a solicitar protección internacional: muchas mujeres víctima de trata con fines de explotación sexual provienen de Rumanía.

Las víctimas de trata tienen la consideración en la ley de asilo de solicitantes en **situación de especial vulnerabilidad**, y prevé que en estos casos se adopten las medidas necesarias para dar un tratamiento diferenciado –cuando sea preciso– a sus solicitudes de protección internacional. Necesitan gozar de un apoyo adecuado: social, jurídico, unas condiciones de acogida particulares (vivienda, soporte social y sanitario adaptado a sus necesidades) que creen un clima de confianza. Sin embargo en la práctica no existe en nuestro país un mecanismo para evaluar si la persona solicitante tiene necesidad de unas condiciones procedimentales o de acogida especiales, como establecen las Directivas Comunitarias, en concreto, los arts. 21 y 22 de la Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio de 2013, que dispone las normas de acogida de solicitantes de protección internacional y el art. 24 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.

El Defensor del Pueblo reclama *“la necesidad que existe de un procedimiento específico para la derivación de víctimas de trata a protección internacional es muy evidente. El Protocolo marco de protección de las víctimas de trata de seres humanos establece pautas de actuación que son insuficientes. Sin embargo, hasta el momento, la Administración no ha estimado necesario el establecimiento de un protocolo específico cuando concurren ambos procedimientos, y lo habitual es que, si existen indicios de trata, se aplique el procedimiento regulado en el régimen de extranjería”*.

España otorgó por primera vez el asilo a una víctima de trata en el año 2013: una joven nigeriana que había llegado a nuestras costas en 2010 a bordo de una patera. Esta chica había sido captada por la red de trata en su pueblo, con un familiar como intermediario, la red organizó el viaje para ella y para otras mujeres, un viaje que duró dos años, desde Nigeria hasta llegar a España, atravesando varios países africanos, y durante el cual fue obligada a prostituirse, sufrió múltiples vejaciones, agresiones físicas y sexuales, se quedó embarazada en varias ocasiones y en dos de ellas la obligaron a abortar con medios muy peligrosos.

Luego la metieron en una patera con otras mujeres y varios niños. Llegó a España, en 2010, embarazada.

Al poco de llegar la red la localizó y le exigió que devolviera la deuda de 20.000 euros que había contraído, para lo que sería llevada a un lugar donde debería prostituirse hasta pagar ese dinero. Ella entonces reuniendo valor decidió enfrentarse a la red, negarse a pagar esa deuda, y puesto que no podía regresar a Nigeria porque la tenían perfectamente localizada decidió solicitar protección internacional, y colaborar con las autoridades nacionales para dismantelar la red. Muchas de las mujeres que llegaron con ella desaparecieron porque la presión que sufren de las redes es infinita.

Hay que decir que en este tiempo la red la siguió buscando y contactando, obligándola a mudarse en repetidas ocasiones y a pasar por diversos centros de acogida, tuvo apoyo

psicológico, ayuda con su hija pequeña y apoyo formativo y de búsqueda de empleo, en definitiva, un tratamiento integral para lograr una vida normalizada en España.

Este caso es un ejemplo muy representativo.

El trayecto migratorio de las mujeres y niñas subsaharianas está profundamente marcado por la violencia: **física y sexual**: que otros usen sus cuerpos se convierte en un sacrificio que asumen para el triunfo del proyecto migratorio. La trata se convierte en muchos casos en un peaje necesario, en la única manera de alcanzar Europa.

También la violencia **reproductiva** en forma de embarazos y abortos forzados: las redes saben que una mujer embarazada es más difícil deportar. Y también es frecuente que las redes se apropien de estos bebés como una forma de presión.

Para más información:

CEAR.: Identificación de las necesidades especiales de solicitantes de asilo víctimas de trata y respuesta a las mismas. Proyecto Tracks.

Defensor del Pueblo (2016): El asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida. Madrid.

Título: **"MUJERES INMIGRANTES Y VIOLENCIA DE GÉNERO EN LEÓN"**

Comunicante: **Dña. M<sup>a</sup>. Cristina Prieto Puente.** Directora del Centro de Día para Mujeres Inmigrantes en la Fundación Isadora Duncan

Para abordar la violencia que sufren las mujeres inmigrantes se requiere una visión multidisciplinar y tener en cuenta la complejidad de la violencia de género, unido a la complejidad de la inmigración.

