

Estudios de Deusto

Vol. 52/2 Julio-Diciembre 2004

Sumario

La responsabilidad civil de los suministradores

Ricardo de Angel Yágüez

El contrato de trabajo y su diferenciación de otras figuras contractuales de servicios en el Derecho español

Germán Barreiro González

La seguridad industrial con particular referencia a la Ley 8/2004, de 12 de noviembre, de Industria de la Comunidad Autónoma de Euskadi

María Burzaco Samper

Derecho transitorio concursal

Fernando Gómez Martín

Problemas actuales de la incapacidad permanente

Paz Hidalgo Bermejo

Aprender a vivir mestizamente

Demetrio Velasco

¿Confiscación presupuestaria de pensiones públicas?

Manuel María Zorrilla Ruiz

Universidad de
Deusto



Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Segunda época. Vol. 52/2
Desde su fundación vol. 73
(Fasc. 113)
Julio-Diciembre 2004

Bilbao
Universidad de Deusto
2004

Director:

Ignacio María Beobide

Consejo Asesor:

Ricardo de Angel	Aitziber Emaldi
Iciar Basterretxea	Marta Enciso
Rosario Besné	Ramón Múgica
María Pilar Canedo	Javier San Juan
Javier Caño	Gema Tomás
Jorge Caramés	Demetrio Velasco

Administración:

Publicaciones
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 456 817

Distribución:

Ediciones Mensajero
Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao
Tfno.: 944 470 358 Fax: 944 472 630

Precios de suscripción:

Europa	26 euros
Otros países	50 \$
Número suelto	14,50 euros

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Publicación impresa en papel ecológico

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

I.S.S.N.: 0423 - 4847
Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

Impresión: RGM, S.A.

Sumario

Estudios

Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ, <i>La responsabilidad civil de los suministradores</i>	11
Germán BARREIRO GONZÁLEZ, <i>El contrato de trabajo y su diferenciación de otras figuras contractuales de servicios en el Derecho español</i>	69
María BURZACO SAMPER, <i>La seguridad industrial con particular referencia a la Ley 8/2004, de 12 de noviembre, de Industria de la Comunidad Autónoma de Euskadi</i>	85
Fernando GÓMEZ MARTÍN, <i>Derecho transitorio concursal</i>	133
Paz HIDALGO BERMEJO, <i>Problemas actuales de la incapacidad permanente</i>	181
Demetrio VELASCO, <i>Aprender a vivir mestizamente</i>	195
Manuel María ZORRILLA RUIZ, <i>¿Confiscación presupuestaria de pensiones públicas?</i>	215

ESTUDIOS

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS SUMINISTRADORES¹

Ricardo de Angel Yágüez

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Deusto. Bilbao, España

Sumario: I. Delimitación del objeto de esta ponencia. 1. El concepto de suministrador, a estos efectos. 2. Significado, en este caso, de la expresión «responsabilidad civil». 3. Suministrador, en general, y «suministrador final». 4. A qué daños nos referimos. II. Servicios y productos. Una distinción no siempre clara. 1. Planteamiento. 2. Lo que sugiere la Ley de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, en relación con las opiniones doctrinales al respecto. 3. Casuística de la jurisprudencia. 4. Los casos especiales del gas y de la electricidad. 5. La acumulación de acciones, como posible fórmula procesal. III. Responsabilidad del suministrador de servicios. 1. Consideraciones generales. 2. El régimen de responsabilidad del Código civil. 3. El régimen especial de la Ley de consumidores y usuarios. IV. Responsabilidad del suministrador de productos. 1. Inaplicabilidad de la Ley de consumidores y usuarios a casos de daños causados por productos defectuosos. La disposición final primera de la Ley de productos defectuosos. 2. Esa inaplicabilidad ha sido declarada también por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La Directiva de 25 de julio de 1985 no es «de mínimos». 3. El «sistema» de responsabilidad de la Ley de productos defectuosos. 4. Menciones legales de la responsabilidad del suministrador. 5. Las dos vertientes en las que puede manifestarse la responsabilidad del suministrador de productos, una en el marco de la Ley y otra en el del régimen general de responsabilidad del Código civil.

I. Delimitación del objeto de esta ponencia

La intervención que se me ha encomendado lleva por título el de «*La responsabilidad civil de los suministradores*».

Aunque las materias objeto de las demás ponencias no plantean problemas de colisión con la que me corresponde, se hace imprescindible determinar el marco de mi intervención; esto es, se impone una cuestión previa de delimitación.

¹ Este trabajo es el *texto extenso* de la ponencia desarrollada por el autor en las X Jornadas de responsabilidad civil y seguros, organizadas por el Colegio de Abogados de Zaragoza. Días 4 y 5 de febrero de 2005.

Pero debo advertir que las consideraciones de este primer capítulo no responden sólo al propósito de definir el ámbito de mi aportación, porque eso sería únicamente ceder a razones estéticas o de mera *disciplina del expositor*, sino que encierran en sí mismas una parte importante de la ponencia. Porque, en efecto, *determinar sus límites es una manera de afrontar los muchos problemas previos que el título de la conferencia sugiere*.

1. *El concepto de suministrador, a estos efectos*

La palabra «suministrador» —que, a estos efectos, nada tiene que ver con el nombre que se atribuye a una de las partes del contrato que llamamos *suministro* (en definitiva, una venta «fraccionada»)— ha adquirido carta de naturaleza en nuestra terminología jurídica, queriéndose identificar con ella a quien *proporciona* (por ahora procede utilizar este verbo tan poco *jurídico*) productos o servicios a un consumidor.

Es decir, el término *suministrador* se ha afinado en nuestro modo de hablar en el marco del que conocemos como *Derecho del consumo*. O, dicho de otro modo, dentro del conjunto de instrumentos encaminados a tutelar jurídicamente a los consumidores y usuarios.

Así, aunque la palabra *suministrador* sugiera a primera vista la idea de «cosas», no debe olvidarse que, según el Diccionario de la Real Academia, *suministrador* significa «que suministra»; y que *suministrar* quiere decir «proveer a uno de algo que necesita».

La más reciente Ley, de entre las importantes, que nuestro ordenamiento jurídico conoce en materia de *consumo*, esto es, la de 6 de julio de 1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (en adelante, para simplificar, *Ley de productos defectuosos* o LRCPD), utiliza la palabra *suministrador* en un par de ocasiones, sin perjuicio de que además haga uso de la fórmula verbal «*hubiere suministrado*».

Esto movería a pensar que mi ponencia tiene que limitarse, en efecto, a quien *suministra* un producto.

A la misma idea podría conducir el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos. Porque, como veremos, una de las más significativas parcelas de responsabilidad del suministrador es la constituida por el incumplimiento de sus *obligaciones de seguridad*.

No obstante, debe tenerse presente también que otra Ley de nuestro ordenamiento jurídico, la general para la defensa de los consumidores y usuarios, de 24 de julio de 1984 (en lo sucesivo, también para facilitar la exposición, *Ley de consumidores y usuarios* o LCU), per-

mite considerar *suministrador* a quien dispensa, presta o proporciona servicios.

Aunque la *Ley de consumidores y usuarios* no es precisamente un dechado de virtudes en materia terminológica, su artículo 27.1.A), al referirse al «fabricante, importador, vendedor o *suministrador de productos o servicios*», permite llamar así, *suministrador*, a quien compromete una prestación de hacer (lo característico de los *servicios*); no una de dar, que es lo definidor del mundo de los *productos*².

2. Significado, en este caso, de la expresión «responsabilidad civil»

También suscita reflexiones previas, con marcado contenido *de fondo* (es decir, mucho más allá de lo que serían simples objetivos de circunscribir el objeto de mi intervención), la circunstancia de que su título hable de *responsabilidad civil*.

El adjetivo *civil* puede ser interpretado de dos maneras.

Una primera, que es la que me parece que está en el ánimo de la organización de estas Jornadas, es la de dejar sentado que hablamos de responsabilidad del suministrador *en el plano civil*, como forma de excluir otro orden de responsabilidades; señaladamente, la penal.

Pero existe una segunda interpretación, de la que voy a ocuparme ya aquí porque toca a uno de los más vidriosos problemas de la responsabilidad del suministrador.

Me refiero a la posibilidad de entender que la expresión *responsabilidad civil* se utiliza en el título de la ponencia como equivalente a *responsabilidad extracontractual*. Lo que significaría dejar fuera el ámbito de la que, como distinta, llamamos *responsabilidad contractual*³.

Lo que acabo de decir es sólo una excusa, porque, en primer lugar, parece claro que la rúbrica de mi ponencia quiere referirse a *toda responsabilidad en el plano civil*, no sólo a la que tradicionalmente conocemos como *responsabilidad civil*, esto es, la *extracontractual*.

² Es ese artículo 27 el más significativo en este aspecto terminológico que me ocupa, porque aunque también el artículo 11.2 utiliza la palabra *suministrador*, el conjunto de la norma lleva inequívocamente al sector de los *productos*. Lo mismo sucede en la disposición adicional primera, introducida por la Ley de 13 de abril de 1998, sobre condiciones generales de la contratación; en ella, número 25, la palabra *suministrador* sugiere también, creo que sin lugar a dudas, la idea de quien provee de *productos* (obsérvese que se habla de «obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador»).

³ Subyace a esta cuestión la de si, como hace autorizada doctrina, puede hablarse de una *responsabilidad civil contractual*. No es momento de entrar en este extremo, pero tengo mis reservas respecto a esa denominación.

En segundo término, es justamente en relación con la responsabilidad del *suministrador* donde con más claridad se aprecian las *fragilidades* de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.

No puede olvidarse que en la raíz de las modernas (y de las que no lo son tanto) tendencias doctrinales, legislativas y jurisprudenciales sobre la *responsabilidad por productos y servicios*, sobre todo en la de productos, se encuentra el peliagudo problema de cómo articular la responsabilidad, y qué tipo de responsabilidad, en el caso de que el daño se hubiese sufrido por quien no fue parte en el contrato con el *primer suministrador*, esto es, el fabricante.

No está de más recordar que fue en este terreno en el que, primero en Estados Unidos, y luego en Inglaterra, se arbitraron por la jurisprudencia soluciones encaminadas a una mayor protección de los consumidores. Aparentemente encorsetados los juristas por ciertos dogmas clásicos, como el de la *privity of contract* (el principio de relatividad de los contratos en el Derecho continental europeo, artículo 1.257 de nuestro Código civil), diversas formulaciones más o menos ingeniosas (pero un tanto forzadas, como la del *collateral contract* o la de la *extended vertical privity*) condujeron a resoluciones judiciales por cuya virtud era condenado el fabricante aunque no hubiese mantenido relación contractual con el cliente, consumidor o destinatario final. Se trataba de poder imputar responsabilidad tanto a los fabricantes como a todos los participantes en las operaciones ulteriores de venta, incluyendo a los intermediarios intervinientes en el proceso de distribución.

Se recordará que la «falacia» de la *privity of contract* fue rechazada en Inglaterra en 1932 en el famoso caso *Donoghue v. Stevenson* (en una botella de cerveza se encontraron restos descompuestos de un caracol). Se admitió que la demandante pudiese reclamar al fabricante de la cerveza en base al *tort of negligence* por daño personal y *shock*, aunque aquélla no había contratado con éste.

Parecido problema se encuentra cuando hablamos de la responsabilidad del *suministrador final*.

No está de más recordar que, en la doctrina francesa, y tratando de ilustrar las incongruencias a las que puede conducir la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, la maestra VINEY proponía ejemplos, extraídos de la jurisprudencia de su país, como los por ella llamados el de la «botella que explota», el del «resbalón en el suelo» y el de las «sorpresa que reserva la entrada en una estación». Al referirse al primero, VINEY aludía al caso de la explosión de una botella en un supermercado; si daña a un cliente que pasaba por allí, la res-

ponsabilidad del comerciante es extracontractual; pero si la botella explota en las manos de un cliente que la ha tomado de las estanterías con intención de comprarla, la responsabilidad del propietario del supermercado se plantea sobre la base de una *obligación contractual de seguridad*⁴.

En nuestro Derecho, dos circunstancias han venido a ahondar una de ellas, y la otra a difuminar, el significado de las dos formas de responsabilidad (ambas *civiles* en el sentido más amplio del adjetivo) que nos ocupan.

De un lado, en el primer sentido, la persistente doctrina jurisprudencial de que para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la extracontractual no es bastante que haya un contrato entre las partes, sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca *dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial*, pues si se trata de negligencia extraña a *lo que constituye propiamente materia del contrato*, desplegará sus efectos propios la responsabilidad aquiliana.

Pero por otra parte, en sentido contrario, la también doctrina jurisprudencial de la llamada *unidad de la culpa civil* viene a «disolver» muchas de las consecuencias prácticas de la distinción entre contractual y extracontractual, ofreciendo al perjudicado, en principio, un generoso abanico de posibilidades de reclamación.

Pero, por ahora, basta formular estas consideraciones, sobre las que volveré en parte al ocuparme, por separado, del *suministrador* de productos y del que lo es de servicios.

⁴ No es necesario insistir en el quebradero de cabeza que resulta del intento de establecer una «frontera exacta» entre las dos formas de responsabilidad que nos ocupan. Opino que la distinción tiene fundamento, siendo sus dos términos (contractual y extracontractual) algo más que categorías meramente conceptuales, de exclusivo valor académico, e incluso diríase pedagógico. No obstante, como señalo en el texto, es evidente que razonar con esos dos términos como si fueran compartimentos estancos puede conducir a desenlaces poco lógicos e incluso absurdos. Me viene a la mente el jocoso comentario que, también en Francia, hizo ESMEIN del caso llamado «caída en una escalera». Según si la víctima es un arrendatario o un extraño, la responsabilidad del propietario se califica como contractual o delictual. Las posibilidades de indemnización de la víctima pueden ser radicalmente diferentes, en atención a la llamada «obligación contractual de seguridad» que corresponde al arrendador respecto al arrendatario. Creo —decía el autor— que es inaceptable hacer responsable al propietario de forma diferente en relación con el arrendatario que en lo que se refiere a terceros que se caen en la escalera; aquél debe mantenerla en buen estado para con todos los que están en condiciones de utilizarla. Decía ESMEIN *que dudaba de una doctrina jurídica que él no pudiera hacer entender a los justiciables*. Palabras estas últimas, por cierto, que creo que tendrían que ser *regla de oro* del jurista en todo caso.

3. *Suministrador, en general, y «suministrador final»*

Una tercera cuestión se impone.

Esta ponencia se refiere a responsabilidad del *suministrador*. Pero es necesario, sobre todo si lo es de productos, definir de qué *suministrador* hablamos.

En efecto, si, como de ordinario ocurre, el producto elaborado por el fabricante es objeto de una «cadena» de *distribución*, es menester determinar si hablamos de *todo suministrador* (a grandes rasgos, y para simplificar, el fabricante mismo, el mayorista o comercializador y el que «distribuye» el producto en el último eslabón de la cadena, esto es, el llamado *suministrador final*⁵); o si, por el contrario, nos referimos sólo al *último suministrador* o *suministrador final*.

La cuestión, como veremos, no es irrelevante. Al contrario, fundamental a efectos de poner en contraste las reglas de la *Ley de consumidores y usuarios* con las de la *Ley de productos defectuosos*.

Este mismo extremo, de qué *suministrador* hablamos, lleva consigo preguntarse sobre a qué *perjudicado* nos estamos refiriendo, puesto que la responsabilidad en el orden civil presupone inexcusablemente la existencia de un daño. Es necesario, pues, determinar *quién* lo ha sufrido.

También aquí, me remito al ulterior desarrollo de esta ponencia.

4. *A qué daño nos referimos*

Por fin, y enlazando con la obvia manifestación de que la *responsabilidad civil* presupone un daño, resulta obligado plantearse la cuestión acerca de *qué daño hemos de tomar en consideración*.

Es claro por qué digo esto.

En primer lugar, hay que tener en cuenta, sobre todo en punto a *suministro de productos*, la diferencia entre daños *del producto* y *daños por el producto*, esto es, los causados como consecuencia de ser éste defectuoso.

En segundo término, y en relación con la segunda de las hipótesis que acabo de mencionar (*daños por el producto*), es inexcusable preguntarse si la responsabilidad es *por todos los daños* (se trataría del concepto omnicompreensivo del artículo 1.106 del Código civil, «daños y perjuicios» entendidos como daño emergente y lucro cesante —pérdida sufrida y ganancia dejada de obtener—, incluidos los «daños mora-

⁵ En este último caso, y aunque la precisión no tenga mayor importancia a efectos de *daños por el objeto* (como distintos de *daños en el objeto*), la fórmula contractual típica será la compraventa civil, frente al carácter de mercantil propio de las compraventas «intermedias» en la metafórica cadena.

les»); o si, por el contrario, hablamos de *algunos daños*; lo que significaría, en función de un determinado régimen legal, dejar «fuera» otros posibles daños.

Es claro que el principio de «reparación íntegra» que deriva del artículo 1.101 del Código civil para la responsabilidad contractual y del 1.902 para la extracontractual, entraña la consecuencia de que la víctima o perjudicado debe ser indemnizado en la totalidad de los daños y perjuicios que, según cada caso, sufre.

No obstante, la distinta regulación contenida en la Ley de consumidores y usuarios y en la de productos defectuosos, con el trasfondo del régimen general del Código civil (artículo 4.3), implica la necesidad de hacer en este punto los necesarios distinguos. Es lo que se hará más adelante, en relación con la doble hipótesis de responsabilidad por servicios y por productos.

II. Servicios y productos. Una distinción no siempre clara

1. Planteamiento

Por imperativo del propio título de esta ponencia, y como consecuencia del muy diferente régimen legal aplicable a una y otra hipótesis, se hace necesario desarrollar por separado el régimen de la responsabilidad *por servicios* y de la responsabilidad *por productos*⁶.

No obstante, aquí empiezan en ocasiones los problemas, porque no siempre es fácil, en presencia del caso concreto, determinar cuándo estamos en uno o en otro terreno.

Los *casos extremos* (es decir, los que a veces solemos llamar *casos fáciles*) no dan lugar a dudas: la compra de una lata de conserva, por proponer un ejemplo elemental; o, en el otro extremo, la limpieza de una prenda en una tintorería.

Pero, como decía y todos sabemos, las cosas no suelen ser tan fáciles a efectos de calificación.

En efecto, hay *productos con servicio*. Sería el caso de la máquina que el *suministrador* se obliga a instalar; o del plaguicida que el *suministrador* se obliga a aplicarlo sobre cuya aplicación queda obligado a dar instrucciones; o el de cualquier producto en el que el *suministrador* compromete un servicio de postventa.

Y, por otro lado, hay *servicios con productos*. Por citar también aquí casos de la jurisprudencia, podemos pensar en el «servicio» de tra-

⁶ Sólo nos referimos al caso del suministrador, para ser fieles al objeto de este trabajo.

tamiento capilar en el que debe aplicarse un determinado producto; o en el sanitario (en la acepción más amplia) de implantación de un dispositivo intrauterino.

2. *Lo que sugiere la Ley de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, en relación con las opiniones doctrinales al respecto*

Siguiendo la línea de la Directiva comunitaria, la Ley española de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos *se refiere sólo a los daños causados por productos defectuosos, esto es, no alcanza a los daños derivados de servicios defectuosos*. Esto contrasta con la orientación de la LCU, que en su propósito de proteger o tutelar a todo tipo de consumidores, o sea, no sólo a los que lo son en sentido estricto (de productos), sino también a quienes reciben servicios de terceros, incluye en su ámbito tanto los daños causados por productos como los resultantes de la dispensación de servicios.

No procede extenderse demasiado en las razones por las que la Directiva excluyó de su ámbito los servicios, pero sí hacer un resumen de las que la doctrina ha expuesto. En este sentido, creo que tienen sentido los siguientes argumentos: en primer lugar, una diferencia relevante entre el fabricante de bienes y el prestador de servicios radica en que el segundo está de ordinario ligado contractualmente con el receptor de la prestación: los problemas que surgen en la relación entre las partes se resuelven normalmente, al contrario de lo que ocurre en la hipótesis de responsabilidad del fabricante de bienes, en el plano contractual, donde —según opinión general— el demandante encuentra menores dificultades probatorias en comparación con las que tiene ante un fabricante «lejano», *dominus* de una actividad productiva que el perjudicado desconoce totalmente; en segundo lugar, la extrema variedad y diversidad de relaciones que pueden incluirse en la rúbrica de «prestación de servicios» no permite la creación de reglas generales en un único sentido: la responsabilidad del porteador, en el transporte, se tiñe de connotaciones objetivas totalmente impensables, por ejemplo, en la mayor parte de los casos de ejercicio de una actividad intelectual; por otro lado, la prestación de un servicio no comporta, de ordinario, los problemas de seguridad del consumidor, que tanta importancia han tenido en el nacimiento y desarrollo del concepto de responsabilidad del fabricante; por último, en numerosos supuestos de servicios destinados a la empresa, las técnicas elaboradas en función de la protección de los intereses económico-patrimoniales de los consumidores no parecen adecuadas para una correcta solución de los problemas.

Desde luego, la frontera entre «productos» y «servicios» no es siempre nítida, como se puso de relieve por especialistas de varios países en el Coloquio «*Liability for services rendered*», celebrado en Lausana los días 1 a 3 de setiembre de 1993 bajo la organización de *The International Association of Legal Sciences*. Por su parte, un «clásico» en materia de Derecho de daños (ATIYAH)⁷ señala que el hecho de que la Directiva se aplique sólo a productos, no a servicios, es explicable en términos históricos, pero a su juicio no encuentra razones fundadas. Y aún más, añade, la norma comunitaria no traza una clara distinción entre productos y servicios, porque las reclamaciones basadas en que los productos son defectuosos constituyen, en el fondo, reclamaciones cuyo origen está en que alguien ha llevado a cabo un servicio (diseñar el objeto, supervisarlos, etc.) de forma incorrecta.

Un problema de particular importancia, derivado de la diferencia —tan difusa— entre producto y servicio se plantea en el caso en que en la prestación de este último se causa un daño como consecuencia de un producto utilizado en el curso de la misma.

También se suscita esta cuestión a la luz de ejemplos extraídos de la jurisprudencia norteamericana: instrumentos usados durante una intervención quirúrgica, como el caso de una crema antibacteriana altamente inflamable (sin que el fabricante se hubiese cuidado de advertirlo en las instrucciones) que, derramada sobre el cuerpo de la paciente antes de la operación, da lugar a un fuego al entrar en contacto con otros elementos; instrumento quirúrgico de alta precisión, pero fabricado incorrectamente, que, empleado durante una operación de columna vertebral, causa daños graves e irreversibles al paciente; inyección de un anestésico con rotura de la aguja de la jeringa, que queda clavada en la boca del enfermo. En tales casos, se ha tratado de obtener la indemnización directamente del prestador de servicios, invocándose la responsabilidad objetiva (*strict liability*) por defecto del producto, de forma similar a la de la responsabilidad del fabricante.

Se advierte que en esos casos se daba por supuesta la responsabilidad del fabricante o, al menos, la posibilidad de citarlo a juicio, pero a la vez se planteaba la pregunta de si podía considerarse que el fabricante era el único responsable o, por el contrario, si esa responsabilidad podía predicarse también del prestador del servicio; dicho de otro modo, si al perjudicado le era posible actuar sólo contra este último, sin perjuicio de que a su vez el prestador del servicio pudiera dirigirse luego contra el fabricante. Y a este respecto, procede indicar que la ju-

⁷ En edición actualizada por CANE, P. (*Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*), 5.ª ed., Londres, Butterworths, 1993, pág. 89.

jurisprudencia estadounidense se ha mostrado contraria a admitir que el prestador de servicios pueda ser considerado responsable (por el concepto de *strict liability*, se entiende, no sobre la base de la culpa) por no haber comprobado el imperfecto funcionamiento del objeto; a no ser que el defecto fuera reconocible con el mero uso de la diligencia profesional. Esta tendencia sólo ha tenido la excepción del caso de responsabilidad (objetiva) del hospital, institución profesionalmente organizada para el desarrollo de servicios sanitarios y, en concreto, de operaciones quirúrgicas; se explica de este modo la adopción de un criterio de responsabilidad objetiva: al menos si se demuestra que una prueba previa del producto habría podido advertir de su defectuosidad⁸.

CLARK⁹, que hace una interesante comparación entre los criterios norteamericanos y británicos al respecto, pone de manifiesto que en los tribunales de Estados Unidos ha venido siendo objeto de enconadas discusiones la distinción entre producto y servicio en numerosos supuestos. La diferencia tiene allí también notable significado, porque los casos de responsabilidad por productos se juzgan con criterios de responsabilidad objetiva, en virtud de la sección 402A del *Restatement (Second) on Torts*. Menciona el autor las dificultades y diversidad de criterios característicos de los casos de suministro de sangre humana o productos de ella derivados, de suministro de «servicios farmacéuticos» y de suministro de «información».

En cuanto al primero de ellos, aunque hay jurisprudencia contradictoria, la tendencia es a considerar que se trata de un servicio, no de venta de un producto.

Respecto a los servicios de farmacia, también en ellos existe discrepancia, aunque la opinión dominante se inclina por entender (para excluir la responsabilidad objetiva del farmacéutico) que existe diferencia entre él y cualquier otro comerciante, ya que el primero es sobre todo un profesional; así se resolvió en el *caso Murphy v. R.R. Squibb and Sons Inc.*, del Tribunal Supremo de California¹⁰.

⁸ Se cita al respecto por los autores norteamericanos el *caso Grubb v. Albert Einstein Medical Center*, en que el Tribunal Supremo de Pennsylvania condenó al hospital con criterio de *strict liability* porque, como consecuencia de la defectuosidad de un producto, el paciente había quedado parapléjico. Se ocupa también de este problema VALSECCHI, A., *Commentario d. P.R. 24 maggio 1988, n. 224, sulla disciplina del danno causato da prodotti difettosi, in Responsabilità del produttore e nuove forme di tutela del consumatore* (a cargo de DRAETTA y VACCÀ), Milán, EGEA, 1993, págs. 143-145, que cita casos dudosos de responsabilidad de empresas que explotan negocios de lavado de prendas en su modalidad de *self service*.

⁹ CLARK, A., *Product Liability*, Londres, Sweet & Maxwell, 1989, págs. 61-65.

¹⁰ Si bien CLARK, *loc. cit.*, expresa sus dudas, por entender que cuando el farmacéutico suministra una medicina, su actividad es más de «venta» que de «asesoramiento» o «consejo».

Por lo que respecta al «suministro de información», como advierte el mismo autor, los problemas aumentan cuando se trata de una información de alta tecnología: por ejemplo, se pregunta: ¿responderán con criterios de responsabilidad objetiva los fabricantes de *software* informático como «suministradores» de un producto? En algunos casos, también en Estados Unidos, se ha adoptado el sistema de responsabilidad objetiva en casos de información «producida en masa», es decir, no realizada «a la medida del cliente»; por ejemplo, se siguió el criterio de *strict liability* en el caso *Fluor Corp. v. Jeppeson Inc.* (California, 1985), en el que un mapa de aproximación a un aeropuerto no indicaba la existencia de una colina que era el punto más elevado del lugar: prevaleció el argumento de la elaboración «masiva» de esos mapas o planos y la consideración de que al decidir si una cosa es o no un producto, deben entrar en juego razones de prudencia y en concreto la necesidad de ofrecer adecuada protección respecto a los defectos de fabricación.

Suministran también interesante información sobre esta, a veces, complicada distinción entre productos y servicios, con una rica casuística norteamericana, SPEISER *et al.*¹¹, que propugnan la exclusión, únicamente, de los «servicios profesionales»; EPSTEIN¹², para quien sólo los «meros» suministradores de servicios deben quedar fuera del marco de la *strict liability*; y DOBBS¹³, que pone de relieve la dificultad en la calificación en lo que él denomina «transacciones híbridas»¹⁴.

En nuestra doctrina, PARRA LUCAN¹⁵ se planteó esta cuestión a la luz de la LCU, aunque a estos efectos la diferencia no era significativa: casi exclusivamente en cuanto a la aplicación del capítulo VIII de dicha Ley. Y en lo que respecta a la Directiva, la autora dijo que, a su entender, si bien no será posible reclamar al amparo de la norma comunitaria por la defectuosa prestación de un servicio, sí que hay que reconocer

¹¹ SPEISER, S.M., KRAUSE, C.F., y GANS, A.W., *The American Law of Torts*, vol. 5 y vol. 6, Nueva York, Clark, Boardman, Callaghan, 1988 y 1989, respectivamente. En concreto, en vol. 6, págs. 373-386.

¹² EPSTEIN, R.A., *Cases and Materials on Torts*, 5.ª ed., s.l., Little, Brown and Company, 1990, págs. 659 ss.

¹³ DOBBS, D.D., *Torts and Compensation (Personal accountability and social responsibility for injury)*, 2.ª ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1993, págs. 698 ss.

¹⁴ Es muy característico el caso que, entre otros, cita. Fue el *pleito Newmark v. Gimbel's Inc.* (Tribunal Supremo de Nueva Jersey, 1969), en que la demandante había sufrido quemaduras durante la aplicación de un tratamiento para su cabello; un dermatólogo informó que había contraído dermatitis como consecuencia de la aplicación de una solución para una permanente. El tribunal consideró que la demandada había llevado a cabo un servicio, no la venta de un producto.

¹⁵ PARRA LUCÁN, M.A., *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, José María Bosch, 1990, págs. 347-350 y 484-485.

que la víctima de un daño producido por un bien suministrado con ocasión de la prestación de un servicio podrá reclamar sobre la base del sistema de responsabilidad contenido en la Directiva. En una obra posterior¹⁶, y refiriéndose en concreto al servicio sanitario, la autora dice: «*La víctima de un daño causado por un producto defectuoso suministrado con ocasión de la prestación de un servicio sanitario podrá optar: i) por ejercitar las acciones derivadas de la responsabilidad por productos; ii) por ejercitar las acciones derivadas de la prestación de la asistencia sanitaria; iii) por ejercitar, de forma acumulada, ambas.*»

Por su parte, ALCOVER GARAU¹⁷ considera que entran dentro del ámbito de la Directiva «los bienes suministrados a la víctima como parte de una relación de servicios».

A mi juicio, conceptualmente hay que distinguir varias hipótesis: en primer término, la de *un producto que —según sostiene el demandante— ha sido utilizado o aplicado incorrectamente, con independencia de que sea o no defectuoso*. En este caso, el perjudicado puede seguir la vía propia de la responsabilidad por servicios defectuosos, es decir, la que brinda la LCU, que por cierto llevará de ordinario a soluciones prácticas no muy diferentes de las que se alcanzarían con la Ley de responsabilidad por productos.

Puede ocurrir, segunda hipótesis, que en el juicio a que se refiere el supuesto anterior *se demuestre que la aplicación fue correcta o adecuada, pero el producto era defectuoso*. En este caso, creo que la inversión de la carga de la prueba, que es el régimen general de responsabilidad de la LCU, podría conducir a la absolución del demandado si acredita que, dadas las circunstancias del caso, no constituyó negligencia por su parte no haber conocido el carácter defectuoso del producto. A no ser, claro está, que se trate de los servicios que de acuerdo con el artículo 28 de la LCU están gobernados por un criterio de responsabilidad objetiva según la opinión dominante.

Caso distinto sería, tercera hipótesis, el de *quien se dedica habitualmente a realizar actividades, por ejemplo, de instalación o reparación, que por su propia naturaleza impliquen el deber de cuidado de conocer o verificar las características del producto que aplica*. En esta hipótesis, entiendo que el prestador del servicio puede ser considerado responsable con los criterios de la Ley de productos defectuosos por el

¹⁶ PARRA LUCÁN, M.A., «La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales» en *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por REGLERO CAMPOS, L.F., 2.ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, pág. 1347.

¹⁷ *La responsabilidad civil del fabricante*, Madrid, Civitas, 1990, pág. 67.

concepto de «suministrador» a que se refiere el artículo 4.3, en las condiciones establecidas en esta norma; es decir, cuando en el plazo de tres meses no indique al perjudicado la identidad del fabricante o de quien le hubiera suministrado a él el producto.

Lo cierto, en relación con la Ley de productos defectuosos que nos ocupa, es que el hecho de que su ámbito se reduzca a los productos hace que, por ejemplo, no entren en su órbita los daños causados por una reparación defectuosa; piénsese en la de un vehículo. Pero los daños resultantes del carácter defectuoso de una pieza utilizada en la reparación sí podrían entrar en el radio de acción de la Ley, si se probase que el resultado fue sólo consecuencia del defecto del producto, no de la reparación. Otro ejemplo sería el del cosmético que se aplica y que causa daños a la cliente; debe distinguirse entre el posible carácter defectuoso del producto aplicado y la incorrección en el uso (intensidad, duración, lugar del cuerpo) de dicho producto. También puede pensarse en la hipótesis de un producto que se instala incorrectamente, siendo así que el producto como tal no es defectuoso: armario de cuarto de baño en cuya colocación se incurre por el instalador en la censurable práctica de no cubrir adecuadamente los contactos eléctricos; aunque en algún caso también podría decirse que es consecuencia del defecto del producto, que debe salir de la fábrica de forma que sea posible una adaptación directa a la red, sin ninguna manipulación (recordamos el caso resuelto por la sentencia de 26.1.90).

Es ejemplo de lo que decimos, así mismo, el de la medicina que se dispensa en un centro sanitario, dentro de un determinado régimen horario de administración de medicamentos; no hablo necesariamente de error del médico en la prescripción, sino de equivocación en la aplicación del fármaco, que como tal no tiene nada de defectuoso. Repárese también en los problemas que puede ocasionar el supuesto de venta de un producto y asistencia técnica posterior al comprador, sea en un solo acto, sea de forma intermitente (revisión de instalaciones de butano)¹⁸.

En principio, parece que, *estando por medio un producto, el daño que del mismo deriva, como fenómeno objetivo, debe considerarse que es «consecuencia» del producto*; siendo de cargo del fabricante la prueba de que el perjuicio consistió en su defectuosa instalación o aplica-

¹⁸ VINEY, G., *Débats*, en *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, pág. 328, pone de relieve la importancia que hoy tiene el deber del fabricante de vigilancia del producto después de su entrega, advirtiendo, sin embargo, que esta obligación no puede ser sancionada más que en el terreno de la responsabilidad por culpa.

ción, si corrió a cargo de un tercero. Contra lo que opina MARKOVITS¹⁹, entiendo que en este caso no debe jugar el criterio económico de los valores respectivos del trabajo y del objeto. La dificultad, en la práctica, será la de probar que el daño es consecuencia del defecto de la pieza y no del «servicio» consistente en colocarla o acoplarla al objeto reparado.

3. Casuística de la jurisprudencia

Los casos de daños producidos por servicios en sentido estricto, esto es, sin interferencia de un «producto»²⁰, son variados. Citamos algunos extraídos de la jurisprudencia:

Los casos de defectuosa prestación por parte de agencias de viaje, como los que dieron lugar a las SSAP Alava 2.3.93 y Vizcaya 24.1.94; en ambos se trataba de frustraciones sufridas por viajeros en sus respectivos desplazamientos y en los dos la demanda fue estimada por las Audiencias respectivas.

En relación con otro tipo de servicios, puede citarse el caso del banco que paga un cheque falsificado, por no haber usado sus empleados la diligencia razonablemente exigible en el estudio del documento y en el descubrimiento de la falsedad. Esta reclamación fue resuelta por la sentencia de 1.3.94. Parecido fue el caso de la sentencia de 15.7.88, sobre transferencia bancaria incorrecta.

Otro pleito sobre servicios que producen daños: un calentador que cae al suelo al ser colocado y causa desperfectos; obsérvese que no se trata de defecto del calentador, sino de colocación defectuosa del mismo; esta reclamación fue resuelta por la SAP Burgos de 14.6.91.

También entrarían dentro de este grupo de casos otros muchos que llegan a los tribunales, aunque no habitualmente a las Audiencias y rara vez al Tribunal Supremo. Por ejemplo: daños sufridos por prendas en tintorerías y establecimientos de limpieza, daños producidos por la defectuosa reparación de automóviles, daños causados por la incorrecta aplicación de cosméticos y otros productos de belleza y daños producidos en el terreno de la asistencia sanitaria, haya o no utilización de ob-

¹⁹ MARKOVITS, I., *La Directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990, págs. 176-177.

²⁰ Hablamos de «producto» en su acepción legal y que es, además, la natural. Porque no es posible desconocer la circunstancia curiosa de que en la terminología bancaria y de seguros se habla frecuentemente de «un producto», como puede ser una modalidad de inversión, una figura de seguro, etc. Parece claro que en este caso sufrimos la influencia terminológica del modo de hablar anglosajón.

jetos en el sentido riguroso de la palabra; pongamos por caso, sueros, prótesis, etc.

Pero los ejemplos propuestos lo son, en su mayor parte, de «servicios» en sentido estricto, esto es, casos en que la *actividad prepondera notoriamente sobre los bienes, objetos o productos. Donde reviste interés la cuestión que ahora planteamos es en las hipótesis en que esa primacía no es tan patente, sobre todo porque la actividad constitutiva del servicio aparece «más remota» para el consumidor que el objeto o producto causantes del daño.*

El deslinde entre daños resultantes de un «producto» (a efectos de la LRCPD) y los acaecidos como consecuencia de indebida utilización de un producto (que en sí no es defectuoso) se aprecia con especial claridad en las numerosas sentencias en que el resultado lesivo tiene su origen (en el sentido físico) en productos pirotécnicos. Pero no procede incluir aquí estos supuestos, puesto que en ellos no existe de ordinario ninguna relación contractual «de servicios» entre el causante del perjuicio y la víctima (salvo el caso extremo de que esta última fuera la persona que contrató con la empresa pirotécnica la actividad propia del caso).

Casos en que se percibe la dificultad en la distinción entre productos y servicios son los constituidos por *daños resultantes de la reparación de objetos*; la fenomenología nos habla, sobre todo, de la reparación de vehículos de motor.

No pocas veces el daño deriva de un producto, en el sentido de que el resultado es, físicamente, consecuencia de la aplicación de una máquina, de una herramienta o de una pieza que son defectuosos; pero en circunstancias tales que el hecho de utilizar o acoplar unos u otros revela la «incorrección en el hacer» de quien lleva a cabo esas operaciones.

Sin perjuicio de que en algunas ocasiones pueda aplicarse la LRCPD (precisamente cuando entre el carácter defectuoso del producto y el daño pueda establecerse la adecuada relación de causalidad), no cabe duda de que en la mayor parte de las hipótesis procede la calificación de «servicio», por cuanto la incorrección está en el *hacer* de quien utiliza o manipula aquellos productos. Es un ejemplo de lo que decimos la SAP Córdoba 8.11.94, en que se ventilaba la posible responsabilidad de un taller de reparación de vehículos, en el que el demandante había dejado su automóvil para la colocación de bujías y circuito de refrigeración; al sacar el vehículo del taller y comenzar un viaje, se produjo el incendio de aquél, que ocasionó su total destrucción. Sin embargo, una vez superado el obstáculo de la prueba de la relación de causalidad, que la Audiencia salvó mediante el recurso a las presunciones, no hubo dificultad para la Sala en dictar sentencia estimatoria de la demanda, puesto que lo hizo en aplicación de la LCU, que como es sabido pro-

yectó en su día su protección tanto para productos como para servicios defectuosos. Dice la sentencia que «la base sustantiva de la condena se encuentra no ya en el artículo 1.902 y siguientes del Código civil, sino más concretamente en la LCU, pues queda fuera de dudas que el actor tiene la condición de tal usuario y que la prestación del demandado consistió en un servicio a los que se refiere el artículo 1.2 de dicha Ley».

Semejante fue el caso de la SAP de Girona 4.6.93, en el que habiéndose dejado para reparación una embarcación en las instalaciones de la demandada (reparación consistente en parte en la sustitución del motor), al recogerla el propietario y salir a la mar se produjo una parada de ese motor; al intentar ponerlo en marcha el hijo de la actora, se produjo su explosión e incendio. La sentencia desestima el recurso de la demandada en aplicación de la LCU, deduciendo por vía de presunciones que la causa del incendio fue la deficiente reparación del motor.

También puede considerarse un caso «fronterizo» entre responsabilidad por servicios o por productos el de la sentencia de 24.6.91. Se reclamaba una indemnización por las lesiones sufridas por el actor al romperse la pata de apoyo de un remolque. La Sala entiende que la causa estuvo en el defectuoso diseño y soldadura de aquel elemento de sustentación con que el demandado había dotado a la máquina, construyéndolo con materiales en parte usados y con deficiente soldadura, determinante de que no formara un bloque sólido.

Otro grupo de sentencias en que se observa a veces una posible confusión entre servicio y producto es el constituido por *daños acaecidos en el curso de una asistencia médica, o en general sanitaria*.

El caso de la sentencia de 16.12.87 consistió en la reclamación entablada por los padres de una niña que sufrió la ceguera de ambos ojos como consecuencia de la aplicación de determinado suero en el postoperatorio de una intervención quirúrgica; en la Audiencia se había condenado al centro sanitario y al Insalud, así como al doctor en Farmacia que había preparado el suero en cuestión. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso del profesional, por estimar que el suero había salido de manos del mismo en buenas condiciones, siendo en el marco de su aplicación donde se produjo la precipitación causante del resultado. Interesa advertir que ésta es una de las primeras sentencias del Tribunal Supremo en que la condena de la institución sanitaria se funda en «ese conjunto de posibles deficiencias asistenciales» imputables al centro, aunque no quede probada la culpa de un concreto profesional.

En la sentencia de 5.5.88 se resolvió la reclamación formulada por los herederos de un enfermo que falleció por las deficientes condiciones del material clínico sanitario y, en especial, por la de los aparatos

respiratorios empleados en los quirófanos. Habían sido demandados el cirujano, el anestesista, la supervisora e instrumentista de quirófano, el coordinador, ingeniero técnico encargado del mantenimiento, el representante legal de la sociedad que había reparado y revisado recientemente la mesa de anestesia y el Insalud. Condenado sólo este Instituto, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a su recurso de casación. Se aprecia la existencia de culpa por su parte, consistente en haber consentido la utilización de aparatos sanitarios deteriorados por el uso y sin las suficientes garantías de buen funcionamiento «en materia tan delicada para la salud de las personas».

En la sentencia de 29.6.90 se trataba de la reclamación de los daños sufridos por la actora en el curso de una intervención quirúrgica. La paciente sufrió diversas lesiones como consecuencia del incendio de una linterna que protegía el sistema de anestesia cuando el médico practicaba un acto de microcirugía con utilización de rayos láser. El Tribunal Supremo declara que la condena de la Audiencia no hizo una rigurosa y absoluta aplicación de la responsabilidad objetiva o por riesgo, sino que la acordó como consecuencia de un «actuar no plenamente diligente en el autor de la intervención», razonamiento con el que salió al paso de la alegación del médico recurrente de haberse infringido la doctrina jurisprudencial que no presume la culpa del agente en casos de responsabilidad médica. Por otro lado, no se plantea el problema del posible carácter defectuoso de aparato emisor de los rayos, sino sólo el de la culpa por la actuación del profesional.

Hay un «producto», presumiblemente defectuoso a tenor de la LRCPD, en la sentencia de 22.2.91. En la realización de las operaciones de un tratamiento de endodoncia se rompió la lima que para ello utilizaba el odontólogo demandado (que lo había sido junto con la sociedad propietaria de la clínica en que trabajaba). La Sala maneja tres hipótesis, considerando que cualquiera de ellas conduce a la condena del médico demandado: de un lado, la circunstancia de que la lima estuviese deteriorada o en mal estado de conservación por el uso reiterado de la misma («fatiga de los materiales»), en segundo término un defectuoso manejo o incorrecta utilización del instrumento por parte del facultativo y, por fin, una insuficiente anestesia de la paciente, que no le impidió experimentar dolor y dar un golpe en el brazo al médico.

4. *Los casos especiales del gas y de la electricidad*

Si me ocupo de estos concretos *productos-servicios*, es porque precisamente en ellos se plantean los más significativos problemas en punto a la distinción, como paradoja, entre *producto* y *servicio*.

Las referencias que a continuación se hacen a la Ley de productos defectuosos son sólo a efectos de determinar la *frontera* entre producto y servicio, en tanto en cuanto el primero, producto, se rige por dicha Ley, y en cambio el segundo, servicio, por la Ley de consumidores y usuarios.

a) El apartado 2 del artículo 2 de la LRCPD dice que «*se consideran productos el gas y la electricidad*». Estamos en presencia de otra «norma de definición», que puntualiza o advierte sobre el alcance del apartado 1 del mismo artículo. La Directiva estableció en su artículo 2, último inciso, que «*por “producto” se entiende también la electricidad*». Nuestra Ley amplía la definición, incluyendo también —como producto a efectos de la misma— el gas. Se observará que la Ley va más allá de la Directiva, en las palabras, al hacer mención de la electricidad y *también del gas*. Es probable que la alusión a este último «producto» fuera innecesaria, teniendo en cuenta que la expresión «bien mueble», constitutiva de la definición general del apartado 1 de este artículo, quizá bastase para dar cabida al gas, puesto que se trata de un bien corporal, susceptible de presentarse en estado sólido o en estado gaseoso.

El hecho de que se trate de una fuente de energía no añade nada a esa noción general de «bien mueble», ni tenía por qué ser restricción o limitación de lo que por esta última expresión se entiende de ordinario. Del mismo modo, en la doctrina portuguesa CALVÃO DA SILVA²¹ señala que la expresa mención de la electricidad en la Directiva no era necesaria en el Derecho de su país, porque es pacífico que se trata de una cosa material o corpórea²². De igual modo que en la misma categoría de cosa material deben ser incluidas —añade— cualesquiera otras formas de energía que sean cosas aprehensibles o perceptibles por los sentidos, *res quae tangi possunt*; por ejemplo, el gas butano, el propano, el gas natural, el vapor, etc.²³.

²¹ *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, págs. 608-609.

²² LEGNANI, A., (*Prodotti difettosi. La responsabilità per danno*, Rimini, Maggioli Editore, 1990, pág. 19) es del mismo criterio en lo que se refiere al Derecho italiano, advirtiendo que si la inclusión de la electricidad en la Directiva era una puntualización, la misma no era necesaria en aquel ordenamiento, a la luz del art. 814 CC italiano. En la *Consumer Protection Act 1987* británica (CPA) no se usa la expresión de «bienes muebles» o «muebles», sino la de «*goods*». Por eso, en ella se incluye específicamente la electricidad, para evitar cualquier duda sobre si es un «*good*» o un bien mueble.

²³ En ORGALIME (Legal Affaire Commitee), *Product Liability in Europe* (A practical guide for industry), Bruselas, s. ed., 1993, pág. 11, se advierte que aunque no expresamente mencionados en la Directiva, el gas, el agua y otros (se trata de fuentes de energía) constituyen un «producto» en la medida en que son tangibles, por lo que entran en la categoría de «bienes muebles».

De todas formas, *el principal problema que plantean estos «productos» es el consistente en determinar cuándo se trata de daños efectivamente imputables a productos o, por el contrario, a servicios.* A este extremo nos referiremos en cada uno de los dos casos.

b) Me refiero ahora al caso del gas.

Por lo que hace a este «producto», es necesario distinguir (diferencia que, sin embargo, es irrelevante a efectos de la LRCPD) entre daños causados propiamente por el gas y los debidos a defecto en los recipientes o conducciones del mismo.

No es fácil pensar en un caso de «gas defectuoso», en el sentido de que este objeto, sea en estado líquido, sea en el gaseoso, adolezca de alguna imperfección, aunque no cabe excluir la hipótesis de un gas que no se ajusta en su composición a las características que son las propias (o se tienen por tales) de ese producto, en cuanto destinado a un objetivo concreto; lo que desde luego es más verosímil (y así lo acredita la experiencia que deriva de los casos judiciales), es que el gas cause daño como consecuencia de roturas o averías de los sistemas de almacenamiento y transporte del mismo. *En esta hipótesis parece que lo adecuado es hablar de responsabilidad de quien lleva a cabo aquel almacenamiento o aquel transporte*, precisamente porque lo defectuoso es el elemento dedicado a efectuarlos. Sería el ejemplo de bombona averiada, o de tubo conductor agujereado, o de válvulas imperfectas. También es fácil de imaginar el caso en que un gas produce daño, pero no como consecuencia del mismo como producto, ni de los objetos utilizados en su almacenamiento o manipulación, sino por la actividad consistente en actuar con él; en definitiva, un caso de daños por «servicios», aunque esta expresión de «servicios» implique de ordinario la existencia de una relación contractual entre dañador y víctima.