Las mujeres inmigrantes son un colectivo especialmente vulnerable, ya que además de sufrir las desigualdades por ser mujer, sufren las desigualdades por ser inmigrante, lo que hace que estén más expuestas a la violencia de género, la trata de personas, especialmente con fines de explotación sexual, mutilación genital femenina y matrimonios forzados.

Los factores a tener en cuenta y que les hacen especialmente vulnerables son: duelo migratorio, choque cultural y lingüístico, carencia de redes sociales naturales en las que poder apoyarse, fuerte dependencia respecto de su pareja, familia, la percepción de las instituciones públicas más como una amenaza que como fuente de protección y miedo a no ser creída o a que la denuncia de violencia de género pueda afectar al proceso de regularización.

Desde la Fundación contamos con dos programas, en los cuales trabajamos con mujeres inmigrantes víctimas de violencia:

**Casa de Acogida para mujeres víctimas de violencia, encuadra dentro de la Red de Asistencia para Mujeres Víctimas de Violencia de Género, cuya dependencia**

**es de la Junta de Castilla y León y se desarrolla en colaboración con Diputación y Ayuntamiento.**

Esta red articula y coordina todos los recursos de la Comunidad para las víctimas de violencia, desde los servicios básicos hasta los especializados como es nuestra Casa de Acogida. Por lo tanto somos un recurso especializado para mujeres víctimas de violencia y para personas dependientes de éstas, que han denunciado o que tengan un certificado de la trabajadora social de que lo son, independientemente de su nacionalidad.

El trabajo con las mujeres acogidas es muy duro y requiere de mucho esfuerzo por parte de ellas, no solo por todo lo que conlleva romper el círculo de la violencia (denunciar a la persona de la que dependen emocionalmente y/o económicamente), cambiar toda su vida y entorno y enfrentarse con una nueva situación.

**Centro de Día para Mujeres Inmigrantes, en el que trabajamos dos vertientes por una parte la atención integral a las mujeres inmigrantes, a través de los Servicios de Asesoramiento Social-laboral, jurídico y psicológico de cara a cubrir las demandas individuales y los talleres y clases de español para la adquisición de conocimientos para desenvolverse en nuestra sociedad y el acceso igualitario a los servicios públicos.**

Y por otra la prevención y la sensibilización sobre las violencias que sufren las mujeres inmigrantes (violencia de género, trata de personas, mutilación genital, matrimonios forzados) a profesionales y población en general mediante la organización de cursos de sensibilización para profesionales sobre mutilación genital femenina y las Jornadas de Mujeres Inmigrantes que este año serán nuestras XI Jornadas de Mujeres Inmigrantes: Víctimas Invisibles.

La información y la formación son los instrumentos con los que podemos contar para luchar contra esta lacra, sin olvidar lógicamente la coordinación entre los servicios especializados. Y por supuesto la concienciación social.

**Tercera Mesa Redonda: “ENTRADA, RESIDENCIA, ACCESO AL MERCADO LABORAL E INTEGRACIÓN DE LOS MIGRANTES CON REFERENCIA A LAS VÍCTIMAS DE TRATA Y VIOLENCIA DE GÉNERO EN LEÓN: ACTUACIÓN DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”**

Moderadora: **Dra. Aurelia Álvarez Rodríguez.** Profesora Titular, acreditada Catedrática, de Derecho Internacional Privado (ULE)

El objetivo de esta mesa redonda es brindar a los asistentes de una perspectiva institucional de la población migrante y de sus familiares residentes en la Provincia de León

**Título: “LOS SERVICIOS DEL AYUNTAMIENTO DE LEÓN PARA LA INSERCIÓN DE INMIGRANTES”**

Comunicante: **Dra. Purificación Muñoz Graña.** Coordinadora de Inclusión Social. Ayuntamiento de León

Ha sido a finales del siglo pasado cuando España, impulsada por el acelerado ritmo de crecimiento económico adoptado en parte gracias a su integración económica en Europa, pasa de ser una economía emisora de emigrantes a una receptora de inmigrantes.

En España, la inmigración ha crecido de manera tal que mientras que en 1999 ésta representaba aproximadamente el 1,60 % de la población total, actualmente supone más del 10%.

Según el Padrón Municipal de Habitantes del municipio de León, el aumento de la población extranjera en la capital leonesa entre 1996 y 2003 fue de un 302,75%, si bien la afluencia masiva de las décadas de 1980 y 1990 por el efecto llamada del empleo en la minería del carbón, se ha atenuado en parte. Así, mientras que la provincia leonesa acogía en 1994 el 44% de los inmigrantes de la Comunidad Autónoma, según datos relativos al año 2013 es de sólo el 15,33%. A la afluencia actual de población inmigrante, en línea con el conjunto estatal, hay que unir el impacto demográfico inducido a través de la natalidad. En los últimos cinco años, los nacimientos de madre extranjera se han multiplicado por tres.

Datos Estadísticos:

- El número de personas extranjeras empadronadas en León es de 9.920.
- Un 50,07% se corresponde a mujeres y un 49, 93% a varones.
- El porcentaje de población extranjera respecto del total de la población en León supone un 7, 70%.
- Hay presencia de 137 países distintos en nuestra ciudad.

En el año 2016 fue cuando más descendió la población extranjera en nuestra ciudad, respecto de este año ha habido un incremento del 5,7%, si haber alcanzado el número máximo de población extranjera que fue en el año 2012.

TOTAL EXTRANJEROS EMPADRONADOS (incluidos comunitarios y no comunitarios)	MUJERES	VARONES	FECHA
9.920	4.967	4.953	Octubre 2018
9.628	4.796	4.832	Diciembre 2017
9.394	4.662	4.732	Diciembre 2016
10.480	5.231	5.249	Septiembre 2015
10.482	5.243	5.239	Septiembre 2014
11.196	5.592	5.604	Septiembre 2013
11.546	5.803	5.743	Noviembre 2012
11.028	5.567	5.461	Octubre 2011

Datos globales de población extranjera empadronada de octubre de 2011 a septiembre de 2018.

Fuente: Padrón Municipal del Ayuntamiento de León. Elaboración propia.

Los colectivos más representativos en León son los siguientes:

PAÍS	2018 (Oct.)	2017 (Dic.)	2016 (Sep.)	2015 (Sep.)	2014 (Sep.)	2013 (Sep.)	2012 (Nov.)
Marruecos	1.769	1.725	1.725	1.893	1.888	1.968	1.975
Rumania	1.418	1.483	1.481	1.496	1.444	1.464	1.480
Colombia	642	586	532	733	785	996	1.113
R. Dominicana	536	522	539	567	661	793	919
China	534	524	507	514	474	459	483
Bulgaria	511	548	545	537	534	577	581
Brasil	436	429	461	663	649	692	704
Venezuela	344	253	158	186	187	208	209
Portugal	333	333	340	323	312	325	324
Italia	237	226	207				
Ecuador	180	181	184	280	290	347	370
México	161	159	157	192	195	183	197
Senegal	153	148	149	180	185	194	194
Estados Unidos	148	148	164				
Perú	127	106	88	112	121	159	171
Pakistán	126	127	122	142	145	149	132
Argelia	126	120	126	157	165	178	192
Francia	119	123	119				
Reino Unido	119	121	112				
Cuba	117	106	91	98	97	114	131
Ucrania	114	107	106				
Paraguay	96	85	89				
Siria	94	76	59				
Argentina	91	87	92	166	164	184	190
Rusia	81	90	89	121	126	131	125
Nigeria	49	49	47				
Japón	49	61	77				

Fuente: Padrón Municipal del Ayuntamiento de León. Elaboración propia.

En León la realidad no es ajena a esta circunstancia, pues hay 9900 personas extranjeras, población que ha sido minorada desde 2012. En un municipio donde las personas mayores de 65 años suponen más del 27% de la población total y que ha perdido casi 30.000 empadronados desde los años 90, la llegada de personas extranjeras ha supuesto el “rejuvenecimiento” de dicha población y una gran oportunidad en enriquecimiento para la ciudadanía leonesa.