Al igual que ocurre en el caso de la electricidad, la «experiencia» del gas como producto susceptible de causar daños por ser «defectuoso» (no por otros motivos, desde luego), es mínima. No cabe descartar en teoría que ese producto pueda ser, como tal, causante de daños subsumibles en el ámbito de nuestra Ley (por ejemplo, un gas que se suministra y cuyas características no corresponden a las que le son propias en un «estado» natural o normal de comercialización —por así decirlo—, de suerte que por ello un manipulador sufre una intoxicación), pero me parece que esa hipótesis es, a la vista de los casos de nuestra jurisprudencia, un tanto académica.

En efecto, debe advertirse que las sentencias de nuestro Tribunal Supremo en que el gas interviene como *elemento del hecho dañoso* se pueden encerrar fundamentalmente en dos grupos de casos: de un lado,

aquellos en que el «accidente» no se produce como consecuencia del estado defectuoso del gas, sino a causa de defectos propios del recipiente o conducción en los que el gas se halla o por los que circula; en estas circunstancias, es muy probable que el acontecimiento lesivo pueda entrar en el radio de acción de la LRCPD, pero no por tratarse de un daño causado por el gas, sino por ser realmente consecuencia del mal estado de otro bien mueble.

Un segundo grupo de casos sería el constituido por aquellos en que no se trata tanto ni de que el gas sea «defectuoso», ni de que lo sea el recipiente o la conducción, sino en los que lo incorrecto o inadecuado es el «servicio» constituido por el suministro del gas al usuario. En relación con esta segunda hipótesis, por cierto, cabe decir que puede tratarse, en no pocos casos, de ejemplos de esa borrosa zona fronteriza que a veces existe entre «producto» y «servicio»²⁴.

Pasamos ahora a examinar algunos casos de nuestra jurisprudencia:

La sentencia de 29.6.84 contempló un caso que acabó en condena de la empresa suministradora de gas.

La sentencia de 4.2.86 recayó en la demanda promovida por el empleado de una empresa contra ésta y dos empleados de la misma, demanda en la que el actor reclamaba la indemnización de los daños por él sufridos como consecuencia de la explosión de una máquina; la explosión se produjo porque los empleados había acoplado una botella de oxígeno en lugar de la que procedía, que tenía que ser de nitrógeno. La Audiencia condenó a los demandados al pago de una suma, recurriendo en casación el titular de la empresa; en el recurso se argumentaba que todo se había debido al error de la suministradora del gas, que había entregado oxígeno en lugar de nitrógeno. El Tribunal Supremo dice que esta circunstancia, junto con otras que contempla, «no desvanecen la

²⁴ Téngase presente que en la CPA se mencionan explícitamente, como «producto», el gas y el agua. Y además, *con la importante advertencia de que en ella se establece (s 46,1) que con esos términos se incluye la dispensación del servicio por cuya virtud se pueden obtener gas o agua para su uso*. Esta particularidad de la Ley británica podría hacer pensar que cabe la misma extensión en el caso de la Directiva y, por ello, en el de la Ley española. En efecto, dado que el supuesto de «gas defectuoso» (dígase lo mismo de la electricidad) será una verdadera rareza, movería a pensar que entran en el ámbito de nuestra Ley los casos en que el daño sea consecuencia de cualquier acontecimiento derivado del suministro de gas (o de electricidad); por ejemplo, cuando las instalaciones, propiedad del suministrador o sometidas a su control, adolecen de defectos o irregularidades que dan lugar a fugas. No me refiero a defectos del producto derivados de su fabricación (porque en este caso habría que decir que el sometido a la LRCPD es ese fabricante), sino a deficiencias en la conservación o incorrecciones en su utilización. No obstante, esta posible interpretación colisiona con el hecho de que en los casos de que hablo hay una innegable preponderancia del aspecto «servicio» frente al «producto» constituido por el gas o la electricidad.

negligencia de los empleados de la factoría, no vigilando la utilización de un producto en vez de otro». Cabe suponer que si la demanda se hubiera planteado también contra dicho suministrador, probablemente habría sido también condenado, de ser ciertas las aseveraciones del recurrente. En todo caso, es claro que no se trata de un caso de gas «defectuoso», sino de confusión entre un gas y otro.

En la sentencia de 8.11.86 se absolvió a Butano, S.A., que había sido demandada junto con otros, porque la explosión y ulterior incendio producidos en la casa de los demandantes se había producido después de que estos últimos trasladaran la dependencia de cocina a un lugar distinto del originario, sin que fuera revisada la nueva instalación por los organismos y entidades (entre ellos Butano, S.A.) que habían verificado la primitiva instalación. Por tanto, la Sala consideró que no había mediado culpa de los empleados de dicha empresa. El Tribunal Supremo argumenta que «no se está ante un supuesto en que por falta de elementos probatorios deba juzgar la presunción de culpabilidad, sino ante un caso en el que la valoración del abundante material probatorio ha llevado a los juzgadores de instancia a excluir la concurrencia del elemento subjetivo de la responsabilidad, es decir, a eliminar el requisito de la culpa».

La de 24.6.88 trató también sobre un caso de explosión de gas, pero en este caso gas metano en una mina.

Un caso de daños por incendio, consecuencia éste a su vez del mal estado de una bombona de gas, fue el resuelto por la sentencia de 26.12.88. Se produjo el incendio en la fábrica de la codemandante (la otra actora fue su compañía de seguros), entablándose la demanda contra «Butano, S.A.», contra los titulares de la empresa distribuidora del propano y contra dos empleados de esta última. La Audiencia absolvió a uno de estos empleados y condenó a los demás demandados. Interpuesto recurso de casación por Butano, S.A., el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo²⁵.

La sentencia de 21.4.89 conoció de la reclamación formulada contra Butano, S.A., entre otros, como consecuencia de los daños sufridos

²⁵ La Sala desmonta la argumentación de la recurrente encaminada a obtener su exculpación, a cuyo efecto la sentencia recuerda la jurisprudencia consolidada en punto a culpa «in eligendo» o «in vigilando» que se proyecta sobre Butano, S.A. respecto de sus distribuidores, «máxime tratándose de mercancía sumamente peligrosa y con envases de producción y mantenimiento propio y exclusivo que debe inspeccionar en sus depósitos al ser rellenos», culpa de la que «solamente podría eximirse probando que había extremado esa diligencia en tales términos que no hubiera más conclusión, por exclusión, que la producción del daño se haya debido a caso fortuito o fuerza mayor». Todo ello, en vista «de la finalidad de la protección de terceros en los irremediables avances tecnológicos de las actividades humanas que llevan aparejados tangibles peligros y riesgos».

por un edificio a causa de una explosión de gas. Estimada parcialmente la demanda por la Audiencia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Butano, S.A. La Sala desestima, entre otros, el argumento invocado por la recurrente de que en la zona de instalación del servicio no existían orificios de escape de gas; se razona por la sentencia que también aquí gravitaba sobre la recurrente la responsabilidad de lo ocurrido, puesto que su inspección no hizo notar la peligrosa inexistencia de dichos orificios.

En la sentencia de 7.6.89 se resolvió la reclamación formulada por los padres del empleado de una empresa de fontanería que a su vez trabajaba en las instalaciones de B.E., S.A. El trabajador falleció cuando al percibir señales de un escape de gas, descendió solo y sin protección alguna a un lugar de la factoría al que B.E., S.A. tenía prohibido entrar. Se produjo asfixia del trabajador, resultante de la fuga de gas nitrógeno que a su vez tenía su causa en la rotura de una conducción subterránea. El Juzgado y la Audiencia habían desestimado la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a recurso de casación de los actores.

La de 13.6.89 conoció del caso consistente en el fallecimiento de la madre de los actores y en gravísimas lesiones de su padre. Ambos efectos habían sido consecuencia de inhalaciones de un gas (bromuro de metilo) procedente de un escape de un extintor de incendios. La Audiencia había condenado a la Compañía Telefónica Nacional de España (uno de los demandados) y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a su recurso. La Sala parte de la conducta culposa de Telefónica, a la que corresponde la responsabilidad de las consecuencias que puedan derivar de la instalación y conservación de aparatos extintores de su propiedad, con invocación de la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, así como de la de la creación del riesgo. Se excluye la aplicabilidad del artículo 1.105 del Código civil (presunta apertura de la válvula de seguridad por una persona ajena a la Compañía), como «hecho nuevo». Se observará que tampoco aquí es el gas, en rigor, la causa del daño (desde luego en sentido jurídico), sino que lo fue el presumible mal estado del extintor como envase de aquel producto.

La sentencia de 2.3.90 se dictó en la demanda promovida en reclamación de los daños producidos como consecuencia de un incendio. Se había demandado a una empresa que parece ser que fue la suministradora de la bombona, a Butano, S.A. y a una compañía aseguradora. Estimada parcialmente la demanda por la Audiencia, que condenó solidariamente a las dos primeras demandadas y a la tercera hasta el límite de la cobertura del seguro, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a recurso.

Hay muchas sentencias posteriores, sobre casos similares, pero prácticamente todas siguen los mismos criterios.

c) Me refiero ahora a la electricidad.

(i) MARKOVITS²⁶ dice que si la Directiva hizo expresa mención de la electricidad fue, sin duda, porque este «producto» no es considerado como un bien, sino como una energía, en ciertos ordenamientos²⁷.

Es claro que *no entra en esta previsión normativa el supuesto de daños causados por objetos que funcionan con energía eléctrica*, dado que los mismos encontrarían cobijo en el genérico concepto de «bien mueble» (o en su caso bien mueble incorporado a un inmueble) del apartado 1 del artículo 2²⁸.

Se ha advertido, con razón, que los «casos de electricidad defectuosa» no serán muy frecuentes²⁹. Más bien habría que pensar *en supuestos en los que los perjuicios o lesiones sean debidos a defectos en la transformación o distribución de electricidad*; difícilmente podrá hablarse de defecto en la *producción* de esta energía. Esta consideración pone de relieve la obligada distinción entre productores de energía eléctrica y distribuidores de la misma. Cuando no concurren en una misma empresa ambas condiciones o cualidades, parece que debe entenderse que el «producto» consistente en electricidad es «fabricado», a efectos de LRCPD, por el empresario distribuidor, que es el que aproxima o hace llegar tal producto al consumidor o cliente. Si bien tampoco

²⁶ *La Directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990, págs. 163-164.

²⁷ Una vez promulgada la Ley española, ya no tiene sentido la advertencia que en su día hacía BERCOVITZ, R., con toda razón (*La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985*, en *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, BERCOVITZ, A. y BERCOVITZ, R., Madrid, Tecnos, 1987, pág. 273), en el sentido de que la mención de la electricidad en el artículo 2 de la Directiva no permitía extender la regla a otros suministros, entre los que citaba el gas; la inclusión de este último «producto» por parte de nuestra Ley resuelve el problema. Por otro lado, hay que señalar que la inclusión de la electricidad entre los «productos» de la Directiva ha suscitado opiniones contrarias. Por ejemplo, CAMPBELL, D. y C., *International Product Liability*, Londres, Lloyd's of London Press Ltd., 1993, pág. 14, n. 90, opinan que en relación con la electricidad se plantea el particular problema acerca del momento en que se ha puesto en circulación, ya que de ordinario no es claro; la electricidad circula a través de líneas, no se entrega por un fabricante a un vendedor y por un vendedor a un cliente como cualquier otra mercancía; la inclusión de la electricidad oscurece la definición de «materialidad» y, por otra parte, los autores de la Directiva habrían hecho mejor no incluyéndola.

²⁸ LEGNANI, *op. cit.*, pág. 19; CARNEVALI, M., Comentario al artículo 2 de la Ley italiana de transposición, en *La responsabilità per danno da prodotti difettosi* (G. ALPA y otros), Milán, Giuffrè, 1990, pág. 11.

²⁹ ORGALIME, *Product ...*, pág. 11.

cabe descartar, visto el «ámbito de protección» que establece el artículo 10, que la víctima del daño sea el distribuidor como consecuencia de actuaciones del productor de la energía, aunque parece que será un caso más raro³⁰.

Pero la gran cuestión que suscita esta norma es de nuevo la de distinguir entre producto y servicio, porque en la inmensa mayor parte de los casos, de los daños en que «interviene» la energía eléctrica, esos daños no son sino expresión del peligro que lleva consigo la electricidad, pero como consecuencia de sus conducciones, sus enlaces, su utilización para hacer funcionar determinados objetos, etc.³¹ Podría pensarse, en principio, que la norma que nos ocupa da cabida a todos aquellos casos, no infrecuentes en nuestra jurisprudencia, en que una persona sufre lesiones físicas como consecuencia del contacto con un tendido o red de distribución de energía eléctrica. Pero en hipótesis como éstas quizá quepa decir que el daño no es tanto producto de la electricidad misma (aunque sea la causante del perjuicio), cuanto de la instalación por la que discurre, defectuosamente proyectada o ejecutada. Ahora bien, lo cierto es que la consecuencia perjudicial no deriva precisamente de la electricidad, sino de que las condiciones de instalación o utilización de la misma son tales que someten al riesgo de contacto con esta energía (por ejemplo, redes a baja altura, columnas de excesivamente fácil acceso, etc.). Por ello, entiendo que aunque se produzca un daño «por efecto de la electricidad», pero siendo su causa una deficiencia en las instalaciones del suministro, aunque esa deficiencia fuese imputable al propio productor o distribuidor de la energía, existe un ingrediente de prestación *de hacer* tan importante que prevalece sobre el «producto»; de suerte que no parece justificada la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva.

De otro lado, creo que la responsabilidad objetiva del fabricante o del distribuidor de electricidad debe ser excluida en aplicación del argumento de que en estas hipótesis no «se pone en circulación» ningún producto. La «puesta en circulación», o mejor dicho el suministro, de la electricidad (respecto al usuario) es el paso de la energía a través del

³⁰ REGLERO, L.F., *Una aproximación a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, «Iniuria», núm. 3, julio-septiembre 1994, pág. 51, después de haber advertido que si bien el gas es un bien corporal susceptible de ser defectuoso, dice que lo normal es que los daños procedan de los sistemas de suministro, almacenamiento, etc.; y añade que en cuanto a la electricidad el defecto no residirá en el producto en sí, cuanto en esos sistemas por él citados.

³¹ Sobre las dificultades que entraña la distinción entre producto y servicio, referidas a la electricidad en concreto, se expresó PARRA LUCÁN, M.A., *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1990, págs. 484-487.

contador, no cualquier otra vicisitud que ulteriormente pueda suceder como consecuencia del uso de la energía eléctrica.

Por tanto, los casos de aplicación de esta regla son aquellos en que *cualquier modificación del régimen normal de suministro de la energía eléctrica cause daños*. Cabe pensar en hipótesis en que el aumento de la «potencia» de la electricidad daña un aparato que funciona con dicha energía³², si bien ha de tratarse (para que entren dentro del ámbito de esta Ley) de cosas objetivamente destinadas al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizadas principalmente por el perjudicado (artículo 10.1). Más difícil, aunque no imposible, es el caso de daños corporales derivados de ese aumento de potencia del suministro³³.

Otra hipótesis sería la de *interrupción o corte del suministro de energía*. Por ejemplo, por esa causa se paraliza el sistema refrigerador de un almacén y se pierden las mercancías depositadas en él. Caso similar sería el de corte del suministro que acarrea la interrupción de una intervención quirúrgica en un hospital, con daños al paciente. Este último supuesto obliga a introducir en la reflexión un elemento distinto, como es el de la obligación del centro sanitario de contar con un generador, previsto precisamente para estas hipótesis; si no existiera, cabría hablar de culpa o simple intervención de un tercero, circunstancia que no exime de responsabilidad al fabricante, según establece el artículo 8.

LEGNANI³⁴ opina que se crearían delicados problemas de no fácil solución en el caso de responsabilidad exclusiva o concurrente de un tercero o de culpa exclusiva (o concurrencia de su culpa) por parte de la propia víctima. Lo hace refiriéndose a precisamente al caso en que por parte de un usuario (por ejemplo, un hospital o el propietario de una instalación de ascensores) no se hubiesen utilizado los aparatos o mecanismos de seguridad exigibles o razonables para la hipótesis de una caída o interrupción de tensión. Por el contrario, CALVÃO DA SILVA³⁵ entiende que el nuevo régimen de responsabilidad no se aplica al caso de no suministro o interrupción del suministro de electricidad,

³² Ejemplo propuesto por CARNEVALI, *op. cit.*, pág. 11.

³³ VALSECCHI, *Commentario d. P.R. 24 maggio 1988, n. 224, sulla disciplina del danno causato da prodotti difettosi*, en *Responsabilità del produttore e nuove forme di tutela del consumatore* (a cargo de DRAETTA y VACCÀ), Milán, EGEA, 1993, pág. 146, recogiendo el criterio de la doctrina italiana, estima que la norma debe entenderse exclusivamente referida a aquellos casos en que el «producto-electricidad» no posee todas las características de voltaje, amperaje, etc., que son normalmente tenidas en cuenta o comprometidas por la empresa suministradora.

³⁴ *Op. cit.*, pág. 21.

³⁵ *Op. cit.*, pág. 611, n. 3.

porque en esta hipótesis no se puede hablar de producto defectuoso. Es una visión razonable, aunque pone de relieve una cierta incongruencia al aplicar un régimen más riguroso al caso de bajada o disminución de la tensión del suministro que al de interrupción total del mismo.

No obstante, insisto, en los casos de daños causados por la electricidad se plantea de nuevo la cuestión de si el daño es consecuencia de un producto defectuoso o, más bien, de un servicio defectuoso. Me inclino por esta segunda solución, puesto que lo que por el suministrador se compromete (y la otra parte espera) no es tanto una aportación de la energía como bien, sino la dotación de un servicio en el que las prestaciones de hacer superan a las de «dar» en la natural valoración de las cosas según la experiencia común.

5. *La acumulación de acciones, como posible fórmula procesal*

La dificultad en el deslinde entre producto y servicio no es una simple cuestión académica, sino que puede originar dificultades en el aspecto procesal. Me refiero en concreto a la formulación, por parte del demandante, de la fundamentación jurídica de su demanda.

Si, como puede ocurrir en ocasiones, el perjudicado opta por dirigir su reclamación contra quien le prestó el servicio causante del daño, pero siendo posible que este último fuera consecuencia no del servicio como tal, sino del defecto del producto utilizado o aplicado por aquél, y con independencia de que la responsabilidad del prestador del servicio pueda venir impuesta con la sola invocación de la LCU, *creo que es aconsejable la formulación alternativa de la pretensión*, es decir, alegar como fundamentación jurídica de la misma tanto la propia LCU como el artículo 1 de la LRCPD. Si, en la hipótesis que planteo, el perjudicado utiliza alternativamente la doble fundamentación jurídica que nos ocupa, con íntegra descripción de los hechos y de su resultado (entendiendo como tal una narración que tenga cabida en cualquiera de esas dos fundamentaciones), el órgano judicial deberá acoger la que estime pertinente y —cumplidos los demás requisitos— dictar sentencia condenatoria.

El fundamento sería el artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Sin perjuicio de las dudas que pudiera haber sobre el concepto de «causa de pedir» que utiliza ese precepto, parece evidente que «el título» es el mismo, puesto que se trata del daño sufrido por el perjudicado demandante. Sin que en este caso, a mi entender, entre en juego, a efectos de «título», la circunstancia de que se trate de una relación contractual o extracontractual respecto a uno u otro demandados, ya que en este caso la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

tual (por utilizar los términos clásicos) carece de sentido, tanto a la luz de la LCU como de la LRCPD³⁶.

Otra posibilidad es la de que, considerando el demandante que puede existir responsabilidad del prestador de servicios y también del fabricante del producto por él aplicado o utilizado, le interese entablar la reclamación contra ambos —cosa que en determinadas ocasiones puede ser muy razonable, siempre con el inconveniente de la posible desestimación de la demanda respecto a uno de ellos, con lo que eso comporta en punto a costas—, en cuyo caso entiendo que es perfectamente viable la demanda contra uno y otro; en el caso del prestador de servicios, al amparo de la LCU, y en el del fabricante con fundamento en la LRCPD. Entiendo que esa acumulación de acciones es posible al amparo del artículo 71.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil. No veo que en este caso exista la incompatibilidad a la que se refiere ese apartado 2, pero en todo caso el actor podría hacer uso de la fórmula que permite el apartado 4 del mismo artículo 71, esto es, la de expresar la acción principal y la otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada.

III. Responsabilidad del suministrador de servicios

1. Consideraciones generales

El régimen de responsabilidad por daños causados por servicios es doble en nuestro ordenamiento³⁷.

Por un lado, es de aplicación el *sistema general* de responsabilidad del Código civil. Esto es, el propio de la contractual (artículos 1.101 y concordantes) y el de la extracontractual (artículo 1.902 y sus también concordantes³⁸).

³⁶ En efecto, de las dos leyes españolas a que nos referimos en el texto puede afirmarse con verdad que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, en otro tiempo clara, se ha ido haciendo cada día más difusa. Así lo dice en la doctrina italiana SARAVALLE, A., *Responsabilità del produttore e diritto internazionale privato*, Padua, CEDAM, 1991, págs. 54 ss.

³⁷ No está de más recordar que en esta materia, a diferencia de lo que ocurre con el suministrador de productos, no existe ninguna regulación comunitaria de carácter general. Fracasó —según se dice como consecuencia de la presión de algún *lobby* profesional— la propuesta de Directiva sobre responsabilidad del prestador de servicios. En el párrafo primero del artículo 1 del proyecto, se definía como *servicio* «cualquier prestación realizada a título profesional o de servicio público, de forma independiente, a título oneroso o no, que no tenga por objeto directo y exclusivo la producción de bienes o la transferencia de derechos reales o de propiedad intelectual».

³⁸ Entre estos últimos, según la jurisprudencia, también los artículos 1.103 a 1.107, a pesar de su emplazamiento sistemático en sede de responsabilidad contractual.

De otra parte, el régimen *especial* de la Ley de consumidores y usuarios.

Podría pensarse que, a su vez, existen otros regímenes, por así decirlo, *más especiales*, como los que formulan reglas de «responsabilidad» en relación con determinadas actividades concretas, calificables como de *servicios*. Pero dudo de que en esos casos estemos en presencia de un auténtico *régimen de responsabilidad* distinto del general del Código civil o del verdaderamente *especial* de la Ley de consumidores y usuarios.

Voy a proponer dos ejemplos muy recientes.

La Ley de 12 de julio de 2002 sobre servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico contiene, en sus artículos 13 a 17, un denominado *régimen de responsabilidad*. Así se rubrica la sección de la que dichos artículos forman parte.

En los sucesivos preceptos se alude a la responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información (13), de los operadores de redes y proveedores de acceso (14), de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (15), de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (16) y de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (17).

En la Ley de 20 de diciembre de 2003, de normas reguladoras de firma electrónica, el artículo 22 versa sobre «responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación» y el 23 sobre limitaciones de responsabilidad de dichos prestadores de servicios. Todo ello, en un capítulo rubricado con la palabra «responsabilidad».

Los ejemplos que acabo de proponer no son, a mi juicio, en modo alguno, constitutivos de verdaderos *regímenes de responsabilidad*. Para que pueda hablarse de esto último, es necesario, a mi entender, que una determinada regulación legal establezca, respecto al régimen general naturalmente aplicable, o bien un criterio de imputación específico, o bien una definición, igualmente específica, del daño resarcible.

Lo que en los citados preceptos se contiene no es sino un conjunto de reglas encaminadas a concretar o precisar *reglas de actuación* de los profesionales a los que los propios preceptos se refieren, esto es, los de los servicios de la sociedad de la información y los de los prestadores de servicios de certificación en la firma electrónica.

Bien podría decirse, a mi entender, que esas mal llamadas *reglas de responsabilidad* no son sino una especie de «codificación» de la *lex artis* propia de los respectivos profesionales o prestadores de servicios. Lo que significa que dichas reglas no constituyen más que una *tipificación de conductas* susceptibles de utilizarse en el momento y a efectos

de determinar cuándo se ha incurrido en culpa, bien sea la propia de la responsabilidad contractual (artículo 1.101), bien la de la extracontractual (artículo 1.902).

Lo mismo puede decirse, según creo, de otras reglas de *responsabilidad* presentes en regulaciones de otros ámbitos de prestación de servicios. Por ejemplo, los de transportes, servicios financieros, auditoría, etc.³⁹.

Es excepción de lo que acabo de decir, y por eso un auténtico *régimen especial*, el del transporte aéreo, por cuanto la Ley de navegación aérea de 21 de julio de 1960 introdujo en nuestro ordenamiento un sistema de responsabilidad distinto del *común* del Código civil. No es necesario recordar el régimen de responsabilidad objetiva instaurado por sus artículos 119 y siguientes; en esto radicó la *especialidad* de la citada Ley: en instalar un criterio de atribución de responsabilidad distinto del general del Código, de carácter netamente *culpabilista*.

2. El régimen de responsabilidad del Código civil

Sentado, pues, que la responsabilidad del suministrador de servicios se somete al régimen general del Código civil y al especial de la Ley de consumidores y usuarios, corresponde examinar a grandes rasgos el alcance de uno y de otro.

a) Por lo que respecta al sistema de responsabilidad con sede en el Código civil, puede considerarse, en primer lugar (al menos así lo creo), que la palabra «servicios» debe entenderse en el sentido más amplio, que le hace equivaler a «actividad». Dicho en términos más conceptuales, cualquier obligación de las de *hacer*, no sólo las subsumibles en la categoría del llamado por nuestro Código civil arrendamiento de servicios. También tiene cabida, a mi juicio, a estos efectos, el tipo contractual que el Código llama arrendamiento de obra. El que en este último caso el obligado comprometa un *resultado* (el *opus consumatum et perfectum* del que habla el Derecho romano) no impide advertir que ese

³⁹ En todo caso, y aunque casi no sea necesario decirlo, debe tenerse en cuenta que estos supuestos regímenes *sectoriales* de responsabilidad (que no lo son) para determinados *servicios* deben distinguirse con precisión de las disposiciones legales sobre infracciones y sanciones en determinados ámbitos de actividad. Esas disposiciones sólo son una *disciplina administrativa*, circunscrita por tanto al campo de actuación de la actividad de *policía* de la Administración. Es digno de señalarse el rigor con el que en este punto se expresa el artículo 93.1 de la Ley de seguridad aérea de 7 de julio de 2003. En el se dice que «*la responsabilidad por las infracciones tipificadas en esta Ley es de naturaleza administrativa y no excluye las de otro orden a que hubiere lugar*». Similar es el caso de la Ley de auditoría. Pero son incontables los ejemplos: banca, seguros, transportes, servicios financieros, etc.

obligado (el *contratista*, en denominación genérica aunque no muy adecuada para todas las hipótesis) queda sujeto a un deber de prestación *de hacer*, perfectamente subsumible —en relación con lo que ahora nos ocupa— en la noción, más económica que jurídica, de «servicios».

La única salvedad que debe de hacerse, en el marco de la presente ponencia, es la de que, dado que en ella se habla del «suministrador», el *prestador de servicios* del que hablamos ahora es el que los desarrolla de forma habitual o profesional, esto es, no de manera ocasional y aislada.

Esta última puntualización, no obstante, no ha de ser demasiado significativa en el terreno de las *soluciones*. Ahora bien, que no sea significativa no quiere decir que sea de todo punto irrelevante. Por ejemplo, se me ocurre que la *prestación de servicios* (en el sentido más amplio de la expresión), cuando se desarrolla de forma habitual o empresarial, puede tener consecuencias jurídicas, y quizá no pequeñas a veces. Por ejemplo, en relación con: (i) toma en consideración (o no) de la *lex artis*; si con esta expresión damos nombre a un *canon de conducta* o *pauta de actuación* propios de una actividad profesional, sólo parece que deba ser utilizada cuando, en efecto, el prestador de servicios los desarrolla de manera habitual y para indiscriminados clientes; y en segundo lugar, (ii), a efectos de la eventual utilización del criterio de *integración de contrato* constituido por el «uso» a que se refiere el artículo 1.258 del Código civil; en efecto, parece que el *uso* entraña la contemplación del modo natural o normal de proceder en un sector *profesionalizado* de «servicios».

b) Normalmente, la responsabilidad del prestador de servicios, bajo el régimen del Código civil, será la de carácter contractual, por existir entre el prestador y el perjudicado una relación de ese tipo, de ordinario subsumible en las categorías legales del arrendamiento de servicios y del arrendamiento de obra. No parece tan claro que pueda serlo en la figura del mandato. Sí, en cambio, en la de la mediación.

Sin embargo, téngase presente lo que al comienzo decía sobre la doctrina jurisprudencial que reduce el régimen de la responsabilidad contractual al supuesto en el que el hecho dañoso acontezca *dentro de la rigurosa órbita de lo pactado* y como *preciso desarrollo del contenido negocial*, pues si se trata de negligencia extraña a *lo que constituye propiamente materia del contrato*, desplegará sus efectos propios la responsabilidad aquiliana.

Esta orientación jurisprudencial, en principio no tan extraña como pudiera parecer, puede a veces conducir a *soluciones* no demasiado felices. Y cuando hablo de *soluciones*, no me refiero tanto al desenlace

de un pleito en términos de lo que vagamente llamamos «justicia material», sino a argumentos jurídicos en sentido estricto, esto es, técnicos o dogmáticos.

Me permito reproducir aquí lo que hace muchos años escribí sobre la sentencia de 10 de junio de 1991.

El demandante, como consecuencia de la caída de un cable de arrastre en un telesquí, sufrió graves daños. Repárese en que se trata de un caso que casi coincide con otro de la jurisprudencia italiana, muy mencionado por la doctrina de aquel país.

La sociedad propietaria de la explotación tenía concertada una póliza que se denominaba «de seguro de responsabilidad civil general»; garantizaba «el pago de las indemnizaciones pecuniarias que, con arreglo a los artículos 1.902 y siguientes del Código civil, se viera obligada a satisfacer la entidad contratante por la responsabilidad civil extracontractual que pudiera serle imputada por los daños directos ocasionados a terceros, en sus personas o bienes, con motivo de la explotación y propiedad de las instalaciones» que al efecto se describían en el propio contrato. Repárese en que los términos de la póliza, que hemos transcrito literalmente, circunscribían su cobertura, de forma particularmente precisa, al ámbito de la responsabilidad extracontractual.

Demandadas la sociedad propietaria de las instalaciones y la aseguradora, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a las dos demandadas. La Audiencia estimó la apelación de la compañía de seguros, a la que absolvió.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación de la empresa titular de la explotación pero en cambio declaró haber lugar al del demandante, confirmando en definitiva la sentencia del Juzgado.

Se observa en el razonamiento de la Sala el objetivo de llegar a una calificación (responsabilidad extracontractual) que permitiera condenar también a la compañía aseguradora demandada. Y para ello el Tribunal hace, a mi juicio, una prestidigitación dialéctica notable. Partiendo de lo que viene siendo doctrina jurisprudencial al respecto —la que antes he citado— dice el Supremo que la culpa imputada en el caso no nace de un defectuoso cumplimiento por parte de la propietaria de las instalaciones de esquí de las obligaciones originadas en el contrato de transporte concertado con el perjudicado, sino que se trata de un accidente sobrevenido por un funcionamiento defectuoso de las instalaciones, que motivó el descarrilamiento del cable y su caída por falta de las medidas de seguridad adecuadas para evitar daños a los usuarios de ese medio de transporte. Concluyendo el Tribunal que de todo lo anterior se desprende, no obstante la existencia de una relación contractual, que el hecho causante del daño no puede incardinarse como producido den-

tro de la órbita de esa relación y como desarrollo de su contenido negocial; en consecuencia, entra en juego el artículo 1.902, definidor de la responsabilidad extracontractual.

No me parece muy defendible la tesis de que proporcionar seguridad al cliente en el transporte no sea una de las obligaciones naturales del contrato de este nombre. Dicho de otro modo, el porteador se obliga a transportar y a hacerlo bien, esto es, de suerte que el viajero no sufra daños como consecuencia de defectos del propio sistema de transporte.

Por eso, creo que es más defendible el razonamiento de la sentencia de 6 de noviembre de 2003.

La demandante había ejercitado acción de responsabilidad contractual, derivada del contrato de transporte de viajeros, contra dos entidades ferroviarias, por razón de un suceso consistente en que la demandante, que a la sazón era menor de edad, al tratar de acceder al vagón de un tren, cuando éste ya había iniciado su marcha y cerrado sus puertas, intentó cogerse a una barra de sujeción. La actora cayó y fue arrollada por el convoy, sufriendo graves heridas y secuelas.

Con independencia del problema de si la demandante había adquirido o no un billete para el viaje, extremo ahora irrelevante, la sentencia dice:

«Por otra parte, tampoco es aceptable el argumento de la primera instancia de que el luctuoso suceso cayó fuera de la órbita del contrato de transporte. No es así; en la consumación de éste, en el momento en que la viajera la comenzaba se produjo el hecho; el transporte, que comienza con la puesta a disposición del viajero del medio para producirlo, comprende el hecho del inicio o del intento del mismo, que no llegó a producirse precisamente por un hecho dañoso.

En consecuencia, la posible responsabilidad deriva del cumplimiento del contrato de transporte, se trata de responsabilidad contractual, no de la extracontractual que es más bien una obligación de reparar el daño por quien lo ha producido por un acto ilícito, sin mediar una relación obligacional previa. Cuya responsabilidad contractual no está sometida al breve plazo de prescripción anual sino al de quince años, de las acciones personales que no tienen plazo especial de prescripción. En este sentido se estima el recurso.»

La sentencia, por cierto, consideró que había existido cumplimiento defectuoso del contrato de transporte, como culpa de la compañía ferroviaria. Dice al respecto la resolución:

«El motivo debe ser estimado. No se considera la negligencia en el cumplimiento de la obligación de la entidad ferroviaria, como sujeto del contrato de transporte, consistente en una acción culposa de los

empleados o dependientes, sino en una omisión. Tal como se destaca desde la demanda, la omisión consistió en no prever mecanismos que impidan que un viajero abra las puertas de un vagón cuando el tren ya ha emprendido la marcha; el razonamiento que hacen las demandadas de que en aquella fecha —1981— la técnica no permitía tal mecanismo, carece de toda prueba; es decir, las partes demandadas, pese al reconocimiento de tal omisión, no han probado, ni intentado siquiera, que en aquella fecha no era negligente. La parte actora ha probado tal negligencia —el abrir la puerta con el convoy en marcha— y la demandada no ha probado que la misma no tiene nexos causales —la técnica no permitía otra cosa en aquel tiempo— con la entidad ferroviaria.»

c) Pero tampoco cabe descartar, aunque será menos frecuente, que la responsabilidad del *suministrador de servicios* pueda revestir carácter de extracontractual.

Puede ser ejemplo la hipótesis del auditor de cuentas, en auditorías voluntarias para cierto tipo de operaciones especificadas (pongamos por caso, una auditoría de compra), cuando un tercero o categoría de terceros —no cualquiera, desde luego— confió en el informe negligentemente elaborado por el profesional⁴⁰.

Lo que ocurre es que en esta segunda hipótesis, la de responsabilidad extracontractual, casi pierde todo su significado el hecho de que el responsable sea un *suministrador de servicios*. La propia circunstancia de que entre el dañador y el perjudicado no exista vínculo contractual priva de toda *particularidad* al hecho de que haya habido en aquél, el dañador, un comportamiento calificable como *servicio* en el plano económico. El juicio de responsabilidad girará en torno a los criterios y principios del *régimen común* de responsabilidad civil, sin que la nota del «servicio» quite ni añada nada al mismo.

3. El régimen especial de la Ley de consumidores y usuarios

a) La Ley de consumidores y usuarios pareció obedecer, a primera vista, al designio legislativo de atribuir un genuino «régimen especial» a la responsabilidad *por productos y por servicios*.

Y si digo *pareció* es porque, en realidad, y salvo la particularidad de las reglas del artículo 28, a las que luego me referiré, en todo lo de-

⁴⁰ Sobre este concreto problema escribí PANTALEÓN PRIETO, F.: *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Madrid, Civitas, 1996. Yo me ocupé de la cuestión, en un sentido más amplio, en *Responsabilidad por informar*, dentro (págs. 171 a 203) del libro colectivo *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coordinador Juan Antonio Moreno Martínez), Madrid, Dykinson, 2000.

más aquella Ley —en lo que a responsabilidad se refiere— no añadió nada nuevo, a mi juicio, a lo que ya venía siendo el *acervo jurídico* en la materia.

No es cuestión de entrar en un juicio sobre la Ley de consumidores y usuarios, sobre cuyo particular *motivo* y sobre cuya elaboración todos tenemos información suficiente. Lo único que ahora corresponde señalar es que, en su mayor parte, está constituida por un conjunto de normas dirigidas a reglamentar lo que, para evitar los prolijos términos de la Ley, llamaremos *fabricación y distribución de productos y prestación de servicios*.

En cuanto tales, esas normas, no son *reglas de responsabilidad*. Se trata de mandatos que, en su conjunto, no tienen otra finalidad ni otro alcance que el de *ordenar* las respectivas actividades económicas de productos y servicios, precisando o concretando así un «marco de deberes» a cargo de quienes fabrican o distribuyen los productos, o prestan los servicios. Se introduce de esta manera en nuestro ordenamiento, por vía normativa, un conjunto de *reglas de conducta* que, de otro modo, el intérprete (sobre todo el juzgador) tendría que extraer de la exégesis de las parcas normas (felizmente parcas, a mi juicio) que en nuestro Derecho regulan la figura del contrato, en general, o las concretas figuras contractuales mediante las que se articula en la vida económica el fenómeno de la *adquisición* de bienes y servicios.

b) Las reglas sobre responsabilidad, en sentido estricto, se encuentran en el capítulo VIII, rotulado «Garantías y responsabilidades». Y más concretamente, en sus artículos 25 a 28.

Sucede, no obstante, que las normas de los artículos 25 y 26 no constituyeron ninguna novedad en lo que de hecho ya estaba siendo, aunque en algunos extremos por obra de la jurisprudencia, parte del *acervo jurídico* al que antes me he referido.

Conviene recordar el texto de esos artículos:

«Artículo 25. *El consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente.*

Artículo 26. *Las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquéllos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad.»*

De estas reglas se desprende que el *empresario* sólo responde si en su conducta ha habido culpa. Es decir, no hay ninguna novedad respecto al principio general del artículo 1.902.

No obstante, se formula un principio de inversión de la carga de la prueba. Pero tampoco aquí cabe apreciar ninguna novedad, porque tal principio se había instalado ya hacía décadas en nuestro Derecho, por obra de una jurisprudencia que, por conocida, exime de mayores comentarios.

Debe advertirse, además, que el *régimen* de los artículos 25 y 26 puede considerarse «regresivo» (o al menos sólo aplicable al ámbito de lo *contractual*), porque en dichos preceptos sólo se contempla como víctima al consumidor y usuario, no a terceros⁴¹. Lo que no significa, desde luego, que un tercero perjudicado, no vinculado con el suministrador por una relación contractual, no pueda demandarle bajo el régimen *común* de la responsabilidad extracontractual del Código civil.

De lo anterior se desprende que el sistema de responsabilidad del prestador de servicios, según la Ley de consumidores y usuarios, no parece apartarse de los criterios de enjuiciamiento que derivarían del *régimen general* del Código civil.

Cabe preguntarse incluso si la regla del artículo 26 de la Ley es compatible con el principio jurisprudencial, formulado en principio para todas las actividades *de profesionales*⁴², pero aplicado sobre todo a los médicos, según el cual «en las actividades de los profesionales, en general, queda descartada la presunción de culpa y, por consiguiente, la inversión de la carga de la prueba». Este criterio sigue estando presente en la jurisprudencia (si bien, en el caso de reclamaciones contra médicos, mitigado por la adopción de *paliativos* como son el recurso a la «culpa virtual», a la regla *res ipsa loquitur* o al razonamiento —por cierto, y dicho sea de paso, de tan peligrosa aplicación— basado en el llamado «*resultado desproporcionado*»⁴³).

⁴¹ Parece innecesario recordar que consumidor o usuario, a efectos de esta Ley, es sólo el *destinatario final*, según definición del artículo 1.2. Quiere decir que la protección legal no alcanza a quienes profesionalmente adquieran o utilicen bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

⁴² Utilizo esta expresión (*de profesionales*) porque hablar de *actividades profesionales* puede inducir a error, por cuanto estas últimas palabras podrían predicarse de cualquiera que presta un servicio, aunque no sea el de un *profesional* en la acepción social de esta palabra.

⁴³ No me resisto a reproducir lo que, en relación con este *criterio* del «*resultado desproporcionado*», se manifestó en el voto particular emitido en la sentencia de 31 de enero de 2003. El autor de ese voto particular, con razonamiento que comparto plenamente, dijo: «*En cuanto a la doctrina jurisprudencial del “resultado desproporcionado” como elemento que justifica una inversión de la carga de la prueba desplazando sobre el médico o cirujano demandado la demostración de su propia diligencia, es necesario precisarla en sus*

c) Distinto es el caso de la responsabilidad por servicios —ya no cabe hablar de productos— susceptibles de integrarse en la previsión normativa del artículo 28 de la Ley de consumidores.

Sus dos primeros apartados rezan:

«1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario.

2. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños.»

justos términos como una técnica correctora que exige al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa de aquéllos cuando el daño sufrido no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada. De ahí que, con arreglo a esa misma doctrina, no pueda calificarse de “resultado desproporcionado” el daño indeseado o insatisfactorio pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada. Y es que, en definitiva, la responsabilidad del cirujano en virtud del art. 1902 del CC sólo puede fundarse en su culpa o negligencia: por eso habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas (TS SS 26 de noviembre de 2001 en Rec. 2245/96 y 11 de abril de 2002 en recurso núm. 3422/96), pero en cambio no lo hará de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia (TS SS 20 de marzo de 2001 en recurso núm. 567/96 y 23 de marzo de 2001 en recurso núm. 954/96); y por eso, también, responderá civilmente el cirujano que, decidiendo intervenir a un enfermo terminal, no aplique una técnica adecuada o descuide la atención en el postoperatorio, adelantando con ello la muerte del paciente o aumentando su sufrimiento antes de morir (TS S 11 de abril de 2002 en recurso núm. 3422/96). De otro modo, es decir, si se cae en un excesivo reduccionismo que minimice el elemento de la culpa embebiéndolo en el nexo causal, como igualmente podría hacerse, dando un paso más, en el de la acción u omisión, se desvaloriza esta materia hasta despojarla de lo que para nuestro Derecho civil constituye la clave del juicio de responsabilidad. Pues bien, de someter los hechos probados a las anteriores consideraciones jurídicas resulta la desestimación de los dos motivos examinados, porque si la técnica quirúrgica aplicada por el demandado fue la adecuada y no la alegada en la demanda como desfasada, si la intervención no dañó el nervio del esfínter, si la lesión muscular del esfínter externo es consustancial o inherente a la técnica quirúrgica aplicada y si, en fin, los trastornos esfínterinos no son descartables tras este tipo de intervenciones, influyendo en ellos factores incluso psicológicos, la imputación del daño al cirujano demandado como “resultado desproporcionado” equivale a hacerle responsable de un riesgo típico pese a haber probado lo correcto de su intervención; en suma, a identificar riesgo típico con resultado desproporcionado.»

En relación con estas normas, cabe decir:

Según interpretación mayoritaria, en ellas se instaura un criterio de responsabilidad objetiva. Es decir, el prestador de los servicios afectados responde, abstracción hecha de si en su proceder ha mediado o no culpa.

En segundo lugar, se ha puesto de relieve por la doctrina más solvente la imprecisión de los términos utilizados en el apartado 1 para definir los servicios sometidos a ese régimen de responsabilidad objetiva.

En tercer lugar, no faltan argumentos para sostener que, a diferencia de lo que ocurre con los artículos 25 y 26, en este 28 se está dando cobertura al daño sufrido por *cualquier perjudicado*, esto es, sea o no consumidor o usuario en los términos de la Ley (es decir, destinatario final).

En efecto, si bien al final del apartado 1 se alude al consumidor o usuario, es perfectamente sostenible —incluso con el simple criterio de interpretación gramatical— que la expresión «*hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario*» no es sino una forma o referencia más de definir, por vía descriptiva, los productos y servicios a los que el precepto quiere dotar de un régimen especial de responsabilidad.

Como es sabido, la jurisprudencia viene haciendo un abundante uso de las normas del artículo 28 en lo que a prestación de servicios se refiere. Abundante ilustración se encuentra en la no menos copiosa bibliografía sobre la Ley que ahora me ocupa.

Particular mención merece la jurisprudencia que, aunque con excepciones, extiende el principio de responsabilidad objetiva a la actividad profesional del médico⁴⁴.

En este punto, creo oportuna la cita de la sentencia de 31 de enero de 2003, que he mencionado antes a otros efectos.

En un pasaje, la Sala razona de la siguiente manera:

«A lo anterior debe sumarse la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la L 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios y que ha sido reiterada por esta Sala en unas primeras SS 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997, en la posterior de 9 de diciembre de 1998 y en la reciente de 29 de noviembre de 2002 que dice: “... demandante es consumidor (artículo 1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y ss.). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente estable-

⁴⁴ Traté sobre esta cuestión en mi obra *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Madrid, Civitas, 1999, págs. 191-231.

*cido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el servicio sanitario, entre otros. Producido y constatado el daño... se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad”.*⁴⁵

Pero discrepó de este modo de pensar el Magistrado autor de un voto particular, con cuyo contenido me muestro totalmente de acuerdo.

Decía ese voto particular:

«A) Aunque ciertamente algunas sentencias de esta Sala han aplicado el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios como fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico y hospitalario, no es menos cierto que la jurisprudencia, entendida como criterio constante y reiterado en la decisión de casos semejantes, rechaza abiertamente la responsabilidad objetiva del médico o del cirujano, esto es, su obligación de indemnizar tan sólo porque el resultado de su intervención no sea el deseado o agrave el estado del paciente, pues en la doctrina de esta Sala la prestación del médico se configura como una obligación de medios y no de resultado, salvo en los casos de medicina no curativa sino voluntaria o satisfactiva (TS SS 31 de julio de 1996, 10 de diciembre de 1996, 25 de enero de 1997, 20 de junio de 1997, 29 de mayo de 1998, 19 de junio de 1998, 12 de marzo de 1999, 18 de setiembre de 1999, 23 de octubre de 2000, 20 de noviembre de 2000, 20 de marzo de 2001, 18 de octubre de 2001, 4 de febrero de 2002 y 25 de junio de 2002, por citar únicamente dos sentencias de cada año).

B) La aplicación simultánea o acumulada de dicho precepto y del artículo 1.902 del CC es difícil de justificar, porque si la responsabilidad que aquél establece se entiende objetiva o por el resultado y la regulada por éste se funda en la culpa o negligencia, como inequívocamente dispone su texto y constantemente declara la jurisprudencia, esa aplicación acumulada equivale a sostener algo tan contradictorio como que la responsabilidad del médico es al mismo tiempo objetiva y subjetiva.

C) Por ende, es más que dudoso que la expresión “servicios sanitarios” del artículo 28 LGDCU comprenda necesariamente la prestación individual médica o quirúrgica e incluso que, de considerarla incluida, la responsabilidad del médico pueda calificarse sin más de objetiva, porque si el apartado 2 de dicho precepto, que es el que se refiere a tales “servicios”, se pone en relación con su apartado 1, como

⁴⁵ Señalo que este *recurso* a la Ley de consumidores y usuarios es «añadido» a los argumentos que inmediatamente antes había utilizado la sentencia para llegar a su fallo condenatorio. Argumentos que giraban en torno a la llamada doctrina del «resultado desproporcionado» y sobre el principio de la «facilidad probatoria». A mi juicio, acudir, como lo hace la sentencia, al artículo 28 de la Ley de consumidores y usuarios, puede ser revelador de la poca convicción de la Sala sobre los argumentos previamente esgrimidos por ella.

parece obligado, siempre quedarán por identificar adecuadamente tanto la “garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación” como los “controles de calidad”, naturalmente exigibles o reglamentariamente establecidos, que el médico o cirujano demandado hubiera desconocido en su intervención. Es más, la superposición de los dos regímenes de responsabilidad conduce inevitablemente a una consecuencia en sí misma tan indeseable e injustificable, incluso en el plano puramente práctico, de acabar midiendo por el mismo rasero al médico diligente que al negligente, al cuidadoso que al descuidado, en cuanto ambos responderían siempre y por igual de cualquier resultado no deseado de su intervención.»