Una de las medidas de inclusión e integración en la capital leonesa es la concesión de la renta garantizada por parte de la Junta de Castilla y León. Prestación que un 20% de población percibe, en efecto, hay más de 1000 unidades familiares que la perciben. El Ayuntamiento y su papel, en concreto de las CEAS, es de realización de los informes de valoración, y de seguimiento para buscar la inclusión. Pero hay que precisar que de este porcentaje solo un 20% son unidades familiares de personas extranjeras, porque en la opinión pública crece la idea de que los inmigrantes acceden

a toda las “ayudas públicas” y hay que explicar debidamente este hecho, actualmente las personas extranjeras ocupan la parte más baja de la escala social de aquí su acceso a los recursos públicos, siempre para los que tengan permiso de residencia en España. Cabe destacar la creación del Consejo Municipal de Inmigración en el año 2005, centro reconocido por la Castilla y León como centro integral de inmigración, con la obligación de prestar formación, e información sobre la inmigración en la ciudad de León. Destacando el asesoramiento jurídico que presta. Una de las principales dificultades a las que tienen que enfrentarse las personas inmigrantes en la sociedad de acogida es el desconocimiento del entorno y la cultura del país, de cuáles son sus derechos y qué recursos existen en el municipio. Además se facilita el acceso a los procesos de nacionalización de los extranjeros, mediante la formación en el idioma español y los contenidos de las pruebas de acceso.

Por ello desde el CEMAI, se informa sobre los derechos y obligaciones que asisten a las personas inmigrantes, se hacen los informes de arraigo, se desarrollan proyectos en materia de integración, especialmente en el ámbito educativo.

**Título: “SITUACIONES DE RESIDENCIA Y TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS EN LEÓN”**

Comunicante: **D. Álvaro Prieto Lorente**. Jefe de Sección. Oficina de Extranjeros en León

A) Normativa aplicable:

- Ley 4/2000 de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Real Decreto 557/2011 de 20 de Abril.
- Ciudadanos de la UE y sus familiares: RD 240/2007 de 16 de Febrero.
- Dirección oficina de extranjeros de León: Avda. de Asturias nº4. 24008. León.

B) Situaciones de residencia y trabajo:

- 1) Régimen comunitario: Los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea, de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de Suiza pueden darse de alta libremente en la TGSS como trabajadores por cuenta ajena o propia. Si van a residir en España por un período superior a tres meses están obligados a solicitar su inscripción en el Registro Central de Extranjeros para obtener su certificado de ciudadano de la UE, trámite realizado en la Comisaría Provincial de Policía. Para ello habrán de presentar su alta en la SS como trabajador, o acreditar que disponen de medios económicos suficientes o que son estudiantes.
  - Los familiares extracomunitarios de un ciudadano de la UE: Con carácter general pueden darse de alta libremente en la TGSS como trabajadores por cuenta ajena o propia, mientras se encuentren en edad laboral.
- 2) Régimen extracomunitario: Los ciudadanos de un Estado no miembro de la Unión Europea para poder trabajar en España habrán de obtener el correspondiente permiso de trabajo y residencia, que podrá ser por cuenta ajena o propia:

- a) Por cuenta ajena: Hay que tener en cuenta que los trabajadores extranjeros extracomunitarios, con carácter general y debido en gran parte a la crisis económica que sufrimos aún, salvo en los casos de Perú y Chile en que existe un convenio específico, sólo pueden ocupar los puestos de trabajo contenidos en la Lista de Ocupaciones de Dificil Cobertura, que publica el INEM trimestralmente por provincias. En el caso de León, como en la mayoría de provincias, dichos puestos de trabajo consisten básicamente en los de deportista profesional y entrenador deportivo y varios puestos específicos correspondientes al sector naval. En el caso de que el puesto solicitado no se encuentre en dicha lista, el empresario (persona que ha de realizar los trámites para la obtención del permiso, ya que el ciudadano extranjero ha de encontrarse durante dicha tramitación en su país de origen) deberá solicitar a la Oficina del INEM respectiva un certificado de insuficiencia de candidatos idóneos y disponibles, tras presentar la oferta de trabajo en dicha Oficina y no hallar ningún trabajador disponible.
- b) Por cuenta propia: Sujeto legitimado para presentar la solicitud es el ciudadano extranjero, personalmente en la misión diplomática u oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia. En el caso de concesión, el trabajador dispone de un mes desde la notificación para solicitar personalmente el visado. Una vez recogido dicho visado, el trabajador deberá entrar en territorio español en su plazo de vigencia, que será de tres meses con carácter general. A partir de su entrada en España, el trabajador dispone de tres meses para que se efectúe su afiliación, alta y posterior cotización en los términos establecidos por la normativa de Seguridad Social. En el plazo de un mes desde que el trabajador se haya dado de alta en la Seguridad Social, deberá solicitar, personalmente, la Tarjeta de Identidad de Extranjeros en la Comisaría de Policía de la provincia donde se haya tramitado la autorización.

**Título: “LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR”**

Comunicante: **Dr. Roberto Fernández Fernández**, Profesor Titular de Derecho laboral y de la SS (ULE)

La prestación de servicios del inmigrante no autorizado para trabajar en España tiene, al igual que ocurre con otros derechos laborales fundamentalmente a partir de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería, efectos en materia de Seguridad Social, pues así lo ha decidido el legislador. En efecto, el artículo 36.5 LOEx prevé que la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que pudiera dar lugar, incluidas las de Seguridad Social, no será obstáculo para la obtención de determinadas prestaciones.

Eso sí, inmediatamente el precepto viene a establecer que el trabajador carente de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo, y salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero.

Tal situación significa que el extranjero en situación irregular va a tener derecho a acceder a una serie de prestaciones en el sistema español de Seguridad Social, pero dicha protección no es absoluta sino que está limitada a ciertas situaciones de necesidad, con independencia de la posible responsabilidad que pueda asumir el empresario incumplidor en relación con las mismas.

Así, según la jurisprudencia, el trabajador extranjero que presente servicios retribuidos por cuenta ajena aún sin contar con los preceptivos permisos legales, no puede verse privado de la protección inherente al contrato de trabajo y que responde a los deberes impuestos por los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España, de manera que el irregular se encontraría incluido “en el campo de protección de la Seguridad Social, a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo, por tratarse de extranjero hispanoamericano, cuyo país de origen ratificó el Convenio número 19 de la OIT, pues [...] obliga a conceder a los nacionales del otro Estado, que fueren víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en el territorio de aquel, el mismo trato que otorgue a sus nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo” [STS 7 octubre 2003 (Rec. 2153/2002)].

Conforme se ha dicho, el legislador excluye el acceso a la prestación por desempleo, habida cuenta de que el extranjero en situación irregular no puede acreditar el cumplimiento de cuantos requisitos establece la norma a fin de lucrar la prestación por desempleo, habida cuenta de que no va a poder estar disponible para buscar activamente empleo y acceder a una colocación adecuada (SSTS 18 marzo y 12 noviembre 2008 (Rec. 800/2007 y 3177/2007)).

Eso sí, algún pronunciamiento ha imputado una responsabilidad directa del empresario en forma de indemnización de daños y perjuicios y sin garantía a cargo de la Seguridad Social [STSJ País Vasco 22 diciembre 2015 (Rec. 2325/2015)]; en cambio, otros pronunciamientos niegan la posibilidad de nacimiento de dicha responsabilidad de carácter indemnizatorio [STSJ Cataluña 14 diciembre 2015 (Rec. 3972/2015)].

Como colofón, el Decano de la Facultad de Derecho Dr. Juan José Fernández Domínguez procedió al acto de clausura, en la que se puso de manifiesto que actos como el VI Seminario, revitalizan la Universidad al otorgar un espacio para la divulgación jurídica y el debate.