IV. Responsabilidad del suministrador de productos

1. *Inaplicabilidad de la Ley de consumidores y usuarios a casos de daños causados por productos defectuosos. La disposición final primera de la Ley de productos defectuosos*

Dado que, como veremos en seguida, el suministrador de un producto puede ser responsable de acuerdo con la Ley de productos defectuosos, procede en primer término recordar que la disposición final primera de esta última Ley decretó la no aplicabilidad de la Ley de consumidores y usuarios a los supuestos sometidos a aquélla.

Dice esa disposición final:

«Los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no serán de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos incluidos en el artículo 2 de la presente Ley.»

Debo insistir en que esta observación, y todo lo que sigue en torno a ella, tiene su razón de ser en una de las dos perspectivas desde las que puede ser contemplada la responsabilidad del suministrador de productos en el momento actual; esto es, como *mero suministrador* y como empresario que desarrolla actividades distintas del *puro suministrar*. Pero sobre esta distinción, y su relieve jurídico, trataré más adelante.

2. *Esa inaplicabilidad ha sido declarada también por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La Directiva de 25 de julio de 1985 no es «de mínimos»*

Es oportuno también traer a colación la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 25 de abril de 2002 en el caso *María Victoria González Sánchez c. Medicina Asturiana S.A.*

Se dictó en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Oviedo.

El caso, tal y como lo describe la propia sentencia, había sido el siguiente:

«La Sra. González Sánchez recibió una transfusión de sangre en un establecimiento sanitario propiedad de Medicina Asturiana. La sangre utilizada por la transfusión había sido tratada por un centro de transfusiones.

La Sra. González Sánchez sostiene que, a raíz de la transfusión, resultó contagiada por el virus de la hepatitis C. Reclama a Medicina Asturiana, basándose en las disposiciones generales del Código civil español y en los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984, una indemnización por los daños causados. Medicina Asturiana niega que los mencionados artículos de la Ley 26/1984 sean aplicables, habida cuenta de la disposición final primera de la Ley 22/1994.

El juez remitente considera probado que los hechos que originaron el litigio se incluyen en el ámbito de aplicación material y temporal tanto de la Ley 26/1984 como de la Ley 22/1994.

Tras efectuar un análisis de ambos textos legales, el órgano jurisdiccional remitente llegó a la conclusión de que los derechos que los consumidores y los usuarios pueden invocar con arreglo a la Ley 26/1984 son más amplios que los que poseen los perjudicados conforme a la Ley 22/1994 y que, en consecuencia, la adaptación del Derecho interno a la Directiva efectuada por esta última Ley supuso que se redujeran los derechos de que disfrutaban los interesados en el momento de la notificación de dicha Directiva.

Por estimar que en el litigio se suscita una cuestión relativa a la interpretación del artículo 13 de la Directiva, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Oviedo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: ¿El artículo 13 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de Responsabilidad por los Daños causados por Productos Defectuosos, debe interpretarse en el sentido de que impide que, a consecuencia de la transposición de la Directiva, se limiten o restrinjan los derechos que los consumidores tuvieran reconocidos conforme a la legislación del Estado miembro?»

La sentencia, en un primer pasaje, declara:

«De lo anterior se deriva que el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para regular la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos se fija exclusivamente en la propia Directiva, por lo que, para determinar dicho margen, debe estarse al tenor, objeto y sistema de ésta.

A este respecto, procede destacar en primer lugar que, tal como se desprende de su primer considerando, la Directiva, al establecer un régimen armonizado de responsabilidad civil de los productores por los daños causados por productos defectuosos, pretende garantizar una competencia no falseada entre los operadores económicos, facilitar la libre circulación de las mercancías y evitar que existan diferentes grados de protección de los consumidores.

En segundo lugar, debe señalarse que, a diferencia, por ejemplo, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29), la Directiva no contiene ninguna disposición que autorice expresamente a los Estados miembros a adoptar o a mantener, en las materias que regula, disposiciones más estrictas para garantizar a los consumidores un grado de protección más elevado.

En tercer lugar, ha de observarse que el hecho de que la Directiva prevea ciertas excepciones o se remita en algunos aspectos al Derecho nacional no significa que, en las materias que regula, la armonización no sea completa.

En efecto, si bien los artículos 15, apartado 1, letras a) y b), y 16 de la Directiva permiten que los Estados miembros se aparten de las normas que aquélla prevé, esta posibilidad de introducir excepciones sólo es posible en algunos aspectos taxativamente enumerados y se concibe en términos estrictos. Además, tal posibilidad queda supeditada, en particular, a requisitos de evaluación, con el fin de obtener la mayor armonización a la que se refiere expresamente el penúltimo considerando de la Directiva. Como ejemplo de este sistema de armonización evolutiva cabe citar la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, por la que se modifica la Directiva 95/374 (DO L 141, p. 20), que al incluir los productos agrícolas en el ámbito de aplicación de la Directiva, suprimió la opción abierta por el artículo 15, apartado 1, letra a), de ésta.

En estas circunstancias no puede interpretarse el artículo 13 de la Directiva en el sentido de que deja a los Estados miembros la posibilidad de mantener un régimen general de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos distinto del previsto en la Directiva.

La referencia del artículo 13 de la Directiva a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual debe interpretarse en el sentido de que el régimen previsto por dicha Directiva, que, conforme a su artículo 4, permite al perjudicado solicitar una indemnización siempre que pruebe la existencia del daño, el defecto del producto y la relación de causalidad entre el defecto y el daño, no excluye la aplicación de otros regímenes de responsabilidad contractual o extracontractual que se basen en fundamentos diferentes, como la obligación de saneamiento por vicios ocultos o la culpa.»

Se advierte el alcance de estas manifestaciones, sobre todo de las contenidas en los dos últimos párrafos que se acaban de transcribir.

Por eso, poco más adelante, la sentencia vuelve a puntualizar:

«Por lo tanto, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 13 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que los derechos que los perjudicados por los daños causados por productos defectuosos tuvieran reconocidos conforme a la legislación de un Estado miembro, en virtud de un régimen general de responsabilidad que tenga el mismo fundamento que el establecido por esta Directiva, pueden verse limitados o restringidos como consecuencia de la adaptación del ordenamiento jurídico interno de dicho Estado a lo dispuesto en la mencionada Directiva.»

De ahí el fallo de la sentencia que nos ocupa, que dice:

«El artículo 13 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, debe interpretarse en el sentido de que los derechos que los perjudicados por los daños causados por productos defectuosos tuvieran reconocidos conforme a la legislación de un Estado miembro, en virtud de un régimen general de responsabilidad que tenga el mismo fundamento que el establecido por esta Directiva, pueden verse limitados o restringidos como consecuencia de la adaptación del ordenamiento jurídico interno de dicho Estado a lo dispuesto en la mencionada Directiva.»

Por lo tanto, la sentencia, poniendo fin al debate doctrinal anterior a la Ley de productos defectuosos, sienta al principio de que la Directiva no es «de mínimos», circunstancia que hace que los Estados miembros no puedan mantener normas nacionales que resulten más protectoras para los consumidores (o en su caso más beneficiosas para las fabricantes). Los Estados sólo pueden regular los aspectos expresamente previstos en la propia Directiva y dentro de sus límites⁴⁶.

Por eso, no se puede compartir en modo alguno, a mi entender, el pronunciamiento de la Sala Primera en su sentencia de 21 de febrero de 2003.

Se trataba de la demanda formulada por quien había acreditado lesiones en su ojo derecho, entre otras, como consecuencia de la explosión de una botella de cristal que contenía gaseosa. El demandante la había tomado de uno de los estantes de un supermercado el 28 de agosto de 1994. Al depositarla en la cesta estalló, produciéndole las lesiones

⁴⁶ Son, por ejemplo, los supuestos de los artículos 15.1.1 a) y b) y 16 de la Directiva.

referidas. El envase fue identificado como correspondiente a la marca comercial La Casera, habiéndose llevado a cabo el embotellado y su distribución comercial por la mercantil Carbónica Murciana.

Entablada demanda contra La Casera S.A., Carbónica Murciana y la entidad propietaria del supermercado, la Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado, que a su vez había condenado a las sociedades La Casera S.A. y Carbónica Murciana a pagar al actor la cantidad de 7.720.000 pesetas, con intereses.

Hay que hacer notar que el hecho ocurrió el 28 de agosto de 1994, poco menos de dos meses después de entrar en vigor la Ley de productos defectuosos. En efecto, su disposición final cuarta determinó que la Ley entraría en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Habiendo sido esa publicación el 7 de julio de 1994, la Ley entró en vigor, pues, el 8 de julio de 1994.

Y a su vez, debe ponerse en relación este dato con el contenido de la disposición transitoria única, en la que se dice que *«la presente Ley no será de aplicación a la responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos puestos en circulación antes de su entrada en vigor. Esta se regirá por las disposiciones vigentes en dicho momento»*.

Todas estas circunstancias justificaban la aplicabilidad de la Ley de productos defectuosos al caso enjuiciado.

El hecho es que la Sala Primera desestimó el recurso de casación interpuesto por La Casera S.A., diciendo entre otras cosas lo siguiente:

«La tercera impugnación que se integra en el motivo se refiere a la pretendida exculpación del recurrente como fabricante de la botella de gaseosa, pero sucede que, de conformidad al artículo 6 de la Ley que venimos refiriendo de 6 de julio de 1994, quedó suficientemente demostrado que la recurrente fue la fabricante efectiva de dicho producto terminado, propició su puesta en el mercado, sin que concurra presupuesto alguno que pueda llevar a la conclusión de que no resultaba defectuoso desde el mismo momento de su incorporación al tráfico. El artículo 27.1.a) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, atribuye responsabilidad directa a los fabricantes del producto, pues responden tanto de su origen, como de su identidad e idoneidad.

También ha de rechazarse la infracción que se aporta del artículo 13 del Real Decreto 212/1992, de 6 de marzo, de Etiquetado, Presentación y Publicidad de Productos Alimenticios, pues, aparte de tratarse de normativa posterior a los hechos, para nada desvirtúa ni desnaturaliza la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, aplicado al caso de autos. Ha de tenerse en cuenta que en el etiquetado de la botella figuraba la marca La Casera. Resulta decisivo el artículo 27.1.c) de la Ley 26/1984 para la Defensa de Consumidores y

Usuarios, pues cuando se trata de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro, responde la firma o razón social que figure en la etiqueta. No probó la recurrente que no fuera titular de la marca La Casera, por lo que resulta responsable (sentencia de 8 de febrero de 1995), ya que tampoco hizo prueba alguna de que hubiera concurrido incorrecta manipulación por tercero.»

Resulta muy poco feliz, a mi juicio, la cita de un artículo de la Ley de consumidores y usuarios que había dejado de ser aplicable el día mismo de la entrada en vigor de la Ley de productos defectuosos, según su disposición final primera, antes vista.

De otra parte, el Tribunal, a mi juicio, no tenía necesidad ninguna de acudir al artículo 27 de la Ley de consumidores y usuarios, visto el régimen de responsabilidad que la Ley de productos defectuosos introdujo, en relación con el fabricante, desde su entrada en vigor.

Por fin, me causa, más que sorpresa vacilación, el hecho de que la demandada condenada Carbónica Murciana no recurriera en casación, siendo así que la sentencia dice que el producto «ha sido elaborado» por La Casera, llevando a cabo Carbónica Murciana el embotellado y su distribución comercial.

De acuerdo con la Ley que nos ocupa, el responsable es sólo el fabricante, esto es, La Casera. Pero, por otra parte, me pregunto si no podía entenderse que los «fabricantes» eran dos (La Casera, del producto, y Carbónica Murciana del «conjunto» constituido por botella y contenido de gaseosa).

Lo pongo de relieve, precisamente en el tema objeto de esta ponencia, porque parece que en las funciones de Carbónica Murciana no estaba sólo la de «distribución comercial», sino también —como queda dicho— una de «fabricación».

Tampoco me parece que pueda compartirse el criterio, siquiera *obiter dictum*, de la poco posterior sentencia de 14 de julio de 2003.

En esta resolución se reclamaba a la importadora de un automóvil Toyota y a la concesionaria vendedora del mismo la indemnización de los daños personales y materiales sufridos por los actores como consecuencia del vuelco del vehículo, debido a que el eje trasero del mismo presentaba un defecto de fabricación que hacía que con su normal funcionamiento sufriera una fatiga que, a su vez, determinó un progresivo deterioro de su sección; deterioro que acabó produciendo su rotura.

Debe señalarse que el vehículo había sido comprado por los actores el 21 de marzo de 1991, esto es, antes de la entrada en vigor de la Ley de productos defectuosos, por lo que ésta no era de aplicación (me remito de nuevo a la disposición transitoria única de la Ley).

Quiere decir que la aplicable sería la Ley de consumidores y usuarios.

No obstante, a la sentencia, introduciendo un elemento de juicio innecesario y perturbador, dice en su fundamento de Derecho primero:

«La quaestio iuris se concreta a la responsabilidad derivada del daño causado por producto defectuoso. Hoy está regulada por L 22/1994, de 6 de julio; anteriormente, por la Directiva de la Unión Europea 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985 que aquélla traspuso; en España, por los artículos 25 y ss. de la L 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios. Responsabilidad que la primera de las leyes citadas califica, en la exposición de motivos, de “objetiva, aunque no absoluta, permitiendo al fabricante exonerarse de responsabilidad en los supuestos que se enumeran”; y la Directiva dice: “únicamente el criterio de la responsabilidad objetiva del productor permite resolver el problema, tan propio de una época de creciente tecnicismo como la nuestra, del justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna”; y de la ley de consumidores y usuarios, la doctrina ha calificado la responsabilidad que contempla el artículo 25, por el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios al consumidor, de relativamente objetiva y la que establece el artículo 28 para ciertos productos, entre los que se hallan los vehículos de motor, de objetiva pura. Cuya responsabilidad objetiva es mantenida explícitamente y como fundamento del fallo en la sentencia de 5 de octubre de 1999 que la apreció en un caso de daño causado por producto farmacéutico, que se contempla en el artículo 28.2. de la Ley de consumidores y usuarios junto a los vehículos de motor.»

No parece necesario extenderse demasiado para concluir que esta cita de dos leyes (entre sí «incompatibles» desde el punto de vista normativo) no fue precisamente un acierto.

3. El «sistema» de responsabilidad de la Ley de productos defectuosos

A modo de simple recordatorio, conviene retener que:

La Ley establece un sistema de responsabilidad objetiva, aunque no absoluta, permitiendo al fabricante exonerarse de responsabilidad en los supuestos que se enumeran. Así lo dice la Exposición de motivos. El principio de responsabilidad objetiva se extrae del artículo 1, en el que no hay mención alguna a un criterio de imputación por culpa. Las causas de exoneración son las del artículo 6.

Como advierte la doctrina más cualificada y reciente⁴⁷, «cabe señalar que el régimen establecido en la Directiva 85/374/CEE y en sus

⁴⁷ MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ I FELIU, J., «Veinte problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución (I)», en *Práctica Derecho de daños*, año I, número 9, págs. 6 ss.

respectivas leyes internas de transposición es de responsabilidad objetiva. La naturaleza de ese régimen no se altera por el hecho de que la propia Directiva admita ciertas causas de exoneración. Aunque puedan existir debates doctrinales sobre la relación de alguna de esas causas con una pretendida relevancia de la culpa que haría mella en el régimen de la responsabilidad objetiva, lo que resulta claro es que el causante del daño no podrá exonerarse con la prueba de haber actuado con la diligencia debida».

La responsabilidad es por daños causados por un producto defectuoso, lo que significa que los daños del propio producto no están bajo la cobertura de esta Ley (artículo 10.1). Por tanto, por volver a usar una expresión que he utilizado antes, la responsabilidad es por daños *por el producto* y no *en el producto*.

La responsabilidad a la que se refiere la Ley es porque el producto es defectuoso (en los términos del artículo 3), no porque sea *peligroso*. El concepto de «defecto» se anuda a la falta o deficiencia de la *seguridad* que cabría esperar del producto.

Son responsables los fabricantes y los importadores. Estos últimos, en los términos en que son definidos en el artículo 4.2.

También es responsable, en determinado caso, el suministrador. Pero de esto me ocupo más adelante, como es lógico.

Debe resaltarse que, en virtud de lo que manifiesta la Exposición de motivos (no el articulado), «*los sujetos protegidos son, en general, los perjudicados por el producto defectuoso, con independencia de que tengan o no la condición de consumidores en sentido estricto*». Es decir, no se sigue el criterio del «destinatario final» de la Ley de consumidores y usuarios.

El perjudicado tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos.

Los responsables del mismo daño «*por aplicación de la presente Ley*», dice el artículo 5, en importante puntualización que subrayo, lo serán solidariamente.

Según el artículo 8, «*la responsabilidad del fabricante o importador no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero*». Regla importante en la materia que me ocupa, porque es muy verosímil que la «intervención de un tercero» pueda ser la constituida por la actuación del suministrador; por ejemplo, en sus funciones de conservar o manipular el producto.

No obstante, el segundo inciso del mismo artículo 8 hace la advertencia de que «*el sujeto responsable de acuerdo con esta Ley que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño*».

De acuerdo con el artículo 9, «*la responsabilidad del fabricante o importador podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente*».

El artículo 10, bajo la rúbrica «ámbito de protección», declara en primer lugar que el régimen de responsabilidad civil previsto en la Ley comprende los supuestos de muerte y las lesiones corporales, así como los daños causados en cosas distintas del propio producto defectuoso, siempre que la cosa dañada se halle objetivamente destinada al uso o consumo privados y en tal concepto haya sido utilizada principalmente por el perjudicado.

Los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general. Téngase muy presente esta regla, que permitirá al perjudicado reclamar al fabricante o importador (y en su caso al suministrador, como luego veremos) la *totalidad* de los daños, si bien —respecto a los que no entran dentro del ámbito de la Ley— bajo la fórmula procesal de la acumulación objetiva de acciones y con fundamento en el régimen general del Código civil⁴⁸.

El artículo 12 determina que la acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en la Ley prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio.

Son ineficaces frente al perjudicado (artículo 14) las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil prevista en la Ley.

Merece especial mención, por su posible importancia a efectos del objeto de este trabajo, el artículo 15, que reza: «*Las acciones reconocidas en esta Ley no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual del fabricante, importador o de cualquier otra persona*».

4. Menciones legales de la responsabilidad del suministrador

Como no podía menos de ser, he dejado para un apartado especial las menciones que la Ley hace a la responsabilidad del suministrador.

⁴⁸ Recuérdate que la sentencia del Tribunal de Justicia de la hoy Unión Europea de 25 de abril de 2002, antes examinada, declara que el artículo 13 de la Directiva (15 de la Ley española) «*no excluye la aplicación de otros regímenes de responsabilidad contractual o extracontractual que se basen en fundamentos diferentes, como la obligación de saneamiento por vicios ocultos o la culpa*».

En primer lugar, el artículo 4.3 establece:

«3. Si el fabricante del producto no puede ser identificado, será considerado como fabricante quien hubiere suministrado o facilitado el producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del fabricante o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante.»

Por otro lado, la inexplicable (en todos los sentidos) disposición adicional única reza:

«Única. Responsabilidad del suministrador

El suministrador del producto defectuoso responderá, como si fuera el fabricante o el importador, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el suministrador podrá ejercitar la acción de repetición contra el fabricante o importador.»

5. *Las dos vertientes en las que puede manifestarse la responsabilidad del suministrador de productos, una en el marco de la Ley y otra en el del régimen general de responsabilidad del Código civil*

Dejando de lado deliberadamente la a mi juicio lamentable disposición adicional única⁴⁹, me parece que el análisis de las diversas hipótesis posibles conduce a dos grandes supuestos o grupos de supuestos.

(i) En primer lugar, el constituido por el caso que de forma muy precisa y taxativa describe el artículo 4.3. Es la hipótesis en la que (i) el fabricante del producto no puede ser identificado y (ii) el suministrador, dentro del plazo de tres meses, no indica al dañado o perjudicado la identidad del fabricante o de quien le hubiere suministrado o facilitado a él el producto. En estas circunstancias, «quien hubiere suministrado o facilitado el producto» —el suministrador, en suma— *«será considerado como fabricante»*; palabras estas últimas, en realidad constitutivas de

⁴⁹ Lamentable, en primer lugar, porque no se entiende a santo de qué su singular norma. Y en segundo término, porque la hipótesis de suministro de un producto «a sabiendas de la existencia del defecto» es, desde la perspectiva contractual, de un lado, un supuesto de dolo, entendido este concepto como vicio del consentimiento (artículo 1.269 del Código civil) que determina la anulabilidad del contrato (artículo 1.300); y de otra parte, un caso manifiesto de incumplimiento por dolo (artículo 1.101 del Código civil, en relación con el 1.102) en sede de la que denominamos responsabilidad contractual (o dicho de otro modo, lesión del derecho de crédito).

una ficción, que asignan al suministrador la misma responsabilidad que la que al fabricante incumbiría (o mejor dicho, incumbe). Esto, en cuanto al primer inciso del apartado 3.

Por lo que respecta al segundo, la hipótesis es la de que (i) el producto es importado, (ii) el producto no indica el nombre del importador, aunque sí indique el del fabricante y (iii) el suministrador, dentro del plazo de tres meses, no indica al dañado o perjudicado la identidad del importador. En estas circunstancias, el suministrador «será considerado por el fabricante», esto es, responderá como si del fabricante se tratase. Y es esto último, en cuanto al segundo inciso del mismo apartado 3 del artículo 4.

A mi juicio, la forma en que el suministrador es contemplado en estas reglas permite hacer (o mejor dicho obliga a hacer) una distinción que determina la aplicación de un régimen legal o de otro.

De acuerdo con ella, un primer caso es el del suministrador cuya actividad es exclusivamente ésta, la de suministrar (aunque parezca una tautología), siendo así que, además, de hecho no realiza actividad alguna que sea la causa —única o concurrente con un defecto de fabricación— del defecto del producto.

En esta hipótesis, el suministrador responde únicamente si se dan las circunstancias del apartado 3 del artículo 4, esto es, las de no notificar al perjudicado la identidad del fabricante (o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él el producto), en el caso de producto no importado⁵⁰; o la del importador si se trata de un producto importado.

Si esa *falta de notificación o información* al perjudicado se produce, el suministrador responderá. Pero, a mi entender, sólo lo hará en los términos de la Ley. Su responsabilidad será objetiva, existirá si el producto es defectuoso y responderá de los daños precisamente contemplados en el apartado 1 del artículo 10, no de otros. Y, en la medida en que sea imaginable, le serán de aplicación otras reglas de la Ley; por ejemplo, sobre la prueba, sobre causas de exoneración, sobre intervención de un tercero o culpa del perjudicado, sobre prescripción, etc.

Me mueve a pensar así el carácter excepcional que la Directiva comunitaria quiso dar a la responsabilidad del suministrador, patente en su detallada Exposición de motivos y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Parece evidente que si la Directiva (y en definitiva la Ley española) hubieran querido someter al *régimen de responsabilidad especial del que estamos hablando* cualquier otra conducta del suministrador, dis-

⁵⁰ Recuérdese el concepto de «importación» que resulta del apartado 2 del mismo artículo 4.

tinta de la del no indicar o comunicar la identidad del fabricante o la del importador, según los casos, ese imaginario propósito habría encontrado formulación explícita.

Esto, desde luego, sin perjuicio de que el perjudicado opte por demandar al suministrador (junto o no con el fabricante), en tanto en cuanto lo haga —en el caso del suministrador— *con amparo en el régimen general de responsabilidad del Código civil*⁵¹.

No siendo así, insisto, parece que debe concluirse en la afirmación que he sostenido.

Es también la opinión sostenida por MARTIN CASALS y SOLE I FELIU (que, por cierto, dicen con gracejo que el suministrador, echado por la puerta, se cuelga de rondón por la ventana), al manifestar:

*«...la responsabilidad del suministrador en el marco de la Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos debe considerarse excepcional. Como ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la decisión de excluir prácticamente al suministrador del sistema de responsabilidad de la Directiva forma parte del difícil equilibrio de intereses logrado por el legislador europeo y queda fuera del margen de apreciación de los estados miembros. Por eso, las reglas del artículo 4.3 de la Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y la Disposición Adicional Unica de la Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos son excepcionales y, como tales, deben ser objeto de una interpretación restrictiva por parte de los tribunales»*⁵².

⁵¹ No incompatible con la posibilidad de que al fabricante se le demande con fundamento en la Ley de productos defectuosos.

⁵² MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ I FELIU, J., «*Veinte problemas...*», cit., pág. 34. De manera muy oportuna, los autores habían dicho antes: «*Desde este punto de vista, hay que tener en cuenta que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado incorrecta la transposición francesa de la Directiva en lo relativo a los sujetos responsables, porque el artículo 1386-7 Code Civil se apartó del régimen de la Directiva y dispuso la responsabilidad del suministrador en todo caso. En opinión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, determinar quiénes son responsables conforme a la Directiva pertenece a la esfera de intereses que en su momento ponderó el legislador europeo y que, por ese motivo, excluyó del ámbito de apreciación de los Estados miembros. Así al considerar responsable al suministrador más allá del límite fijado por la Directiva, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considera que el legislador francés se excedió, ya que el legislador comunitario era el único competente “para determinar la persona a la que debe imputarse dicha responsabilidad, así como los requisitos para su atribución”.* Esa directriz fue correctamente comprendida por la ley española de transposición, cuyo artículo 4.3 de la Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos reproduce la regla del art. 2.3 Directiva y considera que el suministrador responderá sólo si “el fabricante del producto no puede ser identificado (...) a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del fabrican-

Es de la misma opinión PARRA LUCAN⁵³, cuando dice que en los casos en que el suministrador haya identificado al fabricante y, pese a ello, la demanda se haya dirigido contra el suministrador (porque el fabricante ha desaparecido, o es insolvente), deberá ser desestimada, *salvo que el consumidor base su demanda en la culpa o negligencia del vendedor* (artículos 1.101 o 1.902 del Código civil).

Participa del mismo criterio YZQUIERDO TOLSADA⁵⁴. El autor lo dice, precisamente, al comentar la ya citada sentencia de 21 de febrero de 2003. También, en el mismo lugar, al referirse a la sentencia de 10 de junio de 2002, que condenó exclusivamente a la empresa distribuidora o comercializadora en España de una golosina de fabricación italiana. Un niño de tres años falleció —parece que por asfixia— después de ingerir una de esas golosinas. Se absolvió a la demandada que regentaba el quiosco en el que el padre del niño había adquirido una bolsa.

Todo lo anterior lleva, pues, a la segunda hipótesis de las que me ocupo en este apartado.

(ii) En segundo lugar, en efecto, se hallan todos aquellos casos en los que (i) la actuación del suministrador hubiere sido *la causa* de la existencia del defecto (quiere decir, la única causa) o (ii) aquellos en que la conducta del suministrador hubiera sido *causa añadida* a la previa existencia del defecto del producto (*concausa* como solemos decir); esto es, si algún defecto existiese en la fabricación pero se incrementa por acción del suministrador.

Es decir, hablamos de dos, valga decir, subhipótesis.

a) Para la primera de ellas (el defecto no es de fabricación), el punto de partida es la circunstancia (curiosa, pero no sorprendente) de que, siendo la responsabilidad de la Ley de productos defectuosos de carácter objetivo (lo que excluye la toma en consideración del elemento *culpa* en la acción de fabricar), en cambio sí cabe la indagación sobre si en el producto fabricado —tal y como salió de manos del productor— hubo o no *defecto*.

a.1) Esta posibilidad, que en todo caso vendría impuesta por la lógica más elemental, se encuentra formulada en la Ley cuando, en el

te o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante”».

⁵³ «La responsabilidad civil por productos...», pág. 1322.

⁵⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M., «Productos defectuosos (y, frente a los daños que los mismos causan), leyes defectuosas y sentencias defectuosas», en *Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, número 7, 2003, págs. 5-23.

apartado 1 del artículo 6, se enumeran las llamadas «causas de exoneración» del fabricante.

Entre ellas está la consistente en que el fabricante o el importador prueben «*que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto*».

Quiere decir que el fabricante o el importador responden, en los términos de la Ley, salvo si prueban hechos y datos que induzcan a la *presunción*⁵⁵ de que el producto fue puesto en circulación por el fabricante sin ser defectuoso.

Habida cuenta, pues, de que el defecto puede ser «sobrevenido», una de las posibilidades (es de suponer que la más frecuente) es la de que el defecto sea consecuencia de la acción de cualquiera de los integrantes de la cadena comercializadora y, por tanto, del último de la misma, esto es, el llamado suministrador final⁵⁶.

a.2) No es cuestión de entrar en detalles acerca de las circunstancias en las que puede ocurrir que el defecto del producto sea causado *exclusivamente* por la actividad del suministrador.

La doctrina⁵⁷ se refiere a diversos supuestos. Puede tratarse de defectos de conservación, esto es, los que se producen durante la recepción o recogida de la mercancía, el almacenamiento, la exposición al público consumidor o la entrega de los productos, como consecuencia de las condiciones a las que han estado sometidos para

⁵⁵ Ahora es necesario acudir al artículo 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que, al referirse a las llamadas «presunciones judiciales», dice: «*A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.*»

⁵⁶ No cabe olvidar, sin embargo, que el defecto puede ser producido por uno de esos miembros o elementos de la cadena y el perjudicado ser otro miembro o elemento posterior; el defecto puede ser producto de la acción del mayorista y ser el minorista el perjudicado, aunque en esta hipótesis es poco probable que se den los daños objeto de cobertura por el régimen especial de la Ley que nos ocupa.

⁵⁷ Sobre todo, en la monografía de CILLERO DE CABO, P., *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, Madrid, Civitas, 2000. Esta autora articula su trabajo sobre la base de distinguir tres hipótesis de responsabilidad del suministrador final de productos. En primer lugar, la específica de la Ley de productos defectuosos, esto es, los ya examinados casos del artículo 4.3 y de la disposición adicional única. En segundo término, la responsabilidad del suministrador final por daños ocasionados por productos que adolecen de defectos que tienen su origen en el proceso de producción. Y en tercer lugar, la hipótesis en la que ahora nos encontramos, esto es, la de responsabilidad del suministrador final por daños ocasionados por productos que adolecen de defectos que tienen su origen (sólo) en el desarrollo de la propia actividad empresarial del suministrador.

mantenerlos en el mismo estado en que fueron recibidos por el suministrador final⁵⁸.

O puede tratarse de defectos de manipulación, es decir, debidos a actuaciones propias del suministrador e inherentes a la naturaleza del producto. Por ejemplo, actuaciones de montaje o ensamblaje.

Y pueden ser, en fin, defectos de información. Se trata del caso en el que la falta de seguridad del producto se debe a que el suministrador no ha proporcionado información, o lo ha hecho de forma insuficiente o incorrecta, sobre la forma de uso del producto, sus peligros, instrucciones de mantenimiento, etc. Verdad es que no será frecuente que esta circunstancia se dé sin que a la vez exista responsabilidad (también por el capítulo de información) del fabricante. Si esto ocurriera, estaríamos en una hipótesis distinta, subsumible en la siguiente «subhipótesis». Pero no es de descartar la sola responsabilidad del suministrador; imaginemos el caso en el que éste no entrega al adquirente el folleto de instrucciones de uso que el fabricante sí entregó a aquél.

En definitiva, estamos en presencia de un problema en el que, a efectos de cada caso concreto, habrá de ser tomada en consideración, en primer lugar, la naturaleza de la prestación incumbente al suministrador; lo que significa interpretar, y en su caso «integrar» el contrato de cada caso.

a.3) Como es obvio, particular relieve tienen a estos efectos las normas legales en materia de deberes de «seguridad» impuestos a determinados *protagonistas* del proceso de comercialización.

Es obligada, por eso, la cita del Real Decreto de 26 de diciembre de 2003 sobre seguridad general de los productos. Reproduzco su artículo 1:

«1. El objetivo de este real decreto es garantizar que los productos que se pongan en el mercado sean seguros.

2. Las disposiciones de este real decreto se aplicarán a todo producto destinado al consumidor, incluidos los ofrecidos o puestos a disposición de los consumidores en el marco de una prestación de servicios para que éstos los consuman, manejen o utilicen directamente o que, en condiciones razonablemente previsibles, pueda ser utilizado por el consumidor aunque no le esté destinado, que se le suministre o se ponga a su disposición, a título oneroso o gratuito, en el marco de una actividad comercial, ya sea nuevo, usado o reacondicionado.

3. No obstante lo previsto en el apartado anterior, lo dispuesto en este real decreto no se aplicará a los productos usados que se suministren como antigüedades o para ser reparados o reacondicionados antes de su utilización, siempre que el proveedor informe de ello claramente a la persona a la que suministre el producto.

⁵⁸ CILLERO DE CABO, págs. 326-328.

4. Cuando para un producto exista una normativa específica que tenga el mismo objetivo y que regule su seguridad, este real decreto sólo se aplicará con carácter supletorio a aquellos riesgos, categorías de riesgos o aspectos no regulados por dicha normativa.

5. Esta disposición se aplicará sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad por los daños ocasionados por productos defectuosos, y de las obligaciones que para los empresarios surjan de conformidad con la legislación civil y mercantil en los supuestos de retirada y recuperación de los productos de los consumidores.»

En el artículo 2, de «definiciones», se denomina *productor*, entre otros, a «los demás profesionales de la cadena de comercialización, en la medida en que sus actividades puedan afectar a las características de seguridad del producto»⁵⁹.

Por ello, es de particular interés el artículo 4, relativo a «deberes de los productores», así como el 6, sobre «otros deberes de productores y distribuidores».

Y todo esto, desde luego, sin perjuicio de la aplicación de otras normas jurídicas, como puede ser lo que en materia de seguridad de productos se dispone en la Ley de consumidores y usuarios. En particular, en lo que se refiere a la «seguridad» basada en la información, los artículos 3 y 13.

a.4) Sin embargo, lo dicho hasta ahora para la primera de las dos hipótesis suscita el reparo que a menudo deriva del planteamiento *teórico o académico* de los problemas.

Me refiero al hecho de que, vistas las cosas como ocurren en la realidad, lo normal será que, sufrido por el perjudicado un daño de los que entran dentro del ámbito de la Ley de productos defectuosos, ese perjudicado —que normalmente carecerá de elementos de juicio para conocer el *origen* del defecto— demandará al fabricante. Es de suponer que lo hará con base en la Ley de productos defectuosos para los daños cubiertos por ella; y, en su caso, con fundamento en el Código civil para los demás daños.

El fabricante demandado alega que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto, lo que significa que tuvo que ser por la acción de un tercero, eventualmente el suministrador.

Así las cosas, si la alegación del fabricante prospera, la demanda está condenada al fracaso, con lo que esto significa en punto a costas.

⁵⁹ Interesa señalar que, por el contrario, recibe el nombre de *distribuidor* «cualquier profesional de la cadena de comercialización cuya actividad no afecte a las características de seguridad de los productos».

Y al referirme a ellas, se me ocurre que la única posibilidad favorable al demandante es la de que el tribunal no las imponga al actor al amparo del último inciso del apartado 1 del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil («*que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*»). Y para que esto pueda ser apreciado por el tribunal, me parece que éste deberá tomar en consideración la conducta de las partes, sobre todo del demandante, antes de la demanda; por ejemplo, valorar los esfuerzos que el actor pudo haber hecho —antes de demandar— para conocer la *causa* del defecto, la actitud de silencio o de colaboración del fabricante ante eventuales reclamaciones del actor antes de éste demandar, etc.

Es decir, entiendo que no es imposible, ni difícil, que la sentencia absolutoria del fabricante pueda ser sin condena en costas al actor.

Problema distinto, y muy sugestivo, que me limito a plantear, es la de si tendría cabida en este caso la fórmula de la *intervención provocada* del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en su modalidad (la del apartado 2) de iniciativa por parte del demandado.

En primer lugar, está el obstáculo —muy considerable— de que esa forma de intervención provocada es «*cuando la ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso*». No encuentro ninguna norma *sustantiva* que lo permita, aunque tampoco me parecería heterodoxa una resolución judicial que lo hiciera. De hecho, conozco el caso en el que el tribunal ha dado cabida a esa intervención provocada a instancias del demandado, en un caso de responsabilidad derivada de la construcción; hipótesis en la que tampoco existe una norma *sustantiva* que «permita» al demandado hacer lo que previene el citado apartado 2 del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Lo que ocurre es que, en el caso de que esa posibilidad se diera, el tercero (suministrador) «llamado», aunque adquiriera la condición procesal de parte, no podría ser condenado, en virtud del principio de congruencia; porque el demandante no ha formulado pretensión alguna contra él.

Lo que, a su vez, plantea la interesante cuestión de si el actor podría ampliar la demanda después de que el fabricante demandado ha evacuado su contestación. En principio, la respuesta parece negativa, a la luz del artículo 401.2 de la Ley procesal, pero me parece que una interpretación lógica permitiría superar el escollo, siempre, desde luego, que se hubiese dado respuesta positiva a la cuestión anterior, esto es, la de si el fabricante puede «llamar» al tercero (insistimos en la figura del suministrador) aun no existiendo una ley que, en palabras del artículo 14, «lo permita».

Si la intervención provocada de la que acabo de hablar no tuviera cabida, es obvio que al perjudicado no le asistirá otra posibilidad que la de entablar un nuevo pleito contra el suministrador causante del defecto del producto.

b) La segunda «subhipótesis» es la de que la acción del suministrador ha «concurrido» con un previo defecto de fabricación del producto.

La posibilidad de demandar al suministrador tiene su soporte en el artículo 15 de la Ley de productos defectuosos, pero la reclamación a él tiene que fundarse en el régimen general de responsabilidad del Código civil, esto es, en la culpa.

En este caso, lo normal será que, existente el defecto del producto, el perjudicado (salvo que las circunstancias le permitan tener un cabal conocimiento de la *causa* del defecto) demande al fabricante, en tanto en cuanto le sea favorable el *régimen especial* de responsabilidad de este último según la Ley de productos defectuosos. Sin perjuicio, insisto una vez más, de que también pueda invocar el régimen de responsabilidad común del Código civil, por ejemplo para daños que no están dentro de la cobertura de la Ley de 1994.

La demanda *sólo* contra el fabricante podría tener (creo que no) su justificación en el artículo 7 de la Ley, que formula el principio de responsabilidad solidaria. Pero, desde luego, no se me oculta un reparo. Consiste en advertir que ese artículo 7 habla de responsables «por aplicación de la presente Ley». Y debe recordarse que la responsabilidad del suministrador no es *por virtud* de la Ley especial que nos ocupa, sino en aplicación del Código civil.

Lo que obligaría a acudir a la por otra parte no siempre convincente doctrina jurisprudencial sobre la solidaridad en los casos de *producción conjunta* de un daño.

Pero, por lo demás, es evidente la posibilidad, e incluso la conveniencia, de que el perjudicado opte por demandar al fabricante, al suministrador, o a ambos, bajo el régimen de responsabilidad *común* del Código civil, esto es, sobre el criterio de imputación basado en la culpa (si bien con la considerable presencia del principio de inversión de la carga de la prueba). Y esto, por permitirlo también el artículo 15 de la Ley de productos defectuosos, en el sentido que le atribuye la ya citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Salvo que el criterio de responsabilidad objetiva propio de la Ley de productos defectuosos sea *definitivamente tentador*, me parece claro que la fórmula de demandar conjuntamente a fabricante y suministrador es la más convincente. De hecho, se observa constantemente en la jurisprudencia.

Referencia bibliográfica

La reseña bibliográfica que sigue (y que no siempre se ajusta a la utilizada en el texto) tiene la finalidad de informar sobre obras en las que, de forma más o menos profunda, se alude al tema objeto de este trabajo. Me limito casi exclusivamente a *responsabilidad por productos*, pues la de *servicios* se encuentra en la conocida y copiosa bibliografía sobre la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios. Por otro lado, me ciño a las obras generales y monografías; y además, a las más recientes.

- CILLERO DE CABO, P.: *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, Madrid, Civitas, 2000.
- DE LA VEGA GARCÍA, F.: *Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1998.
- FERNÁNDEZ ROMO, M.M.: *La responsabilidad civil del producto*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.
- GÓMEZ CALERO, J.: *Los derechos de los consumidores y usuarios*, Madrid, Dykinson, 1994.
- GÓMEZ CALERO, J.: *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Madrid, Dykinson, 1996.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*, Granada, Comares, 2004.
- IZQUIERDO CARRASCO, M.: *La seguridad de los productos industriales (Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores)*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- JIMÉNEZ LIÉBANA, D.: *Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.
- LOIS CABALLÉ, A. I.: *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, Madrid, Tecnos, 1996.
- MARÍN LÓPEZ, J.J.: *Daños por productos: estado de la cuestión*, Madrid, Tecnos, 2001.
- PARRA LUCÁN, M.A.: *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, Bosch, 1990.
- PARRA LUCÁN, M.A.: «La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales» en *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por REGLERO CAMPOS, L.F., 2.ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, págs. 1267-1358.
- PRADA ALONSO, J.: *Protección del consumidor y responsabilidad civil*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998.
- REYES LÓPEZ, M.J.: *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante. Otro supuesto de responsabilidad civil especial: la del fabricante por productos defectuosos*, Valencia, Práctica de Derecho, 1998.
- REYES LÓPEZ, M.J.: *Derecho de consumo* (coordinadora), 2.ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

- RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L.: *La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, Revista General del Derecho, Valencia, 2000.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, S.: *Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, 2.ª edición, Pamplona, Aranzadi, 2002.
- RUIZ MUÑOZ, M.: *Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- SOLÉ I FELIU, J.: *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- TORRALBA MENDIOLA, E.C.: *La responsabilidad del fabricante. Aplicación de la ley extranjera y normativa comunitaria*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- VILALTA, A. E., MÉNDEZ, R.M.: *La responsabilidad extracontractual del fabricante*, Barcelona, Bosch, 2001.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*, Madrid, Reus, 1989.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, págs. 327-342.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y SU DIFERENCIACION DE OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES DE SERVICIOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Germán Barreiro González

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

*Sumario**: I. Introducción. II. Contrato de ejecución de obra. III. Contrato de sociedad. IV. Cooperativas. V. Contrato de aparcería. VI. Contrato de mandato. VII. Contrato de agencia. VIII. Contrato de arrendamiento de servicios.

I. Introducción

La indeterminación y amplitud genérica de las notas legales que definen el contrato de trabajo obligan a una tarea de concreción constante, llevada a cabo por la doctrina, y, sobre todo, por los jueces o tribunales —«el Derecho del Trabajo se desarrolla más mediante juicios que por medio de convenios colectivos o de leyes»¹—, cuya interpretación flexible o dulcificadora del requisito de dependencia ha propiciado la expansión de las fronteras del contrato laboral y, por ende, del Derecho del Trabajo.

Viniendo tasados en la ley y especificados por la doctrina y la jurisprudencia los rasgos de la relación laboral que constituye el objeto pro-

* Abreviaturas utilizadas:

AA.VV:	Autores varios
AL:	Actualidad Laboral
CC:	Código Civil
CCDT:	Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo
CEE:	Comunidad Económica Europea
DL:	Documentación Laboral
ET:	Estatuto de los Trabajadores
LAR:	Ley de Arrendamientos Rústicos
REDT:	Revista Española de Derecho del Trabajo
RL:	Relaciones Laborales
RIT:	Revista Internacional de Trabajo
RPS:	Revista de Política Social
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TS:	Tribuna Social

¹ GIUGNI, G.: «Il Diritto del Lavoro negli anni '80», en AA.VV.: *Lavoro, legge, contratti*, Bologna, 1989, pág. 301.

pio de esta rama del ordenamiento, cualquier intento de expansión del Derecho del Trabajo habrá de pasar en el futuro por la relajación o, en su caso, supresión e inexigibilidad de tales presupuestos, provocando un replanteamiento metodológico y una revisión del elemento material de la disciplina dirigido a su análisis —si dicha tendencia es considerada viable y/o conveniente— como el Derecho profesional de todas las relaciones de trabajo en sentido amplio², en especial de todos los «*contrats de dépendence*»; término en el cual quedan incorporados todos aquellos contratos en los cuales tiene lugar una dependencia económica³.

En cualquier caso, las notas citadas —entendidas de forma más o menos flexible— determinan la posibilidad de diferenciar el contrato de trabajo de cualesquiera otras formas de contratación privada de servicios (constatado cómo esto es «lo que acaece en el contrato de trabajo y que no se produce en otro tipo de negocios jurídicos, para después, realizando un razonamiento abstracto, lograr establecer la naturaleza autónoma que sirva de índice de solución para calificar las situaciones fronterizas»)⁴, pues «es el producto de la libre voluntad de las partes, que intercambian bienes mercantilmente iguales —trabajo y remuneración— en las condiciones que determina el libre juego del mercado»⁵.

Para el estudioso de la parcela social del Derecho, aparece como el modelo tipo de cooperación social inherente al proceso de producción de bienes y servicios; pero tal dato no puede ocultar cómo no todas las relaciones de cooperación cuyo objeto sea el trabajo poseen naturaleza laboral, pues «en puridad, las relaciones de trabajo, en la aceptación omnicompreensiva del término, se canalizaron... mediante diferentes instituciones»; todas ellas «receptoras de un hecho social básico y de una misma faceta de la realidad: desempeñar uno o varios cometidos por cuenta de otra persona»; en otras palabras, «trabajar por cuenta de otra persona ha sido un hecho cuya traducción jurídica se ha canalizado mediante instituciones y mecanismos diferenciados»⁶.

Por esta razón parece obligada la referencia —aunque sea somera— a las figuras contractuales afines al contrato de trabajo, dada la

² BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, vol. I, 12.^a ed., Madrid 1978-79, pág. 23.

³ VIRASSAMY, G.J.: *Les contrats de dépendance (Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique)*, París, 1986, pág. 10.

⁴ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: *El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica*, Valladolid 1996, págs. 9 y ss.

⁵ DURÁN LÓPEZ, F.: «El futuro del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 78, 1996, pág. 602.

⁶ ALEMÁN PÁEZ, F. y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: un apunte histórico romanístico*, Madrid, 1997, págs. XVII y 4.

coexistencia de éste —auténtico «Derecho de frontera»⁷— con otros tipos también destinados a proporcionar cobertura a una prestación de trabajo en régimen de alteridad; habida cuenta «la coexistencia jurídica del contrato de trabajo con una serie de contratos vecinos de perfiles difusos e inconcretos a nivel causal, originadora en la realidad de una serie de zonas de calificación jurídica dudosa»⁸.

La delimitación de estos otros contratos, civiles o mercantiles, frente al laboral ha de ser acometida investigando sus presupuestos sustantivos y averiguando cuál sea la causa de cada uno de ellos. Tal es la tarea que se acomete a continuación.

II. Contrato de ejecución de obra

Por tal cabe entender aquél en virtud del cual «una de las partes se obliga a ejecutar una obra... a la otra... por un precio cierto» (art. 1544 CC); pudiendo distinguir, a su vez, dos especies: el contrato de empresa o contrata, en el cual la obra es realizada por una organización empresarial con trabajadores propios del contratista; y el contrato de arrendamiento de obra, en el cual el contratista la realiza personalmente o todo lo más auxiliado por personas de un círculo reducido y generalmente íntimo o familiar.

De las dos modalidades señaladas, sólo la segunda —por motivos obvios— plantea problemas de afinidad con el contrato de trabajo pues, en ambos, la causa es cambiaria; no coinciden, empero, ni el objeto de las prestaciones intercambiadas, ni los presupuestos sustantivos de uno y otro contrato.

En efecto, en el de trabajo el objeto es la propia actividad, «con independencia del resultado producido por la misma», mientras que la *locatio conductio operis* descansa «sobre la nota del resultado, independientemente de la actividad necesaria para llegar a éste»⁹.

Es en la clave anterior donde procede situar la diferencia entre los tipos analizados:

⁷ ROMAGNOLI, U.: «Tecnocrazia e Diritto del Lavoro», *Politica del Diritto*, núm. 1, 1970, pág. 89.

⁸ SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F.: «Contrato de trabajo», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. I, vol. 2.º, Madrid, 1994, pág. 16.

⁹ ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, 9.ª ed., Barcelona 1985, pág. 67, o RICCI, R.: *Il lavoro privato subordinato (Il nuovo quadro di riferimento normativo. Le soluzioni giurisprudenziali)*, Turín, 1995, pág. 64.

- De un lado, en el contrato de trabajo se intercambia trabajo o actividad personal por salario; el contrato de obra sirve, en cambio, para trocar un resultado previamente comprometido —la actividad personal del ejecutor es irrelevante para el comitente— por un precio cierto.
- De otro, el trabajo del ejecutor no reúne los caracteres constitutivos de la ajenidad y la dependencia en sentido jurídico laboral (el criterio de la dependencia, aun no siendo válido para distinguir en todo caso el arrendamiento de obra y el de servicios, presenta gran interés «en la delimitación del contrato de trabajo o laboral frente al arrendamiento de obras o servicios»)¹⁰, traducido en «la imposibilidad de ejercitar los tradicionales poderes directivos y de conformación»¹¹.

Los mayores problemas de calificación surgen cuando la remuneración del trabajador es a destajo, obligando a resolver cuándo el destajista es verdadero trabajador y cuándo empresario o contratista, habida cuenta, «en su forma más pura», acusa gran semejanza con la remuneración de una *locatio conductio operis*: al «no estimar la cantidad de tiempo invertido en la realización del trabajo, parece dibujar un verdadero contrato de ejecución de obra»¹².

A este respecto, los criterios de la dependencia y retribución se alcanzan como único punto de referencia, pues:

- Por una parte, la doctrina mantiene como criterio de distinción entre el ejecutor de obra y el trabajador retribuido a destajo la incorporación de éste al círculo rector, organicista y disciplinario de la empresa, mientras aquél es el director de su propio trabajo (autoorganización).
- Por otra, en la ejecución de obra el precio o estipendio aparece siempre ajustado a un tanto alzado, como contraprestación única de un resultado final en función de su valor; en el destajo, en cambio, adquiere importancia la cantidad de trabajo, para garantizar al trabajador un salario mínimo, sin referencia a un precio global¹³.

¹⁰ SOLE RESINA, J.: *Los contratos de servicios y de ejecución de obras. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Madrid, 1997, págs. 23-24.

¹¹ FANFANI, P.: «Autonomia e subordinazione: le prestazioni di lavoro nel settore sanitario», *Il. Dir. Lav.*, núm. 1, 1988, pág. 54.

¹² BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, vol. I, cit., pág. 322.

¹³ DIÉGUEZ CUERVO, G.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 4.ª ed., Madrid 1995, págs. 35-40.

La clave para distinguir ambos supuestos viene ofrecida así por la valoración en su conjunto de las notas anteriormente apuntadas, en especial la retribución, pues si el ejecutor persigue obtener un lucro especial o ganancia aleatoria, notablemente superior a la compensación normal del trabajo dependiente (salario), no podrá existir contrato de trabajo.

III. Contrato de sociedad

Frente a la naturaleza cambiaria del contrato de trabajo —trabajador y empresario persiguen intereses contrapuestos—, la del contrato de sociedad es asociativa, al aparecer las prestaciones dirigidas a un fin común de las partes (art. 1665 CC: «la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias»); consecuencia de esta causa asociativa serán la comunidad tanto de gestión como de riesgos (positivos y negativos). Por otra parte, la igualdad entre los socios es incompatible con la subordinación jurídica o dependencia y la ajenidad (cada uno de los contratos —contrato de trabajo y contrato de sociedad— cumplen su propia función económica, las situaciones jurídicas que generan son diversas, así como su estructura y fines)¹⁴.

Con todo, la figura más proclive a la confusión, por ofrecer mayores semejanzas con el trabajador asalariado, es la de socio industrial o socio de trabajo cuya aportación social consiste sólomente en trabajo o industria.

Desde un punto de vista meramente dogmático, las posibilidades de confundir las figuras del socio industrial y del trabajador asalariado se cierran cuando éste queda a cubierto de los riesgos de la empresa, mientras que la condición de socio-trabajador comporta, invariablemente, tanto la participación en beneficios cuanto la asunción proporcional de las pérdidas¹⁵.

¹⁴ GRECO, P.: *La società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Turín, 1959, págs. 3 y ss.; RIVA SANSEVERINO, L.: «Contrato individuale di lavoro», en AA.VV. (BORSI, B. y PERGOLES, F., Dir.): *Trattato di Diritto del Lavoro*, Vol. II, 3.^a ed., Padua, 1958, págs. 98 y ss.; NAPOLETANO, D.: *Il lavoro subordinato*, Milán, 1955, pág. 164; SCOGNAMIGLIO, R.: *Diritto del Lavoro* (Parte Generale), Bari, 1972, págs. 156 y ss.; CABRERA BAZÁN, J.: «Contrato de trabajo y contrato de sociedad», *RPS*, núm. 54, 1962, págs. 79 y ss. ó VERGEZ SÁNCHEZ, M.: *El socio industrial*, Madrid, 1972, págs. 111 y ss.

¹⁵ LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1994, pág. 165.

La posibilidad de eximir al socio industrial de toda responsabilidad en las pérdidas, habilitada por el art. 1691 párrafo segundo CC, no debe ser entendida como una garantía de salario mínimo, pues en todo caso el socio, aun cuando quede exonerado de participar en desembolsos ulteriores en atención a su mayor debilidad económica, siempre arriesga, al menos, su propia aportación inicial¹⁶.

De otro lado, si bien la prestación laboral del socio industrial puede ser concebida como subordinada a los poderes directivos y disciplinarios del órgano con funciones de empresario, en realidad ésta es sólo una exigencia estructural derivada de las necesidades organizativas, dando lugar a una subordinación técnica en modo alguno equiparable a la dependencia jurídica típica del contrato de trabajo¹⁷.

En definitiva, no cabe confundir a quien «aporta su trabajo a una sociedad» con quien «presta sus trabajos en virtud de un contrato de servicios o de trabajo. Aquél lo hace en virtud de un título o estado de socio; éste lo hace por un título distinto; aquél es socio y trabajador, que es trabajador no en el sentido del Derecho del Trabajo...; éste es trabajador en este sentido»¹⁸.

IV. Cooperativas

A los efectos que en este punto importan, el fenómeno cooperativo significa la asociación de personas físicas constituida en persona jurídica dirigida a intervenir en el mercado de bienes y servicios que recibe prestación de trabajo tanto de sujetos ajenos al ente, respecto a quienes actúa como verdadero empresario laboral (el no-socio que presta servicios laborales a la cooperativa es trabajador dependiente por cuenta ajena; sujeto, por tanto, de un contrato de trabajo regulado por el ET)¹⁹, como de los asociados, surgiendo en este caso importantes dudas sobre la naturaleza jurídica de tal prestación²⁰.

¹⁶ VERGEZ SÁNCHEZ, M.: *El socio industrial*, cit., págs. 111 y ss.

¹⁷ SALA FRANCO, T.: «Datos para una caracterización material del Derecho del Trabajo», *CCDT*, núm. 0, 1974, págs. 74-75.

¹⁸ MARTÍN BLANCO, J.: *El contrato de trabajo*, Madrid, 1957, pág. 89.

¹⁹ MONTÓYA MELGAR, A.: «Sobre el socio-trabajador de las cooperativas de trabajo asociado», en AA.VV.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980, págs. 141 y ss.; ALONSO SOTO, F.: «Las relaciones laborales en las cooperativas en España», *REDT*, núm. 20, 1984, págs. 532 y ss., o PENDAS DÍAZ, B., *et alii*: *Manual de Derecho Cooperativo*, Madrid, 1987, págs. 294 y ss.

²⁰ VICENT CHULIA, F.: *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971, págs. 55 y ss.; LLUIS Y NAVAS, J.: *Derecho de Cooperativas*, T. II; Barcelo-

Un examen de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, permite concluir, en principio, el carácter no laboral tanto del socio-trabajador de las Cooperativas de Trabajo Asociado, conforme establece expresamente su art. 80.1, al calificar como societaria su relación con la cooperativa, como del socio-trabajador de las Cooperativas de Explotación Comunitaria de la Tierra (pues el art. 95.2 remite a las normas referidas a las anteriores)²¹.

No obstante, el análisis detenido de los artículos destinados por la norma a la regulación de estos sujetos muestra, de forma clara, la imposibilidad de prescindir totalmente de institutos propios del Derecho del Trabajo, dadas las innegables analogías entre ambas relaciones (período de prueba, régimen disciplinario, jornada, descansos, fiestas, vacaciones y permisos, suspensión y excedencias...).

La Ley procede así a una «cooperativización»²², a partir de cierta asimilación del socio-trabajador al socio de la sociedad capitalista, quien puede obligarse conforme a sus estatutos a realizar aportaciones de trabajo²³, sin perjuicio de reconocer, al tiempo, el fuerte paralelismo presente en la regulación de cooperativas entre el socio-trabajador y el trabajador por cuenta ajena, al gozar aquél de una posición social y económicamente equiparable²⁴.

na, 1972, pág. 433; VERGEZ SÁNCHEZ, M.: *El Derecho de las Cooperativas y su reforma*, Madrid, 1973, pág. 16; SANZ JARQUE, J.J.: *Cooperación. Teoría y práctica de las sociedades cooperativas*, Valencia, 1974, pág. 53; GIRON TENA, J.: *Derecho de Sociedades*, T. I, Madrid, 1976, pág. 96; SERRANO Y SOLDEVILLA, A.D.: *La cooperativa como sociedad abierta*, Sevilla, 1982, pág. 21; BALLESTERO, E.: *Teoría económica de la cooperativa*, Madrid, 1983, pág. 145; BARRERA CEREZAL, J.J.: *Gestión empresarial de la cooperativa de trabajo asociado*, Madrid, 1990, págs. 249 y ss.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.: *Empresa cooperativa y economía social*, Barcelona, 1992, págs. 211 y ss.; CASTAÑO, J. y GONZÁLEZ, J.J.: *Constitución y funcionamiento de las cooperativas*, Barcelona, 1996, págs. 50-51, o SANTIAGO REDONDO, K.M.: *Socio de cooperativa y relación laboral*, Madrid, 1998, págs. 31 y ss.

²¹ Idéntica conclusión cabía extraer de los arts. 118-126 y 135-138 de la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, al faltar las notas de dependencia y ajenidad.

²² VALDÉS DAL-RE, F.: «Las relaciones de trabajo en las cooperativas de trabajo asociado: algunos aspectos de su regulación jurídica en la normativa estatal y autonómica», en AA.VV.: *Primeros encuentros cooperativos de la Universidad del País Vasco*, Vitoria, 1986, pág. 80; contraria a la «laboralización» postulada por SANTIAGO REDONDO, K.M.: *Socio de cooperativa y relación laboral*, cit., pág. 295.

²³ ECHEVARRÍA MAYO, B.: «Las relaciones asociativas y el contrato laboral», *DL*, núm. 31, 1990, pág. 50. El pacto social y la vinculación a los fines institucionales de la sociedad son los pilares sobre los que se asienta la no laboralidad, RICCI, R.: *Il lavoro privato subordinato*, Turín, 1995, pág. 66.

²⁴ ORTIZ LALLANA, M.^ªC.: *La prestación laboral de los socios de las cooperativas de trabajo asociado*, Barcelona, 1989, págs. 51 y ss.

V. Contrato de aparcería

La regulación de esta materia, contenida en la Ley 83/1990, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos vino a esclarecer la distinción —siempre compleja en la práctica— entre genuino aparcerero civil [«el arrendamiento por aparcería de tierras de labor, ganados de cría o establecimientos fabriles e industriales (que), se regirá por las disposiciones relativas al contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes, y, en su defecto, por la costumbre de la tierra» (art. 1579 CC)] y trabajador agrícola remunerado a la parte [la Ordenanza General de Trabajo del Campo aludía al convenio «entre las empresas y sus trabajadores (para) el establecimiento del salario a la parte, consistente en asignar al trabajador una fracción determinada del producto o del importe o valor obtenido del mismo. Esta modalidad de salario se regirá por los usos de las localidades en las que se practica este sistema de remuneración, garantizándose el salario mínimo interprofesional»].

Ahora bien, aquella Ley también contempla una serie de figuras situadas a medio camino entre la aparcería civil propiamente dicha, regida por la legislación agraria, y el contrato de trabajo regulado por el ordenamiento laboral. El dato anterior ha llevado, en no pocas ocasiones, a propugnar la existencia de «encubrimiento de un genuino contrato de trabajo»²⁵:

- En primer lugar, aparceros a quienes por pacto expreso incluido en el contrato les es de aplicación, además de la legislación arrendaticia, la legislación de trabajo y de Seguridad Social (art. 102.2), pudiendo afirmar la existencia de un verdadero contrato de trabajo²⁶ o «laboralización pactada» frente a las otras dos hipótesis de «laboralización impuesta»²⁷.

²⁵ CABRERA BAZÁN, J.: «El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo», en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Giménez Fernández*, vol. II, Sevilla, 1967, pág. 558, o SAAVEDRA ACEVEDO, J.: «El contrato de trabajo a la parte», en AA.VV.: *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Madrid 1965, pág. 223.

²⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Aparcería agrícola y poder de dirección en el contexto de las relaciones laborales», *AL*, núm. 21, 1991, págs. 275-276. Pese a tesis según las cuales «nos encontraríamos ante un fenómeno de extensión de la legislación laboral a supuestos o situaciones no propiamente laborales», PERALTA DE LA CÁMARA, J.L.: «Sobre la difícil aplicación de la legislación laboral a la aparcería en la Ley de Arrendamientos Rústicos», en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Estudios en homenaje al Prof. Cabreza Bazán, Madrid, 1999, pág. 366.

²⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Las relaciones laborales en el sector agrario*, Madrid, 1995, pág. 356, o FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Aparcería agrícola y poder de dirección en el contexto de las relaciones laborales», cit., págs. 271-275.

- En segundo término, aparceros que contribuyen exclusivamente con su trabajo personal (art. 108.1) o, además, realizan aportaciones de capital en pequeña cuantía —hasta el 10 por 100— (art. 108.2), supuestos en los cuales el aparcerero cuenta con la garantía del salario mínimo por todo el tiempo de duración del contrato y queda, por tanto, incorporado al área de relaciones cubiertas por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- En tercer lugar, aparceros que dedican su trabajo personal al cultivo de una tierra preparada y labrada por el cedente, por tiempo inferior a un año, garantizando al aparcerero el salario mínimo así como «que el cedente se lo anticipe semanalmente a cuenta de lo que le corresponda en la liquidación final» (art. 110.1).

El carácter aparentemente laboral de las situaciones descritas ha llevado a menudo a caracterizar la aparcería como relación laboral especial²⁸; opción que, no obstante, cuenta con numerosos argumentos en contra, en especial aquél según el cual «las normas que la LAR contiene sobre las aparcerías... lo que precisamente no regulan, o apenas regulan, son los aspectos de la prestación laboral que pueda haber envueltos en la aparcería», dando lugar a «la paradójica situación de que estos aspectos de la supuesta relación especial se regulan por la legislación laboral común, sin que además la LAR... suministre criterio alguno para establecer las relaciones entre las dos regulaciones (supletoriedad, remisión expresa, exclusión...), otro punto que parece característico y casi ineludible para configurar una relación especial»²⁹.

Ahora bien, lo afirmado no impide reconocer cómo el entrecruzamiento entre la legislación laboral de aplicación cuando el aparcerero sólo aporta su trabajo y las normas encargadas de diseñar el régimen jurídico de la aparcería incorporan especialidades a la relación de aparcería laboral agrícola³⁰.

²⁸ GARCÍA ABELLÁN, J.: «El contrato de aparcería laboral agraria», *REDT*, núm. 20, 1984, pág. 515. Laboralidad apoyada, incluso, por solvente doctrina civilista, Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, Madrid, 1995, pág. 787.

²⁹ PERALTA DE LA CÁMARA, J.L.: «Sobre la difícil aplicación de la legislación laboral a la aparcería en la Ley de Arrendamientos Rústicos», en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo...*, cit., págs. 368 y ss.

³⁰ LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo...*, cit., págs. 198-199. Expresiones como «aparcería laboral», «aparcería impropia», «especie laboral de aparcería»... no son extrañas a la doctrina, como muestra, por ejemplo, CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Las relaciones laborales en el sector agrario*, cit., pág. 335. Ejemplo paradigmático viene dado por el art. 110 LAR, hipótesis clara de «mal llamada aparcería, porque en ella no se da... un reparto de productos en proporción a las respectivas aportacio-

Aún más, ni tan siquiera cabe afirmar de forma tajante que los aparceros trabajen siempre por cuenta y bajo la dependencia del cedente³¹; antes al contrario, y como ocurriera en el supuesto de los socios trabajadores, parece constituir una relación ubicada a medio camino entre el trabajo autónomo o por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena. Si algún sentido tiene hablar de «laboralización» respecto de estas figuras no es por referencia a la calificación técnico-jurídica del contrato (todavía de aparcería), ni del aparcerero (aún trabajador autónomo, cultivador personal y directo), sino al régimen de tutela jurídica aplicable a estas situaciones parciarias, dando origen a un estatuto mixto, civil y laboral, orientado a garantizar a los aparceros de trabajo una protección cualificada en mérito a sus especiales condiciones socio-profesionales.

Por otra parte, la carencia de ajenidad en los frutos y de dependencia no es óbice para incluir a este colectivo en la esfera de actuación del ordenamiento laboral, habida cuenta la disposición final 1.ª ET prevé la existencia de formas de trabajo autónomo a las cuales cabe irradiar normas e institutos laborales («el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente»).

VI. Contrato de mandato

En cuanto cauce jurídico para la sujeción a Derecho de ciertas prestaciones de servicios (art. 1709 CC: «por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra»), conviene proceder a la difícil tarea de distinción respecto del contrato de trabajo.

Es lugar común en la doctrina, tanto civil como laboral, negar su posible confusión, en atención al carácter naturalmente gratuito del mandato, contrario a la naturaleza típicamente onerosa del contrato de trabajo³², pues «frente a una presunción de gratuidad, legalmente esta-

nes», GÓMEZ LAPLAZA, M.ªC.: *La aparcería agrícola en la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Madrid, 1988, pág. 237.

³¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Aparcería agrícola y poder de dirección en el contexto de relaciones laborales», cit., pág. 274.

³² ALVAREZ ALVAREZ, J.M.: *Derecho Obrero*, Madrid, 1933, pág. 36; HERNAINZ MÁRQUEZ, M.: *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*, T. I, 11.ª ed., Madrid, 1972, pág. 270; PANDO MANJÓN, J.M.: *Derecho Social*, Madrid, 1959, pág. 30; GARCÍA OVIEDO, C.: *Tratado elemental de Derecho Social*, 2.ª ed., Sevilla, 1946, pág. 111 y PÉREZ LEÑERO, J.: *Teoría General del Derecho español del Trabajo*, T. I, Madrid, 1952, pág. 234.

blecida en el contrato de mandato, se opone la remuneración u onerosidad del contrato de trabajo como elemento esencial de éste»³³.

Además, el instituto civil comprende, por esencia, la facultad de rescisión unilateral incondicionada del mandante, lo cual choca con las fortísimas limitaciones impuestas por el Derecho del Trabajo a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario.

Tampoco encaja, en fin, con el carácter *intuitu personae* propio de la relación laboral la posibilidad otorgada al mandatario de nombrar sustituto por el art. 1.721 CC³⁴ (a cuyo tenor, el mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido; pero responde de la gestión del sustituto: 1.º) Cuando no se le dio facultad para nombrarlo. 2.º) Cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente. Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo).

Ahora bien, estas distinciones, rigurosamente correctas desde un punto de vista teórico, no aportan, sin embargo, adecuada solución a los problemas planteados por las siempre complejas relaciones fronterizas («se elude, por ejemplo, un pronunciamiento sobre los casos en que se concierta nominalmente un contrato de mandato en el que el mandatario está retribuido, tiene prohibido nombrar sustituto y el mandante no usa de su derecho de revocación»³⁵); a lo sumo impide «identificar ambos contratos y entender que el mandato retribuido es un contrato de trabajo»³⁶, pues el criterio distintivo será, sobre todo, la ausencia de dependencia jurídica, habida cuenta la sumisión del mandatario a las instrucciones del mandante (art. 1719 CC: «en la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante. A falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia») «no tiene aquí connotaciones de subordinación, como las tiene cuando se habla de “órdenes e instrucciones” a las que se somete el trabajador dependiente, sino, por el contrario, de límites que definen el encargo objeto del mandato».

Por consiguiente, «la posición del mandatario no [es] de subordinación o dependencia, ya que la tenencia del poder, aún limitado, le hace autónomo o independiente; su “trabajo” (gestión) no es dirigido, sino que es el director de su trabajo»³⁷. «Si una relación laboral se constitu-

³³ MARTÍN BLANCO, J.: *El contrato de trabajo*, cit., pág. 55.

³⁴ MENÉNDEZ PIDAL, J.: *Derecho Social español*, T. I, Madrid, 1952, pág. 234. STS 19 mayo 1987 (Ar. 3733).

³⁵ LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo...*, cit., pág. 112.

³⁶ MARTÍN BLANCO, J.: *El contrato de trabajo*, cit., pág. 58.

³⁷ DIÉGUEZ CUERVO, G.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, cit., págs. 38-39.

ye como contrato de trabajo, aquella primitiva idea de sometimiento cuasi-servil al *dominus*, se ha transformado hoy, paradójicamente, en una dependencia que supone unas mayores garantías para el trabajador, por lo que se refiere a la estabilidad en el empleo y a las mejoras o “prestaciones sociales” conseguidas, frecuentemente, a través de la negociación colectiva.»³⁸

VII. Contrato de agencia

Este contrato de naturaleza mercantil (así lo señalan la Exposición de Motivos y el art. 3.2 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el Contrato de Agencia, para la incorporación al Derecho español del contenido de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre, relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los Agentes Comerciales Independientes) puede generar confusiones si comparado con la relación laboral especial de quienes intervienen «en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas» [art. 2.1.f) ET]³⁹.

Si la delimitación entre mediación mercantil no laboral y mediación laboral pero especial viene dada —como habrá ocasión de señalar— por la falta de ajenidad en el primer supuesto, la distinción entre éstas y el contrato de agencia ha partido de hacer hincapié en la nota de dependencia⁴⁰ —«entendida de una forma antigua y trasnochada... que

³⁸ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, Madrid, 1995, pág. 77.

³⁹ BALLESTER PASTOR, M.A.: «Notas sobre una eventual contracción del ámbito aplicativo del Derecho del Trabajo operada en las relaciones especiales de los representantes de comercio y de los altos cargos directivos», *DL*, núm. 41, 1993, págs. 107 y ss.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Cuestiones de la incidencia laboral en las leyes no laborales», *RL*, núm. 2, 1993, págs. 81 y ss.; LÓPEZ MORA, F. V.: «La actividad de los agentes comerciales y su problemática laboral (A propósito de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del contrato de agencia)», *TS*, núm. 28, 1993, págs. 20 y ss.; MONGE RECALDE, J.L.: «La Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia y la relación laboral especial del artículo 2. f) del Estatuto de los Trabajadores», *RL*, núm. 7, 1993, págs. 101 y ss.; PEDRAJAS MORENO, A.: «Consejeros-delegados de empresas societarias y agentes comerciales independientes: dos problemáticos supuestos de exclusión de laboralidad», *AL*, núm. 23, 1993, págs. 425 y ss.; MARÍN CORREA, J.M.: «Los mediadores de comercio y el contrato de agencia», *AL*, núm. 77, 1995, págs. 56 y ss.; CÁMARA BOTIA, A.: «Contrato de trabajo y agencia mercantil: ¿modificación de las fronteras del contrato de trabajo?», *REDT*, núm. 77, 1996, págs. 449 y ss., o MONTEAGUDO, M.: *La remuneración del agente*, Madrid, 1997, págs. 27 y ss.

⁴⁰ CASTRO ARGÜELLES, M.ªA.: «Jurisprudencia reciente sobre contrato de trabajo», *TL*, núm. 49, 1998, pág. 9; ALONSO BRAVO, M.: «El contrato de agencia: ¿una vía de exclusión

ya había sido superada por la evolución laboral»⁴¹— y en la falta del *intuitu personae*, habida cuenta el agente puede asumir o no el riesgo de la operación en la que interviene, pero, en cualquier caso, goza de independencia funcional en su actuar⁴² y puede —eventualmente— ser una persona jurídica o un empresario en sentido laboral⁴³. En cualquier caso, la delimitación, aun pareciendo sencilla, suele obedecer y ser efectuada «de un modo voluntarista por la jurisprudencia»⁴⁴.

VIII. Contrato de arrendamiento de servicios

La vinculación histórica de este contrato al de trabajo —no en vano «la independización del contrato laboral y, con éste, de aquellas instituciones que lo presuponen y sirven para desarrollarlo, se da desde el momento mismo en que es hallada la nota de subordinación o dependencia para diferenciar el contrato de trabajo del contrato de arrendamiento de servicios»⁴⁵—, así como la inclusión en su momento del contrato de trabajo en el seno del CC —dentro del arrendamiento de servicios, en los arts. 1583-1587 CC, cinco «exiguos y, ya entonces, in-

de los representantes mercantiles del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo?», en AA.VV. (DUEÑAS HERRERO, L.J., Dir.): *I Congreso de Castilla y León sobre Relaciones Laborales*, Valladolid, 1999, pág. 393, o OTRIFIRO, S.: «I rapporti di agenzia e rappresentanza commerciale», en AA.VV.: *Il Diritto del Lavoro tra flessibilità e tutela (Le trasformazioni nel settore terziario)*, Milán, 1992, pág. 104. «El agente es un empresario con independencia reducida y el mediador laboral un trabajador con dependencia atenuada», CÁMARA BOTIA, A.: «Contrato de trabajo y agencia mercantil: ¿modificación de las fronteras del contrato de trabajo?», cit., pág. 472.

⁴¹ LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, Valencia 1999, pág. 41. En una especie de «vuelta al pasado», FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^ºF.: «El contrato de agencia y la representación de comercio. A vueltas con la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo», en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo...*, cit., págs. 166-168.

⁴² STS 2 julio 1996 (Ar. 5631) y ORTEGA PRIETO, E.: *Representantes de comercio y agentes comerciales. Su situación jurídica, mercantil o laboral*, Bilbao, 1995, págs. 45 y ss.

⁴³ ORTEGA PRIETO, E.: «La actual calificación jurídica, mercantil o laboral, de los contratos de representación o agencia comercial», *AL*, núm. 44, 1996, págs. 859-880.

⁴⁴ MONTOYA MELGAR, A.: «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo» en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo...*, cit., pág. 718.

⁴⁵ ALONSO GARCÍA, M.: *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1958, pág. 161. Más concretamente, en el momento en que el sistema tradicional muestra su incapacidad para dar respuesta a las nuevas realidades, BORRAJO DACRUZ, E.: «Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo», *RIT*, Vol. 73, núm. 6, 1954, pág. 236, o DUEÑAS HERRERO, L.J.: «¿Transgresión o transformación en el Derecho del Trabajo?», *RL*, núm. 2, 1998, pág. 10.

suficientes preceptos»⁴⁶, dificulta en grado sumo la tarea de deslinde pretendida⁴⁷, al faltar «diferencia alguna de partida»⁴⁸.

En todo caso, la comprensión de las relaciones entre ambas figuras contractuales, plagadas —de nuevo— de zonas grises («las fronteras entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios son borrosas y difíciles, resultando necesario examinar y valorar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto»)⁴⁹, pasa por reconocer la existencia de una permanente relación dialéctica en virtud de la cual la expansión de una habrá de traer aparejada necesariamente la contracción de la otra, dando lugar a un prolongado proceso evolutivo desde la emancipación del contrato de trabajo, o «separación del Derecho del Trabajo de su originaria matriz contractual-civilista»⁵⁰ —alcanzada su autonomía respecto al arrendamiento de servicios—, favorecida por la *vis atractiva* de la relación laboral, hasta el fenómeno contrario que parece vivirse en la actualidad: la tantas veces analizada «huida del Derecho del Trabajo»⁵¹.

La tendencia expansiva⁵² del Derecho individual del Trabajo encontró cauce apropiado en un proceso histórico de trasvase creciente de trabajadores subordinados y por cuenta ajena desde el arrendamiento civil de servicios al contrato de trabajo, evolución culminada con la laboralización última de los servidores domésticos y de los altos directi-

⁴⁶ MONTALVO CORREA, J.: *Fundamentos del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1975, pág. 251, o MOLERO MANGLANO, C.: «La configuración del contrato de trabajo», en MOLERO MANGLANO, C., et alii: *Estructura del contrato de trabajo (Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción)*, Madrid, 1997, pág. 25.

⁴⁷ Sobre la tesis de equiparación de ambas figuras, un análisis y posterior crítica en MARTÍN BLANCO, J.: *El contrato de trabajo*, cit., págs. 17-45.

⁴⁸ MOLERO MANGLANO, C.: «La configuración del contrato de trabajo», en MOLERO MANGLANO, C., et alii: *Estructura del contrato de trabajo (Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción)*, cit., pág. 24, citando la STSJ Andalucía/Granada 11 julio 1994 (Ar. 2917).

⁴⁹ LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, cit., 1997, pág. 36.

⁵⁰ DI MAJO, A.: «Incontro di studio civil-lavoristico», en AA.VV. (SANTORO PASSARELLI, G., Dir.): *Diritto del Lavoro e categorie civilistiche*, Turín, 1992, pág. 17.

⁵¹ Por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La huida del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 2, 1992, págs. 1 y ss.

⁵² PÉREZ BOTIJA, E.: *La naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1943, pág. 20; SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre el concepto de Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 26, 1986, págs. 189 y ss.; OJEDA AVILÉS, A.: «Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 3, 1988, págs. 148 y ss.; MONTALVO CORREA, J.: *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, cit., págs. 228 y 234; DE LA VILLA GIL, L.E.: «La inclusión de los penados en el Derecho del Trabajo», *RPS*, núm. 71, 1966, pág. 193, o RUIZ CASTILLO, M.M.: «Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo “parasubordinado”», *RL*, núms. 15-16, 1991, págs. 11 y ss.

vos. Frente a tal fenómeno, el tipo contractual de arrendamiento de servicios resulta aplicable tan sólo a las prestaciones de servicios (sobre todo, profesiones liberales y ni tan siquiera respecto a éstas es claro⁵³) realizadas sin las notas de ajenidad y dependencia. La cuestión sigue siendo compleja en extremo, no en vano «se toma como módulo divisor el concepto de dependencia o subordinación precisamente en el momento en que su contenido es menos preciso»⁵⁴.

Llegado el Derecho del Trabajo a su madurez como disciplina, parece carecer de sentido la pretensión ilógica de adherir a su régimen cualesquiera relaciones de prestación de servicios y como tal ha sido asumida en la actualidad pues «si hasta hace unos años las modificaciones en la estructura productiva tenían como efecto la laboralización de las zonas anexas al Derecho del Trabajo, ahora, y sin perjuicio de posibles reflujos y contradicciones, lo que se aprecia es la contracción o reducción de la relación laboral típica»⁵⁵.

⁵³ Buena muestra de lo cual es la STS 17 octubre 1940 (Ar. 940), la cual reconoce la posibilidad de prestación de servicios laborales por un ingeniero. En análogo sentido, STS 21 enero 1964 (Ar. 460). En efecto, cabe hablar en propiedad de «un cierto grado de asalariación» de las profesiones liberales, LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, cit., pág. 78.

⁵⁴ GARCÍA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del Derecho del Trabajo (Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agencias mercantiles, socios, contratos administrativos)*, Granada, 1999, pág. 15.

⁵⁵ DUEÑAS HERRERO, L.J.: «¿Transgresión o transformación en el Derecho del Trabajo?», cit., pág. 25.

LA SEGURIDAD INDUSTRIAL CON PARTICULAR REFERENCIA A LA LEY 8/2004, DE 12 DE NOVIEMBRE, DE INDUSTRIA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE EUSKADI

María Burzaco Samper

Profesora de Derecho Administrativo. Universidad Pontificia de Comillas

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de Seguridad Industrial y sus elementos. A) El carácter obligatorio de sus disposiciones. La relevancia de los Reglamentos de Seguridad; B) El objeto de la seguridad industrial. III. Seguridad Industrial y Distribución constitucional de Competencias. A) La seguridad industrial como «submateria» dentro de industria; B) La competencia estatal en materia de industria: su fundamento y alcance; C) El ámbito competencial autonómico en la materia. IV. La Intervención Pública en materia de Seguridad Industrial: Cuestiones generales. A) Antecedentes: la Ley sobre Ordenación y Defensa de la Industria de 1939; B) El proceso liberalizador y sus fases; C) El principio de mínima intervención. 1. El derecho a la libertad de empresa como límite; 2. La facilitación del comercio y de la competitividad como objetivo de la política económica. Nuevo Enfoque y Enfoque Global. V. Los instrumentos jurídicos de intervención administrativa en la Seguridad Industrial. A) Consideraciones previas; B) Actividad registral. El Registro de Establecimientos Industriales; C) Control previo: Autorizaciones y Acreditaciones; D) Inspección y control; E) La eventual adopción de medidas cautelares; F) Potestad sancionadora y Régimen de Responsabilidad industrial. VI. Administración industrial e Infraestructura para la Seguridad industrial: la importancia de los Agentes Colaboradores. A) Las entidades y su clasificación en el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial. Los problemas derivados de la distribución competencial en materia de industria; B) Los Agentes Colaboradores: requisitos y funcionamiento. VII. A modo de reflexión final.

I. Introducción

Es sabido que la tradicional libertad de industria y comercio hoy identificable con la genérica libertad de empresa constitucionalmente reconocida (art. 38 CE)¹ se encuentra limitada y condicionada por di-

¹ Sobre la aparición y devenir histórico de la libertad de industria y comercio, y su reformulación en la actual libertad de empresa, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián,

versos mecanismos públicos de intervención cuya razón última se apoya en la protección de bienes jurídicos de variado signo. En tal sentido, la seguridad industrial ha sido y es un ámbito de intensa presencia pública.

No obstante, y en el marco de un creciente proceso liberalizador y desregulador, la legislación positiva ha tendido a buscar el punto de equilibrio entre «intervención» y «libertad», evitando en lo posible que los mandatos que la primera está llamada a cumplir terminen ahogando a la segunda o constriñéndola con requerimientos difícilmente compatibles con un mercado que se dice abierto y, sobre todo, con la vertiente de la libertad de empresa como derecho subjetivo².

En esta línea trata de encauzarse la Ley de Industria de la Comunidad Autónoma de Euskadi³ (en adelante, LIE) recientemente aprobada, en cuya Exposición de Motivos puede leerse:

«[...] resulta imprescindible armonizar los intereses de los titulares y usuarios de actividades, instalaciones, equipos, aparatos y productos industriales con los intereses de los agentes colaboradores de la actividad industrial, así como con el interés general de los ciudadanos, teniendo en cuenta siempre los principios de intervención mínima y de liberalización industrial, que vienen inspirando las distintas regulaciones existentes en materia de industria».

Derecho Administrativo Económico, vol. I, La Ley, Madrid, 1988, pp. 125-149; TORNOS MAS, Joaquín, «Ordenación constitucional del comercio», en VVAA (coord. MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo V («Economía y Hacienda»), Civitas, Madrid, 1991, p. 4114.

² Suele afirmarse que el art. 38 CE posee un doble carácter: a) En su *vertiente institucional*, el derecho a la libertad de empresa actúa como garantía para el mantenimiento de la economía de mercado, de modo que los poderes públicos se ven comprometidos a asegurar las reglas de la libre competencia y a someterse a ellas en lo atinente a la actividad económica desarrollada por el sector público; b) En su *vertiente subjetiva*, permite al titular del derecho reaccionar frente a cualquier medida restrictiva, excluyente o que resulte desproporcionada para la consecución del fin de interés general que justifique aquélla.

Frente a la primacía que el TC ha otorgado a la primera de ellas [FJ Tercero, STC (Pleno) 83/1984, de 24 de julio; BOE 203/1984, de 24 de agosto], una parte de la doctrina subraya su naturaleza de derecho público subjetivo. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, «Principios del sistema económico en la Constitución Española», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996/VII, pp. 18-19; DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., «Constitución económica y Derecho Mercantil», en VVAA, *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Civitas/Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1979, p. 97.

³ Ley 8/2004, de 12 de noviembre, de Industria de la Comunidad Autónoma de Euskadi; BOPV núm. 228, de 29 de noviembre de 2004.

II. El concepto de seguridad industrial y sus elementos

En términos algo más sencillos que los empleados en la Ley estatal⁴, el art. 7 LIE define la SEGURIDAD INDUSTRIAL como «*el sistema de disposiciones obligatorias que tienen por objeto la prevención y limitación de riesgos, así como la protección contra accidentes capaces de producir daños a las personas, a los bienes o al medio ambiente derivados de la actividad industrial o de la utilización, funcionamiento y mantenimiento de las instalaciones o equipos y de la producción, uso o consumo, almacenamiento o desecho de los productos industriales*».

Dos son los elementos fundamentales que configuran esta concepción:

A. *El carácter obligatorio de sus disposiciones. La relevancia de los Reglamentos de Seguridad*

La seguridad industrial remite a un conjunto de *disposiciones obligatorias* que pueden venir impuestas bien por la normativa general, bien por la sectorial.

Hemos de constatar que la seguridad ha estado siempre en estrecha relación con la denominada «calidad industrial». Sin embargo, y como característica esencial que permite diferenciarlas, la seguridad es de cumplimiento obligatorio frente a la naturaleza voluntaria propia de la calidad.

La LIE es especialmente cuidadosa a la hora de establecer esta separación asignándoles capítulos distintos, si bien pone de relieve la delgada línea que las separa en cuanto establece que cuando las normas relativas a la calidad sean exigibles por una disposición normativa, pasarán a formar parte del ámbito de la seguridad industrial en los aspectos que afecten a la misma (art. 18.2 LIE).

En relación con este extremo debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el art. 2.1 LIE, la Comunidad Autónoma es la encargada de «*declarar la obligatoriedad de una norma en un determinado ámbito de aplicación o establecer una regulación específica cuando las razones que justifican su necesidad se integren en la protección de intereses públicos cuya competencia le corresponda, o por imperativo de un acuerdo internacional, cuando tenga atribuida su aplicación*». Por otra parte, la Comunidad Autónoma, de acuerdo con su competencia en la materia, puede introducir requisitos adicionales de seguridad a los establecidos por las normas estatales o, en su caso, aprobar normativa pro-

⁴ Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria; BOE 176/1992, de 23 de julio. En adelante LI.

pia que, en conjunto, suponga un incremento de los niveles de seguridad respecto de la equivalente norma estatal (art. 2.3 LIE).

En este ámbito de la seguridad industrial cobran especial trascendencia los llamados Reglamentos de Seguridad que, desarrollados en las correspondientes Instrucciones Técnicas Complementarias⁵, establecen los requisitos y condiciones técnicas relativas a la fabricación, comercialización, utilización, instalación o funcionamiento de un producto, aparato o instalación, y los procedimientos técnicos para evaluar su conformidad a los mismos. De igual modo, señalan las obligaciones de los profesionales que intervienen en su diseño, ejecución, utilización y mantenimiento, así como los controles previos y periódicos necesarios (art. 10 LIE; art. 12 LI). Según recuerda el art. 11 LIE, estos Reglamentos de Seguridad pueden referirse a aspectos de carácter general (procedimiento, instaladores, empresas)⁶ o sectorial (relativos a alguno de los sectores concretos que enumera la propia ley en el artículo citado).

Fruto de las llamadas Directivas de Nuevo Enfoque y de Enfoque Global, las reglamentaciones técnicas han sufrido un viraje importante en lo que atañe a la unificación de criterios y prescripciones a cumplir por los distintos Estados miembros⁷. Dada la imprecisión y dispersión terminológica, se ofrece incluso la noción de «reglamento técnico» que ahora transcribimos:

«Las especificaciones técnicas u otros requisitos, incluidas las disposiciones administrativas que sean de aplicación, cuyo cumplimiento sea obligatorio, *de jure* o *de facto*, para la comercialización o la utilización en un Estado miembro o en gran parte del mismo, al igual que, sin perjuicio de las mencionadas en el artículo 10, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que prohíban la fabricación, la importación, la comercialización o la utilización de un producto» [art. 1, apartado 9) Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998, por la que se establece un

⁵ La STS (Sala 3.ª; sección 3.ª) de 30 de marzo de 1998 [Referencia Base de datos El Derecho Editores (en adelante, EDJ), 1998/2196], viene a reconocer que dichas Instrucciones sirven en general para incorporar «las condiciones de seguridad de mayor modernidad» y, siendo la apreciación de las mismas «de plena discrecionalidad técnica», los órganos judiciales no pueden entrar a enjuiciar su procedencia y, en su caso, sustituirlas (FJ Tercero). En igual sentido, STS (Sala 3.ª; sección 3.ª) de 4 de junio de 2001 (EDJ 2001/3151), FJ Cuarto.

⁶ Este tipo de reglamentaciones tratan de establecer condiciones de protección con carácter horizontal, esto es, aplicables a cualquier sector de la actividad industrial. Un ejemplo muy reciente es el del Real Decreto 2267/2004, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de seguridad contra incendios en los establecimientos industriales (BOE 303/2004, de 17 de diciembre).

⁷ Véase epígrafe «IV.C) PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN»

procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas]⁸.

Las mayores dificultades se plantean, sin duda, al hilo de los reglamentos técnicos de facto (Considerando 12.º Directiva 98/34/CE), concepto que el mismo artículo y apartado citado delimita, incluyendo:

- «Las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro que remiten, bien a especificaciones técnicas u otros requisitos, bien a códigos profesionales o de práctica que se refiera en los mismos a especificaciones técnicas u otros requisitos y cuyo cumplimiento otorgue una presunción de conformidad a las prescripciones fijadas por dichas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas.
- Los acuerdos voluntarios en los que las autoridades públicas son parte contratante y que, por razones de interés público, tienen por objeto el cumplimiento de las especificaciones técnicas o de otros requisitos, con exclusión de los pliegos de condiciones de las contrataciones públicas.
- Las especificaciones técnicas u otros requisitos vinculados a medidas fiscales o financieras que afectan al consumo de productos al fomentar la observancia de dichas especificaciones técnicas u otros requisitos; no se incluyen las especificaciones técnicas u otros requisitos vinculados a regímenes nacionales de seguridad social.»

En síntesis, el Nuevo Enfoque intenta que las reglamentaciones técnicas ligadas a la seguridad industrial sigan un sistema de referencia a normas aprobadas en instancias europeas; normas que vienen a determinar los requisitos esenciales que debe cumplir cada instalación para su puesta en funcionamiento o cada producto para su fabricación y comercialización. Dichos requisitos esenciales no son incompatibles con la fijación por los Estados de exigencias dirigidas a incrementar los niveles de seguridad, si bien ello debe formalizarse a través de un determinado procedimiento ante las instituciones comunitarias⁹.

La LIE es consecuente con estas orientaciones y al efecto, indica:

«Los reglamentos de seguridad utilizarán, salvo excepciones que lo justifiquen, el sistema de referencia a normas, y podrán ir acompañados de las especificaciones y exigencias que se consideren necesarias en orden a su adecuada utilización y aplicación. Así mismo, establecerán aquellos requisitos y condiciones técnicas que respondan a un incre-

⁸ DOCE núm. L 204/37, de 21 de septiembre de 1998.

⁹ Dicho procedimiento viene regulado por la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (cit).

mento de los niveles de seguridad industrial, utilizando para ello las mejores tecnologías disponibles en cada momento» (art. 10.3 LIE).

No debe olvidarse, además, que la celeridad con que se producen los avances tecnológicos obliga a que las reglamentaciones técnicas estén debidamente actualizadas. Con ese fin, la disposición final segunda LIE habilita al consejero competente en materia de industria para que, mediante orden, «apruebe todas aquellas disposiciones que sean consecuencia de los avances tecnológicos y la evolución del estado de la técnica y que obliguen a una adaptación de los requisitos y condiciones de carácter estrictamente técnico que deban reunir tanto las instalaciones como los aparatos, equipos o productos de carácter industrial, incluidos, en su caso, los procedimientos de prueba, inspección y control a que deban ser sometidos»¹⁰.

B. *El objeto de la seguridad industrial*

El objeto de dichas normas de cumplimiento obligatorio es la prevención de riesgos mediante la limitación de sus causas¹¹, así como la protección frente a daños de cualquier naturaleza derivados de la actividad, instalaciones y productos industriales¹².

Este segundo elemento evidencia que la seguridad industrial y los mecanismos administrativos de los que se sirve, tienden a la preservación de ciertos bienes jurídicos entre los que despuntan singularmente la salud pública, la protección de los consumidores y usuarios y la defensa del medio ambiente¹³.

¹⁰ La Exposición de Motivos de la ley explica que «esta habilitación responde a la extraordinaria complejidad técnica y al grado del detalle que requieren las reglamentaciones técnicas reguladoras de cada tipo de producto o instalación. Así mismo, la opción por esta figura reglamentaria se fundamenta en la necesidad de utilizar procedimientos de elaboración y de modificación lo suficientemente rápidos y flexibles, de tal forma que se pueda adaptar la normativa técnica a una ciencia y tecnología en continua evolución».

¹¹ Atendiendo al art. 9.2 LI, la prevención se articula en torno a dos finalidades: «limitar las causas que originen los riesgos» y «establecer los controles que permitan detectar o contribuir a evitar aquellas circunstancias que pudieran dar lugar a la aparición de riesgos y mitigar las consecuencias de posibles accidentes».

¹² Conforme al art. 9.3 LI «tendrán la consideración de riesgos relacionados con la seguridad industrial los que puedan producir lesiones o daños a personas, flora, fauna, bienes o al medio ambiente, y en particular los incendios, explosiones y otros hechos susceptibles de producir quemaduras, intoxicaciones, envenenamiento o asfixia, electrocución, riesgos de contaminación producida por instalaciones industriales, perturbaciones electromagnéticas o acústicas y radiación, así como cualquier otro que pudiera preverse en la normativa internacional aplicable sobre seguridad».

¹³ BERMEJO VERA, José, *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 1999, 4.ª ed., p. 955.

Por otro lado, y teniendo en cuenta los términos de la definición legal, creemos que la perspectiva desde la que debe enfocarse la seguridad industrial es más amplia de la que comúnmente ha venido dándosele. Generalmente asociada a los productos industriales y sus instrumentos propios (destacadamente, la actividad de normalización y de homologación), así como al régimen de inspección y control de las instalaciones industriales, entendemos que hoy en día la seguridad trata de abarcar la industria en sus diversas vertientes —instalaciones, procesos y productos industriales, así como agentes intervinientes—, arbitrando los mecanismos administrativos correspondientes en torno a dos ejes: a) el objeto sobre el que recaen las disposiciones obligatorias de seguridad; y/o b) el momento en que aquellos se despliegan¹⁴.

III. Seguridad industrial y distribución constitucional de competencias

De conformidad con el art. 10.30 del Estatuto de Autonomía del País Vasco¹⁵, la Comunidad Autónoma tiene competencia en materia de:

«Industria, con exclusión de la instalación, ampliación y traslado de industrias sujetas a normas especiales por razones de seguridad, interés militar y sanitario y aquellas que precisen de legislación específica para estas funciones, y las que requieran de contratos previos de transferencia de tecnología extranjera. En la reestructuración de sectores industriales, corresponde al País Vasco el desarrollo y ejecución de los planes establecidos por el Estado.»

Una competencia que, en todo caso, es preciso cohonestar con las que ostenta el Estado en la materia con base en diversos apartados del art. 149.1 CE a los que aludiremos a continuación.

¹⁴ Este hecho se pone de manifiesto en el propio articulado de la ley. En efecto, el capítulo III LIE contiene 11 de los 42 artículos que componen el texto legal, y en ellos se regulan cuestiones de diversa índole que afectan tanto a las instalaciones, como a la actividad industrial propiamente dicha, y al resultado de dicha actividad. De igual modo, la actuación administrativa se materializa fundamentalmente «ex ante» (autorizaciones y acreditaciones) y simultáneamente (inspecciones, controles, medidas cautelares, potestad sancionadora) al ejercicio de dicha actividad industrial.

Por otro lado, quedan igualmente concernidos los sujetos que, de un modo u otro, intervienen en la actividad industrial. Es significativo que, por lo que respecta al control, se apunte que éste debe ser integral, comprendiendo no sólo las instalaciones, aparatos, equipos y productos, sino también los «agentes intervinientes» en relación con los cuales se establece asimismo el régimen de responsabilidad.

¹⁵ Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre; *BOE* 306/1979, de 22 de diciembre.

De la mera aproximación a los preceptos indicados resulta evidente que el tema que nos ocupa no es ajeno a la complejidad de nuestro sistema de distribución de competencias económicas entre los distintos entes territoriales, cuyas dificultades se acrecientan en la medida en que la ca-sística conflictual entrecruza títulos competenciales muy variados¹⁶.