### **III. CONCLUSIONES**

Como corolario lógico, podemos afirmar que el [VI Seminario sobre relaciones internacionales](#) ha cumplido con su fin, crear un lugar de encuentro donde se analizan temas relevantes, en concreto, las familias migrantes, las dificultades y obstáculos que tienen que superar los migrantes y los refugiados para poder integrarse en las sociedades de acogida con sus familiares, cónyuges, descendientes y ascendientes. Antes de finalizar debemos poner de manifiesto que todo ello no hubiese sido posible sin la labor realizada por todos los profesores e investigadores que forman parte del Grupo ULE de Innovación Docente “Inmigración, Nacionalidad e Interculturalidad”

y del Grupo de Investigación Relativo a la Regulación de los Flujos Migratorios (INNAIN/GID-INI) junto con el Grupo de Investigación: Extranjería y Migración (UNED); así como del Programa de Doctorado: Protección jurídica y cohesión social (ULE) y al Master Universitario en Derechos Humanos (Uned). Asimismo, agradecer la colaboración de profesionales procedentes de diversas instituciones e investigadores y docentes tanto de la Universidad de Salamanca y de la Uned como de la Universidad de León, que han acudido sin dudar a este Jornada, compartiendo sus saberes y conocimientos.

En la organización y en la infraestructura nuestra gratitud no solo al Vicerrectorado de de Relaciones Institucionales y con la Sociedad (ULE) y al Ayuntamiento de León sino también a los siguientes Centros y Departamentos de la ULE: Facultad de Derecho, Facultad de Ciencias del Trabajo; Departamento de Derecho Privado y de la Empresa y Departamento de Derecho Público. Y, también hemos contado con la colaboración del Ilustre Colegio de Abogados de León, Cruz Roja Española en Castilla y León, Amnistía Internacional en Castilla y León, Caritas Diocesana León, la Fundación Sierra Pambley y la Fundación Isadora Duncan.

A nivel institucional, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. De este último ministerio se desplazaron hasta León, dos Directores Generales de la Secretaria de Estado para las Migraciones. Los asistentes han podido escuchar las líneas políticas que se están diseñando a nivel estatal en materia migratoria y de protección internacional. Por ello, nuestra muestra especial de mención de gratitud a D. José Alarcón Hernández y a Dña. Estrella Rodríguez Pardo, responsables de la Dirección General de las Migraciones y de la Dirección General de Integración y Atención humanitaria, respectivamente.

En todo caso, cabe reseñar que todas las actividades descritas pueden consultarse en los materiales audiovisuales editados por la ULE: I Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: familia e interculturalidad (<https://videos.unileon.es/es/serial/95.html>); II Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: Inmigración Educación e Interculturalidad (<https://videos.unileon.es/es/serial/132.html>); III Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: El reto de la integración de los inmigrantes y su repercusión en la UE (<https://videos.unileon.es/es/serial/154.html>); IV Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: Avances y retrocesos en la política migratoria de la Unión Europea (<https://videos.unileon.es/es/serial/189.html>); Curso de Verano: Status jurídico de los extranjeros en la UE y su implicación en las políticas de integración, ¿realidad o ficción? (<https://videos.unileon.es/es/serial/187.html>); V Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: infancia, MENAS, resolución de conflictos familiares y culturales (<https://videos.unileon.es/es/serial/214.html>); y VI Seminario sobre relaciones jurídicas internacionales: nuevos retos para la acogida e integración de las familias migrantes (<https://videos.unileon.es/es/serial/234.html>).

## MÉTODO Y NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS PARA LOS AUTORES

### Método de publicación de los artículos

El método de publicación de los artículos será el de proceso anónimo de revisión por pares, y se realizará de la siguiente forma:

A) Los artículos se remitirán por los autores al Director o Director Adjunto de la Revista Jurídica de la Universidad de León durante el plazo aprobado por el Consejo de Redacción, dejando el Director constancia de la fecha de recepción.

Los artículos podrán remitirse a una dirección de correo electrónico propia de la Revista Jurídica de la Universidad de León o a la de algún miembro del Consejo de Redacción, quien los transmitirá a la misma.

Igualmente pueden remitirse, a su dirección postal, en cuyo caso se adjuntará, junto al ejemplar impreso, una copia en formato electrónico, a la atención del Director de la Revista, Facultad de Derecho, Universidad de León, Campus de Vegazana s/n, 24071, LEÓN.

B) El Director o Director Adjunto lo remitirá en el plazo de 20 días hábiles desde su admisión por el Consejo de Redacción a dos evaluadores vinculados al Área de conocimiento sobre la que verse el contenido del artículo, siempre que previamente cumplan las condiciones descritas en este Reglamento para su publicación.