A. *La seguridad industrial como submateria dentro de «industria»*

La materia de «industria» se compone de un entramado de «submaterias», entre las cuales se sitúa la propia «seguridad industrial». Así lo expresa el TC en los siguientes términos:

«[...] en el núcleo fundamental de la materia de «industria» se incluyen, entre otras, las actividades destinadas a la ordenación de sectores industriales, a la regulación de los procesos industriales o de fabricación y, más precisamente *en la submateria de seguridad industrial*¹⁷, las actividades relacionadas con la seguridad de las instalaciones y establecimientos industriales y la de los procesos industriales y los productos elaborados en las mismas» [STC (Pleno) 203/1992, de 26 de noviembre; FJ Segundo]¹⁸

Pese a que este ensamblaje de la seguridad industrial en la materia más amplia de «industria» parece palmario, el propio TC se ha visto

¹⁶ El análisis de la jurisprudencia constitucional pone en evidencia que el TC se ha visto obligado a perfilar los límites entre los ámbitos materiales que confluyen en cada caso, tratando de dar la conexión constitucional y estatutaria más directa en relación con los supuestos planteados. En este sentido, la concurrencia puede venir determinada por el carácter del producto industrial (así ocurre, por ejemplo, con las normas de seguridad industrial relativas a vehículos en las que se entremezclan cuestiones de seguridad vial) o por la multiplicidad de procesos que se incluyen en la industria, algunos de los cuales poseen una incidencia importante en otras materias competenciales (singularmente con la de comercio exterior; véase sobre este punto el FJ Segundo, STC (Sala 2.ª) 313/ 1994, de 24 de noviembre; BOE 310/1994, de 28 de diciembre).

De cualquier modo, esta determinación competencial está plagada de dificultades y en el caso de la seguridad industrial se manifiesta, entre otras, en la STC (Sala 1.ª) 14/1994, de 20 de enero (BOE 41/1994, de 17 de febrero) en la que se formulan dos Votos particulares discrepantes (formulados por los Magistrados Viver i Pi-Sunyer y López Guerra).

¹⁷ El apartado III de la Exposición de Motivos de la LIE emplea idéntica terminología calificando de submateria la seguridad industrial.

¹⁸ STC (Pleno) 203/1992, de 26 de noviembre; BOE 307/1992, de 23 diciembre. Esta Sentencia fue dictada con ocasión de un conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Orden del Ministerio de Industria y Energía, de 20 de septiembre de 1985, que atribuían al Estado el ejercicio de actividades de ejecución relativas a la aprobación, inscripción y cancelación registral de tipos de cisternas, contenedores-cisterna y vagones-cisterna para el transporte de mercancías peligrosas.

obligado a subrayarlo frente a ciertos intentos de conectarla con la competencia exclusiva del Estado en materia de «seguridad pública» (149.1.29 CE)¹⁹.

B. *La competencia estatal en materia de industria: su fundamento y alcance*

Ninguno de los apartados del art. 149.1 CE refiere explícitamente una eventual competencia estatal en la parcela de «industria». Ello no ha impedido el reconocimiento del papel del Estado con base en la subsunción de este ámbito en otros títulos competenciales de corte más genérico, a saber:

a) Art. 149.1.1 CE que, en cuanto atribuye al Estado la competencia exclusiva para la «*regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*», incluye el derecho a la libertad de empresa del art. 38 CE y, por tanto, la actividad empresarial desplegada en el sector industrial.

Como contrapunto al entendimiento extensivo que pudiera darse a este artículo, el TC ha venido afirmando reiteradamente que «condiciones básicas» no es sinónimo de «uniformidad» y concretamente en el campo que nos ocupa ha indicado:

«Es cierto también que entre las condiciones básicas para el ejercicio de la libertad de empresa se halla la garantía de la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, pero *la interpretación conforme a esta exigencia constitucional de lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE y, en el caso, en el art. 12.1.2 Estatuto de Autonomía de Cataluña, no impide, por extensiva que se pretenda esta interpretación, la atribución a las Comunidades Autónomas de competencias para regular las características que debe reunir un determinado producto o las de los materiales o el régimen de fabricación de aquellos artículos que han de ser utilizados en su territorio* (cuando esa competencia autonómica proviene de un título competencial, cuyo ejercicio puede y debe comportar normalmente una diversidad de condiciones de fabricación y homologación del producto), *ni obstaculiza por sí misma al empresario para*

¹⁹ Como recuerda la STC 313/1994, de 24 de noviembre: «no toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla, puede englobarse en el título competencial de seguridad pública, pues si así fuera la práctica totalidad de las normas del ordenamiento serían normas de seguridad pública y, por ende competencia del Estado, cuando es claro que se trata de un concepto más estricto, en el que hay que situar de modo predominante los cuerpos de seguridad a que se refiere el artículo 104 CE» (FJ Sexto).

ejercer su actividad libremente, ni excluye su acceso al mercado en cualquier parte del territorio nacional, o fuera del mismo, aunque ello le obligue a una cierta diversificación de la producción.

Pero esta consecuencia no es incompatible con la atribución a las Comunidades Autónomas de la competencia para regular diversamente las características que deben reunir ciertos productos industriales al efecto de garantizar la protección de los bienes o fines jurídicos que su Estatuto de autonomía les asigna, ni, en suma, puede entenderse que resulte del art. 149.1.1 CE o del art. 12.2 Estatuto de Cataluña, la necesidad de absoluta uniformidad de las características legalmente exigibles a todos los productos industriales, en todo el territorio nacional, pues ello significaría una restricción excesiva de la legítima acción autonómica en cumplimiento de aquellos fines» [STC (Pleno) 52/1988, de 24 de marzo, FJ Cuarto]²⁰

b) Art. 149.1.13 CE, relativo a la competencia estatal para la fijación de «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» y que viene a contener dos aspectos que es preciso deslindar:

b.1. «*Bases de la planificación general de la actividad económica*». Tal y como ha establecido el TC, el término «bases» remite a una «noción material», cuya pretensión no es otra que disponer de «una regulación uniforme y de vigencia en toda la Nación» que asegure «en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia» [STC (Pleno) 1/1982, de 28 de enero, FJ Primero]²¹.

La interpretación que la jurisprudencia constitucional ha dado a este apartado le ha dotado de una fuerza expansiva cuando menos sorprendente que se concreta en doctrina reiterada según la cual «dentro de la *competencia de dirección de la actividad económica general* tienen también cobijo las *normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos*, así como las *previsiones de acciones y medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector*»²².

En esta interpretación lata de las bases en materia económica ha revestido especial trascendencia el «principio constitucional de unidad

²⁰ BOE 89/1988, de 13 de abril.

²¹ BOE 49/1982, de 26 de febrero.

²² FJ Segundo, STC (Pleno) 152/1988, de 20 de julio; BOE 203/1988, de 24 de agosto.

económica»²³, que se concreta en la «exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado»; exigencia que «es más imperiosa en aquellos, como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de la organización territorial (Tít. VIII CE) [de manera que] la unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materia económica no conduzca a resultados disfuncionales y disgregadores»²⁴.

En cualquier caso, y consciente de que esta interpretación podría conducir a la alteración de hecho de la distribución competencial²⁵, el propio TC ha tratado de matizar el recurso al 149.1.13 CE advirtiendo que «la ordenación general de la economía que corresponde al Estado no puede extenderse de forma excesiva hasta enmarcar en él cualquier acción de naturaleza económica si no posee una *incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general*»²⁶. Así ha ocurrido en materia de seguridad industrial, como se muestra en la STC 313/1994, de 24 de noviembre:

«[...] las actividades de normalización y homologación de productos industriales *no pueden considerarse incluidas en la materia de planificación general de la actividad económica* (art. 149.1.13 CE), que sin duda

²³ Según señala la STC 1/1982, de 28 de enero (cit.), este principio es proyección en la esfera económica del principio de unidad del Estado (art. 2 CE) (FJ Primero).

²⁴ FJ Cuarto, STC (Pleno) 29/1986, de 20 de febrero; *BOE* 69/1986, de 21 de marzo.

²⁵ En este sentido resultan significativos los Votos particulares formulados a las SSTC 152/1988 (cit.), 225/1993, de 8 de julio (*BOE* 183/1993, de 2 de agosto), y 284/1993, de 30 de septiembre (*BOE* 256/1993, de 26 de octubre) que entienden que la aplicación a tales casos del art. 149.1.13 CE «lleva a una ablación total de las competencias autonómicas» (Rubio Llorente en su Voto particular a la STC 152/1988) y que «dado que en principio toda medida de ordenación económica puede tener alguna incidencia sobre el sistema económico en su conjunto (...) atribuir la competencia al Estado llevaría a otorgar una expansión ilimitada a la competencia estatal sobre bases de la ordenación general de la economía» (Viver i Pi-Sunyer en su Voto particular a la STC 225/1993, al que se adhieren los Magistrados De la Vega Benayas, Gimeno Sendra y Mendizábal Allende; a este razonamiento se remite el propio Viver i Pi-Sunyer en su Voto discrepante a la STC 284/1993).

²⁶ FJ Cuarto STC (Pleno) 76/1991, de 11 de abril; *BOE* 115/1991, de 14 de mayo. Sentencias más recientes utilizan el término «determinante» de manera que, aún reconociendo la incidencia económica de la regulación objeto del conflicto, el TC considera que ésta es «tangencial o secundaria». Un planteamiento que, frente a iniciales fallos que enfocaban la resolución de los asuntos desde el punto de vista de la finalidad de dicha regulación, se centran —más adecuadamente— en el objeto de la misma. STC (Pleno) 95/2001, de 5 de abril, FJ Tercero; *BOE* 85/2001, de 9 de abril; STC (Pleno) 95/2002, de 25 de abril, FJ Séptimo; *BOE* 122/2002, de 22 de mayo; STC (Pleno) 190/2002, de 17 de octubre, FJ Quinto, *BOE* 271/2002, de 12 de noviembre.

delimita la competencia autonómica en materia de industria. La actividad de establecer las condiciones de seguridad que deben poseer los productos industriales y el control de su cumplimiento no pueden considerarse manifestaciones de la política de dirección de la actividad económica mediante la fijación de líneas directrices ni medidas de planificación de criterios globales de la ordenación del sector industrial; y tampoco [existe] razón alguna por la cual esas medidas concretas requieran inevitablemente de una decisión unitaria para salvaguardar la coordinación de la actividad económica en todo el Estado» (FJ Sexto).

A nuestro entender, la conexión de la seguridad industrial con el art. 149.1.13 CE es más que discutible y en tal sentido estamos de acuerdo con el razonamiento expuesto. No obstante, debemos constatar la paradoja que supone que ese entronque se produzca de modo mediato: así, la seguridad industrial como submateria de industria se liga a ésta que, a su vez, y dada la inexistencia de referencia constitucional expresa a la misma, se distribuye competencialmente por su engarce con el 149.1.13 CE.

Por lo que se refiere a la instrumentación formal, la jurisprudencia constitucional ha subrayado el «principio de preferencia de ley»²⁷ para el establecimiento de este común denominador normativo, aunque con la posibilidad excepcional de hacerlo a través de reglamentos²⁸ lo que, en el ámbito de la seguridad industrial, adquiere singular relieve dada la importancia de los Reglamentos de Seguridad²⁹.

b.2. «*Coordinación*». Según el TC «la coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones, y reduciendo disfunciones que, de

²⁷ Conforme a este principio, «corresponde, siempre que así sea posible, definir lo básico a la norma emanada del poder legislativo del Estado, que es la que mejor garantiza la generalidad y estabilidad de las reglas básicas y, por consiguiente, el respeto debido a las competencias autonómicas de desarrollo» [FJ Cuarto C), STC (Pleno) 147/1991, de 4 de julio; BOE 180/1991, de 29 de julio].

²⁸ Así la STC (Pleno) 76/1983, de 5 de agosto (BOE 197/1983, de 18 de agosto), reconoce que «existen supuestos en que la Ley puede remitir al reglamento para regular aspectos básicos que completen el contenido de la misma. En el presente caso, la habilitación al Gobierno aparece justificada porque la materia a que se refiere, de carácter marcadamente técnico, es más propia del reglamento que de la Ley» (FJ Vigésimocuarto); y la STC (Pleno) 86/1989, de 11 de mayo (BOE 140/1989, de 13 de junio) en la que puede leerse: «si bien este Tribunal ha manifestado, que efectivamente, la Ley aprobada en Cortes es el medio ordinario de fijación de bases, también ha admitido la potestad reglamentaria en este extremo en materias que, por su naturaleza cambiante y coyuntural, exijan una actividad normadora que reúna unas características de rapidez y capacidad de ajuste que la Ley no tiene» (FJ Vigésimotercero).

²⁹ Véase nota al pie núm. 33.

subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema». Competencia en todo caso «distinta a la de fijación de bases» y que «presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado», es decir, requiere la existencia de competencias autonómicas en la materia como objeto de coordinación. Partiendo de esos presupuestos, la coordinación «debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema» [STC (Pleno), 42/1983, de 20 de mayo, FJ Tercero C)]³⁰.

Desde este planteamiento, la coordinación se presenta como un mecanismo que, pudiendo incidir en competencias autonómicas, no debe producir su vaciamiento efectivo; incidencia que puede producirse «ex post», esto es, con posterioridad al ejercicio de aquéllas por parte de las Comunidades Autónomas e incluso, «ex ante», mediante técnicas «preventivas u homogeneizadoras»³¹, lo que en definitiva faculta al Estado para establecer condiciones de naturaleza material que deban ser cumplidas con carácter obligatorio³².

Lo hasta aquí referido constituye el fundamento que legitima al Estado para ejercitar competencias en materia de industria que, en lo concerniente específicamente a la seguridad industrial, se concreta del siguiente modo:

En primer lugar, el Estado tiene atribuida la potestad normativa básica en el ámbito de la seguridad industrial, lo que incluye no sólo los preceptos calificados como básicos en la LI, sino igualmente las prescripciones contenidas en los Reglamentos de Seguridad Industrial de ámbito nacional³³. Ello no obsta para que las CCAA con competencia

³⁰ BOE 144/1983, de 17 de junio.

³¹ FJ Cuarto, STC (Pleno) 45/1991, de 28 de febrero; BOE 74/1991, de 27 de marzo.

³² Sobre la coordinación en la Constitución Española y en la jurisprudencia constitucional, véase AVILA ORIVE, José Luis, «Consideraciones añadidas sobre el principio de coordinación en las relaciones interadministrativas», *Actualidad Administrativa*, núm. 39, 23-29 de octubre de 1995, pp. 655-666.

³³ Estos Reglamentos corresponde aprobarlos al Gobierno de la Nación, sin perjuicio de las competencias autonómicas para incluir «requisitos adicionales sobre las mismas materias cuando se trate de instalaciones radicadas en su territorio» (art. 12.5 LD). El TC en la Sentencia ya citada 313/1994, sentó a este respecto que «corresponde al Estado establecer reglamentaciones técnicas en las que se precisen las condiciones de seguridad que deben cumplir los productos industriales que pretendan fabricarse, importarse o comercializarse en España. Dentro de esta potestad normativa deben incluirse las disposiciones que esta-

exclusiva en industria puedan dictar disposiciones complementarias a las estatales «siempre que no violen los mandatos o impidan alcanzar los fines perseguidos por la legislación estatal». Así las cosas, nos hallamos ante «una concurrencia de potestades normativas, estatal y autonómica, que puede ordenar el legislador estatal con los criterios y puntos de conexión que sea menester fijar y que resulten constitucional y estatutariamente correctos»³⁴.

En segundo término, las facultades de ejecución corresponden a las CCAA que estatutariamente hayan asumido tales competencias³⁵. No obstante, «el Estado puede establecer los Registros que estime necesarios para ejercer sus competencias, aunque el régimen jurídico de dichos Registros deba respetar las competencias de ejecución que puedan haber asumido las Comunidades Autónomas»³⁶.

C. *El ámbito competencial autonómico en la materia*

Desde las premisas apuntadas en el epígrafe anterior, las fronteras competenciales de la Comunidad Autónoma vasca son relativamente sencillas: desarrollo normativo de la legislación básica estatal y ejecución, tanto de la regulación del Estado como de la complementaria que eventualmente se haya podido aprobar en sede autonómica y, en su caso, la que emane de la CEE³⁷.

blecen con carácter general la equivalencia entre las normas de seguridad extranjeras y las españolas: determinar de forma general y abstracta que una reglamentación extranjera garantiza un nivel de seguridad industrial similar a la española y que, en consecuencia, su cumplimiento permite la importación, comercialización e instalación en el mercado interior, supone materialmente un acto de determinación de la normativa técnica de seguridad aplicable» (FJ Tercero).

³⁴ FJ Tercero, STC (Pleno) 243/1994, de 24 de noviembre; *BOE* 197/1994, de 18 de agosto.

³⁵ Hoy en día todas las CCAA ostentan la competencia de ejecución en materia de seguridad industrial. Algunas de ellas porque así se recogía desde el inicio por sus respectivos Estatutos de Autonomía [art. 10.3 Estatuto del País Vasco; art. 30.2 Estatuto de Galicia; art. 8.5 Estatuto de Andalucía; art. 56.1 b) Estatuto de Navarra; art. 34.2 Estatuto Comunidad Valenciana; arts. 33 e) y 34 a).10 Estatuto de Canarias]. Las demás —CCAA Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León— por mor de la transferencia de competencias operada por la Ley Orgánica 9/92, de 23 diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 CE (*BOE* 308/1992, de 23 de diciembre), arts. 2 g) y 9.

³⁶ FJ Tercero, STC 243/1994, de 24 de noviembre (cit.).

³⁷ FJ Tercero, STC 313/1994, de 24 de noviembre (cit.). Esta Sentencia vino a resolver un conflicto positivo de competencia entablado por la Generalidad catalana y por el Gobierno vasco. En lo que a nosotros interesa, el ejecutivo vasco impugna determinados artículos del Real Decreto 494/1988, de 20 de mayo, por el que se aprobaba el Reglamento

Así las cosas, y consciente de la jurisprudencia constitucional existente, la LIE no pretende sino el establecimiento de «un régimen diferenciado y propio para el ámbito territorial de la propia comunidad autónoma», de suerte que la «aparente contradicción entre ese carácter básico [de la legislación estatal] y la regulación autonómica se resuelve considerando que los destinatarios de la ley estatal son las comunidades autónomas, que en el ejercicio de su competencia normativa pueden establecer no únicamente requisitos y condiciones complementarias, sino también un marco jurídico sustantivo y propio regulador de la materia de industria» (Exposición de Motivos LIE).

IV. La intervención pública en la seguridad industrial. Cuestiones generales

A. *Antecedentes: la Ley sobre Ordenación y Defensa de la Industria de 1939*

La importancia de la industria en el desarrollo económico del país ha determinado que este sector haya estado fuertemente intervenido desde antiguo con actuaciones públicas que pueden considerarse de signo opuesto: nos referimos, por un lado, a la actividad administrativa de fomento y, por otro, a la conocida como actividad de policía, ordenación o limitación³⁸.

de aparatos que utilizan gas como combustible. En sus alegaciones se señalaba que, a diferencia de lo que ocurre en el Estatuto catalán, el 10.30 del Estatuto del País Vasco no alude genéricamente a «lo que determinen las normas del Estado por razones de seguridad», sino únicamente a «instalación, ampliación y traslado de industrias sujetas a normas especiales por razones de seguridad, interés militar y sanitario y aquellas que precisen de legislación específica para estas funciones». Sin embargo, el TC consideró que «de esta dicción literal no cabe deducir que el Estado carece de competencia para establecer normas relativas a la seguridad de los productos industriales, ni justificar esta competencia, como hace la representación de la CA País Vasco, recurriendo al título competencial consagrado en el art. 149.1.1 CE. El propio precepto estatutario reconoce la posibilidad de que el Estado establezca una legislación específica en materia de seguridad industrial que no puede entenderse referida exclusivamente a la seguridad industrial de las instalaciones industriales, sino también a los productos elaborados en ellas» (FJ Séptimo).

³⁸ Sin entrar en las clasificaciones doctrinales de la actividad administrativa —cuestión que excede ampliamente de las dimensiones y objeto de nuestro estudio— no está de más recordar que la llamada «policía, ordenación o limitación» abarca un extenso abanico de técnicas que, en sustancia, se caracterizan por la restricción de la esfera jurídica individual, si bien con modulación muy variable: así, se incluyen técnicas que van desde la mera imposición de deberes de comunicación o información hasta la auténtica ablación de derechos, pasando por otras marcadas por el establecimiento de condiciones y requisitos legales a verificar por la Administración Pública. Una clasificación exhaustiva de la

En este contexto se sitúa la *Ley de 24 de noviembre de 1939, sobre ordenación y defensa de la industria*³⁹ que, en su preámbulo, se expresa en los siguientes términos:

«La Ley (...) de protección a las industrias de interés nacional, es la primera y más fundamental disposición de las varias que habrán de dictarse para crear una economía industrial española, liberal y próspera, liberada de la dependencia extranjera, que revalorice las primeras materias nacionales.

El logro de esta legítima y perseverante aspiración del Nuevo Estado no podría alcanzarse con la rapidez y firmeza anheladas si la creación de estímulos no fuese acompañada de las oportunas disposiciones, que regulen tanto la implantación como el desarrollo de las industrias todas, principales y secundarias, de la nación, declarado la facultad de la administración para condicionar, reglamentar y vigilar la producción fabril, obteniendo datos estadísticos que le permitan resolver los problemas de modo adecuado y permanente, en lugar de improvisar resoluciones, muchas veces inadecuadas y circunstanciales, sin seguridad de acierto por carecer de las indispensables normas previsoras de ordenación y defensa industrial.

Para que las medidas de protección sean fructíferas, han de hermanarse en su aplicación con preceptos legales de la misma categoría, que ordenen, defiendan, orienten y disciplinen la producción, dentro del plan orgánico de amplia tutela estatal que abarque todos los aspectos técnicos y económicos del fomento y progreso de la industria nacional.»

Presidida por un ánimo de tutela exacerbada⁴⁰, esta norma contemplaba una presencia pública constante y especialmente intensa en la actividad industrial regulando, condicionando y sometiendo a control administrativo cualesquiera actos relevantes de la misma.

En tal sentido, y tras indicar que la industria, «como instrumento de la producción, se considera parte integrante del Patrimonio Nacional y subordinada al interés supremo de la Nación»⁴¹ (art. 1), establecía un

tipología de estas técnicas puede encontrarse en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, 3.ª ed., pp. 263 y ss.

³⁹ BOE de 15 de diciembre de 1939.

⁴⁰ El posterior Decreto-Ley 10/1959, de 21 de julio, de ordenación económica (BOE 174/1959, de 22 de julio) trató de explicar la extrema presencia pública contemplada en la ley de 1939 con base en las dificultades de abastecimiento provocadas por la guerra civil y la guerra mundial, y en la necesidad de una reconstrucción nacional «que se veía retardada en aquellos momentos por la insuficiencia de los recursos y los bajos niveles de renta y ahorro, agravados por el desequilibrio de la capacidad productiva como consecuencia de la contienda».

⁴¹ La idea de «interés nacional» sirve de justificación última no sólo para todo el sistema de limitaciones que vamos a pormenorizar seguidamente, sino también para el establecimiento de las personas responsables. No en vano, el art. 8 de la ley señalaba que «en el

régimen de concesiones administrativas tanto para la instalación de nuevas industrias, como para el traslado y la ampliación de las existentes atribuyendo la competencia para su otorgamiento al Ministerio de Industria y Comercio quien, ostentando facultades ampliamente discrecionales, podía señalar los trámites y normas a seguir según las necesidades nacionales [art. 4 a) y b)].

De igual modo la intervención pública se extendía al ejercicio de la actividad industrial mediante la habilitación al Estado para fijar condiciones de producción y rendimiento, normas de tipificación de los productos industriales, condiciones de venta de ciertos productos, normas sobre aprovechamiento de energía, materiales, residuos de fabricación y mano de obra [art. 4 c), d) y l)], etc. Imponiendo, incluso, condiciones relativas a la gestión empresarial, se preveía la obligatoriedad de que bien las tres cuartas partes bien la totalidad del capital social, según los casos, fuera español [art. 5, a) y b)], al igual que las personas que ocuparan los puestos de gestión más relevantes⁴². Limitaciones de la misma naturaleza se contemplaban para la transferencia de establecimientos o instalaciones industriales (art. 6).

Este régimen de ordenación se completaba con deberes de comunicación de datos a la Administración [art. 4 g)], potestades de inspección [art. 4 e)] y sanción⁴³, igualmente amplias, configurando asimismo obligaciones complementarias para determinadas clases de industrias⁴⁴.

B. *El proceso liberalizador y sus fases*

Las diversas reformas normativas operadas con posterioridad a la Ley de 1939 fueron mitigando la intensidad de las potestades adminis-

grado de sus respectivas atribuciones, *los Jefes directos de las empresas son responsables ante el Estado del cumplimiento, con elevado espíritu de subordinación al interés nacional*, de las disposiciones y orientaciones del Gobierno que en cada momento rijan para la industria, responsabilidad que será exigida, subsidiariamente, en sus casos, a los Consejos, Juntas u organismos a quienes en grado superior pudiera corresponder».

⁴² El art. 5 d) especificaba dichos puestos en los que se incluían los Directores (técnicos o administrativos gerentes), administradores o apoderados legales, Presidentes de Consejo de Administración de Sociedades Anónimas y cargos directivos de éstas.

⁴³ Esta ley no establecía un régimen sancionador de tipificación de infracciones y sanciones cuestión que, mediante una remisión en blanco, se dejaba a la determinación reglamentaria (Art. 20).

⁴⁴ El art. 3 de la ley clasificaba las industrias en cuatro grupos, algunos de los cuales ofrecían a su vez ciertas subdivisiones. De entre dichos grupos las llamadas «Industrias para la Defensa Nacional» y algunas de las «Industrias básicas para la Economía Nacional» (particularmente «las destinadas total o parcialmente a servicios públicos») sufrían un régimen aún más severo que el apuntado con carácter general.

trativas en un proceso liberalizador que se venía reclamando desde hace tiempo por la doctrina⁴⁵ y, que en el terreno de los hechos, se ha producido de manera paulatina, encontrando un impulso definitivo a partir de la CE y de nuestra incorporación a la Unión Europea. Este proceso al que nos referimos puede estructurarse en las siguientes fases al hilo de los instrumentos normativos que le han servido de cauce⁴⁶:

- a) *Decreto 157/1963, de 26 de enero, por el que se autoriza la libre instalación, ampliación y traslado de industrias dentro del territorio nacional*⁴⁷. Este Decreto rompe con el esquema de la norma anterior afirmando el principio de libertad de instalación, ampliación y traslado de toda clase de industrias. Un principio muy matizado después por el propio texto que, de un modo confuso, establece regímenes diferenciados según tipos de establecimientos industriales. Dirigido a «orientar, facilitar y estimular» la creación de nuevas empresas, así como a la «modernización y reestructuración» de las existentes, obliga, sin embargo, a que ello se realice «dentro de los criterios indicativos que deben informar la planificación de desarrollo económico a través de la determinación de características técnicas»⁴⁸.

En síntesis, el Decreto definía tres regímenes con diverso grado de ordenación:

- Industrias cuya instalación, ampliación o traslado requieren autorización administrativa previa. En él se incluían aquellas relacionadas con la actividad minera y extractiva, industrias de servicios públicos de agua, gas y electricidad y, en general,

⁴⁵ Sebastián MARTÍN-RETORTILLO ha criticado muy duramente una ordenación económica que él considera «frente a la empresa», en la que «late un inequívoco recelo, desconfianza incluso, hacia la empresa privada» y que se extiende de forma «indiscriminada», innecesaria y entorpecedora de la gestión empresarial. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, «Las nuevas perspectivas de la Administración económica y la empresa», en VVAA (dir. VERDERA Y TUELLS, Evelio), *El nuevo derecho de la empresa. Jornadas sobre el nuevo derecho de la empresa. Organizadas por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid de 18 al 22 de mayo de 1987 con motivo de su Centenario*, Forum Cámara, Madrid, 1989, pp. 73 y 77.

⁴⁶ Suele considerarse que el primer paso liberalizador lo constituye el *Decreto-Ley 10/1959, de 21 de julio, de ordenación económica* (cit.). Sin embargo, no aludiremos separadamente al mismo en la medida en que se centra en aspectos de política monetaria dirigidos a facilitar el comercio exterior (regulación del mercado de divisas, normas sobre convertibilidad de la peseta, ...) y carece de relevancia desde el punto de vista de la seguridad industrial.

⁴⁷ BOE 25/1963, de 29 de enero.

⁴⁸ Preámbulo del Decreto 157/1963, de 26 de enero.

- industrias que bien por su objeto, bien por su relevancia en la economía nacional estaban sometidas a una tutela pública intensa. De igual modo se requería autorización administrativa para aquellas industrias que, pertenecientes al grupo posterior, no se ajustasen a las condiciones técnicas y de dimensiones mínimas.
- Industrias cuya instalación o ampliación exigen el cumplimiento de determinadas condiciones técnicas o de dimensión mínima a establecer por el Ministerio de Industria. El art. 2 enumeraba el listado de actividades y establecimientos industriales afectados que, en este caso, era susceptible de extenderse a sectores industriales inicialmente no previstos cuando las circunstancias lo aconsejasen.
 - Industrias cuya instalación, ampliación y traslado es libre, precisándose únicamente la inscripción en el Registro Industrial y siempre con cumplimiento de las normas de policía industrial contenidas en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

Este esquema clasificatorio, aunque más claro y ordenado, se mantuvo en el *Decreto 1775/1967, de 22 de julio, sobre el régimen de instalación, ampliación y traslado de industrias*⁴⁹ que se ocupó, además, de aportar una regulación pormenorizada de los procedimientos y del Registro Industrial, y ciertas previsiones en materia sancionadora.

La clasificación en los tres grupos mencionados pervivió en el tiempo, aunque con tendencia creciente a ir engrosando los listados de las industrias emplazadas en las dos primeras categorías⁵⁰. Este hecho permite afirmar que el pretendido afán liberalizador fue exclusivamente formal, casi ficticio, por cuanto la libertad de instalación, ampliación y traslado de industrias jugaba únicamente respecto de uno de los grupos, el tercero, que a cada paso se hacía más exiguo⁵¹.

⁴⁹ BOE 176/1967, de 25 de julio.

⁵⁰ FERNÁNDEZ FARRERES hace notar que «la clave de todo el entramado radicaba precisamente en el grupo segundo» que «a través del mecanismo de las llamadas condiciones técnicas y dimensiones mínimas quedaba igualmente sometido a una profunda intervención y ordenación administrativa». Citando a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, recalca que el establecimiento de mínimos actuaba como llave del sistema, de suerte que ésta se abría o cerraba según el Estado tratara de ampliar, reducir o mantener el número de industrias de cada sector. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, «Industria», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (dir.), *Derecho Administrativo Económico II*, La Ley, Madrid, 1991, p. 437.

⁵¹ Las reclasificaciones se realizaron a través de Ordenes ministeriales y, de forma importante, mediante *Decreto 2072/1968, de 27 de julio, por el que se clasifican determina-*

- b) *Real Decreto 378/1977, de 25 de febrero, sobre medidas liberalizadoras en materia de instalación, ampliación y traslado de industrias*⁵². El establecimiento de las condiciones mínimas característico del sistema descrito terminó por convertirse en un obstáculo para el desarrollo industrial, circunstancia que teóricamente sirvió de base para la modificación del régimen anterior mediante este Real Decreto que, en su art. 1, afirmaba la libertad de instalación, ampliación y traslado de toda clase de industrias, salvadas las excepciones que el propio texto especificaba en sus tres artículos siguientes.

Sin embargo, y al igual que en ocasiones precedentes, dicha liberalización fue sólo aparente. El número y naturaleza de los supuestos excepcionados convertía el principio de libertad en pura entelequia, pues se excluían del mismo amplísimos sectores e industrias bien por regularse mediante disposiciones específicas (art. 2), bien porque se sometían a autorización administrativa (art. 3), bien por hallarse comprendidos en la categoría de «Empresas declaradas de interés preferente» o por haber suscrito «compromisos de acción concertada con la Administración» (art. 4).

- c) *Real Decreto 2135/1980, de 26 de septiembre, sobre liberalización industrial*⁵³. La aparición de la CE determinó la necesidad de una reforma en el régimen que hasta el momento estaba vigente. Tal y como reconoce el Preámbulo de este Decreto,

«la liberalización industrial [...] necesita, tras la publicación de la Constitución, un ámbito más amplio, a fin de atender a la necesidad de instrumentar el principio de libertad empresa definiendo un régimen de libre instalación, ampliación y traslado de industrias que, con las excepciones fundamentadas en el interés económico general de la defensa nacional, propicie iniciativas empresariales imprescindibles en la situación económica actual».

De acuerdo con esta necesidad, el texto eliminó la autorización administrativa previa para un número apreciable de industrias (salvo las excepciones contenidas en el art. 1) y trató de simpli-

das industrias a efectos de su instalación, ampliación y traslado (BOE 209/1968, de 20 de agosto). Una simple aproximación a las listas que enumera esta norma permite advertir que la mayor parte de los establecimientos industriales estaban sometidos bien a autorización, bien al cumplimiento de las condiciones técnicas y de dimensión mínima que imponía el Ministerio de Industria.

⁵² BOE 64/1977, de 16 de marzo.

⁵³ BOE 247/1980, de 14 de octubre.

ficar el procedimiento suprimiendo ciertos trámites. En este punto, el art. 2.3 establecía que «la puesta en funcionamiento de las industrias no necesitará otro requisito que la comunicación a la Administración de la *certificación expedida por técnico competente, en la que se ponga de manifiesto la adaptación de la obra al proyecto y el cumplimiento de las condiciones técnicas y prescripciones reglamentarias que en su caso correspondan*». Dicho certificado constituía también título suficiente para la inscripción en el Registro Industrial (art. 2.4).

Por lo demás, el Decreto fijaba amplias facultades de inspección «con el fin de comprobar y vigilar el cumplimiento de las reglamentaciones técnicas y de las normas aplicables», de suerte que el incumplimiento de éstas podía dar lugar a la paralización inmediata de la actividad industrial (art. 3.1 y 2).

- d) *Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales*⁵⁴. Después de la CE, la incorporación de España a las Comunidades Europeas se convirtió en un nuevo catalizador del proceso liberalizador. Así lo expresa el Preámbulo de este RD-Ley:

«Esta adhesión provoca, como efectos más destacados, la creciente liberalización de ampliación de mercados y la posibilidad de una mejor asignación de recursos a efectos de generar un incremento del crecimiento y bienestar. Las oportunidades que la adhesión a las Comunidades abre a nuestra economía deben ser aprovechadas. Por ello, las orientaciones de la política económica deben orientarse a facilitar una respuesta ágil mediante la creación del entorno institucional adecuado desde los primeros momentos de la incorporación.»

Las medidas que esta norma incorpora son de carácter eminentemente procedimental tendentes a la simplificación de trámites administrativos. Destaca, en todo caso, el establecimiento de la regla del silencio positivo para todas aquellas peticiones de instalación, traslado y ampliación de empresas que no hubieran sido resueltas expresamente en los dos meses siguientes a la solicitud. Esta regla quedaba exceptuada para las actividades enunciadas en el anexo del RD-Ley que, en consecuencia, mantenían la regla (en aquel entonces, general), del silencio negativo⁵⁵.

⁵⁴ BOE 73/1986, de 26 de marzo.

⁵⁵ La lista del anexo incluía 14 supuestos que, por lo demás, eran los lógicos puesto que se trataba de empresas pertenecientes a sectores de intervención pública tradicionalmente severa (industrias de explosivos, las de carácter militar y las relacionadas con la Defensa, la Banca, ...).

C. Principio de mínima intervención

Decíamos al principio de este estudio, que la actual normativa no busca sino el equilibrio entre «intervención» y «libertad»⁵⁶. En tal sentido, las disposiciones obligatorias que configuran la seguridad industrial implican la traslación a este ámbito del problema de los límites de la ordenación administrativa en relación con la libertad de empresa constitucionalmente garantizada⁵⁷.

Buena parte de la doctrina considera que la Constitución económica española ampara una potestad genérica de intervención pública en la economía⁵⁸ que, en última instancia, encuentra su punto de apoyo en la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho. Desde esta perspectiva, la intervención pública constituiría un elemento⁵⁹ del propio

⁵⁶ Como expresa MARTÍN MATEO «el punto de inflexión de la curva de los derechos individuales y de los intereses colectivos es algo improcesable anticipadamente y que demanda la obra del legislador y los criterios del tribunal constitucional», y recuerda «que todo el derecho público económico va expresamente dirigido a recordar el libre albedrío de los sujetos por él afectados». MARTÍN MATEO, Ramón, *Derecho Público de la Economía*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1985, pp. 30-31.

⁵⁷ GAMERO ha puesto de manifiesto que el derecho a la libertad empresa del art. 38 CE sería susceptible de una triple «calificación», a saber: «la de derecho constitucional, la de garantía institucional o de instituto y la de libertad pública», llegando a la conclusión de que ni en el régimen, ni en la protección jurídica hay variaciones sustanciales entre ellas. GAMERO CASADO, Eduardo, *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 88-91.

⁵⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en VVAA (dir. RAMÍREZ, Manuel), *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Librería Pórtico, Zaragoza, 1979, p. 46; GARCÍA ECHEVARRÍA, Santiago, «El orden económico en la Constitución», *Libre Empresa*, año II, núm. 8, septiembre-octubre 1978, pp. 20-23 y 42-46; GAMERO CASADO, Eduardo, *op. cit.*, p. 82; BREY BLANCO, José Luis, «Ideologías políticas y modelo socioeconómico constitucional», en VVAA (Dirección del Servicio Jurídico del Estado), *XV Jornadas de Estudio. El sistema económico en la Constitución Española*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, vol. I, p. 106.

⁵⁹ La doctrina difiere en el modo de calificar esta cláusula en relación con la potestad de intervención pública. OJEDA MARÍN entiende que la «cláusula de Estado social», relacionada con la idea de «Administración conformadora del orden social», constituye un «principio estructural». OJEDA MARÍN, Alfonso, *Estado Social y crisis económica*, Editorial Complutense, Madrid, 1993, pp. 26 y 78. ARAGÓN REYES, por contra, hace notar que estamos ante un «principio jurídico puramente material» y no estructural, «un principio orientador de la actuación del Estado», del que «no cabe derivar exigencias organizativas, sino cumplimiento de fines». ARAGÓN REYES, Manuel, *Libertades económicas y Estado Social*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1995, pp. 126-127.

COSCULLUELA, por su parte, subraya que el «Estado Social de Derecho no constituye en sí mismo un modelo diverso al Estado de Derecho» y considera que es esta cláusula de Estado de Derecho la que determina que la primacía de los intereses generales establecida constitucionalmente justifique la intervención de los Poderes Públicos para definir y garantizar los mismos. COSCULLUELA MONTANER, Luis, «Reflexiones sobre los presupuestos

modelo económico constitucional dirigido tanto a la corrección de las disfunciones inherentes a un sistema de economía de mercado no sometido a restricciones⁶⁰, como a la consecución de los fines económicos y sociales previstos en la Norma Fundamental⁶¹.

Circunscribiéndonos al ámbito estricto de este estudio, y a la luz de estos apuntes previos, debemos partir de que la intervención pública en materia industrial está presidida por la búsqueda de intereses públicos de muy distinto carácter. Por un lado, y en cuanto sector económico de primer orden para el desarrollo del país, presenta una vertiente macroeconómica insoslayable que determina su conversión en objeto prioritario de la política económica⁶². No obstante, y junto a lo anterior, en la industria aparecen implicados intereses generales más específicos que justifican, a su vez, medidas interventoras de diferente cariz y que, sin perder su adjetivación «general», se materializan en objetivos públicos concretos.

Ambas facetas se hallan también en la submateria de la seguridad industrial e igualmente ambas, quedan concernidas por el principio de intervención mínima. Un principio que encontraría sus raíces en los siguientes elementos:

1. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO LÍMITE

Siguiendo a MARTÍN-RETORTILLO podemos afirmar que «el derecho a la libertad de empresa es una de las expresiones del derecho de libertad», hecho este que conlleva una triple consecuencia: «carácter restrictivo de todas las medidas limitativas de la libertad; exigencia de que sean proporcionadas a los fines que se pretenden alcanzar; y sometimiento de las mismas al principio de igualdad»⁶³.

constitucionales y de Derecho Comunitario Europeo y los principios generales del Derecho Público Económico», en VVAA (coord. Cosculluela Montaner, Luis), *Estudios de Derecho público económico. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas/Endesa/Ibercaja, Madrid, 2003, pp. 111-112.

⁶⁰ BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 142-144.

⁶¹ ASCARELLI, Tulio, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Publicaciones del Real Colegio de Bolonia en España, Bosch, Barcelona, 1970, pp. 24-25; PUCHADES NAVARRO, Miguel, «La Constitución económica», en VVAA (ed. ALVAREZ CONDE, Enrique), *Diez años de régimen constitucional*, Universidad de Valencia/ Tecnos, Madrid, 1989, pp. 58 y 61.

⁶² Cabe recordar en este punto, toda la problemática provocada por la reconversión industrial y la jurisprudencia constitucional que la acompaña y que se condensa en el FJ Cuarto de STC 29/1986, de 20 de febrero (cit.).

⁶³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, La Ley, Madrid, 1988, p. 171.

Tanto la ley estatal como la autonómica enfatizan el principio de libertad de ejercicio de actividades industriales erigiéndolo en norma de cabecera, de suerte que cualquier limitación al mismo (ya por razones de interés público ya en cumplimiento de normativa internacional) se entiende como excepción al mismo⁶⁴. No en vano, la LI dispone como primero de sus fines, la «garantía y protección del ejercicio de la libertad de empresa industrial» (art. 2 LI).

En idéntica línea se sitúa el principio de libertad de comercialización de aparatos, equipos o productos industriales, que no encuentra más restricciones que las derivadas del cumplimiento de las normas de seguridad industrial que, en su caso, existan (art. 6.1 LIE).

2. LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO Y DE LA COMPETITIVIDAD COMO OBJETIVO DE LA POLÍTICA ECONÓMICA. NUEVO ENFOQUE Y ENFOQUE GLOBAL

FONT GALÁN ha señalado que el art. 38 CE posee cuatro «*valores normativos concurrenciales*»: «valor de mercado», «valor de concurrencia y competitividad empresarial», «valor de productividad empresarial» y, finalmente, «valor de adecuación socioeconómica de la actividad empresarial»⁶⁵; y si bien los mismos no deben ser entendidos en términos absolutos, parece indudable que se han visto reforzados desde los parámetros impuestos por el Derecho Comunitario europeo. En esta línea, MUÑOZ MACHADO advierte que el fortalecimiento del mercado constituye «una característica de la nueva orientación de la intervención pública en la economía», basada en la competitividad como factor «clave para el crecimiento y el desarrollo» y que convierte al mercado en «el lugar más idóneo para

⁶⁴ Art. 4.2 LIE. Elocuentemente este artículo responde al rótulo «Régimen general de autorización y funcionamiento de las actividades industriales».

Por lo que respecta a la LI, el art. 4.1 reconoce la libertad de establecimiento para la instalación, ampliación y traslado de actividades industriales.

⁶⁵ Atendiendo a los mismos se produciría una suerte de «autorización constitucional para legitimar (...) una política económica de intervención (legalmente establecida) de la actividad de competencia empresarial en la que —sin merma del contenido esencial del derecho de la libertad de empresa— se fijen las condiciones o modalidades de la actividad de competencia y los objetivos e intereses socioeconómicos que, en razón de las «exigencias de la economía general», no pueden ser transgredidos o perjudicados en el ejercicio de dicha actividad concurrencial». FONT GALÁN, Juan Ignacio, «El modelo normativo de la competencia empresarial: una relectura constitucional», en VVAA (dir. VERDERA Y TUÉLLS, Evelio), *El nuevo derecho de la empresa. Jornadas sobre el nuevo derecho de la empresa. Organizadas por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid de 18 al 22 de mayo de 1987 con motivo de su Centenario*, Forum Cámara, Madrid, 1989, pp. 145-151.

la creación de bienes y servicios y para la satisfacción de las necesidades generales»⁶⁶.

A priori, el emparejamiento «intervención pública» y «mercado» puede resultar chocante porque, comúnmente, la primera se contempla como contrapunto indispensable frente a los desmanes del segundo. Es el tipo de intervención que podríamos denominar *directa* o *inmediata* en cuanto el objetivo primario al que se dirige es la defensa de las reglas internas que conforman el mercado y permiten reconocerlo como tal (en esta faceta se enmarcarían las normas de defensa de la competencia, prohibición de prácticas colusorias, etc.). Sin embargo, podemos identificar otro tipo de procesos que, aunque tendentes a fines próximos distintos, terminan por consolidar el intercambio y el marco en el que éste se desenvuelve. En este grupo se encuadran ciertas técnicas de fomento y, en general, las *intervenciones de signo positivo* que, en todo caso, no pueden suponer privilegios vulneradores de los márgenes que imponen las reglas internas del mercado a las que antes aludíamos.

Llegados a este punto, debemos preguntarnos qué significado posee el principio de intervención mínima en materia de seguridad industrial, cuál es su pretensión última y, fundamentalmente, cómo se engarza en el esquema general antedicho.

En primer lugar, la afirmación de tal principio en la letra de la ley parece dirigida a reconducir una situación que se estima inadecuada, de manera que, aun considerando que las normas de seguridad industrial son imprescindibles para la preservación de ciertos bienes jurídicos, *se parte de que el quantum y/o la intensidad de los mecanismos de intervención no son los apropiados*. En otras palabras, *el principio*, en cuanto no surge de la nada, *aparentemente está llamando a la desintervención* y al «repliegue administrativo» en el que aquella consiste.

Según hemos comentado con anterioridad, en esta idea juega un papel importante, sin duda, el necesario respeto a la libertad de empresa; pero este derecho —al igual que todos—, no es incondicionado o absoluto y puede estar sometido a intervención pública siempre que la misma no supere el núcleo infranqueable de su contenido esencial (art. 53.1 CE). Desde este punto de vista, las normas de seguridad industrial existentes hasta el momento nunca se han conside-

⁶⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Los límites constitucionales de la libertad de empresa», en VVAA (coord. COSCULLUELA MONTANER, Luis), *Estudios de Derecho público económico. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas/Endesa/Ibercaja, Madrid, 2003, p. 139.

rado gravosas hasta el extremo de entenderlas inconstitucionales por tal motivo⁶⁷.

Ello nos lleva a la búsqueda de razones adicionales; razones que encuentran su fundamento en el Derecho Comunitario Europeo. No es preciso insistir en la vuelta de tuerca que nuestra incorporación a la Unión Europea ha supuesto para la apertura en el modo de operar de las libertades fundamentales del espacio común. El aspecto que más profusamente se realiza es el relativo a la eliminación de trabas, en el que juega un papel esencial la unificación de modelos interventores y la tendencia a la homogeneización de los instrumentos públicos de ordenación. Esta vertiente es singularmente significativa en materia de industria, como pone de relieve la Exposición de Motivos de la LI:

«También cumple la Ley la necesidad de adaptar la regulación de la actividad industrial en España a la derivada de nuestra incorporación a la Comunidad Económica Europea y la constitución del mercado interior, lo que implica, entre otras consecuencias, la necesidad de compatibilizar los instrumentos de la política industrial con los de la libre competencia y circulación de mercancías. En materia de seguridad y calidad industriales, se tiene particularmente en cuenta el objetivo de eliminación de barreras técnicas a través de la normalización y la armonización de las reglamentaciones e instrumentos de control, así como el nuevo enfoque comunitario basado en la progresiva sustitución de la tradicional homologación administrativa de productos por la certificación que realizan empresas y otras entidades, con la correspondiente supervisión de sus actuaciones por los poderes públicos».

En un intento de evitar los escollos que para la libertad de establecimiento y, fundamentalmente, para la libre comercialización de productos supone el que cada Estado disponga de técnicas propias, surgen

⁶⁷ Ciertamente, la determinación del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa encierra enormes dificultades, reconocidas por el propio TC [STC (Pleno) 37/1987, de 26 de marzo, FJ Quinto; *BOE* 89/1987, de 14 de abril].

ROJO, cuyas tesis son probablemente las que mayor predicamento han tenido entre la doctrina, distingue en el mismo un triple aspecto: libertad de acceso al mercado, libertad de ejercicio o permanencia en el mercado y libertad de cesación o de salida del mismo. ROJO, Angel, «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 169-170, julio-septiembre 1983, pp. 327-335.

Sin embargo, no faltan quienes afirman que la concreción del contenido esencial del derecho del art. 38 CE es tarea «imposible» [SÁNCHEZ-BELLA CARSWELL, Alfredo, «El principio de libertad de empresa», en VVAA, *La Constitución Española. Lecturas para después de una década*, Editorial de la Universidad Complutense/Fundación para la Libertad y la Democracia, Madrid, 1989, p. 220; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho Administrativo ...*, *op. cit.*, p. 85] o, incluso, quienes niegan la posibilidad de definirlo a priori [GAMERO CASADO, Eduardo, *op. cit.*, p. 98].

las llamadas Directivas de Nuevo Enfoque de reglamentación de los productos y de Enfoque Global de la evaluación de conformidad, cuyo elemento común «reside en que *limitan la intervención pública a lo esencial y ofrecen a la industria la mayor gama de opciones posibles respecto a la forma de cumplir sus obligaciones públicas*»⁶⁸.

Sin pretender realizar un estudio pormenorizado de dichas Directivas, debemos, sin embargo, destacar el importante cambio efectuado como consecuencia de ellas en el ámbito de la seguridad y calidad industrial. Vayamos por partes:

Desde las instituciones comunitarias se reconocía que «los objetivos perseguidos por los Estados miembros para la protección de la seguridad y de la salud de sus ciudadanos, e igualmente para la protección de los consumidores» eran en principio «equivalentes»⁶⁹. Sin embargo, y paralelamente, se advirtió que la existencia de reglamentaciones técnicas e instrumentos públicos diferentes en los distintos Estados constituía un obstáculo tanto para la fluidez del intercambio, como para la competitividad empresarial. En tal sentido, la búsqueda de vías que unificaran no sólo criterios, sino también técnicas interventoras se ha ido orientando hacia la creación de un «medio ambiente técnico común a todas las empresas»⁷⁰ que, sin embargo, era preciso conciliar con los requerimientos de seguridad exigibles.

Por tanto, y en el marco de los arts. 28 y 30 Tratado CE⁷¹, la preocupación constante por mantener los estándares de seguridad debía compatibilizarse con la prohibición de prácticas restrictivas de la competencia y medidas de efecto equivalente. Esta tarea determinó la adopción de una serie de «orientaciones relativas a una nueva aproximación

⁶⁸ COMISIÓN EUROPEA, «Introducción» de la *Guía para la aplicación de las Directivas basadas en el Nuevo Enfoque y en el Enfoque Global*. Bruselas, 1999, p. 8.

⁶⁹ Anexo I («Conclusiones relativas a la normalización aprobadas por el Consejo el 16 de julio de 1984») de la *Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985*, relativa a la nueva aproximación en materia de armonización y de normalización (DOCE núm. C 136, de 4 de junio de 1985).

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ De acuerdo con el art. 28 TCE «Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente», si bien dicha prohibición, y conforme al art. 30 TCE «no será obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros». Versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, DOCE núm. C 325 de 24 de diciembre de 2002.

en materia de armonización técnica y de normalización» (Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985) cuyo primer principio sienta que tal armonización legislativa se limitará a las exigencias esenciales de seguridad (u otras de interés colectivo) a las cuales deberán corresponder los productos puestos en el mercado, y que, en consecuencia y por este hecho, deberán beneficiarse de la libre circulación en la Comunidad⁷². A partir, pues, desde ese momento las Directivas tendentes al mencionado objetivo (y conocidas como de Nuevo Enfoque) deben subrayar una serie de principios⁷³ y estructurarse de acuerdo con una serie de elementos⁷⁴, que, a la postre, instauran un sistema que trata de sustituir

⁷² Anexo II (Orientaciones relativas a una nueva aproximación en materia de armonización técnica y de normalización), Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985, cit.

⁷³ De entre ellos destacamos los dos primeros:

- «Corresponderá a los Estados miembros garantizar en su territorio la seguridad (en el hogar, en el lugar de trabajo, etc.) de las personas, de los animales domésticos y de los bienes, o el cumplimiento de otras exigencias esenciales de la protección del interés colectivo, tales como la protección de la salud del consumidor, del medio ambiente, etc., respecto de los riesgos que sean el objeto de la directiva.
- Las disposiciones nacionales que asegurarán dicha protección deberán estar armonizadas para garantizar la libre circulación de las mercancías, sin que se rebajen los niveles existentes y justificados de protección en los Estados miembros.»

Anexo II («Esquema que contiene los principios y elementos principales que deberán constituir el núcleo de las Directivas: A) Justificantes»), *Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985*, cit.

⁷⁴ Esquemáticamente, los elementos más importantes son los que siguen:

- a) Campo de aplicación. Definiendo la gama de productos cubiertos y la naturaleza de los riesgos que se pretenden prevenir, la aproximación debe tender a evitar la proliferación de directivas sobre productos específicos, si bien cabe la superposición de varias directivas referentes a distintos tipos de riesgos para la misma categoría de productos.
- b) Las Directivas contendrán las exigencias esenciales de seguridad que habrán de cumplir los productos regulados por las mismas, que serán redactadas con la suficiente precisión para que al transponerse al derecho nacional puedan constituir obligaciones sancionables, así como para que los organismos de certificación puedan emitir la pertinente certificación para la comercialización del producto. El cumplimiento de dichas exigencias esenciales de seguridad inicia la aplicación de la cláusula general de puesta en mercado.
- c) Los Estados miembros deben presuponer que los productos certificados de acuerdo con normas armonizadas cumplen con las exigencias esenciales de seguridad y, como regla general, no podrán someterlos a un control previo.
- d) Cláusula de salvaguarda. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas oportunas para retirar o prohibir la puesta en el mercado o restringir la circulación de cualquier producto certificado que amenace con comprometer la seguridad de las personas, de los animales domésticos o de los bienes.
- e) Los medios de certificación a los que podrán recurrir los profesionales del sector son:
 - 1) certificados o marcas de conformidad entregados por una tercera parte; 2) los re-

las clásicas homologaciones y normalizaciones por certificaciones de conformidad⁷⁵.

Este diseño debía completarse con «la creación de las condiciones necesarias para el funcionamiento del principio del reconocimiento recíproco de las pruebas de conformidad, tanto en el ámbito reglamentario [en referencia a la seguridad], como en el no reglamentario [relativo a la calidad]» y a tal fin, la Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1989 determinó las directrices de la política europea en materia de evaluación de conformidad⁷⁶. Estamos ya ante lo que se conoce como Enfoque Global que, completado por la Decisión del Consejo 90/683/CEE⁷⁷, sustituida a su vez por Decisión del Consejo 93/465/CEE⁷⁸, se dirige a establecer procedimientos de evaluación remitidos a módulos que difieren de acuerdo con la fase de desarrollo del producto (diseño, fabricación), el tipo de evaluación que se realiza (homologación, calidad, ...) y la persona que lleva a cabo la evaluación (el fabricante o un tercero).

Esquematisando los aspectos más destacables de todo lo comentado, podemos decir:

- a) La seguridad, en cuanto dirigida a la protección de las personas y los bienes, constituye un imperativo insoslayable que, sin em-

sultados de pruebas efectuadas por una tercera parte; 3) la declaración de conformidad entregada por el fabricante o su mandatario establecido en la Comunidad, pudiendo exigirse que este medio vaya acompañado de un sistema de vigilancia; y 4) otros medios de certificación definidos, en su caso, por la Directiva. En cualquier caso, la elección entre los medios mencionados puede ser limitada, incluso suprimida, dependiendo de la naturaleza del producto y los riesgos a evitar.

⁷⁵ La «Guía para la aplicación de las Directivas basadas en el Nuevo Enfoque y en el Enfoque Global» (cit) hace notar que el proceso de armonización legislativa fue al principio lento por dos razones: «En primer lugar, la legislación adquirió un carácter altamente técnico, ya que tenía por objeto satisfacer cada uno de los requisitos de cada categoría de productos. En segundo lugar, la adopción de las directivas de armonización técnica requería unanimidad en el seno del Consejo.» (p. 9)

⁷⁶ La cita literal corresponde a la mencionada en el texto Resolución del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a un planteamiento global en materia de evaluación de conformidad (*DOCE* núm. C 010, de 16 de enero de 1990).

⁷⁷ Decisión del Consejo 90/683/CEE, de 13 de diciembre de 1990, relativa a los módulos correspondientes a las diversas fases de los procedimientos de evaluación de la conformidad que van a utilizarse en las Directivas de armonización técnica; *DOCE* núm. L 380 de 31 de diciembre de 1990 (rectificación publicada en *DOCE* núm. L 115 de 8 de mayo de 1991).

⁷⁸ Decisión del Consejo 93/465/CEE, de 22 de julio de 1993, relativa a los módulos correspondientes a las diversas fases de los procedimientos de evaluación de conformidad y a las disposiciones referentes al sistema de colocación y utilización del marcado «CE» de conformidad, que van a utilizarse en las directivas de armonización técnica; *DOCE* núm. L 220 de 30 de agosto de 1993.

bargo, ha de compatibilizarse con los principios y libertades básicas de la Unión Europea. Dichos imperativos de seguridad, cuya responsabilidad última corresponde a cada Estado, se materializaban en reglamentaciones técnicas que, siendo en ocasiones dispares, dificultaban la libre circulación y constituían un obstáculo para la competitividad empresarial.

b) Desde este planteamiento, el objetivo era claro: sin renunciar a la seguridad, debía arbitrarse un sistema favorecedor del intercambio y de la competitividad y que, en suma, coadyuvara al fortalecimiento del mercado. Este sistema puede describirse gráficamente como un engranaje de contrapesos en el que, a cada lado de la balanza, se sitúan los siguientes elementos:

- 1) *Seguridad*. Que se concreta en el establecimiento por la normativa comunitaria de los requisitos esenciales para garantizar la misma y a los cuales deben remitirse las reglamentaciones estatales. Asimismo, y en previsión de que pudieren darse circunstancias especiales, se contempla una cláusula de salvaguarda que habilita a los Estados para limitar, incluso prohibir y retirar de la circulación, productos que amenacen la seguridad. Por otro lado, los productos deberán contar para su comercialización con certificados que acrediten el cumplimiento de esa normativa de mínimos.
- 2) *Fortalecimiento del mercado*, en un doble aspecto: eliminación de trabas a la libre circulación y creación de un entorno favorable para la competitividad empresarial. Atendiendo a este objetivo se crean una serie de mecanismos de diverso carácter:

—Precisiones terminológicas: dado que las nociones que se manejan no siempre responden a idénticos contenidos, se procede a unificar la terminología empleada para hablar de «producto», «reglamentación técnica», «especificación técnica», «norma», «programa de normalización», etc.

—Mecanismo procedimental: con el fin de garantizar «la mayor transparencia posible de las iniciativas nacionales destinadas al establecimiento de normas o reglamentos técnicos»⁷⁹ y considerando que «para aprovechar mejor las ventajas del mercado, es necesario que las empresas estén informadas», y que «los operadores económicos puedan

⁷⁹ Considerando 3.º, Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 (cit.).

- dar a conocer su apreciación sobre la repercusión de las reglamentaciones técnicas nacionales proyectadas por otros Estados miembros»⁸⁰, se crea un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas. Dicho procedimiento se basa en la notificación por los Estados de cualquier proyecto de reglamentación técnica y en el establecimiento de períodos de demora —variables según los casos— que obligan a aplazar la adopción de tales reglamentaciones en tanto en cuanto no se pronuncien otros Estados y las propias instituciones comunitarias.
- Establecimiento de un mínimo común para todos los Estados miembros relativo a las exigencias esenciales que deben reunir los productos para ser comercializados.
 - Creación de un sistema unificado de certificación (marcado «CE»).
 - Presunción de conformidad, según la cual, los productos certificados deben entenderse conformes a las reglamentaciones técnicas, de suerte que podrán ser comercializados en el espacio común de acuerdo con el régimen general de libertad de circulación.
 - Posibilidad de elección. Teniendo en cuenta que «dicha conformidad debe ser garantizada sin imponer cargas inútiles a los fabricantes, a través de procedimientos claros y comprensibles»⁸¹, debe dejarse al fabricante «la mayor libertad de elección compatible con la necesidad de garantizar el respeto a las exigencias»⁸², evitando «imponer innecesariamente aquellos módulos que representen una carga excesiva en relación con los objetivos»⁸³ que se proponen. Al efecto se establecen diversos medios de certificación a elegir por el fabricante; elección que puede ser reducida, incluso suprimida, dependiendo del producto y de los riesgos a evitar.
 - Certificación a través de organismos que, bajo supervisión pública, son los encargados de evaluar la conformidad de los productos e instalaciones con las exigencias de seguridad.

⁸⁰ Considerando 7.º, *Ibidem*.

⁸¹ Considerando 5.º, Decisión del Consejo 93/465/CE, de 22 de julio de 1993 (cit.).

⁸² Orientación general A) f) Anexo («Procedimiento de evaluación de la conformidad y de marcado «CE» en las directivas de armonización técnica. I. Orientaciones generales»), Decisión del Consejo 93/465/CE, de 22 de julio de 1993 (cit.).

⁸³ Orientación general A) g), *ibidem*.

V. Los instrumentos jurídicos de intervención administrativa en la Seguridad industrial

A. Consideraciones Previas

El principio de intervención mínima al que acabamos de hacer referencia encuentra teórico reflejo en los mecanismos públicos de intervención en relación con un triple aspecto:

- a) En su *cantidad* por cuanto se disminuye el número de limitaciones impuestas.
- b) En su *carácter e intensidad*, en la medida en que, frente a las técnicas interventoras tradicionalmente empleadas en este ámbito, se opta preferentemente por otras menos restrictivas, dejando las anteriores para supuestos excepcionales. Así ocurre con las clásicas *autorizaciones* que, aunque subsistentes, quedan relegadas a un segundo plano.
- c) En el mayor *protagonismo de los agentes privados* que, sin olvidar la responsabilidad pública sobre la seguridad y la consiguiente supervisión administrativa que ello acarrea, se proyecta en dos sentidos: por un lado, y en términos generales, al fabricante se le posibilita la elección sobre el modo de acreditación y certificación; por otro, las labores propias del ámbito de la seguridad industrial se ejercitan en buena medida a través de organismos privados que, actuando facultades públicas por delegación, materializan de algún modo el principio de participación en la esfera industrial.

B. Actividad Registral: el Registro de Establecimientos Industriales

Del análisis de los antecedentes resulta que la actividad registral ha sido una constante en la ordenación industrial. Instrumento orientado a la obtención de información⁸⁴, el denominado Registro de Establecimientos Industriales se configura como un registro administrativo, de carácter público, cuya inscripción constituye un requisito previo e imprescindible para el ejercicio de cualquier actividad industrial (arts. 4.3 y 5.1 LIE).

⁸⁴ Así lo evidencia el art. 5.2 LIE que señala: «La inscripción en el registro produce efectos en toda la Comunidad Autónoma. Su función principal es la de ser el instrumento administrativo destinado a disponer de la información necesaria para la seguridad industrial, así como sobre las actividades industriales y de servicios relacionados con ellas.»

Hemos de recordar que la competencia autonómica de ejecución en la materia no obsta la existencia de un Registro estatal. Así lo ha reconocido el TC en los siguientes términos:

« [...] el Estado, en virtud de sus competencias normativas, puede establecer y regular el régimen jurídico del Registro unitario, fijando las directrices técnicas y de coordinación necesarias para garantizar la centralización de todos los datos, aunque esta regulación no puede desconocer las competencias ejecutivas que corresponden a las Comunidades Autónomas entre las que “debe considerarse incluida la de recibir, comprobar y conceder o denegar la inscripción en el único registro, así como los actos de rectificación, cancelación o revocación que en su caso proceda adoptar” (STC 236/1991); en estas cuestiones el Estado debe aceptar “el efecto vinculante entre las propuestas” que le dirijan las Comunidades Autónomas competentes (STC 17/1991, FJ 12)»⁸⁵.

La LI regula el Registro de Establecimientos Industriales de ámbito estatal cuyo fin, entre otros, consiste en «disponer de la información básica sobre las actividades industriales y su distribución territorial, necesaria para el ejercicio de las competencias atribuidas a las Administraciones Públicas en materia económica e industrial» [art. 21.1 a) LI] y servir de vehículo formal para la imprescindible coordinación entre la Administración General del Estado y las Administraciones autonómicas. Más específicamente dedicada a labores de coordinación e información mutua, la LI prevé la llamada Comisión de Registro e Información Industrial, órgano de composición mixta con representación de las Administraciones implicadas⁸⁶.

C. Control Previo: Autorizaciones y Acreditaciones

Tal y como hemos mencionado antes, la necesidad de obtener *autorización administrativa* se prevé como limitación del principio de libertad de establecimiento que preside la normativa industrial.

⁸⁵ FJ Cuarto b) de STC (Pleno) 203/1992, de 26 de noviembre; *BOE* 307/1992, de 23 de diciembre.

⁸⁶ La regulación del Registro de ámbito estatal y de esta Comisión de Registro e Información Industrial se encuentra en el Real Decreto 697/1995, de 28 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Establecimientos Industriales de ámbito estatal (*BOE* 128/1995, de 30 mayo 1995), modificado parcialmente por Real Decreto 85/1996, de 26 de enero, por el que se establece Normas para la aplicación del Reglamento (CEE) 1836/93, del Consejo, de 29 de junio, por el que se permite que las Empresas del Sector Industrial se adhieran con carácter voluntario a un Sistema Comunitario de Gestión y Auditoría Medioambientales (*BOE* 45/1996, de 21 febrero) y por Real Decreto 2526/1998, de 27 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento del Registro de Establecimientos Industriales de ámbito estatal (*BOE* 304/1998, de 21 diciembre).

Es sabido que la autorización constituye una de las técnicas de ordenación más clásicas y relevantes en el Derecho Administrativo que, por lo demás, ha dado lugar a una controversia doctrinal que hoy tiende a relativizarse⁸⁷. Tradicionalmente explicada por contraposición a las conocidas «concesiones administrativas», las características de una y otras no responden ya a moldes cerrados y homogéneos, de manera que, al margen de rótulos, lo primordial es el régimen jurídico particularmente establecido en cada caso⁸⁸.

Lo mismo ocurre con algunos criterios clasificatorios que se han manejado para catalogar la variada tipología de autorizaciones administrativas: así, y al igual que en otros ámbitos sectoriales, las autorizaciones en materia de industria son eminentemente regladas, si bien pueden contener también elementos discrecionales. No obstante, parece haber acuerdo en considerarlas autorizaciones *operativas y de funcionamiento*⁸⁹, calificaciones que entroncan con las facultades de inspección y control a posteriori que analizaremos en otro epígrafe.

Entrando ya en las previsiones normativas, se exige autorización para los siguientes supuestos:

—Los contemplados expresamente en la legislación vigente (art. 9.1 LIE). De manera más concreta pueden entenderse incluidos en

⁸⁷ DE LA CUÉTARA ha sintetizado el debate sobre la naturaleza jurídica de las autorizaciones, distinguiendo las tres perspectivas desde las que se ha estudiado la figura:

- a) Como acto administrativo por el que se levanta una prohibición general de la actividad en cuestión, expandiéndose así el ámbito genérico de la libertad individual.
- b) Como acto declarativo consistente en la remoción de los límites impuestos al ejercicio de un derecho subjetivo preexistente; límites de carácter precautorio frente al posible daño a un interés colectivo.
- c) Como título constitutivo de un derecho que no preexiste en el sujeto autorizado, sino que surge como consecuencia de la autorización. Esta fórmula se ajustaría más a la conceptualización generalmente dada a las concesiones administrativas.

DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, *La actividad de la Administración. Lecciones de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 258-259.

⁸⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *op. cit.*, pp. 269-272.

⁸⁹ Las autorizaciones operativas (contrapuestas a las «simples») van más allá de la mera pretensión de controlar la actividad autorizada, tratando de canalizarla hacia objetivos definidos por programas o planes sectoriales. Las denominadas autorizaciones por funcionamiento, a diferencia de las de «por operación», van referidas a actividades cuyo ejercicio se prolonga indefinidamente en el tiempo y, en consecuencia, crean cierto vínculo entre la Administración otorgante y el sujeto autorizado. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 1993, 4.ª ed., pp. 140-144. Otros autores funden ambas categorías en una única a la que denominan «autorizaciones operativas» o «de efecto continuado», asignándoles idéntico contenido. PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo I. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1999, 11.ª ed., pp. 439-440; DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, *op. cit.*, pp. 262-263.

este punto los especificados en el art. 4.2 LI, de modo que deberá obtenerse autorización: a) Cuando así lo establezca una Ley por razones de interés público; y b) Cuando se establezca reglamentariamente para el cumplimiento de obligaciones del Estado derivadas de tratados y convenios internacionales.

- «Instalaciones, aparatos, equipos o productos que por su diseño, destino, emplazamiento, ubicación o por cualquier otra circunstancia debidamente justificada no cumplan las prescripciones técnica vigentes, previa acreditación por el interesado de la adopción de medidas o de la imposición de requisitos alternativos que aporten equivalentes niveles de seguridad» (art. 9.3 LIE).

En los demás casos, el funcionamiento de dichas instalaciones, aparatos, equipos o productos «sólo requerirá la *acreditación*, ante el órgano competente, del cumplimiento de los requisitos y condiciones técnicas de seguridad reglamentariamente establecidos» (art. 9.2 LIE). Conforme al art. 12.2 LIE, la acreditación del cumplimiento de las disposiciones de seguridad podrá realizarse bien por declaración del titular de las instalaciones, fabricante, representante, distribuidor o importador del producto, bien por certificación o acta de agente colaborador⁹⁰, bien por cualquier otro medio de comprobación previsto en el Derecho Comunitario y en la legislación aplicable.

Esta figura ofrece ciertas concomitancias con las autorizaciones ya que, al igual que éstas, se enfocan en esencia a que la Administración tenga constancia del cumplimiento de las normas preceptivas relativas a una instalación, actividad o producto industrial. Sin embargo, y a diferencia de las anteriores, actúan más como técnica de información cualificada en la que la Administración se coloca en una posición en cierto modo pasiva. Se trata en suma de una comprobación *ab initio*, estrictamente reglada, de la observancia de la legalidad.

D. *Inspección y Control*

Es innegable que el cumplimiento de los requerimientos de la seguridad industrial carecería de sentido si únicamente se exigieran con carácter previo al ejercicio de la actividad y no se extendieran durante su vigencia. Así las cosas, el propio objeto de la seguridad y la óptima protección de los bienes jurídicos implicados, comportan necesariamente que las disposiciones obligatorias en que aquélla consiste se

⁹⁰ El art. 14 LIE se ocupa de los llamados «agentes colaboradores», cuestión a la que dedicamos un posterior epígrafe de nuestro trabajo.

mantengan en tanto en cuanto se prolongue en el tiempo la instalación, proceso o producto industrial. Con esa finalidad se atribuye la potestad de inspección⁹¹ y control que, en el ámbito industrial, constituye una facultad interventora de primer orden.

El análisis de los preceptos que la LIE dedica a estos extremos nos permite resaltar los siguientes aspectos:

- a) *Fórmulas de control. Su alcance y caracteres.* Conforme establece el art. 13.1 LIE, «el control del funcionamiento de las instalaciones, aparatos, equipos o productos sujetos a seguridad industrial que se efectúe por servicios técnicos dependientes de la Administración industrial (...) se realizará *vía auditoría o por muestreo*»⁹², y se ajustará a tres criterios fundamentales:

- Carácter *periódico* en función de los planes de auditoría o de control aprobados por los órganos competentes.
- Control *integral* que, en consecuencia, incluirá tanto las instalaciones, aparatos, equipos o productos industriales, como a los agentes intervinientes.
- El *grado de intervención* se evaluará de acuerdo a las demandas sociales y la siniestralidad y peligrosidad intrínseca de las instalaciones.

Independientemente de la previsión anterior, se contemplan una serie de supuestos en los que la administración industrial queda habilitada para intervenir de *forma directa*, mediante *funciones inspectoras y de control técnico* (art. 13.2 LIE):

- Cuando exista una norma que prevea con carácter preceptivo y obligatorio la referida intervención.
- Existencia de una denuncia fundada relacionada con la ejecución o funcionamiento de una instalación sujeta a reglamentación industrial y para cuyo esclarecimiento sea necesaria la realización de una inspección.

⁹¹ El art. 8 LI define «Inspección» como «La actividad por la que se examinan diseños, productos, instalaciones, procesos productivos y servicios para verificar el cumplimiento de los requisitos que le sean de aplicación».

⁹² En relación más específicamente con los productos industriales, el art. 6.2 LIE prevé que «el departamento competente en materia de industria promoverá planes y campañas de comprobación, mediante muestreo, del cumplimiento de las condiciones reglamentarias de seguridad de los productos industriales». Merece destacarse que tales planes y campañas pueden venir igualmente auspiciadas por la Administración General del Estado de conformidad con lo previsto en el art. 14.2 LI.

- En caso de accidente derivado del proceso de ejecución o de funcionamiento de una instalación sujeta a reglamentación industrial, siempre que se considere que la correspondiente inspección es necesaria para el esclarecimiento de los hechos o para la determinación de responsabilidades.
- b) *Las actas de inspección: contenido y efectos.* Cada visita de inspección efectuada encontrará oportuno reflejo en un acta en la que constarán los hechos y las alegaciones que, en su caso, hayan realizado los interesados.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que las facultades de control e inspección pueden ejercitarse directamente por la Administración industrial o indirectamente, a través de los agentes colaboradores a los que se refiere el art. 14 LIE. En ambos supuestos, las actas de inspección gozarán de «presunción de certeza y valor probatorio en relación con los hechos que consten en las mismas», sin perjuicio de que la consideración conjunta de las pruebas (aportadas de oficio o por los interesados) pueda contradecir el contenido de las mencionadas actas (arts. 13.4 y 14.3 LIE).

E. *La eventual adopción de Medidas Cautelares*

El riesgo derivado de la actividad industrial y sus productos resultantes exige en ocasiones una rápida respuesta pública en la que es preciso conciliar los intereses enfrentados: el que representa la seguridad de personas y bienes, por un lado, y los del titular de la actividad o productor, por otro. A tal fin se dirigen las medidas cautelares que la LIE contempla en dos supuestos:

- a) *Productos industriales en los que se aprecien defectos o deficiencias que supongan un riesgo de daños a las personas o a los bienes.* En este caso el art. 6.3 LIE prevé la posibilidad de acordar la retirada del producto del mercado, o cualquier otra medida que garantice su destrucción⁹³. Las medidas se adopta-

⁹³ Desde nuestro punto de vista, el art. 10.3 LI tiene un carácter más limitado que el previsto en la normativa vasca: «Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán acordar la retirada de los productos industriales que no cumplan las condiciones reglamentarias, disponiendo que se corrijan los defectos en un plazo determinado. Si ello no fuera posible y en función de la gravedad de los riesgos, se podrá determinar su destrucción sin derecho a indemnización, (...)». De este tenor parece desprenderse que la destrucción se prevé como medida subsidiaria y siempre que la corrección de las deficiencias no sea posible, circunstancias que, a nuestro juicio, no resultan del art. 6.3 LIE.

rán previa audiencia del interesado, que sólo podrá ser postergada en caso de peligro inminente (art. 6.4 LIE)⁹⁴.

- b) *Actividad o instalación industrial que adolezca de defectos que determinen que su funcionamiento implique un riesgo de daños para las personas o los bienes.* Para este supuesto no hay medidas cautelares expresamente definidas, limitándose el art. 17.1 LIE a señalar que «serán proporcionales al riesgo y las estrictamente necesarias para evitar la materialización del mismo». En cualquier caso, «la medida de paralización sólo se podrá adoptar cuando el funcionamiento de la instalaciones implique un riesgo grave e inminente de daños» y, pudiendo ser dicha paralización total o parcial⁹⁵, deberá acordarse esta última «siempre que, cumpliéndose la misma finalidad, sea técnicamente posible» (art. 17.2 d) LIE).

Por lo que respecta a las garantías del interesado, la ley exige que las medidas cautelares se adopten de acuerdo con el procedimiento administrativo que reglamentariamente se establezca y «durarán hasta la desaparición del riesgo que las motivó», sin que puedan exceder del tiempo «estrictamente necesario para la subsanación de las deficiencias o para la adopción de otro tipo de actuaciones». Asimismo, el acuerdo deberá efectuarse «de forma técnicamente motivada, poniéndose de manifiesto la relación o nexo causal que exista entre el funcionamiento de la instalación o actividad y el riesgo» (art. 17.2 a) y c) LIE).

Como se observa, los supuestos indicados parten de la existencia de defectos, deficiencias, irregularidades en suma, que son las causantes del riesgo y que, por lo demás, pueden dar lugar a la adopción de las sanciones correspondientes si incurrieran en cualquiera de las infracciones legalmente tipificadas. Medidas cautelares y régimen sancionador actúan, por tanto, con total independencia⁹⁶ (arts. 6.4 *in fine* y 17.3 LIE).

⁹⁴ El hecho de que el art. 6 LIE no aluda a ciertas garantías que, sin embargo y tal y como se verá, sí aparecen explicitadas en el art. 17 LIE, no debe dar lugar a equívocos. Las reglas más básicas del Derecho Administrativo obligan a que las medidas cautelares se acuerden siguiendo un procedimiento y que esta decisión esté motivada (art. 54.1 a) y d) Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Cosa distinta es que haya de formalizarse conforme a un iter formal específico, distinto del general, que parece ser la pretensión del art. 17 LIE cuando se remite al «procedimiento que reglamentariamente se establezca»; hecho este que, a nuestro juicio, encuentra sustento en la mayor intensidad, dificultad y trascendencia para los derechos o intereses afectados que el supuesto de este artículo comporta.

⁹⁵ La posibilidad de paralización total o parcial de la actividad se prevé igualmente en el art. 10.2 LI.

⁹⁶ Esta separación es importante, habida cuenta que el ejercicio de la potestad sancionadora puede llevar aparejada, a su vez, la adopción de ciertas medidas preventivas del

F. *Potestad Sancionadora y Régimen de Responsabilidad Industrial*

Aunque no es del caso entrar de lleno en el régimen sancionador legalmente previsto, debemos destacar que el ejercicio de la potestad sancionadora constituye de algún modo, la intervención máxima en materia de seguridad industrial.

Con base en la doble finalidad, preventiva y represiva, la ley establece el elenco de conductas tipificadas como infracción y las correspondientes sanciones aplicables a las mismas, menciones que deben completarse con el régimen de responsabilidad industrial previsto en el art. 3 LIE⁹⁷,

mismo o parecido signo a las mencionadas en este epígrafe. Así ocurre con la paralización de la instalación que el art. 38 LIE permite acordar «en cualquier momento, por riesgo inminente». Se parte, en suma, de idéntico supuesto al del art. 17 LIE, si bien la medida contemplada en el art. 38 LIE exige que su adopción sea inmediatamente anterior o una vez iniciado el procedimiento sancionador y, en cuanto se liga al mismo, deberá seguirse el procedimiento y garantías de los arts. 30 y 31 de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV 48/1998, de 11 de marzo).

⁹⁷ Según este artículo 3 LIE:

«1. De los daños derivados del ejercicio de actividades industriales, así como de la utilización, funcionamiento de las instalaciones, aparatos, equipos o productos industriales, responderá el titular de los mismos, sin perjuicio de lo establecido en los puntos siguientes y en las normas del derecho privado que resulten de aplicación.

2. Los fabricantes, vendedores o importadores de productos, aparatos o equipos sujetos a seguridad industrial son responsables de que los mismos cumplan la reglamentación técnica establecida.

3. Las personas físicas o jurídicas que, en relación con los aparatos, equipos o instalaciones sometidos a la presente ley, intervengan en cualquiera de sus fases de ejecución, utilización, conservación y control son responsables de los daños que sean consecuencia de su intervención y del cumplimiento de las condiciones y requisitos técnicos de seguridad reglamentariamente establecidos. A este respecto, en particular, se consideran responsables:

- a) El autor del proyecto o de otro tipo de documentación técnica, de diseñar adecuadamente la instalación.
- b) El técnico o persona que emita el certificado de inspección final o de dirección de obra, de la adecuación de la obra al proyecto, de la dirección de la ejecución de la misma, de la realización de las comprobaciones y pruebas necesarias, así como de su certificación final.
- c) El titular o, en su caso, usuario de la instalación, de su uso, conservación y mantenimiento adecuado, así como de la acreditación de su cumplimiento reglamentario.
- d) Las empresas autorizadas, de la correcta ejecución o mantenimiento de las instalaciones que se les encomienden, así como del cumplimiento de los requisitos establecidos para ser autorizadas como tales.
- e) Las empresas distribuidoras o comercializadoras, de que las instalaciones a las que suministran energía, antes de su puesta en servicio y tras modi-

en el que se establecen los sujetos que, en cada caso, responden conforme a lo preceptuado en el Capítulo VI LIE.

En consonancia con la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la LIE afirma los principios básicos de legalidad, tipicidad (con la consiguiente prohibición de aplicación analógica), culpabilidad y responsabilidad, y proporcionalidad. Y conforma el régimen sancionador tratando de «cohonestar los derechos del responsable con los intereses de las personas que se han visto afectadas con su conducta y con la propia seguridad de las instalaciones industriales» (Exposición de Motivos de la LIE).

De los artículos que componen dicho Capítulo VI, podemos concluir que la seguridad industrial actúa en el régimen sancionador en un doble plano:

- a) *En la tipificación de ciertas conductas*, en tanto en cuanto la vulneración de las normas obligatorias de la seguridad industrial se califican como infracción administrativa.

Sin ánimo agotador, cabe citar el apartado b) del art. 30.2 LIE, que tipifica como infracción muy grave «la negativa o resistencia reiterada a prestar colaboración, o la obstrucción voluntaria grave, en las funciones de inspección y control que la ley atribuye a la autoridad en seguridad industrial»; son asimismo infracciones muy graves las tipificadas como graves «cuando de las mismas resulte un riesgo o daño muy grave, o se derive un peligro muy grave e inminente, para las personas, las cosas o el medio ambiente» (art. 30.1 LIE). Por lo que se refiere a las graves, prácticamente todas las conductas tipificadas en el art. 31 LIE se engarzan con la seguridad industrial: fabricación, comercialización, utilización, etc., de productos sin cumplir las normas reglamentarias de seguridad; puesta en funcionamiento de instalaciones que no hayan acreditado el cumplimiento de las reglamentaciones técnicas; ejecución, certificación y control de instalaciones sometidas a seguridad industrial sin la debida habilitación o autorización administrativa, ... De igual modo remiten a la seguridad buena parte de las infracciones leves (art. 32 LIE): no-subsanación de las deficiencias detectadas en inspecciones o revisiones reglamentarias, no-facilitación de las actuaciones inspectoras, etc.

ficaciones sustanciales, tengan acreditado el cumplimiento de las condiciones de seguridad establecidas en la correspondiente reglamentación.

- f) El resto de agentes colaboradores previstos en la presente ley, del cumplimiento reglamentario de las funciones para las que está habilitado».

- b) *En la determinación de la sanción* correspondiente, que conforme al art. 36.1 LIE se concretará teniendo en cuenta ciertas circunstancias, entre las que señala: «el riesgo resultante de la infracción para las personas, los bienes o el medio ambiente», «la importancia del daño o deterioro causado a las personas, bienes o el medio ambiente» y «el incumplimiento de las advertencias previas o requerimientos de las autoridades competentes o agentes colaboradores cuando actúen en el ámbito de la seguridad industrial» (art. 36.1 apartados a), b) y e) LIE, respectivamente).

VI. Administración industrial e infraestructura para la seguridad industrial: la importancia de los agentes colaboradores

El componente elevadamente técnico que posee la actividad industrial ha propiciado una amplia colaboración de agentes privados especializados⁹⁸, más aptos en general para desarrollar ciertas funciones; funciones que, en última instancia, y en cuanto son responsabilidad de la Administración, quedan bajo la supervisión pública.

A. *Las entidades y su clasificación en el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial. Los problemas derivados de la distribución competencial en materia de industria*

La aparición de las Directivas de Nuevo Enfoque y Enfoque Global ha determinado también la necesidad de encauzar el trabajo de la multiplicidad de organismos que desarrollan su actividad en la esfera de la seguridad y calidad industrial, en aras a asegurar «la existencia de instrumentos de control que ofrezcan las mismas garantías que los existentes en otros países de la Unión Europea y, por otro lado, aseguren el estricto cumplimiento de los Reglamentos nacionales en materia de seguridad de las instalaciones» (Preámbulo del Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial⁹⁹).

Con el fin de cumplir tales objetivos el Real Decreto citado procede a realizar una clasificación de los distintos organismos existentes bajo un doble criterio: en primer término, creando una infraestructura co-

⁹⁸ Sobre los antecedentes de esta fórmula, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *op. cit.*, pp. 517-519.

⁹⁹ BOE 32/1996, de 6 de febrero. Este Real Decreto ha sido modificado en algunos de sus artículos por Real Decreto 411/1997, de 21 de marzo (BOE 100/1997, de 26 de abril).

mún para la calidad y seguridad industrial, separando después el ámbito voluntario de la calidad y el obligatorio de la seguridad; en segundo lugar, precisando las funciones a las que cada uno de aquellos se dirige.

Así la *infraestructura común*, se compone de Organismos de normalización¹⁰⁰ y Entidades de Acreditación¹⁰¹ (art. 3). La *infraestructura de la calidad* integra las Entidades de certificación¹⁰², Laboratorios de ensayo¹⁰³, Entidades auditoras y de inspección¹⁰⁴ y Laboratorios de calibración industrial¹⁰⁵ (art. 4). Finalmente, quedan encuadrados en la *infraestructura acreditable para la seguridad industrial*, los Organismos de Control¹⁰⁶ y los Verificadores medioambientales¹⁰⁷ (art. 5¹⁰⁸).

¹⁰⁰ Son «entidades privadas sin ánimo de lucro, cuya finalidad es desarrollar en el ámbito estatal las actividades relacionadas con la elaboración de normas, mediante las cuales se unifiquen criterios respecto a determinadas materias y se posibilite la utilización de un lenguaje común en campos de actividad concretos» (art. 8 RD 2200/1995).

Esta definición legal sirvió de base para que el TS anulara los apartados 6 y 11 del art. 3 del Real Decreto 339/1997, de 7 de marzo, de regulación de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Educación y Ciencia, en los que se atribuía a ésta funciones propias de un organismo de normalización, no siendo entidad privada sin ánimo de lucro, sino organismo autónomo de carácter administrativo. STS (Sala 3.ª, sección 3.ª), de 5 de abril de 1999, FJ Segundo; EDJ1999/8766.

¹⁰¹ Conforme al art. 14 en su redacción dada por RD 411/1997, de 21 de marzo, que modifica el RD 2200/1995, las Entidades de acreditación «son entidades privadas sin ánimo de lucro, que se constituyen con la finalidad de acreditar o reconocer formalmente, en el ámbito estatal y a través de un sistema conforme a normas internacionales, la competencia técnica de una entidad para certificar, inspeccionar o auditar la calidad o de un laboratorio de ensayo o de un laboratorio de calibración, que operen tanto en el ámbito de la calidad como el ámbito obligatorio que la seguridad industrial, o de una persona o entidad en el ámbito de la verificación medioambiental». La regulación de estas entidades de acreditación contenida en los artículos 14 a 19 RD 200/1995, tiene carácter básico (Disposición final primera RD 2200/1995).

¹⁰² El art. 20 RD 2200/1995 las define como «entidades públicas o privadas, con personalidad jurídica propia, que se constituyen con la finalidad de establecer la conformidad solicitada con carácter voluntario, de una determinada empresa, producto, proceso, servicio o persona a los requisitos definidos en normas o especificaciones técnicas».

¹⁰³ Son «entidades públicas o privadas, con personalidad jurídica propia, que se constituyen con la finalidad de llevar a cabo la comprobación, solicitada con carácter voluntario, de que los productos cumplen con las normas o especificaciones técnicas que les sean de aplicación» (art. 26 RD 2200/1995).

¹⁰⁴ Constituyen entidades públicas o privadas, con personalidad jurídica propia, ubicadas en el ámbito voluntario de la calidad y destinadas a determinar si las actividades y los resultados relativos a aquélla satisfacen los requisitos previamente establecidos y si estos requisitos se llevan a cabo efectivamente y son aptos para alcanzar los objetivos (art. 31 RD 2200/1995).

¹⁰⁵ Al igual que en los casos anteriores, son entidades públicas o privadas, con personalidad jurídica propia, y su cometido es facilitar, a solicitud voluntaria, la trazabilidad y uniformidad de los resultados a medida (art. 36 RD 2200/1995).

¹⁰⁶ Según el art. 41 RD 2200/1995, son «entidades públicas o privadas, con personalidad jurídica, que se constituyen con la finalidad de verificar el cumplimiento de carácter

Este esquema, sin embargo, no es trasladable sin más al conjunto del Estado, cuestión que ha dado lugar a ciertos conflictos sustanciados en sede judicial¹⁰⁹ y que han venido a resolverse con base en la doctrina sentada por la ya citada STC 243/1994, de 18 de agosto.

Dicha Sentencia fue dictada con ocasión de un conflicto positivo de competencia planteado por la Generalidad de Cataluña contra el Real Decreto 1407/1987, de 13 de noviembre, por el que se regulan las Entidades de Inspección y Control reglamentario en materia de Seguridad de los Productos, Equipos e Instalaciones industriales¹¹⁰. Frente a la pretensión de la Comunidad Autónoma de declarar inconstitucional la totalidad del Real Decreto por vulnerar sus competencias de ejecución en materia industrial, el TC rechaza dicha alegación en su formulación genérica, señalando:

«Es cierto que, cuando una Comunidad Autónoma posee las competencias ejecutivas sobre una determinada materia, tiene también, en virtud de sus potestades organizatorias y de la libre fijación de su política ejecutiva, la competencia para dictar las normas de organización y funcionamiento interno de los servicios administrativos a los que encomiende la realización de esa ejecución, sin perjuicio, naturalmente, de las competencias básicas que el art. 149,1-18.º CE atribuye al Estado. Como ha reiterado este Tribunal, en la función ejecutiva reservada a las Comunidades Autónomas debe entenderse incluida la potestad de dictar disposiciones o reglamentos internos de organización de los correspondientes servicios administrativos» (SSTC 18/82; 39/82; 76/83; 249/88, entre otras).

«Esta premisa, en principio, cabe aplicarla, aunque con las matizaciones oportunas, a las entidades colaboradoras de las respectivas Administraciones que desarrollan las funciones públicas que éstas les delegan. Sin embargo, en el caso que aquí enjuiciamos, y desde la perspectiva genérica en la que la actora plantea su primera alegación, no cabe concluir que la regulación contenida en la disposición recurrida sea “in toto” un

obligatorio de las condiciones de seguridad de los productos e instalaciones industriales, establecidos en los Reglamentos de Seguridad Industrial, mediante actividades de certificación, ensayo, inspección o auditoría».

¹⁰⁷ Son entidades públicas o privadas o personas físicas, independientes de la empresa sometida a verificación, cuyo cometido es examinar las políticas, programas, sistemas de gestión, procedimientos de evaluación y de auditoría y declaraciones en materia de medio ambiente industrial, así como realizar la validación de estas últimas (arts. 5 b) y 49 RD 2200/1995).

¹⁰⁸ De acuerdo con la Disposición final primera RD 2200/1995, este artículo tiene carácter básico.

¹⁰⁹ Destacadamente el resuelto por STS (Sala Tercera) de 29 de octubre de 1998 (EDJ 1998/24863).

¹¹⁰ BOE 277/1987, de 19 de noviembre. Este RD fue derogado precisamente por RD 2200/1995.

mero reglamento interno de organización puesto que las reglas que en él se contienen poseen, globalmente consideradas, claros efectos externos sobre derechos e intereses de los administrados ya que determinan las funciones atribuidas a estos entes, así como una serie de mecanismos que tienden a asegurar su independencia, su solvencia económica o su solvencia técnica.

No cabe, por tanto, negar al Estado la posibilidad de que, en ejercicio de sus funciones normativas en la materia de seguridad industrial, regule las referidas características con relieve externo de las entidades colaboradoras de inspección y control» (FJ Cuarto).

La LI, aprobada con posterioridad al Real Decreto recurrido, respeta este reparto competencial cuando en su art. 14.1 indica que la comprobación del cumplimiento de las disposiciones y requisitos de seguridad podrá verificarse por las Administraciones Públicas competentes, bien por sí mismas, bien a través de Organismos de Control, correspondiendo la autorización de estos últimos a la «Administración competente en materia de industria del territorio donde los Organismos inicien su actividad o radiquen sus instalaciones» (art. 15.3 LI).

Este reconocimiento plantea, sin embargo, una nueva incógnita centrada en saber cómo afecta a estas autorizaciones el hecho de que un Organismo de Control lleve a cabo sus funciones en más de un territorio autonómico (cosa por lo demás, frecuente), máxime teniendo en cuenta que todas las CCAA ostentan competencias ejecutivas en materia industrial. También la LI da respuesta a esta cuestión (art. 15.4); así, y tras establecer que «las autorizaciones otorgadas a los Organismos de Control tendrán validez para todo el Estado», se dispone que «los Organismos de Control que vayan a actuar en el territorio de una Comunidad Autónoma distinta de la que los autorizó, *deberán notificarlo a la Administración competente en materia de industria de ese territorio*». A partir de dicha notificación el Organismo de Control de que se trate podrá iniciar su actividad, entendiéndose que no hay oposición si no se dicta resolución expresa y motivada en el plazo previsto¹¹¹ (plazo que, subsidiariamente, será de tres meses)¹¹².

¹¹¹ Como recuerda la STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-administrativo; sección 5.ª) 960/2002, de 9 de diciembre (EDJ 2002/94276), esta regla del silencio positivo no comporta una alteración de las competencias autonómicas puesto que «la Comunidad Autónoma podrá o no autorizar la actuación de un Organismo de Control reconocido en otra Comunidad en atención a su propia regulación, sin que se encuentre vinculada por la anterior autorización» [FJ Tercero, B), apartados c) y d)].

¹¹² La STC 243/1994 ya había negado la posibilidad de que el Estado se arrogara la competencia para autorizar estos Organismos con base en el ejercicio supra-autonómico de su actividad:

B. *Los Agentes Colaboradores: Requisitos y Funcionamiento*

El art. 2.1 RD 2200/1995 establece, con carácter básico, que las entidades que operen en el ámbito de la seguridad industrial no podrán actuar sin haber sido acreditados previamente por una Entidad de Acreditación, requisito que el art. 14.1 LIE concreta del siguiente modo:

«A los efectos de la presente ley, se consideran agentes colaboradores todas aquellas entidades que acrediten ante esta Comunidad Autónoma la solvencia técnica y financiera e imparcialidad necesarias para realizar su cometido, el cumplimiento de las disposiciones técnicas que se dicten, así como el cumplimiento de los requisitos legal o reglamentariamente establecidos para el ejercicio de funciones relacionadas con la seguridad industrial (...)»

Esta acreditación previa no es, sin embargo, título suficiente para ejercitar determinadas funciones que, en cuanto entran en la esfera de la responsabilidad pública, exigen la habilitación administrativa correspondiente. La LIE reconoce la posibilidad de que los agentes colaboradores acreditados intervengan no sólo en el control del funcionamiento de las instalaciones industriales, sino también en los procedimientos de autorización o puesta en servicio de las mismas, señalando que el órgano competente en materia de industria deberá determinar reglamentariamente, y con carácter previo, los requisitos y condiciones a cumplir por los agentes, los campos en los que la referida intervención se pueda producir y los procedimientos y sistemas de control a los que los agentes deberán someterse (art. 14.2 LIE).

En estos casos estamos, pues, ante una auténtica delegación de facultades administrativas, hecho que explica que sus certificados, actas

«El Estado, en virtud de las competencias normativas que posee en esta materia, puede establecer los puntos de conexión territorial que estime oportunos para determinar la Comunidad Autónoma a la que corresponde otorgar la autorización de esas Entidades que pretenden desarrollar una actuación de alcance superior al territorio de una Comunidad Autónoma.

Lo que no permite este alcance territorial de las actividades objeto de las distintas competencias —fenómeno cada vez más común en el mundo actual— es desplazar, sin más, la titularidad de la competencia controvertida al Estado. A este traslado de titularidad, ciertamente excepcional, tan sólo puede llegarse, como se apuntó en la STC 329/93, cuando, además del alcance territorial superior al de una Comunidad Autónoma del fenómeno objeto de la competencia, la actividad pública que sobre él se ejerza no sea susceptible de fraccionamiento y, aun en este caso, cuando dicha actuación no pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación o de coordinación, sino que requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un único titular, que forzosamente debe ser el Estado, o cuando sea necesario recurrir a un ente con capacidad de integrar intereses contrapuestos de varias Comunidades Autónomas» (FJ Sexto).

de inspección o control y cualesquiera otros actos que emitan en ejercicio de tales facultades, revistan el mismo valor y eficacia que los dictados por la Administración pública competente (art. 14.3 LIE).