Ambos evaluadores, uno de los dos o ninguno, podrán ser miembros el Comité Científico/Evaluador de la Revista. Deberán emitir su informe en un plazo máximo de 30 días hábiles.

En caso de discrepancia en los informes, la Dirección podrá enviar el original a un tercer evaluador o someterlo a la consideración del Consejo de Redacción. Los evaluadores podrán condicionar su informe favorable para la publicación a la realización de modificaciones que mejoren, a su juicio, el trabajo evaluado.

C) La remisión será, en todos los casos y sin excepción, anónima para el evaluador, es decir, sin que el evaluador tenga acceso el nombre del autor, y se hará por cualquier medio de comunicación, en particular por correo electrónico. Para ello se evitará reenviar directamente por correo electrónico el artículo presentado por el autor, determinando un modo que impida reconocer la autoría del artículo.

D) Para ser publicado deberá ser aceptado por los dos evaluadores, quienes valorarán:

- a. Originalidad del contenido y/o conclusiones.
- b. Rigor investigador, esto es, manejo y justificación de las fuentes doctrinales, bibliográficas, jurisprudenciales y normativas en que se apoyen las argumentaciones y/o conclusiones expuestas, según sea el caso del contenido del artículo.

E) La evaluación será anónima con indicación de:

- a. Originalidad del contenido y/o conclusiones: apto/no apto.

- b. Rigor investigador: apto/no apto.
  - c. En el caso de que un artículo se considere no apto deberán exponerse sucintamente los motivos.
- F) El evaluador entregará una plantilla con una ficha a rellenar, con indicación de:
- a. Título del artículo.
  - b. Aptitud o no de la originalidad y rigor investigador del artículo.
  - c. Caso de no ser apto explicación sucinta de los motivos.
  - d. A estos efectos la plantilla de la ficha tendrá carácter uniforme para todos los artículos, se elaborará por el Director o Directores de la Revista y será aprobada por el Consejo de Redacción.
  - e. La ficha de evaluación podrá enviarse y recibirse por medios telemáticos tales como correo electrónico.
- G) El autor podrá tener acceso a la evaluación pero, en todos los casos y sin excepción, tendrá carácter anónimo para evitar disensiones entre los miembros de la comunidad científica e investigadora del Derecho. Para ello se evitará reenviar directamente por correo electrónico la valoración notificada por el evaluador, determinando un modo electrónico que impida reconocer la autoría de la evaluación.
- H) El Director tomará constancia de la fecha de aceptación del artículo y lo hará reflejar en la publicación del mismo.

### **Estructura de la Revista Jurídica de la Universidad de León**

El objetivo de la Revista Jurídica de la Universidad de León es la publicación de artículos doctrinales de investigación jurídica, procurando la difusión tanto de autores de la Facultad de Derecho de la Universidad de León como de otras Facultades y Centros de dicha Universidad, así como de juristas españoles y extranjeros, quienes podrán publicar en su propio idioma siempre que hayan podido ser evaluados positivamente por los evaluadores de la Revista.

También podrán publicarse comentarios de sentencias, reseñas de libros y noticias de interés jurídico-académico, éstas últimas a criterio del Consejo de Redacción.

A estos efectos la estructura será la siguiente:

- A) Artículos Doctrinales:
- a. Autores de la Universidad de León.
  - b. Autores de otras Universidades nacionales o extranjeras
  - c. Un apartado especial para la conferencia pronunciada por el padrino de la promoción anual de la Facultad de Derecho el día de la festividad de San Raimundo de Peñafort.
- B) Comentarios de sentencias, ya sean de Tribunales Nacionales o Internacionales, y de Legislación.
- C) Recensiones de libros, nacionales o extranjeros, y en especial los publicados por los miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.

D) En su caso, noticias de interés jurídico-académico.

E) Cualquier otro bloque temático que el Consejo de Redacción pueda considerar de interés para su inclusión en la Revista.

Constituye requisito indispensable para la publicación de artículos que los autores interesados en publicar en la Revista Jurídica de la Universidad de León respeten las normas de publicación expresadas en este Reglamento y que se incluirán al final de cada uno de los números que se editen.