En todo caso, no conviene olvidar que el ejercicio de funciones delegadas no implica alteración alguna en la titularidad de las mismas, lo que comporta la supervisión¹¹³ por parte del órgano competente, responsable último de lo actuado, y que se concreta en ciertos deberes de comunicación, en la necesidad de que las medidas cautelares que adopten sean inmediatamente ratificadas o, en su caso, revocadas por el órgano administrativo titular de la potestad y en el propio sistema de recursos (arts. 14.3 *in fine*, 14.4 y 16.2 LIE).

VII. A modo de reflexión final

La LIE, dictada en ejercicio de las competencias autonómicas en la materia, muestra las dificultades subyacentes en el ámbito industrial para lograr la compatibilidad entre bienes jurídicos que, siendo dignos de protección y no apareciendo necesariamente enfrentados, pueden entrar en colisión.

La necesidad de amparar la libertad de empresa constitucionalmente garantizada exige una medida en la intervención pública que, sin embargo, no puede derivar en menoscabo de la seguridad de las personas y bienes. Cierto es que los riesgos inherentes a la actividad industrial han servido para justificar una actuación pública tradicionalmente intensa. Pero no es menos cierto, que los mecanismos de injerencia se han ido configurando de un modo disperso, no siempre racional y falto en ocasiones de las debidas garantías.

Por su parte, el escenario europeo plantea nuevas exigencias —respeto a las libertades comunitarias, fortalecimiento del mercado, facilitación del intercambio, etc.— que se materializan en la necesidad de impulsar y reforzar el tejido industrial y hacerlo competitivo dentro y fuera de los límites territoriales de cada Estado. En tal sentido, la excesiva heterogeneidad de los mecanismos públicos de intervención y el diverso nivel de exigencia contenido en las normativas nacionales, no constituía el marco idóneo para lograr tales objetivos.

¹¹³ Así se desprende también del art. 8.2 LIE: «La administración industrial velará por el funcionamiento del sistema de seguridad industrial globalmente considerado. A tal fin, supervisará el adecuado funcionamiento de las instalaciones, aparatos, equipos y productos industriales, mediante la exigencia a los agentes intervinientes y a los titulares de las instalaciones del cumplimiento de sus respectivas obligaciones.»

Parece, pues, evidente que enfrentar la labor uniformadora —en un doble plano: normas imperativas y técnicas de ordenación administrativa— era una tarea inexcusable que, paralelamente, no podía derivar en un menor grado de protección y de seguridad.

Sin negar los avances logrados en torno a esa pretensión, creemos que se dan una serie de circunstancias que deberían quedar abiertas a la reflexión:

¿Cabe realmente hablar de un «principio de mínima intervención»? A nuestro entender, al referido principio se le da cierto contenido engañoso. Decíamos en líneas precedentes que la afirmación del mismo *parecía* estar llamando a la desintervención, al repliegue administrativo. Sin embargo, y a la vista de los mecanismos de intervención pública que hemos pormenorizado en este estudio, tal repliegue es más aparente que real.

Los mayores avances se han producido, sin duda, en lo referido a la instalación de establecimientos industriales que, salvo con las excepción de aquellos que por sus características, elevado riesgo intrínseco a los mismos o, importancia esencial para la economía del país, no quedan ya sujetos a autorización administrativa previa. No obstante, el hecho de que en la ley el requisito de la autorización se plantee de forma netamente excepcional no evita que haya un número apreciable de sectores afectados por este tipo de intervención previa.

Por lo que respecta a los instrumentos de control simultáneos al ejercicio de la actividad industrial, la presencia pública permanece constante, si bien la regulación ofrece a nuestro juicio un cariz muy distinto a la propia de otros tiempos. En este sentido, se advierte la pretensión de armonizar las facultades públicas fundadas en exigencia de seguridad, con las garantías que deben amparar los derechos e intereses de los sujetos afectados.

A nuestro entender la normativa actual, y en particular la ley vasca, presenta ciertos aspectos que merecen reseñarse:

Desde nuestro punto de vista, la ley vasca se ha esforzado en dar un conjunto ordenado de los distintos elementos —sujetos, objeto, instrumentos, fines y límites— que, de un modo u otro, tienen cabida en la seguridad industrial.

Por una parte, la seguridad se enfoca desde una perspectiva global, hecho que encuentra reflejo tanto en su conceptualización como en lo concerniente a los mecanismos de intervención a que aquella da lugar y los agentes que intervienen en su defensa. En este orden de cosas, las técnicas clásicas tratan de encajarse en un conjunto sistematizado, que ordena las potestades administrativas y ofrece una regulación de las mismas tendente al logro de un máximo de seguridad jurídica.

Por otro lado, la ley da amplia entrada a entidades o personas que, mediante la pertinente delegación, ejercitan facultades públicas para las que cuentan, en general, con medios y conocimientos técnicos más idóneos para el cumplimiento de ciertos cometidos que los que posee la propia Administración pública.

Sin negar la importancia de ese esfuerzo, hay una cuestión que debemos plantear y que, de alguna manera, resulta paradójica: tal y como se ha descrito en este estudio, la distribución competencial de la materia de industria se compone de un entramado complejo en el que la regulación básica corresponde al Estado y el desarrollo legislativo y la ejecución a las CCAA. Partiendo de esta premisa, las CCAA están habilitadas para superar los requerimientos estatales (que actúan como umbral mínimo inalterable) y llevar a cabo la gestión de los mismos conforme al modelo organizativo y de acuerdo con los procedimientos que ellas mismas establezcan. No puede ponerse en entredicho que, desde la perspectiva autonómica, el control de la actividad industrial es esencial para sus aspiraciones de crecimiento económico. Sin embargo, y situándonos en la sola esfera de la seguridad, la multiplicidad de causas formales, sujetos intervinientes, requisitos y condiciones adicionales correspondientes a cada ente territorial, puede dificultar el propio ejercicio de la actividad industrial. Un ejercicio, no lo olvidemos, que no sólo está condicionado por las exigencias de la normativa estrictamente industrial, sino también por otros muchos que derivan de regulación sectorial específica (licencias municipales, planeamiento urbanístico, etc.).

En todo caso, no conviene tratar la intervención administrativa desde una disposición negativa. La Administración pública, en cuanto representa los intereses generales (art. 103.1 CE), debe intervenir. Es más, se le exige continuamente que intervenga en pro de fines de muy distinto carácter. Cuestión distinta, y es aquí desde donde creemos que ha de situarse la cuestión, es cómo y hasta dónde lo haga. Así las cosas, tal vez lo sensato no es solicitar tanto su repliegue, como el cumplimiento de los principios elementales que deben presidir su tarea y, muy especialmente, proporcionalidad y racionalidad en la intervención.

DERECHO TRANSITORIO CONCURSAL

Fernando Gómez Martín

Auditor y Censor Jurado de Cuentas

Profesor de Derecho concursal - Universidad de Deusto

Sumario: I. Conclusión y reapertura del procedimiento; 1. Conclusión del procedimiento; 1.1. Causas de conclusión del procedimiento; a) Pago, consignación o íntegra satisfacción de acreedores; b) Ausencia de masa activa; c) Desistimiento o renuncia de todos los acreedores; d) Auto de clausura; e) Prohibición de clausura; f) Informe preceptivo; g) Oposición a la clausura; h) Recursos; 1.2. Efectos de la conclusión de procedimiento concursal; II. Reapertura; 1. Inventario y lista de acreedores; III. Apertura de concurso por incumplimiento de convenio; IV. Convenio en la quiebra; V. Propuestas de convenio; VII. Recapitulación; VIII. Addenda.

La disposición transitoria primera de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se ocupa de los procedimientos concursales que se encuentren en tramitación a la fecha de su entrada en vigor, el uno de septiembre de dos mil cuatro, y dispone que continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, es decir, se reconoce el principio general de irretroactividad de las normas legales¹, aunque con ciertas excepciones, objeto del presente estudio.

Destaca la Exposición de Motivos de la mencionada Ley: «*XII... Materia especialmente delicada es la relativa al derecho transitorio, en la que la ley ha optado por respetar el principio de irretroactividad con algunas excepciones, dos de ellas muy señaladas: la primera, para hacer posible la aplicación a los procedimientos que se encuentran en trámite de las normas sobre conclusión del concurso; la segunda, para permitir la aplicación a aquellos procedimientos del régimen más flexible de propuesta de convenio y de adhesiones que establece esta ley, lo que contribuirá a facilitar la tramitación de los que se hallan en*

¹ Art. 2 del Código civil: «3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario». Artículo 2. de la LEC. Aplicación en el tiempo de las normas procesales civiles. «Salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de Derecho transitorio, los asuntos que correspondan a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas». Art. 9 de la Constitución Española: «3. La Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...».

curso e incluso, en algunos casos, la conclusión de aquellos que se encuentren paralizados...».

Interesa, también, la disposición adicional primera, dedicada a las normas legales que hagan referencia a los citados procedimientos concursales derogados, que instruye a Jueces y Tribunales para que las interpreten y apliquen poniéndolas en relación con la Ley Concursal, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, con tres particulares reglas².

Conviene recordar el Derecho derogado sobre procedimientos concursales, aunque sólo mencionaré las respectivas normas que han estado vigentes hasta el uno de septiembre de dos mil cuatro: «**concurso de acreedores**» (arts. 1913 a 1928 del Código civil y 1156 a 1317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881); «**quiebra**» (arts. 1319 a 1396 de la citada LEC; arts. 874 a 941 del Código de Comercio; y, arts. 1004 a 1177 del primer C. de C. de 1829); «**quita y espera**» (arts. 1912 y 1917 a 1920 del Código civil y arts. 1130 a 1155 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil); y «**suspensión de pagos**» (arts. 870 a 873 del Código de Comercio de 1885³, y Ley especial de 26 de julio de 1922). Además, pueden ser de interés las disposiciones especiales para las **suspensio-**

² «1.ª Todas las referencias a la suspensión de pagos o al procedimiento de quita y espera contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta ley se entenderán realizadas al concurso en el que no se haya producido la apertura de la fase de liquidación. 2.ª Todas las referencias a la quiebra o al concurso de acreedores contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta ley se entenderán realizadas al concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación. 3.ª Todas las declaraciones de incapacidad de los quebrados o concursados y las prohibiciones para el desempeño por éstos de cargos o funciones o para el desarrollo de cualquier clase de actividades establecidas en preceptos legales no modificados expresamente por esta ley se entenderán referidas a las personas sometidas a un procedimiento de concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación».

³ La doctrina mayoritaria ha considerado tácita y parcialmente derogados (derogación implícita, según Guasch Martorell) los arts. 870-872 del C. de Comercio: GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI, José M.ª y MIGUEL ROMERO, Mauro, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Valladolid, Imprenta de Emilio Zapatero, sin fecha, pág. 153; TORRES DE CRUELLS, Joaquín, *La suspensión de pagos*. Barcelona, Bosch, 1957, pág. 83; SAGRERA TIZÓN, José M.ª, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*. Barcelona, Bosch, 2.ª ed., 1989, vol. I, págs. 164-166; BISBAL MÉNDEZ, Joaquín, *La empresa en crisis y el derecho de quiebras*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, págs. 150-151; MASCARELL NAVARRO, M.ª José, *Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de Pagos*, Granada, Comares, 1994, págs. 12-13. MENÉNDEZ, Aurelio, «Sobre la reforma del Derecho concursal y el apoyo de los estudios económicos», *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, Madrid, septiembre 1994, n.º 2, págs. 6-7. GUASCH MARTORELL, Rafael, «Aproximación crítica a la protección de la integridad del patrimonio concursal en la Ley de Suspensión de Pagos», *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, abril-junio 1995 (núm. 216), pág. 520.

nes de pagos y quiebras de las empresas de ferrocarriles y demás servicios públicos (arts. 930 a 941 del C. de C.; Leyes de 12 de noviembre de 1869, 19 de septiembre de 1896, 9 de abril de 1904 y 2 de enero de 1915); y el Decreto de 5 de noviembre de 1934, así como la Ley de 1 de septiembre de 1939, de la Jefatura del Estado, sobre intervención de las empresas y en las condiciones que indica.

I. Conclusión y reapertura del procedimiento

El número 1 de la mencionada disposición transitoria primera, como excepción a la declaración general de que los procedimientos concursales en tramitación, a la entrada en vigor de la citada Ley Concursal, continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el referido derecho anterior, establece que será de inmediata aplicación lo dispuesto en los artículos 176 a 180 de dicha ley, que regulan la conclusión⁴ y reapertura⁵ del concurso, excluyendo la aplicación de los incisos 1.º y 2.º del apartado 1 del citado art. 176⁶, quizá en consideración a que se trata de supuestos comunes de conclusión y archivo de los procedimientos concursales anteriores y del vigente concurso, aunque en el derecho derogado no se dicta auto de declaración de quita y espera.

El auto que declara en estado de suspensión de pagos es ejecutivo (art. 8 de la Ley especial), sin perjuicio de que, celebrada la Junta de acreedores, se pueda impugnar por cualquiera de éstos o por el suspenso, en el modo y tiempo fijados en los artículos 16 y 17 de dicha Ley.

En la suspensión de pagos, una vez cumplido el convenio, el deudor podrá solicitar del juzgado que dicte auto por el que se declare cumplido el convenio celebrado con sus acreedores y se ordene la cancelación de los asientos registrales en los Registros Civil, Mercantil y de la Propiedad, según proceda. El juzgado, ante esta petición, si la encuentra justificada, por las pruebas presentadas, debe dar traslado al Ministerio Fiscal y acostumbra a hacerlo a los acreedores personados en autos, así como a la comisión nombrada para seguimiento o control,

⁴ La conclusión del concurso se regula también en el art. 141 de la Ley Concursal por cumplimiento de convenio.

⁵ Reapertura que parece prevenirse para el supuesto exclusivo de clausura del procedimiento por inexistencia de bienes y derechos (masa activa), en el art. 179.

⁶ «1. Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos: 1.º Una vez firme el auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso. 2.º Una vez firme el auto que declare el cumplimiento del convenio y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento.»

en su caso, acodando la publicidad que estime pertinente, antes de resolver definitivamente declarando cumplido el convenio aprobado y mandando archivar el expediente (art. 23).

Si el deudor faltare al cumplimiento del convenio, cualquiera de sus acreedores podrá pedir la rescisión del mismo y la declaración de quiebra ante el juez que hubiere conocido la suspensión (art. 17 de la LSP). La sentencia de la AT de Barcelona, de 20 de mayo de 1988, declara que no puede prosperar la pretensión de la comisión de acreedores nombrada en el convenio, pues su incumplimiento por el deudor no permite la ejecución forzosa del mismo, y el único desenlace posible es el previsto en el art. 17 *in fine*, es decir, ejercer la facultad de pedir la rescisión del convenio y la declaración de quiebra. La Circular 1/1995, de 6 de abril, analiza los efectos del incumplimiento del convenio en la suspensión de pagos, considerándolos paralelos a los del incumplimiento en el concurso y la quiebra, sin que pueda deducirse el cumplimiento forzoso

Los efectos de la aprobación del convenio en la quiebra se indican en los arts. 904 a 907 del C. de C. y De la Oliva⁷ concreta: a) el convenio obliga a todos los acreedores aunque no asistiesen a la junta, que no usaron del derecho de abstención, *ex* art. 900, en su caso, y obliga también a los acreedores que no fueron incluidos en el balance ni intervinieron en el proceso concursal, si se les notificó la aprobación y no formularon tempestivamente reclamación (art. 904 C. de C.); b) salvo pacto expreso, el convenio opera la extinción de los créditos en la parte de que se hubiese hecho remisión al quebrado, aun cuando le quedare algún sobrante de los bienes de la quiebra o posteriormente llegare a mejor fortuna (art. 905 C. de C.); c) el quebrado tiene derecho a que se dé publicidad al convenio y los síndicos, con la fiscalización del comisario, han de restituir al deudor todas sus pertenencias y rendirle cuentas en el plazo de quince días. Las posibles impugnaciones de esas cuentas se presentarán al juez de la quiebra (art. 1160 C. de C. 1829). Conviene señalar que la rehabilitación del quebrado, a su instancia, exige informe del comisario y dictamen del Ministerio Fiscal, según previene el art. 1388 de la LEC, que se remite al Libro IV, Título XI (arts. 1168 a 1175) del primer C. de C., así como que el artículo 1396 de la Ley Procesal remite a la previsión contenida en el artículo 1159 del Código de Comercio de 1829, que no contiene una norma similar a la prevista en el 1313 de la Ley Procesal, referida al concurso —éste dispone que firme y comunicado el acuerdo (convenio) se dará por ter-

⁷ OLIVA, Andrés de la, *op. cit.*, vol. IV, pág. 411.

minado el juicio—. En mi modesta opinión, sólo después de dar cumplimiento a las anteriores disposiciones podrá el deudor solicitar la rehabilitación, en los términos previstos, es decir, para el caso concreto que nos ocupa, el quebrado podrá obtener su rehabilitación justificando el cumplimiento íntegro del convenio (art. 921 del vigente C. de C. y 1172 del antiguo) y, para ello, acompañará los recibos en los que conste el reintegro de los acreedores, para su examen por el comisario, quien emitirá un informe sobre si procede la rehabilitación, y se comunicarán los autos al Ministerio Fiscal para su dictamen. Necesariamente, por lo tanto, será trámite previo recibirlos de la sindicatura, durante su rendición de cuentas. Sin más trámites declarará el juez la resolución que estime justa (arts. 1388 de la LEC y 1173 del viejo C. de C.). Este auto será apelable a ambos efectos. No debe olvidarse que con la rehabilitación del quebrado cesan todas las interdicciones legales que produce la declaración de quiebra (art. 922 del vigente C. de C. y 1174 del antiguo), y la resolución judicial, cuando alcanza firmeza, da lugar al oportuno mandamiento para su inscripción en los Registros Públicos, para cancelación de todos los asientos que figuren relativos a la quiebra, como se regula en el art. 325.2 del RRM. Villarrubias Guillamet⁸ señala: «... en la quiebra, el convenio no pone fin al procedimiento de quiebra ni, menos aún, al estado de quiebra. El convenio suspende el procedimiento y sólo cumplido éste en todos sus términos, se pone fin al procedimiento; al igual que se pone fin con la liquidación judicial de la masa. De otra parte cabe tener presente que el estado de quiebra persiste durante toda la vigencia del procedimiento y, consecuentemente, también del cumplimiento del convenio, cesando con la rehabilitación del quebrado».

Si se incurriese por el deudor en el incumplimiento del convenio aprobado, cualquier acreedor podrá pedir la rescisión del convenio y la continuación de la quiebra ante el juez que hubiere conocido la misma (art. 906 del C. de C.), con la colaboración del mismo comisario y depositario o con la actuación de los síndicos nombrados en su día. De la Oliva⁹ analiza el incumplimiento del convenio por el deudor y las facultades de cualquiera de los acreedores para pedir la rescisión del convenio y la continuación de la quiebra ante el juez de ésta, y plantea dos cuestiones; la primera, relativa al acierto de hablar de «rescisión», puesto que, a diferencia de la rescisión ordinaria (arts. 1290 y ss. CC),

⁸ VILLARRUBIAS GUILLAMET, Felio, «La comisión liquidadora de acreedores en el ámbito concursal», *Derecho Concursal II* (Cuadernos de Derecho Judicial). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pág. 303.

⁹ OLIVA, Andrés de la, *op. cit.*, vol. IV, págs. 411-412.

los efectos de la que nos ocupa son *ex tunc*; y, la segunda, sobre el procedimiento a seguir para esta «rescisión», pues mientras el TS ha exigido en ocasiones la sustanciación de esa demanda por los trámites del juicio ordinario que corresponda según la cuantía, la doctrina sostiene que se debe seguir el procedimiento incidental común, con apelación en ambos efectos contra la sentencia que recaiga. Señala que la reapertura de la quiebra puede presentar la particularidad de que, por la plena capacidad de los actos del deudor posteriores al convenio y anteriores a la declaración judicial de «rescisión», se hayan de incorporar nuevos acreedores, respecto de los cuales habrá de desarrollarse la actividad de reconocimiento y graduación de créditos, pues los antiguos acreedores recobran sus créditos íntegramente.

1. Conclusión del procedimiento

La clausura del concurso, prevista en el citado art. 176, podrá iniciarse de oficio por el juez o a instancia de parte interesada, es decir, del deudor y de cualquier acreedor¹⁰, así como de la administración concursal, luego la misma legitimación regirá para solicitar la clausura de los mentados procedimientos anteriores en tramitación, y también podrá iniciarse de oficio por el Juez de Primera Instancia o a solicitud de cualquier acreedor o de los órganos auxiliares. Surge la duda sobre legitimación de los titulares de créditos contra la masa (art. 84).

1.1. CAUSAS DE CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El referido art. 176.1 establece que procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones, además de los citados incisos 1.º y 2.º, que no son de aplicación al caso, en los siguientes supuestos:

a) Pago, consignación o íntegra satisfacción de acreedores

«3.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio».

Supuesto extraordinario e infrecuente, en la práctica concursal reciente, pero que parece sugiere la posibilidad de que el deudor o un ter-

¹⁰ Art. 3 «1. Para solicitar la declaración de concurso *están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores*. Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación...».

cero (acreedor u órgano auxiliar) pueda acreditar ante el juzgado que los acreedores concurrentes han sido totalmente satisfechos en sus derechos de crédito.

En la suspensión de pagos, el pago de créditos sólo puede efectuarse en fase de convenio (arts. 10 a 19 de la Ley especial de 1922) y la consignación exclusivamente cabe por tercero, así como el afianzamiento, ambos referidos al déficit patrimonial (art. 10¹¹ de dicha Ley). En la quiebra, además del convenio, según los arts. 898 a 907, 928 y concordantes del Código de Comercio, es posible el pago a los acreedores durante la fase de liquidación (arts. 911 y siguientes del citado C. de Comercio). Sin embargo, en este ordinal, aplicable transitoriamente a las suspensiones de pagos, quiebras, etc., se permite que la conclusión del procedimiento, en los supuestos de hecho contemplados, tenga lugar en cualquier estado del procedimiento. Habiéndose especificado el pago¹² y la consignación¹³, como causa de la referida clausura, la mención a la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio deberá relacionarse con otras formas de extinción de las obligaciones¹⁴. En todo caso, antes y ahora, aunque se trate de situaciones extraordinarias e improbables, caben las modalidades propuestas de satisfacción completa a los acreedores, si el deudor alcanzare mejor fortuna.

b) Ausencia de masa activa

«4.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores».

Situación frecuente en la práctica concursal anterior, aunque no contemplada como causa de conclusión procesal en la legislación derogada, y ahora sujeta, además, a condición de inexistencia de terceros responsables.

En la suspensión de pagos, la clausura del procedimiento (sobreseimiento) puede tener lugar por cumplimiento del convenio aprobado judicialmente (arts. 17 y 23 de la Ley especial) y cuando sea solicitado por el deudor o los acreedores, caso de insolvencia definitiva,

¹¹ «...En los casos de insolvencia definitiva no se acordará la convocatoria hasta que transcurra el plazo de quince días señalado en el artículo 8 para la consignación o afianzamiento de déficit».

¹² Arts. 1157 a 1175 C. civil.

¹³ Arts. 1176 a 1181 C. civil.

¹⁴ Arts. 1187 a 1202 C. civil.

sin la consignación o afianzamiento del déficit patrimonial (art. 10 de dicha Ley). La aplicación de esta legislación específica permite deducir que no cabe la clausura de las suspensiones de pagos por inexistencia de bienes, etc., aunque las que estuviesen en tramitación, a partir del 1.09.2004, parece que sí podrán ser clausuradas por esta causa.

En la quiebra, su clausura tiene lugar por la aprobación del convenio (art. 1396 de la anterior LEC, que se remite al art. 1159¹⁵ del C. de Comercio de 1829) o una vez concluida la liquidación, de conformidad con el art. 1134¹⁶ del primer Código de Comercio, al que se remite el art. 1364 de la anterior LEC. Beltrán¹⁷ estudia la conclusión de la quiebra, por insuficiencia de masa activa para satisfacer las deudas de la masa, y considera que tiene que clausurarse, aunque de un modo provisional, cuando la masa activa sea insuficiente para satisfacer los gastos que genera el proceso de quiebra, a pesar de que nada dispongan los textos legales, pues la razón es evidente: el procedimiento no puede continuar útilmente cuando haya imposibilidad de satisfacer los gastos —obligaciones y gastos de la masa— que la quiebra genera. Yanes¹⁸ comparte la tesis expuesta, así como Fernández López¹⁹ y Cuesta Rute²⁰, quienes admiten que la quiebra se sobresea por falta de activo.

El requisito de inexistencia de bienes y derechos del concursado se completa con el de inexistencia de terceros responsables para satisfacer a los acreedores, lo que entraña el agotamiento del ejercicio de acciones de responsabilidad frente a terceros, por parte de la sindicatura del concurso de acreedores o de la quiebra y de los interventores de la suspensión de pagos, consecuencia de la calificación o por otros medios procesales, a los que luego me referiré.

¹⁵ «No haciéndose oposición al convenio en tiempo hábil, deferirá el Tribunal a su aprobación...»

¹⁶ «Concluida que sea la liquidación de la quiebra, rendirán los síndicos su cuenta para cuyo examen convocará el Juez junta general de los acreedores que conserven interés y voz en la quiebra...».

¹⁷ BELTRÁN, Emilio, *Las deudas de la masa*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España (Studia Albornotiana L), 1986, págs. 247-250.

¹⁸ YANES YANES, Pedro, *La reapertura de la quiebra*. Valladolid, Lex Nova, 1992, págs. 130-132.

¹⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Angel, RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco, *Derecho procesal práctico: formularios y jurisprudencia sobre el proceso civil*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, vol. IX, pág. 525.

²⁰ CUESTA RUTE, José M.^a de la, «Los modos de terminación de la quiebra», en *Derecho Concursal (Cuadernos de Derecho Judicial)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, págs. 638-639.

c) Desistimiento o renuncia de todos los acreedores

«5.º En cualquier estado del procedimiento, una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos».

El inciso segundo del apartado 1 de la disposición transitoria primera de la Ley Concursal, objeto de estudio, dispone que, a estos efectos, se entenderá que la referencia a la fase común del concurso, mencionada en ordinal transcrito, está relacionada con el trámite de reconocimiento de créditos, propio del concurso de acreedores y la quiebra (piezas segunda y cuarta, respectivamente) o su equivalente. Esta equivalencia puede referirse a la aprobación judicial de la lista definitiva de acreedores de la suspensión de pagos, *ex art.* 12²¹ de la Ley especial. Respecto al desistimiento o la renuncia de todos los acreedores reconocidos podrá acreditarse en documento notarial o por comparecencia judicial y puede traer causa en un convenio extrajudicial.

En la suspensión de pagos, cuando el deudor no asista a la junta de acreedores, convocada para deliberar y aprobar, en su caso, el convenio propuesto, el juez sobreseerá el expediente. Si los créditos de los concurrentes y representados en dicha junta no sumaren, por lo menos, tres quintos del pasivo exigible computable, levantará el juez la sesión, declarando legalmente concluido el expediente. En ambos casos, los interventores cesarán en sus funciones diez días después de la fecha en que se comunique y publique la respectiva resolución (art. 13 de la Ley especial).

La Circular 1/1995, de 6 de abril, de la Fiscalía General del Estado, resume en su conclusión 4.^a c): *«Aun cuando no esté previsto en la Ley el desistimiento, a iniciativa del suspenso, hay que partir de su admisibilidad dado el carácter voluntario y de privilegio procesal de la suspensión de pagos, pero con límites de distinta naturaleza; por virtud de los temporales, el ejercicio de la facultad ha de ser anterior a la iniciación de la pieza de responsabilidad, y por razón de los límites formales sus efectos no son automáticos, sino que es exigible la comunicación del acto unilateral del desistimiento a las demás partes para que tengan la oportunidad de solicitar la continuación del procedimiento».*

En la quiebra, un sector de la doctrina entiende que no cabe el desistimiento una vez declarada ni, desde luego, después de nombrados

²¹ *«Ocho días antes de la celebración de la Junta quedará en poder del Juez, formada por los Interventores, la lista definitiva de acreedores... El Juez resolverá sobre cada reclamación sin ulterior...»*

los síndicos, según indican los profesores Fernández López, Rifá Soler y Valls Gombau²², y otros que citaré posteriormente. Sin embargo, Ramírez²³ acepta como viable (legal) el levantamiento de la quiebra por desistimiento expreso del que la obtuvo, siempre antes del nombramiento de síndicos, porque ninguna actuación compete al instante en cuanto tal, a partir de que estén nombrados los síndicos.

En la quiebra voluntaria, dictado el auto declarativo, el deudor no puede desistir y, si lo hace, tal desistimiento no producirá efecto alguno, en opinión de Rives y Martí²⁴. Este autor es terminante al afirmar que la declaración de quiebra hecha por el juzgado, una vez firme, crea una situación de derecho general, absoluta e indivisible, que afecta al interés del comercio en general y de la sociedad, y que impide al deudor y a los acreedores hacer convenio alguno, salvo en concurrencia con los demás acreedores, una vez reconocidos los créditos y con sujeción a las formalidades legales, sin otras preferencias ni privilegios que los admitidos en derecho y reconocidos por la junta o, en su caso, por el juez. Es tal la importancia del referido interés público en la quiebra, que en el supuesto de que la totalidad de los acreedores se declarasen pagados o condonasen sus deudas, el procedimiento habría de continuar, al menos, hasta el trámite de la calificación, ya que el único modo de que resulte satisfecha la vindicta pública consiste en la depuración de la responsabilidad del deudor. Con el mismo criterio, De la Cuesta Rute²⁵ sostiene que en la quiebra voluntaria no cabe desistimiento, aun antes de que se hayan nombrado los síndicos, y ello debido a que en el auto que declare la quiebra se convocará a los acreedores a la primera junta general, lo que equivale a un emplazamiento. A partir de éste, no cabe desistimiento por la simple voluntad del actor, sino que hay que oír al demandado y tener en cuenta su opinión. En el caso que nos ocupa, esta condición resulta de imposible cumplimiento, ya que habría que practicar la interlocución con todos los acreedores o, en su caso, con los síndicos. Pero si éstos han sido designados no es posible considerar el desistimiento. Así, la simple declaración de la quiebra volunta-

²² FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Angel; RIFÁ SOLER, José M.^a; VALLS GOMBAU, José Francisco, *Derecho Procesal Práctico: formularios y jurisprudencia sobre el proceso civil*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, Tomo IX, 1997, pág. 527.

²³ RAMÍREZ, José A., *La quiebra*. Barcelona, Bosch, 1959, tomo III, págs. 106-111.

²⁴ RIVES Y MARTÍ, Francisco de P., *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras, con sus preliminares quita y espera y suspensión de pagos*. 3.^a ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1954, tomo II, págs. 267-268.

²⁵ CUESTA RUTE, José M.^a de la, «Los modos de terminación de la quiebra», en *Derecho Concursal* (Cuadernos de Derecho Judicial). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, pág. 634.

ria traza todos sus perfiles, que son indisponibles por la voluntad del quebrado que la instó.

En la quiebra necesaria, en principio, el acreedor instante no puede desistir de su pretensión, una vez que el juzgado haya dictado el oportuno auto, y, si desistiese de lo instado, cuando haya alcanzado firmeza la declaración, el juicio de quiebra seguirá su curso. Para Rives y Martí²⁶, la declaración de quiebra, una vez firme, crea un estado de derecho general, absoluto e indivisible que imposibilita el desistimiento del acreedor, ya que éste no puede: a) cobrar su crédito antes del momento señalado por la Ley, al igual que los demás acreedores; b) concertar ningún convenio, salvo en concurrencia con los demás acreedores una vez reconocidos los créditos y mediante las formalidades establecidas legalmente; y, c) cambiar la naturaleza de su crédito colocándose en situación preferente para el cobro, ya que no hay más preferencias ni privilegios que las reconocidas en derecho. Por otra parte, el mencionado interés público provoca la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento, siendo necesaria la calificación de la quiebra para determinar si el quebrado es o no culpable de la misma y, en su caso, perseguirle criminalmente. Será preciso para ello una sindicatura y los antecedentes obrantes en autos, de lo cual se carecería si el juez accediese a la petición de desistimiento del acreedor. Recordamos que el nuevo Código Penal deroga el requisito de prejudicialidad civil para perseguir los delitos de insolvencia punible (arts. 257 a 261).

De la Cuesta Rute²⁷ advierte que el argumento de mayor peso que se invoca para la aceptación del desistimiento del acreedor instante, antes del nombramiento de los síndicos, está en la relación de analogía entre este supuesto y el art. 1329 LEC, según el cual el acreedor instante podrá allanarse a la oposición del quebrado al auto de declaración de quiebra, reponiéndose el mismo. Esta perspectiva le parece acertada, si bien considera que debería requerirse también, para la eficacia del desistimiento, la voluntad del quebrado. Sin embargo, estima que no deben olvidarse hechos significativos, entre los que se acotan los siguientes: a) en la oposición al auto de declaración de quiebra se discute la procedencia del mismo, según su apoyo en los presupuestos objetivos de la quiebra, y, en cambio, el desistimiento parte de la iniciativa del acreedor instante, que puede no tener referencia alguna a la justificación objetiva para la declaración de la quiebra; b) la quiebra declarada, con plena justificación, crea una institución jurídica en la que pesa tanto la vertiente penal como la civil, y no parece apropiado dejar a dispo-

²⁶ RIVES Y MARTÍ, Francisco de P., *op. cit.*, tomo II, págs. 276-277.

²⁷ CUESTA RUTE, José M.^a de la, *op. cit.*, págs. 634-635.

sición del instante de la quiebra el componente penal de la quiebra, lo cual ocurriría si cupiera una estricta razón de analogía entre el desistimiento y el allanamiento referidos, debiendo tenerse por no declarada la quiebra en todos los órdenes.

Según Sala Reixachs²⁸: «*Ninguna similitud guarda el desistimiento con el allanamiento (expreso o tácito), y si el acreedor instante desiste del procedimiento, dando a su escrito el contenido de allanamiento, exponiendo una situación ficticia y simulada para que el juez reponga el auto de declaración de quiebra, está incurriendo junto con el quebrado en fraude de ley, fruto de una inteligencia dolosa entre acreedor y deudor en perjuicio del resto de acreedores de buena fe*».

Yanes²⁹ descarta el juego del desistimiento en la quiebra como modalidad de terminación del proceso, y añade, a los argumentos citados, como nota esencial de la resolución judicial que declara la quiebra, su inconsumibilidad, lo que quiere significar que los efectos propios del auto no se agotan frente al instante sino que se proyectan *erga omnes*, sobre todos los acreedores legítimos y frente a terceros.

El hecho de que no quepa el desistimiento del acreedor, según la doctrina mayoritaria, no significa que esté obligado a seguir el procedimiento, debido a: a) firme el auto declarativo de quiebra, se convocará de oficio junta de nombramiento de síndicos, que representarán a los acreedores e instarán el procedimiento en lo que no es dado promover de oficio; y, b) aun cuando el acreedor tuviese que hacer algún pedimento en interés común de la quiebra, los gastos originados saldrían del fondo disponible, ya que los gastos y costas judiciales son de cobro preferente a los créditos.

No obstante, de acordarse el sobreseimiento, a petición del acreedor instante de la quiebra necesaria, como al parecer se admite en la sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de fecha 27.10.1973, el deudor podrá iniciar acciones de resarcimiento de daños y perjuicios.

La doctrina estudia el acuerdo unánime de los acreedores como un modo de acabar la quiebra, no regulado en nuestro Derecho positivo, según Ramírez³⁰, quien atribuye al desistimiento expreso de todos los acreedores cierta relación con el convenio, y le lleva a admitirlo. De la Cuesta Rute³¹ plantea si es posible terminar el juicio de quiebra por el

²⁸ SALA REIXACHS, Alberto, *La terminación de la quiebra y el convenio concursal. Impugnación. Tramitación. Efectos. Rescisión*. Barcelona, Bosch, 2000, pág. 45.

²⁹ YANES YANES, Pedro, *La reapertura de la quiebra*. Valladolid, Lex nova, 1992, págs. 122-125.

³⁰ RAMÍREZ, José A., *op. cit.*, tomo III, págs. 112-114.

³¹ CUESTA RUTE, José M.^a de la, *op. cit.*, págs. 635-637.

desistimiento de todos los acreedores, y opone ciertos reparos que conduce al convenio. Yanes³² rechaza la legalidad del desistimiento por acuerdo unánime de los acreedores y considera que la equiparación del acuerdo unánime de los acreedores, para abandonar el proceso, y el convenio de masa encierra algunos equívocos, dada la más que dudosa identidad estructural entre el convenio y el desistimiento unánime, debido a que el convenio se rodea de considerables garantías y cautelas taxativamente previstas en la ley, cuya eficacia se produce sólo con la resolución judicial.

El desistimiento, por acuerdo unánime de los acreedores, además de la conformidad del deudor, exigiría que se adopte y manifieste por todos los acreedores concursales, no solamente por los concurrentes, lo que no resulta posible de afirmar durante el proceso de quiebra, dado que en traladad de morosos pueden concurrir en cualquier momento de su tramitación, en tanto exista masa activa (art. 1112 del primer C. de C.).

Otro supuesto, de laboratorio, es que los acreedores concurrentes, reunidos en junta, acuerden por unanimidad desistir del proceso universal, pero tampoco en este caso extraordinario cabe que tenga efectos para la clausura del proceso, es decir, que el juzgado acuerde el sobreseimiento de la quiebra, ni siquiera con la conformidad del deudor. En primer lugar, porque puede haber acreedores morosos a los que se perjudicaría su derecho a solicitar el reconocimiento de créditos y sucesivas acciones, y, en segundo, debido al reiterado interés público de la quiebra y sus efectos penales (arts. 259 a 261 del C. Penal).

Ramírez³³ acepta el abandono de todos los acreedores como uno de los varios modos anormales de acabar o cesar la quiebra, sin necesidad de esperar al instituto de la caducidad, y menciona algunas situaciones absurdas: *«Y si ningún acreedor hace acto de presencia ¿podrá seguirse el juicio de quiebra? ¿cómo nombrar los síndicos? ¿cómo verificar y reconocer los créditos? ¿cómo graduar éstos? Aún admitiendo que los acreedores asistieran a la junta sobre nombramiento de síndicos ¿qué decir si se abstienen de nombrarlos? Y si nombraron los síndicos, ¿qué diremos si luego no atienden el llamamiento judicial y dejan de presentar los títulos de sus créditos a los síndicos? Aun admitiendo que acudieran a la fase de verificación, aportando sus títulos de crédito ¿qué pasará si luego no acuden a la junta sobre reconocimiento de créditos o, de asistir a ella, se abstienen de pronunciarse sobre el “estado general” de créditos que los síndicos confeccionen? Aun supo-*

³² YANES YANES, Pedro, *op. cit.*, págs. 125-127.

³³ RAMÍREZ, José A., *op. cit.*, tomo III, págs. 112-115.

niendo que acudieran a tal junta, y que votaran en ella, ¿qué diremos si luego no acuden a la junta sobre graduación de los créditos o si, asistiendo a la misma, se abstienen de votar?».

Cuesta Rute³⁴ estudia la amplia casuística que puede plantearse en el ámbito forense, en relación con el desistimiento tácito, por falta de asistencia a las juntas convocadas o por una total inhibición de los acreedores en el proceso, que se relaciona con la caducidad de instancia, y exige el transcurso del tiempo estipulado por la ley para que pueda alzarse la quiebra, contando con que dicha inactividad sea compartida por el deudor.

Yanes³⁵ dedica el siguiente comentario al acuerdo unánime de abandono del proceso por los acreedores: *«En un sector de hipótesis más generales conviene prestar cierta atención a una que, revistiendo corrientemente la forma del desistimiento, encuentra su fundamento en la disponibilidad por los acreedores de los derechos sustanciales reclamados. Así, absolutamente generalizado en el convencimiento de los concursualistas prácticos, el acuerdo unánime de abandono del proceso por los acreedores ha venido configurándose como modo autónomo de terminación del juicio de quiebra. Generalizando en lo fundamental, las bases sobre las que reposa esta posición descansan en la equiparación del acuerdo unánime y el convenio de masa, pues si para el ordenamiento concursal es factible la terminación de la quiebra por el acuerdo entre quebrado y acreedores —si bien sometida su aprobación a un sistema de mayorías y articulada en una resolución judicial vinculante—, debería serlo también el abandono unánime por los acreedores del juicio de quiebra, máxime cuando la unanimidad de los interesados elimina cualquier situación de indefensión. El argumento, de apariencia sustancialmente correcta, suele venir reforzado con una consideración de carácter pragmático que enfatiza la esterilidad de un procedimiento privado de impulso merced a la inacción procesal de todos los acreedores. Sin embargo, este modo de razonar, convincente en una primera lectura, encierra algunos equívocos que conviene aclarar de inmediato. En primer lugar, resulta más que dudosa la identidad estructural que pretende establecerse entre el convenio y el desistimiento unánime, no sólo porque la celebración de aquél se rodee de un considerable número de garantías y cautelas en el marco de un procedimiento taxativamente organizado por la ley, sino también porque su efecto procesal más importante (la clausura) se produce sólo con la homologación del acuerdo por el órgano jurisdiccional. En segundo*

³⁴ CUESTA RUTE, José M.^a, *op. cit.*, págs. 635-638.

³⁵ YANES YANES, Pedro, *op. cit.*, págs. 125-127.

término, y desde una perspectiva eminentemente pragmática, tampoco puede pasar por alto que serán pocas las ocasiones en que el acuerdo de abandono se embeba en el supuesto normativo del artículo 899 C. de C., que manda que los convenios o acuerdos sean hechos en junta debidamente constituida. Lo contrario supondría abrir un portillo a la amplia fenomenología de corruptelas procesales que por el conducto del convenio amistoso no judicial pudieran lesionar, constante el estado legal de quiebra, los intereses de los acreedores minoritarios. Estas consideraciones parecen suficientes para respaldar el rechazo a la inclusión de esta figura en el cuadro general de modos de terminación de la quiebra, debiendo remitirse a lo ya expuesto con ocasión del estudio del proceso de quiebra al que no concurre ningún acreedor legítimo del quebrado, para determinar en estos casos los efectos de una posible inacción procesal absolutamente generalizada de los acreedores».

Si no asistiere acreedor alguno a la primera junta de acreedores convocada para elección de síndicos, el juez podía dar por finalizada la quiebra, sin esperar a la terminación de la pieza quinta, caso de que se hubiese iniciado con la presentación por el comisario del preceptivo informe *ex art.* 1138 del primer C. de C., al que se remite el art. 1382 de la LEC, y la censura del Ministerio Fiscal sobre calificación de la quiebra ordenada en el art. 1139 del citado Código mercantil. Así parece desprenderse del auto de la AP de Navarra, de fecha 26.09.1997:

«Primero. Frente al auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia, que acuerda el sobreseimiento del presente expediente de quiebra, se alza la parte apelante —a la sazón la que ha instado dicho expediente, al tratarse de una quiebra voluntaria—, solicitando la revocación de dicho auto. La peculiaridad que se presenta al análisis y resolución, primero del Juez de instancia y después por vía de este recurso a la Sala, radica en encontrarnos ante una situación que no está prevista procesalmente, ni por la LEC, ni por la regulación que en materia de quiebras se residencia en el Código de Comercio de 1829 (arts. 1068 y siguientes), y en el vigente. El supuesto que se ha dado consiste en la negativa de los acreedores de la sociedad quebrada, al nombramiento de los síndicos, no obstante haber sido citados en legal forma y por dos ocasiones para ello. La legislación al respecto parte de la necesidad de nombrar tres síndicos, en cuanto que es uno de los órganos de la quiebra, órgano administrativo encargado de administrar el caudal de la quiebra y representar a ésta y a la masa de acreedores en juicio y fuera de él, mientras dura el procedimiento (arts. 1218, 1319 y 1366 de la LEC). La legislación aplicable (LEC y Código de Comercio de 1829), regulan la elección de los tres síndicos, los distintos supuestos que se

puedan dar en la votación de los mismos, así como los casos de fallecimiento, cese o separación del síndico ya nombrado, pero nada contempla —quizá por impensable en principio— que los acreedores de la concursada se abstengan de nombrar a ningún síndico. El Juzgador de Primera Instancia, ante dicho silencio legal, señala como única hipótesis plausible la de la real inhibición de los acreedores concursales, que ante su pasividad, no pudiendo designarse los síndicos, órgano encargado de la administración de la quebrada y su representación, determinan la parálisis del procedimiento y la imposibilidad de su continuación, acordando en consecuencia sobreseer el expediente de quiebra.

Segundo. La parte apelante discrepa de la solución dada por el Juez “a quo”, al considerar que si bien el desistimiento de los acreedores sería admisible en la quiebra necesaria, no es admisible, sin embargo, en la quiebra voluntaria, no pudiendo en este supuesto condicionar los acreedores el desarrollo del expediente y la decisión de la quebrada de instar el procedimiento concursal. Estamos de acuerdo con la parte recurrente en que no sería de aplicación al caso considerar como solución el desistimiento de los acreedores —manifestado en su negativa a nombrar síndicos—, pues los efectos procesales del desistimiento quedan “prima facie” residenciados en la actuación y decisión de quien puede desistir, que en el caso de la quiebra voluntaria, al igual que en cualquier otro procedimiento, no es otro que el actor, al menos por lo que a la iniciativa se trata. Ha propuesto por otra parte algún autor la solución de la caducidad de la instancia, sin embargo tampoco parece aplicable al caso presente, precisamente por la actividad desplegada por la quebrada, puesta de relieve con el recurso que analizamos. Tampoco es admisible la solución dada por la parte apelante, en el sentido de entender que en realidad los acreedores de la quebrada lo que están, no es desistiendo del procedimiento, sino del cobro de sus créditos, ya que ninguna manifestación expresa de renuncia hay al respecto, ni cabe interpretar de sus actos lo anterior, ya que el silencio o conducta pasiva no equivale necesariamente a renuncia, salvo si acompañada del transcurso del tiempo la ley prevé dicho efecto (prescripción, caducidad).

Tercero. Lo cierto es que, coincidiendo con el Juzgador de instancia, la conducta pasiva de los acreedores imposibilita la continuación del procedimiento concursal y es razonable, atendido lo expuesto por la parte apelante, que se dé una solución definitiva al expediente de quiebra. Imposibilidad de continuación del procedimiento concursal y en definitiva de alcanzar los fines de esta institución jurídica, dirigida a la liquidación del patrimonio del quebrado y a su reparto entre los acreedores, desde el principio de la “par conditio creditorum” o principio de la comunidad de pérdidas, que surge de la importancia del trámite obstaculizado o simplemente renunciado por los acreedores, como es la designación y nombramiento de síndicos, en cuanto que es un ór-

gano fundamental de la quiebra, al asumir el poder de administración y de disposición de los bienes de la quiebra, a fin de satisfacer a los acreedores sus créditos reconocidos, conforme a la graduación de los mismos y representar en juicio y fuera de él los intereses de la masa de la quiebra. Las funciones que les están encomendadas en la LEC y Código de Comercio de 1829, condicionan la actuación de otros órganos de la quiebra —por ejemplo, las juntas generales— y los trámites procesales siguientes a su nombramiento, de ahí que sólo parece razonable la definitiva conclusión del procedimiento instado por la quebrada, al quedar truncada la ya indicada finalidad del procedimiento concursal. Por lo tanto deberán quedar sin efecto las iniciales consecuencias que trae la declaración de quiebra y que afectan a la capacidad de obrar de la quebrada, especialmente por lo que se refiere a la inhabilitación para el ejercicio de cualquier clase de comercio, y los efectos patrimoniales, por lo que se refiere a la inhabilitación para la administración de sus bienes y la pérdida de la posesión de los bienes, debiendo cesar en sus funciones el comisario y depositario de la quiebra. Por otra parte, la pasividad de los acreedores concretada en la ausencia de designación y nombramiento de síndicos, hace también inviable el desarrollo de la pieza quinta de la quiebra, esto es, la de calificación del concurso, al tener que basarse el informe del Ministerio Fiscal en el correspondiente y previo de los síndicos, por lo que no procede tampoco dejar viva tal pieza».