### **Contenido de la publicación de los artículos doctrinales**

Esta Revista entiende que los artículos presentados son originales y no han sido publicados con anterioridad o no están en proceso de publicación en otro lugar. Cada artículo constará de las siguientes indicaciones y se deberá ajustar a las siguientes especificaciones:

- Mecanografiado a espacio sencillo, por una sola cara y con márgenes superior, inferior, izquierdo y derecho de 3 cm.
- En el artículo deberá constar:
  - a. Título del artículo, en español y en inglés, o en el idioma original, español e inglés.
  - b. Autor.
  - c. Cualificación académico-profesional del autor e institución a la que se adscribe.
  - d. Dirección de correo electrónico del autor.
  - e. Resumen en el idioma original del artículo y Abstract del artículo en inglés. En caso de que el idioma original del artículo fuera distinto al castellano, el resumen se realizará también en este idioma.
  - f. Palabras clave en el idioma original del artículo y palabras clave en inglés.
  - g. Fecha de recepción y aceptación de originales tras su evaluación.
  - h. Índice de contenido.
  - i. Contenido.
  - j. Bibliografía citada.
- Las páginas se numerarán de forma consecutiva, correspondiendo la primera al título, autor/es del trabajo, dirección de contacto, resumen y palabras clave, tanto en español como en inglés.

El resumen deberá tener una extensión máxima de 200 palabras y se especificarán entre 3 y 10 palabras clave que proporcionen una idea rápida de su contenido y faciliten su informatización.

- A continuación, en la siguiente página, comenzará el texto del trabajo, con la inclusión de epígrafes, apartados o secciones numeradas consecutivamente, iniciándose en números romanos para los principales y posteriormente en arábigos y letras en el correspondiente orden alfabético.

- I.
- II.
- 1.
- 2.

- 2.1.
- 2.2.
- A)
- B)
- C)

### **Método de notas al pie y de bibliografía**

Las notas se realizarán a pie de página y no en el texto o al final del trabajo. El sistema será el consuetudinario del ámbito jurídico, con indicación de:

- a. Autor en mayúsculas.
- b. Título del trabajo citado.
- c. Tipo de publicación:
  - c.1. Monografía: poniendo el título en cursiva sin comillas, seguido del número de edición si es posterior a la primera.
  - c.2. Artículo de revista: poniendo el título entre comillas, seguido del título de la revista a que pertenece, en cursiva este último.
  - c.3. Capítulo de libro: poniendo el título entre comillas, e indicando el libro al que pertenece en cursiva y el nombre del director/es y, en su caso, del coordinador/es.
  - c.4. Libro de una serie, indicando la colección a que pertenece, seguido del director y del número de edición si es posterior a la primera.
  - c.5. Capítulo de libro de una serie de libros, siguiendo las reglas del capítulo de libro.
- d. Número, volumen y año si es una revista.
- e. Traductor, si la obra es una traducción.
- f. Lugar de edición y editorial si es una monografía o capítulo de libro.
- g. Página/s que se citan.

### **Extensión de los artículos**

La extensión de los artículos dependerá de la sección en la cual vaya a enmarcarse, incluidos todos los apartados anteriormente señalados: título, abstract, índice, contenido, citas y bibliografía.

En el caso de artículos doctrinales, la extensión podrá ser de entre 15 y 30 páginas.

En el caso de los comentarios de sentencias, la extensión oscilará entre 4 y 10 páginas.

En el caso de las reseñas la extensión máxima será de 3 páginas.

La extensión de los artículos y comentarios podrá ser objeto de variación en virtud de las consideraciones de los evaluadores y el Consejo de Redacción.

En el caso de las noticias, su extensión podrá ser variable, dependiendo de la decisión del Consejo de Redacción, que efectuará el análisis individual de cada una de ellas.

## **SITIO WEB DE LA REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN**

### **Sitio web**

La Facultad de Derecho promoverá y procurará la creación de un espacio web desde el que difundir la Revista Jurídica de la Universidad de León, inclusive sus contenidos, cometido que se podrá encargar a difusores externos especializados en esta actividad.