Esta es también la opinión de Sala Reixachs³⁶, quien advierte: «*La pieza de calificación quedará asimismo paralizada, al igual que las otras secciones, sin que pueda continuarse o seguirse su tramitación al no haberse nombrado síndicos. ... Los síndicos intervienen en la pieza quinta por imperativo de la ley, y su falta de nombramiento imposibilita constituir válidamente la relación jurídica procesal. No es infrecuente que ante la falta de nombramiento de síndicos, el titular del órgano jurisdiccional acuerde la paralización de todas las piezas de la quiebra con exclusión de la quinta. En estos supuestos, las funciones de la sindicatura suelen ser sustituidas por el depositario o se residen en el Ministerio Fiscal. Tanto en uno como en otro caso se infringe gravemente el art. 895 del nuevo Código de Comercio y el art. 1383 de la LEC, así como todos los preceptos que regulan la intervención de la sindicatura en la pieza de calificación. En este procedimiento incidental, tramitado en pieza separada formando parte de la sección quinta, todas las actuaciones estarán viciadas de nulidad, ante la ausencia de intervención de la sindicatura por su falta de nombramiento, por lo que, de no ser declarada por el juez, a instancia de parte o de*

³⁶ SALA REIXACHS, Alberto, *La terminación de la quiebra...*, op. cit., págs. 167-169.

oficio (art. 240³⁷ en relación con el 248³⁸ de la LEC), con toda seguridad la resolución que recaiga será revocada por la Audiencia». Y apunta, como otros efectos de la clausura provisional de la quiebra por falta de síndicos, los siguientes: «a) Se produce la parálisis o suspensión del procedimiento, que queda clausurado definitivamente al transcurrir el tiempo de inactividad procesal que requiere la caducidad de instancia. b) El comisario y depositario cesan en sus funciones. c) El quebrado readquiere la plena disposición sobre su patrimonio. d) Cabe la posibilidad de la reapertura de la quiebra a instancia de cualquier acreedor. e) Los créditos no se extinguen hasta que se produzca la prescripción de la acción. f) El quebrado no puede ser rehabilitado al no haber satisfecho todas sus deudas (art. 921 del Código de Comercio vigente)».

En los casos expuestos, relativos al sobreseimiento de la suspensión de pagos o de la quiebra, que se encuentren en tramitación a partir del 1 de septiembre de 2004, parece que también será de aplicación lo dispuesto en el apartado siguiente.

d) Auto de clausura

El art. 176.2 dispone: «En los tres últimos casos del apartado anterior, la conclusión se acordará por auto y previo informe de la administración concursal, que se pondrá de manifiesto por 15 días a todas las partes personadas».

Este informe, cuyo contenido se especifica en el apartado 4 del mismo artículo, objeto de posterior atención, será emitido, en los procedimientos de concurso de acreedores y quiebra, por la sindicatura (no por el depositario, como luego veremos), en la quiebra con la conformidad del comisario, y por la intervención judicial en la suspensión de pagos. En el procedimiento quita y espera no se nombra órgano auxiliar del juzgado, lo que podrá suplirse con el traslado a todas las partes personadas, si la clausura se ha iniciado de oficio, o a las partes que no hayan solicitado la clausura, para alegaciones.

³⁷ Arts. 115.2 y 121 de la nueva LEC. «Art. 115. Competencia para instruir y resolver incidentes de recusación. ... 2. La recusación será resuelta por medio de auto, por una Sección de la Audiencia Provincial o, en su caso, por la Sala o Sección que conozca del asunto». «Art. 121. Competencia para instruir y resolver el incidente de recusación. El incidente gubernativo de recusación de un oficial, auxiliar o agente judicial se instruirá por el Secretario del Juzgado, Sala o Sección que esté interviniendo en los autos, y lo decidirá el Juez o el Presidente, respectivamente».

³⁸ Derogado por DDU.1 de la nueva LEC.

e) Prohibición de clausura

El art. 176.3 establece: *«No podrá dictarse auto de conclusión por inexistencia de bienes y derechos mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión».*

Será imperativa su observancia en el concurso de acreedores (arts. 1295 a 1302 de la anterior LEC) y en la quiebra (arts. 1382 a 1388 y 1366 a 1377 de dicha Ley ritualaria), así como en la suspensión de pagos calificada como insolvencia definitiva (art. 8), por remisión a los arts. 20 y 21 de la Ley especial, que disponen la aplicación de los arts. 886 a 894 y 879 a 882 del C. de Comercio, respectivamente, es decir, no podrá acordarse la clausura del concurso de acreedores, la quiebra o la suspensión de pagos calificada como insolvencia definitiva, sin haberse tramitado las piezas de calificación u otras acciones sociales de responsabilidad, así como las acciones de reintegración (revocatorias concursales *ex* arts. 879 a 882 del C. de C.) y, en la quiebra, además, las acciones de nulidad *ex* art. 878 del C. de Comercio, en su caso, previo señalamiento de la fecha definitiva de retroacción. En la quita y espera no se contemplan dichas previsiones sobre calificación de la conducta del deudor ni las relativas a acciones de reintegración.

Ahora bien, este precepto matiza *«salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión»*, que faculta a la administración concursal y, en derecho transitorio, a los síndicos del concurso de acreedores y de la quiebra, en este último procedimiento con autorización de comisario, e interventores de la suspensión de pagos, para la negociación con terceros de cesión de las acciones de reintegración, así como de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales, de derecho o de hecho, socios personalmente responsables de las deudas concursales, cómplices, etc., cuya contraprestación se incorporará a la masa activa.

f) Informe preceptivo

El art. 176.4 preceptúa: *«El informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas. Las demás partes personadas se pronunciarán necesariamente sobre tal extremo en el trámite de audiencia y el juez, a la vista de todo ello, adoptará la decisión que proceda».*

He anticipado que los emisores de este informe serán los síndicos del concurso de acreedores o de la quiebra, en este último procedimiento con

la supervisión del comisario, y los interventores de la suspensión de pagos declarada en insolvencia definitiva, cuyo contenido se concreta en este apartado «*afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas*», y que podrá ser objeto de alegaciones por las demás partes personadas (deudor y acreedores), es decir, se dará audiencia para alegaciones a las partes personadas.

Las acciones de nulidad y de reintegración en la quiebra, cuya legitimación activa ostenta la sindicatura, con la aprobación de comisario, se regulan en los citados arts. 1366 a 1377 de la anterior LEC, que se remiten a los mencionados arts. 878 a 882 del C. de Comercio. En la suspensión de pagos debe acudir al art. 21 de la referida Ley especial, que se remite a los referidos arts. 879 a 882 del C. de C. En cuanto a las acciones de responsabilidad contra terceros, conviene recordar las específicas contra los administradores de derecho o de hecho, a los que podrá afectar el régimen general de responsabilidad (arts. 133 y 262.5 del TRLSA y arts. 69 y 105.5 de la LSRL) y el previsto en el art. 1301 de la anterior LEC, para el concurso de acreedores, y en la sección quinta de calificación de la quiebra (art. 1382 y siguientes de dicha Ley rituarial), que incluye la responsabilidad civil de los cómplices³⁹ (art. 893 del C. de C.), así como a través de la pieza separada de la suspensión de pagos declarada en insolvencia definitiva para la calificación y depuración de las responsabilidades en que haya podido incurrir el suspenso (art. 20 de la Ley especial).

Solamente si se prueba el hecho de inexistencia de masa activa, así como cuando se alcance evidencia sobre la inviabilidad de acciones de reintegración de bienes y de responsabilidad contra terceros, podrá proseguirse la tramitación de la clausura del procedimiento concursal.

g) Oposición a la clausura

El art. 176.5 estipula: «*Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, el juez le dará la tramitación del incidente concursal*».

Se entenderá que esta referencia al incidente concursal está hecha al procedimiento del artículo 393⁴⁰ de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

³⁹ Los **cómplices** de la quiebra serán condenados, civilmente, a perder cualquier derecho que tengan sobre la masa (normalmente su crédito) y a reintegrar los bienes y derechos sustraídos, con intereses e indemnización de daños y perjuicios (art. 894 del C. de C.).

⁴⁰ Admisión, sustanciación y decisión de las **cuestiones incidentales**. «... 2. *En la providencia sucintamente motivada en que se admita el planteamiento de la cuestión se resolverá si ha de considerarse de previo o de especial pronunciamiento, suspendiéndose, en el primer caso, el curso ordinario de las actuaciones. 3. Trasladado a las demás partes el escrito en que*

según dispone el inciso segundo del número 1 de la mentada disposición transitoria primera, es decir, que no se tramita el incidente de conformidad con lo dispuesto en el capítulo III del título VIII (arts. 192 a 196) de la Ley Concursal. En el concurso, estarán legitimados para formular oposición a la conclusión del concurso la administración concursal, el deudor y los acreedores, que no la hubiesen solicitado. En los procedimientos derogados, además de estos últimos (deudor y acreedores), estarán legitimados para oponerse a su clausura los síndicos del concurso de acreedores o de la quiebra y los interventores de la suspensión de pagos, si no la hubiesen instado.

h) Recursos

El art. 177 dispone: «1. *Contra el auto que acuerde la conclusión del concurso no cabrá recurso alguno*».

Este auto se dictará sólo en ausencia de oposición por las partes legitimadas y, si acuerda la conclusión del procedimiento concursal correspondiente, contra el auto correspondiente no cabrá recurso alguno.

«2. *Contra la sentencia que resuelva la oposición a la conclusión del concurso, cabrán los recursos previstos en esta ley para las sentencias dictadas en incidentes concursales*».

Según dispone el inciso segundo del número 1 de la disposición transitoria primera, objeto de estos comentarios, se entenderá que contra la sentencia que resuelva la oposición a la conclusión del procedimiento concursal cabrá el recurso de apelación (arts. 455 a 465 de la LEC) y que contra la sentencia que resuelva este último cabrá el recurso de casación o el de infracción procesal, en los términos previstos en la LEC (arts. 466 a 489).

1.2. EFECTOS DE LA CONCLUSIÓN DE PROCEDIMIENTO CONCURSAL

El art. 178 dispone: «1. *En todos los casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las facultades de administración y*

se plantee la cuestión, podrán contestar lo que estimen oportuno en el plazo de cinco días y, transcurrido este plazo, el tribunal citará a las partes a una comparecencia, que se celebrará conforme a lo dispuesto para las vistas de los juicios verbales. 4. Formuladas las alegaciones y practicada, en su caso, la prueba que en la misma vista se admita, si la cuestión fuere de previo pronunciamiento, se dictará, en el plazo de diez días, auto resolviendo la cuestión y disponiendo lo que sea procedente respecto a la continuación del proceso. Si la cuestión fuere de especial pronunciamiento, será resuelta, con la debida separación, en la sentencia definitiva. 5. Cuando la cuestión se resuelva por medio de auto, si éste acordare poner fin al proceso, cabrá recurso de apelación, y si decidiere su continuación, no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda impugnar la resolución al apelar la sentencia definitiva».

disposición del deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación».

El expediente de suspensión de pagos puede finalizar por convenio o sobreseimiento, como hemos adelantado, recuperando el deudor la plena capacidad para la administración de sus bienes, salvo que el convenio incluya limitaciones (art. 15⁴¹ de la Ley especial), como se previene en el nuevo concurso (art. 133.2 y 137), y puede ser objeto de calificación, si de insolvencia definitiva se tratase (art. 20 de la Ley especial).

En la quiebra, que puede finalizar por convenio o liquidación, no cabe la rehabilitación del deudor, si fuese calificada de fraudulenta (art. 920 del C. de C.), luego no cesarán tales limitaciones, salvo aprobación del convenio en caso de quiebra de las compañías (STS de 6.06.1977 y SAT de Barcelona de 30.06.1987), dado que las sociedades mercantiles con responsabilidad limitada (SA y SRL), incluso declaradas en quiebra fraudulenta⁴², pueden alcanzar un convenio con sus acreedores (art. 929 y concordantes del C. de C.), sin que sea preciso haya tenido lugar previamente su calificación⁴³.

⁴¹ «El Juez se limitará a proclamar el resultado de la votación favorable al convenio, absteniéndose de aprobarlo hasta que transcurra el plazo marcado en el artículo 16. Los Interventores cesarán en sus funciones, a menos que en la Junta se acuerde que continúe la intervención en la misma forma, designando a los mismos u otros Interventores, así como la forma de sustituirles o revocarles el nombramiento, pudiendo conferirles la representación de la masa para, en interés de ésta, ejercitar las acciones procedentes».

⁴² STS, de 31 de marzo de 1930: «...los artículos 898 y 929 del vigente Código de Comercio, estudiados en relación con los arts. 1147 y siguientes del Código de 1829 y con la Exposición de Motivos de aquél, revelan con claridad que el legislador, atento a la gran utilidad que reportan al quebrado y a sus acreedores los convenios equitativos y justos que ponen término a los procedimientos, siempre costosos y complicados, del juicio de quiebra, se propuso permitir a las compañías anónimas que pudieran acogerse al beneficio de dicho convenio en cualquier estado de la quiebra, fundándose esta excepción, como dice la misma Exposición de Motivos, en que no existiendo realmente en las compañías anónimas una persona que, en concepto de quebrada, debiera quedar sujeta a procedimiento especial por virtud del resultado de la calificación, no había de afectar a la conducta de los que hubieran formalizado la proposición de convenio».

⁴³ AP de Ciudad Real, de fecha 30.12.2000: «Tercero. Siendo claro que este precepto dispensa cuando menos del requisito temporal, en cuanto no es precisa ni la previa calificación ni la celebración de junta de reconocimiento, el tema se circunscribe a determinar si esta norma especial también dispensa de la prohibición que las normas generales imponen al quebrado fraudulento. Y a tal respecto, este Tribunal, en sentido contrario al criterio sustentado por el Juez de Primera Instancia, considera que el verdadero propósito del art. 929 es facilitar, en todo caso y ante todo evento, a la sociedad anónima quebrada la posibilidad de plantear el convenio que pueda poner fin al estado de quiebra, pues el citado precepto hace, por completo, abstracción de cuál sea la calificación que proceda, por cuanto, aun sin ella, contempla esa posibilidad. Este significado surge de la interpretación teleológica del artículo en cuestión, pues si algo ha de significar es precisamente la irrele-

«2. En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso».

Consecuencia jurídica del art. 1911⁴⁴ del C. Civil, que se confirma en el art. 1248 de la LEC de 1881, y previsible en el concurso de acreedores y en la quiebra, al término de la liquidación (arts. 1234 y 1358 de la anterior LEC, respectivamente), aunque la inexistencia de bienes y derechos no era causa de conclusión de dichos procedimientos, más bien de su archivo provisional y, en todo caso, del mantenimiento de la responsabilidad patrimonial del deudor. La quita y espera o la suspensión de pagos no podían ser declaradas conclusas por esta causa, aunque de probarse la inexistencia de bienes y derechos, constituía presupuesto objetivo para solicitar la declaración de concurso de acreedores o de quiebra, respectivamente. La importancia práctica de este precepto radica en la remoción de obstáculos para el ejercicio de acciones singulares por parte de los acreedores concurrentes, una vez declarada la conclusión de la suspensión de pagos, el concurso de acreedores o la quiebra por inexistencia de bienes y derechos, si se conociesen bienes embargables de su deudor. Este efecto era claro en el sobreseimiento de la suspensión de pagos, con causa en los arts. 10⁴⁵, 13⁴⁶, 15⁴⁷ y 19⁴⁸ de la ley especial.

vancia de la calificación para llevar a cabo el convenio, lo que se compagina con la estructura y dinámica de estas entidades, en las que la responsabilidad derivada de la quiebra y las causas que la motivaron recaen, ante todo, en los administradores o gestores, que no tienen por qué coincidir con los socios».

⁴⁴ *«Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros».*

⁴⁵ *«... En los casos de insolvencia definitiva no se acordará la convocatoria hasta que transcurra el plazo de quince días señalado en el artículo 8 para la consignación o afianzamiento de déficit. Si el Juez, cumplido este trámite, mantuviere la calificación de insolvencia definitiva, convocará inmediatamente la Junta, a no ser que en el plazo de cinco días el suspenso o acreedores que representen los dos quintos del total pasivo soliciten que se sobresea el expediente o que se declare la quiebra».*

⁴⁶ *«... Si el deudor no concurriese por sí, o especialmente apoderado, el Juez sobreseerá el expediente...».*

⁴⁷ *«... Si en la votación no se reuniera la mayoría determinada en el artículo anterior, se entenderá desechada la propuesta del convenio...».*

⁴⁸ *«El Juez aprobará el convenio cuyas cláusulas sumen a su favor según sea la espera o la insolvencia definitiva alguna de las dos mayorías de capital previstas para cada caso en el artículo 14, pero cuando se introduzcan modificaciones en el convenio propuesto por el deudor, por virtud de los votos emitidos por comparecencia ante el Secretario Judicial o por acta notarial, se dará vista al deudor para que preste o no su asentamiento en un plazo de cinco días, y por su resultado, el Juez aprobará el convenio o sobreseerá el expediente».*

«3. En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica, la resolución judicial que la declare acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme».

A la extinción de la sociedad se refiere el art. 278⁴⁹ del TRLSA, así como el art. 121⁵⁰ de la LSRL. En el citado art. 278 se menciona la cancelación registral de los asientos referentes a la sociedad extinguida y en el art. 122⁵¹ de dicha LSRL se anuda a la extinción societaria la cancelación de todos los asientos relativos a la sociedad. Al cierre de la hoja registral se dedica el capítulo VIII del RRM, con causa en la disolución y liquidación de sociedades, pero permite inscripciones varias, pese a la cancelación efectuada (art. 248⁵² RRM), que pueden ser preci-

⁴⁹ «Aprobado en el balance final, los liquidadores deberán solicitar del Registrador mercantil la **cancelación** de los asientos referentes a la sociedad extinguida y depositar en dicho Registro los libros de comercio y documentos relativos a su tráfico».

⁵⁰ «Los liquidadores otorgarán escritura pública de **extinción** de la sociedad que contendrá: a) La manifestación de los liquidadores de que ha transcurrido el plazo para la impugnación del acuerdo a que se refiere el apartado 2 del artículo 118 sin que se hayan formulado impugnaciones, o que ha alcanzado firmeza la sentencia que las hubiera resuelto. b) La manifestación de los liquidadores de que se ha procedido al pago de los acreedores o a la consignación de sus créditos. En caso de cesión global del activo y del pasivo, la manifestación de inexistencia de oposición por parte de los acreedores o la identidad de quienes se hubieren opuesto, el importe de sus créditos y las garantías que al efecto hubiese prestado el cesionario. c) La manifestación de los liquidadores de que se ha satisfecho a los socios la cuota resultante de la liquidación o consignado su importe. A la escritura pública se incorporarán el balance final de liquidación y la relación de los socios, en la que conste su identidad y el valor de la cuota de liquidación que les hubiere correspondido a cada uno.

⁵¹ «1. La escritura pública de **extinción** se inscribirá en el Registro Mercantil. 2. En la inscripción se transcribirá el balance final de liquidación y se hará constar la identidad de los socios y el valor de la cuota de liquidación que hubiere correspondido a cada uno de ellos, y se expresará que quedan **cancelados todos los asientos** relativos a la sociedad».

⁵² «1. En caso de que **aparecieran bienes o derechos de sociedad cancelada**, los liquidadores otorgarán escritura pública de adjudicación de la cuota adicional a los antiguos socios, que presentarán a inscripción en el Registro Mercantil en el que la sociedad hubiera figurado inscrita. 2. Presentada a inscripción la escritura, el Registrador Mercantil, no obstante la cancelación efectuada, procederá a inscribir el valor de la cuota adicional de liquidación que hubiera correspondido a cada uno de los antiguos socios. 3. En el caso de que el Juez competente hubiere acordado el nombramiento de persona que sustituya a los liquidadores para la conversión en dinero de los bienes y derechos a que se refiere el apartado primero y para la adjudicación de la cuota adicional a los antiguos socios, el Registrador Mercantil, no obstante la cancelación efectuada, procederá a inscribir el nombramiento de dicha persona en virtud de testimonio judicial de la resolución correspondiente».

sas, si apareciesen nuevos bienes (activo sobrevenido) y se declarase la reapertura del procedimiento concursal, según previene el art. 179 de la Ley Concursal, de inmediata atención. Es importante la publicidad registral ahora regulada, aunque el Procurador del deudor o del acreedor instante (concurso o quiebra necesarios) puede tener dificultades para cumplimentar el mandamiento y el pago del arancel correspondiente.

II. Reapertura

Dispone el art. 179: 1. *«La declaración de concurso de deudor persona natural dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por inexistencia de bienes y derechos tendrá la consideración de reapertura de éste. El juez competente, desde que se conozca esta circunstancia, acordará la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior».*

Aunque ofrece alguna duda, parece que los autos del concurso de acreedores, la quiebra o la suspensión de pagos anterior, cuando hubiesen concluido por inexistencia de bienes y derechos de deudor persona natural, deben incorporarse al nuevo concurso del mismo deudor, cuando se declare dentro de los cinco años siguientes de haberse clausurado el anterior, y tendrá la consideración de reapertura de éste. Serán competentes los nuevos Juzgados de lo Mercantil, quienes oficiarán a los Juzgados de Primera Instancia correspondientes para dicha acumulación.

«2. La reapertura del concurso de deudor persona jurídica concluido por inexistencia de bienes y derechos será declarada por el mismo juzgado que conoció de éste, se tramitará en el mismo procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad. A dicha reapertura se le dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24».

De nuevo anticipo algunas dudas, pero me parece lo más seguro que la reapertura del anterior procedimiento concursal de persona jurídica (suspensión de pagos o quiebra, generalmente), con causa en que hubiese llegado a mejor fortuna o se descubriesen nuevos bienes o derechos, será competencia del mismo Juzgado de Primera Instancia que conoció del anterior juicio universal, a cuyo auto de reapertura se dará la publicidad meramente informativa o «publicidad-noticia» (art. 23), así como la correspondiente constancia registral en los registros jurídicos de personas y de bienes, en este supuesto en el Registro Mercantil u otros registros públicos y en el Registro de la Propiedad, etc. (art. 24), y que abrirá la fase de liquidación, a la que será de aplicación lo dis-

puesto en los arts. 145 a 153 de la nueva Ley Concursal. Será preciso que el Juez nombre órgano auxiliar, es decir, depositario en el concurso de acreedores; depositario y comisario en la quiebra; o interventores en la suspensión de pagos, con arreglo a la legislación derogada, aunque no resultaría forzada la interpretación que considerase procedente el nombramiento de administradores concursales *ex art. 27* de la nueva Ley, previa declaración de procedimiento ordinario o abreviado.

La tramitación procesal de la fase de liquidación de los bienes y derechos de la persona jurídica concursada, quebrada o suspensa, aparecidos con posterioridad al archivo del respectivo procedimiento, tendrá lugar conforme a lo previsto en la Sección 2.^a Capítulo II del Título V de la citada Ley Concursal. La apertura de la fase de liquidación tiene determinados efectos sobre el deudor, según el art. 145, entre otros: suspensión de sus facultades de administración y disposición; si fuese persona jurídica, que es el caso, su disolución y cese de administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, es decir, por el anteriormente mencionado órgano auxiliar; y, sobre los créditos concursales, según el art. 146, el vencimiento anticipado y conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones. Esta referencia a créditos concursales, recuerda la necesidad de que la administración concursal actualice la lista de acreedores, según dispone el art. 180, que comentaré en el siguiente epígrafe.

Según el art. 147, durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el Título III de esta Ley, que regula los efectos de la declaración de concurso, es decir, deberán respetarse los arts. 40 a 73, en cuanto no se opongan a las específicas de la fase de liquidación (capítulo II, del título V), particularmente las dedicadas a las operaciones de liquidación (art. 148 a 153). Precisamente, el citado art. 148 obliga a la administración concursal a presentar al Juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa (plan de liquidación) o la observancia de reglas legales supletorias *ex art. 149*, previo inventario de la masa activa, según previene el citado art. 180, para dedicar su producto al pago de los créditos contra la masa y de los concursales, previo reconocimiento y graduación ¿conforme a la normativa del procedimiento que se trate? No me parece acertado y considero que deberán aplicarse los arts. 85 a 94 de la Ley Concursal. El pago a los acreedores, me parece, se hará conforme a lo dispuesto en los arts. 154 a 162, pues se integra en la fase de liquidación.

En la quita y espera, el art. 1140 de la anterior LEC reconoce derecho de abstención a determinadas categorías de créditos, aunque sobre privilegios, en general, puede aceptarse lo dispuesto para el concurso

de acreedores, en cuyo procedimiento la graduación de créditos tiene lugar en Junta de los acreedores, a la que darán cuenta los síndicos de cuatro estados, según el art. 1268 de dicha LEC, que comprenderán: 1.º Los acreedores por trabajo personal y alimentos; 2.º Los acreedores hipotecarios y pignoratícios; 3.º Los acreedores por escritura pública; 4.º Los acreedores comunes. Estos estados de acreedores deben formarse de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1921 a 1925 del Código Civil.

En la suspensión de pagos, la aprobación del convenio exige la constitución de una masa de acreedores (créditos concurrentes), a los cuales se les califica jurídicamente de forma especial, en función de la relación de créditos preparada por la comisión interventora y, finalmente, aprobada por el juez: lista definitiva de acreedores (art. 12 de la Ley especial), aunque no tiene lugar la graduación de créditos, propiamente dicha, sino la formación de dos grupos de acreedores: a) Acreedores con derecho de abstención; b) Resto de acreedores. El artículo 15 de la citada Ley señala: «*Los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios, comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 913 del Código de Comercio, podrán abstenerse de concurrir a la Junta, pero si concurrieran quedarán obligados como los demás acreedores*». El art. 913.3.º incluye los privilegiados por derecho común, es decir, los créditos vinculados con aquéllos mencionados en los artículos 1922, 1923 y 1924 del Código civil. El art. 22 concede el mismo derecho de abstención a los acreedores que invoquen los derechos reconocidos en los arts. 908 a 910 del C. de C., es decir, a los mal llamados acreedores de dominio.

En la quiebra, la graduación de los créditos reconocidos tiene lugar en Junta de acreedores, señalando la naturaleza y lugar que debe ocupar cada uno, para que sean pagados con la preferencia que les corresponda. El Código de Comercio vigente dedica parte de la Sección Quinta, concretamente los arts. 912 al 919, a la graduación y pago de créditos. Ante la falta de un texto refundido y único, regulador de la preferencia y prelación de créditos de todas clases, puede decirse que en el Código Civil se encuentran las disposiciones generales que han de mencionarse a la hora de dar alguna luz sobre la graduación de créditos en las quiebras, para la aplicación de lo establecido en el mencionado art. 913.3.º del Código mercantil. En dicho contexto, los referidos artículos 1922, 1923 y 1924 del Código Civil.

Conviene recordar, en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación, que el concurso de acreedores se calificará como fortuito o como culpable, en la sección sexta del procedimiento, según dispone el art. 164, aunque el tono imperativo del art. 179.2 «*La reapertura... se*

limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad» permite interpretar que la calificación de la conducta del deudor está vedada. Sin embargo, me inclino por la procedencia de tramitar también la sección sexta, para evitar quedasen impunes actuaciones irregulares de los administradores sociales de la persona jurídica deudora, desde la clausura hasta la reapertura, cualquiera que hubiese sido la calificación anterior, en su caso, y aplicando los arts. 164 a 173 de la Ley Concursal, en la medida que no prevalezca, en dicha materia calificadora, el aludido principio de irretroactividad de las normas legales que bien pudieran considerarse sancionadoras. Si así fuese, la calificación de la conducta del deudor, durante el período transcurrido desde la clausura hasta la reapertura, se hará conforme a las disposiciones citadas de la anterior legislación concursal, salvo que se valore más acertado el criterio expuesto favorable a la observancia de los preceptos vigentes, particularmente en el caso de la conducta a calificar corresponda a un período posterior al uno de septiembre de dos mil cuatro.

1. *Inventario y lista de acreedores*

El art. 180 dispone: «1. *Los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores formados en el procedimiento anterior habrán de actualizarse por la administración concursal en el plazo de dos meses a partir de la incorporación de aquellas actuaciones al nuevo concurso. La actualización se limitará, en cuanto al inventario, a suprimir de la relación los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor; a corregir la valoración de los subsistentes y a incorporar y valorar los que hubiesen aparecido con posterioridad; en cuanto a la lista de acreedores, a indicar la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes y a incorporar a la relación los acreedores posteriores».*

Creo que es un texto claro, para actualizar la información sobre masa activa y pasiva en la declaración de concurso de deudor persona natural, dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por inexistencia de masa activa (art. 179.1), así como en la reapertura del concurso de persona jurídica regulado en el anteriormente referido art. 179.2, aunque no encuentro aplicación a que dicha actualización, en cuanto al inventario, consista en suprimir de la relación los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor y a corregir la valoración de los subsistentes, cuando la clausura del anterior concurso fue causada por inexistencia de masa activa, es decir, desde su conclusión no han podido salir ni subsistir bienes o derechos que no existían entonces.

Sin embargo, cuando se trate de la declaración de nuevo concurso de persona natural, dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de quita y espera, suspensión de pagos, concurso de acreedores o quiebra, por inexistencia de masa activa (art. 179.1), o de la reapertura de concurso de acreedores, quiebra o suspensión de pagos de persona jurídica, recuerdo que en este último procedimiento no se menciona el inventario como documento contable y deberá ponerse en relación con el activo del balance *ex art. 8* de la Ley especial, concretamente con la masa activa determinada por el juez respecto de la verificada por la intervención. En el concurso de acreedores, la masa activa la forman los síndicos (art. 1228 de la anterior LEC), y en la quiebra la sindicatura forma el inventario del haber (bienes y derechos) *ex art. 1355* de la anterior LEC, en relación con los arts. 1079 a 1081 del primer C. de comercio. Lo expuesto queda como derecho histórico y en el transitorio habrá de actuarse según se expone en el apartado siguiente.

Respecto de la lista de acreedores, deberán actualizarse los créditos reconocidos en el concurso de acreedores (art. 1262 de la anterior LEC), así como en la quiebra (arts. 1380 y 1381 de la misma LEC), al igual que en la suspensión de pagos (art. 12 de la Ley especial), de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

«2. La actualización se realizará y aprobará de conformidad con lo dispuesto en los capítulos II y III del título IV de esta ley. La publicidad del nuevo informe de la administración concursal y de los documentos actualizados y la impugnación de éstos se regirán por lo dispuesto en el capítulo IV del título IV, pero el juez rechazará de oficio y sin ulterior recurso aquellas pretensiones que no se refieran estrictamente a las cuestiones objeto de actualización».

Los capítulos citados se refieren a la determinación de las masas activa (arts. 76 a 83) y pasiva (arts. 84 a 94), que comprende la calificación de créditos, referidas a la fecha del auto de reapertura, su publicidad e impugnación (arts. 95 a 97).

El inventario de la masa activa de persona natural no casada y de persona jurídica, según el art. 82, consistirá en una relación con los siguientes datos: 1) Descripción de bienes y derechos; 2) Naturaleza; 3) Características; 4) Lugar en que se encuentran; 5) Datos de identificación registral; 6) Gravámenes, trabas y cargas; y, 7) Valoración. Cuando el deudor fuese persona casada, dicho inventario incluirá, además, la relación de los bienes y derechos gananciales o comunes, con expresa indicación de su carácter. A dicho inventario se añadirán dos relaciones, a saber: a) Una, con los litigios cuyo resultado pueda afectar a los bienes

y derechos incluidos en el mismo; b) Y otra, con las acciones que debieran promoverse para la reintegración de la masa activa (art. 71). En estas dos relaciones se informará sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales. Además, cuando la administración concursal haya acudido a expertos independientes para la valoración de los bienes y derechos inventariados, unirán al inventario los informes emitidos por tales expertos y el detalle de los honorarios devengados con cargo a la masa, según dispone el art. 83.2.

La lista de acreedores comprenderá dos relaciones, a saber:

- A) Relación de créditos incluidos, ordenada en el apartado 2 del art. 94, se presentará con múltiples columnas, a saber: 1) identidad; 2) causa; 3) principal comunicado; 4) intereses y sanciones comunicados; 5) principal reconocido; 6) intereses y sanciones reconocidos; 7) suma, en su caso; 8) fechas de origen; 9) fechas de vencimiento; 10) garantías personales; 11) garantías reales; 12) calificación jurídica del principal y de los intereses o sanciones; 13) carácter de litigioso del principal o de los intereses (sin cuantía); 14) condicionales; 15) pendiente de excusión; 16) falta de comunicación oportuna; u otras, si se incluye la dirección de los acreedores, aunque no se menciona, salvo que se considere implícita en la identidad, así como si se incorpora una columna final, para observaciones o para referenciar anexos, que resultarán convenientes para dejar constancia de datos complementarios de los créditos verificados. Si el deudor fuese persona casada, en régimen de gananciales o de comunidad de bienes (art. 86.3), se presentarán dos relaciones de acreedores separadas, es decir, los créditos que sólo puedan hacerse efectivos sobre su patrimonio privado y los que puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio común.
- B) Relación de créditos excluido (apartado 3 del art. 94), que expresará la identidad de cada uno de ellos y los motivos de la exclusión, es decir, no presentará importes, al parecer, sólo la identidad del acreedor y la causa de su exclusión, aunque considero una omisión cuestionable, pues debiera figurar el importe declarado por el deudor o reclamado por acreedor.

El apartado 4 del art. 94 exige otra relación separada, sobre el detalle y cuantía de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, que en el Derecho derogado son ajenas al proceso concursal y ostentan derecho de ejecución separada, y que resultará indispensable con vistas a la liquidación en curso.

El artículo 95, sobre publicidad del informe y de la documentación complementaria, dispone que la administración concursal, simultáneamente a la presentación del informe, dirigirá comunicación personal a cada uno de los interesados... La verdad es que se hubiera ganado en seguridad jurídica si se hubiese encomendado al Secretario Judicial la función notificadora, en lugar de a los administradores concursales, respetando así la competencia exclusiva que ostenta para la práctica de notificaciones y demás actos de comunicación ex art. 279.3 de la LOPJ, en concordancia con lo dispuesto en la Disposición final sexta. Funciones de los Secretarios Judiciales: *«La intervención de los Secretarios Judiciales en la ordenación formal y material y en el dictado de resoluciones en los procesos concursales, así como la interpretación que en cada caso deba hacerse cuando se suscite controversia en esta materia, se ajustará a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Enjuiciamiento Civil»*. Este precepto impone dicho deber de comunicación a la administración concursal, simultáneamente a la presentación de su informe ex art. 75, es decir, el mismo día, por fax, burofax, e-mail, correo certificado con acuse de recibo, etc., pero no a todos los interesados en el concurso sino solamente a los acreedores que hayan sido excluidos, o incluidos sin que hubiesen insinuado su crédito, o incluidos por cuantía inferior a la que reclamaron, o incluidos con calificación distinta a la que pretendieron, explicándoles la situación que les afecta y concediéndoles un plazo de diez días, desde que reciban dicha notificación, para que formulen las reclamaciones que a su derecho convenga. Me parece que el trámite relatado pugna con el establecido en el art. 96, concordante con el apartado siguiente del citado art. 95: *«2. La presentación al juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se comunicará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23⁵³ y se publicará en el tablón de anuncios del juzgado. 3. El juez podrá acordar, de oficio o a instancia de interesado, cualquier publicidad complementaria que considere oportuna, en medios oficiales o privados»*.

⁵³ *«1. La publicidad de la declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, podrá realizarse por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones. No obstante lo anterior, la declaración del concurso se anunciará en el «Boletín Oficial del Estado» y en un diario de los de mayor difusión en la provincia donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, así como en uno de los de mayor difusión en la provincia donde radique su domicilio. Estos anuncios contendrán los datos suficientes para identificar el proceso y las formas de personarse en él. La publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en otros periódicos oficiales del edicto se insertará con la mayor urgencia»*.

El artículo 96 dispone que cualquier interesado podrá impugnar el inventario y la lista de acreedores, dentro del plazo de diez días, a contar desde la publicación ordenada en el citado art. 95.2, a cuyo fin podrá obtener copia a su costa. Naturalmente, aquí se reconoce el derecho de cualquier interesado, entre los que se encuentran los referidos en el art. 95.1, para impugnar el inventario y la lista de acreedores, y para ello disponen de un plazo de diez días, que nada tiene que ver con el anunciado en la comunicación de la administración concursal *ex* art. 95.1 sino con la del art. 95.2, que se remite al mencionado art. 23 de la Ley. Si se limitase el plazo para reclamar a los que reciben comunicación de la administración concursal, respecto de los demás acreedores, se les discriminaría negativamente. Además, estos mismos acreedores o presuntos acreedores tienen derecho a impugnar el inventario y otros créditos incluidos o excluidos de la lista de acreedores presentados por la administración concursal, careciendo de lógica que dispongan de plazos distintos para hacerlo.

La impugnación del inventario podrá consistir en la solicitud de la inclusión o de la exclusión de bienes o derechos, o del aumento o disminución del avalúo de los incluidos, y la impugnación de la lista de acreedores podrá referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos (concordante con los artículos 89 a 94), y se sustanciarán por los trámites del incidente concursal. Dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones, la administración concursal introducirá en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe [sobre la situación patrimonial *ex* art. 75.3] las modificaciones que, en su caso, procedan y presentará al juez los textos definitivos correspondientes, así como una relación actualizada de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, todo lo cual quedará de manifiesto en la secretaría del juzgado.

El artículo 97, sobre consecuencias de la falta de impugnación, dispone: «1. *Quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el Juez al resolver otras impugnaciones.* 2. *Si el acreedor calificado en la lista de acreedores como especialmente relacionado con el deudor [art. 93] no impugnare en tiempo y forma esta calificación, el Juez del concurso, vencido el plazo de impugnación y sin más trámites, dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que aquél fuera titular, ordenando, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los Registros correspondientes».*

El art. 93 detalla las personas que se consideran especialmente relacionadas con el concursado, persona natural o jurídica, y posterga sus derechos de crédito al clasificarlos como subordinados en el art. 92. Pero esa pérdida de garantías, por la tremenda (ex officio), sin contradicción, parece excesiva, incluso si se acude a lo dispuesto en el art. 71.3.

Transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, una vez puestos de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, el Juez dictará la resolución que proceda de conformidad con lo dispuesto en este título (art. 98).

III. Apertura de concurso por incumplimiento de convenio

El número 2 de la referida disposición transitoria primera dispone que la resolución judicial que declare el incumplimiento de un convenio aprobado en cualquiera de los procedimientos concursales derogados, a los que se ha hecho mención [quita y espera (art. 1155 LEC 1881), suspensión de pagos (art. 17 LSP), concurso de acreedores (art. 1919 CC) y quiebra (art. 906 C. de C.)], y gane firmeza después de la entrada en vigor de esta ley, producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en ella (arts. 144 a 153 de la Ley concursal). Conocerá de este concurso el mismo juzgado que hubiere tramitado el precedente procedimiento concursal, es decir, se sustrae a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil y mantendrá la competencia el mismo Juzgado de Primera Instancia que conoció del procedimiento, cuyo convenio ha sido declarado incumplido. El art. 143 de la Ley Concursal ordena la apertura de oficio de la liquidación, en caso de haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio, a cuya resolución se dará la publicidad prevista en los referidos arts. 23 y 24 de la Ley (art. 144). Dicha liquidación se practicará conforme a lo dispuesto en los arts. 145 a 162 de la Ley Concursal.

En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación procederá la formación de la sección de calificación (art. 163.1.2.º), salvo que ya se hubiese tramitado en el procedimiento anterior y que no habrá tenido lugar en la quita y espera. Sin embargo, no debo desconsiderar la prevención «*producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en ella*», pero me inclino por considerar procedente la tramitación de la pieza de calificación, como he comentado en el epígrafe anterior sobre reapertura del procedimiento.

Reitero algunos efectos sobre el deudor y los acreedores, que se contemplan en el art. 145 (suspensión de las facultades de administración) y 146 (vencimiento anticipado de los créditos), respectivamente, así como el nombramiento del órgano auxiliar del Juzgado *ex art.* 27, previa decisión judicial sobre su tramitación ordinaria o abreviada (art. 190 y 191) y la publicidad correspondiente, así como la necesaria actualización de la masa activa y pasiva (arts. 76 a 94), en los términos expuestos en el epígrafe anterior.

IV. Convenio en la quiebra

Dispone el número 3 de la citada disposición transitoria primera que en la quiebra de cualquier clase de sociedades no podrá aprobarse ninguna proposición de convenio antes de que haya concluido el trámite de reconocimiento de créditos (arts. 1380 y 1381 de la anterior LEC). No será de aplicación, por tanto, el art. 929⁵⁴ del C. de C., que se remite a los arts. 930 y siguientes del mismo Código mercantil, que permitía la tramitación de convenio anticipado en la quiebra de las compañías, antes de la celebración de la Junta de reconocimiento de créditos e incluso con anterioridad al nombramiento de la sindicatura, es decir, durante la actuación del depositario (STS de 8.06.1880⁵⁵ y SAT de Barcelona de 30.06.1987⁵⁶).

⁵⁴ «**Las compañías** estarán representadas durante la quiebra según hubieren previsto para este caso los estatutos, y en su defecto, por el Consejo de Administración; y **podrán** en cualquier estado de la misma **presentar** a los acreedores las **proposiciones de convenio** que estimen oportunas, las cuales deberán resolverse con arreglo a lo que se dispone en la Sección siguiente»

⁵⁵ «...Que también son infundados los motivos de casación en que se pretende el imposible de que en la pieza de calificación de una quiebra se oiga a síndicos que no existen, ni deben existir, puesto que realizado el convenio no había para qué proceder a su nombramiento, y bastaba la representación fiscal para el único interés restante de la causa pública».

⁵⁶ «Modificado el artículo 1147 del Código de Comercio de 1829 por la Ley de 30 de julio de 1878, en el sentido de no autorizarse la celebración de convenios entre el quebrado y sus acreedores sin que hubiere terminado el examen y reconocimiento de los créditos y haberse hecho la calificación de la quiebra, con independencia del acierto o no del legislador en las razones por las que se excluyó de dicha regla a las sociedades anónimas, es lo cierto que, de forma expresa a las mismas se refiere en la Exposición de Motivos de la propia Ley que establece la excepción al señalar el artículo 929 del Código de Comercio que podrán “en cualquier estado de la misma presentar a los acreedores las proposiciones de convenio que estimen oportunas”. Consecuentemente con ello no queda sujeta en el tiempo la proposición del convenio a la aprehensión física de los bienes y documentos de la sociedad quebrada».

El referido art. 929 del Código de Comercio determina la facultad de las compañías (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada) de presentar a los acreedores las proposiciones de convenio que estimen oportunas, en cualquier estado de la quiebra, y también a su tramitación acomodada a lo dispuesto en los artículos 932 a 937 del Código mercantil vigente. Este último artículo (937) dispone: «*Aprobado el convenio sin oposición, o desestimada ésta por sentencia firme, será obligatorio para la compañía o empresa deudora y para todos los acreedores cuyos créditos daten de época anterior a la suspensión de pagos, si hubieren sido citados en forma legal, o si, habiéndoseles notificado el convenio, no hubieren reclamado contra él en los términos prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil*». Interpreto que obliga a todos los acreedores, sin excepción alguna, es decir, que no excluye a los acreedores con derecho de abstención, como ocurre en el caso del convenio regulado en la Sección Cuarta (arts. 898 a 907), pues el art. 904 se remite al art. 900, y éste confiere la facultad de abstenerse a los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios. Así parece desprenderse de la SAT de Barcelona, de 30.06.1987⁵⁷ y su tramitación se resume por Ramírez⁵⁸.

V. Propuestas de convenio

El número 4 de la reiterada disposición transitoria primera dispone que las proposiciones de convenio que se formulen con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal, en cualquiera de los procedimientos derogados, deberán cumplir los requisitos establecidos en los artículos 99 y 100 de la citada Ley.

Toda propuesta de convenio, que podrá contener distintas alternativas, se formulará por escrito y firmada por el deudor o, en su caso, por todos los acreedores proponentes, o por sus respectivos representantes con poder suficiente. De las propuestas presentadas se dará traslado a las partes personadas. Cuando la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente (art. 99).

Las propuestas de convenio no podrán ofrecer una quita que exceda de la mitad de los créditos ordinarios, ni espera superior a cinco años,

⁵⁷ BARÓ CASALS, Antonio y PEDREÑO MAESTRE, Francisco, *Derecho Concursal. Tomo II. La Quiebra*, Cedecs, Barcelona, 1999, pág. 701.

⁵⁸ RAMÍREZ, José A., *La quiebra*. Barcelona, Bosch, tomo III, págs. 626-628.

excepto en empresas con especial trascendencia para la economía (nacional, autonómica, provincial o local), cuando de propuesta ordinaria de convenio se tratase (art. 100.1), es decir, si no fuese propuesta anticipada, pues en ésta la excepción a los indicados límites se admitirá cuando el plan de viabilidad contemple expresamente su superación y el Juez lo autorice (art. 104.2). Además, dichas propuestas podrán contener proposiciones alternativas, incluidas las ofertas de conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales (arts. 156 TRLSA y 74 LSRL), o en créditos participativos (art. 20 Real Decreto 7/1996, de 7 de junio). Conviene llamar la atención sobre la limitación en la espera a cinco años, que parece afectará a las citadas proposiciones alternativas y, en concreto, a la conversión de créditos en préstamos participativos o en obligaciones convertibles en acciones (arts. 292-294 TRLSA). También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores (art. 100.2). La propuesta de convenio no puede consistir en *datio pro soluto o pro solvendo*, ni en la liquidación global del patrimonio (masa activa), etc., sin perjuicio de la posibilidad de fusión o escisión (arts. 233 a 259 TRLSA y 94 LSRL) de la persona jurídica concursada, según el art. 100.3.

En la tramitación y aprobación de dichas propuestas de convenio, conforme al procedimiento que en cada caso corresponda, será de aplicación lo establecido en el artículo 103⁵⁹ y en el apartado 3 del artículo 118⁶⁰,

⁵⁹ Artículo 103. Adhesiones a la propuesta de convenio. «1. Los acreedores podrán adherirse a cualquier propuesta de convenio en los plazos y con los efectos establecidos en esta Ley. 2. La adhesión será pura y simple, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno. En otro caso, se tendrá al acreedor por no adherido. 3. La adhesión expresará la cuantía del crédito o de los créditos de que fuera titular el acreedor, así como su clase, y habrá de efectuarse mediante comparecencia ante el Secretario del Juzgado en el que se tramite el concurso, o mediante instrumento público. 4. La adhesión a estos convenios por parte de las Administraciones y organismos públicos se hará respetando las normas legales y reglamentarias especiales que las regulan».

⁶⁰ «3. Los acreedores firmantes de algunas de las propuestas y los adheridos en tiempo y forma a cualquiera de ellas que no asistan a la junta se tendrán por presentes a efectos del quórum de constitución».

así como en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 121⁶¹ de la referida Ley Concursal, debiendo entenderse que el plazo para la presentación de adhesiones escritas comprende desde la presentación de la propuesta de convenio hasta el momento de formación de la lista de asistentes a la Junta en que será sometida a aprobación, salvo que se trate de suspensiones de pagos o quiebras de sociedades en las que el convenio pueda aprobarse sin celebración de junta, es decir, mediante trámite escrito, en cuyo caso ese plazo será el señalado para presentar adhesiones en el correspondiente procedimiento. Se contempla, por tanto, el procedimiento escrito del convenio en la suspensión de pagos (arts. 18⁶² y 19 de la Ley especial de 1922) y en la quiebra (arts. 932⁶³, 934⁶⁴ y 935⁶⁵ del C. de C.).

En la suspensión de pagos, el convenio parte de la proposición presentada con su solicitud por el deudor para pago de sus débitos (art. 2.4.º

⁶¹ «4. Concluido el debate, el presidente someterá la propuesta a votación nominal y por llamamiento de los acreedores asistentes con derecho a voto. Los acreedores asistentes podrán emitir el voto en el sentido que estimen conveniente, aunque hubieren firmado la propuesta o se hubieren adherido a ella. Se computarán como votos favorables a la correspondiente propuesta de convenio los de los acreedores firmantes y los de los adheridos que no asistiendo a la junta hayan sido tenidos por presentes».

⁶² «En el auto en que se estime la solicitud se concederá al suspenso un plazo prudencial, que no podrá ser inferior a un mes ni superior a cuatro, para que presente al Juzgado la proposición de convenio con la adhesión de los acreedores obtenida en forma auténtica».

⁶³ «La compañía o empresa que se presentare en estado de suspensión de pagos, solicitando convenio con sus acreedores, deberá acompañar a su solicitud el balance de su activo y pasivo. Para los efectos relativos al convenio, se dividirán los acreedores en tres grupos: el primero comprenderá los créditos de trabajo personal y los procedentes de expropiaciones, obras y material; el segundo, los de las obligaciones hipotecarias emitidas por el capital que las mismas representen, y por los cupones y amortización vencidos y no pagados, computándose los cupones y amortización por su valor total, y las obligaciones según el tipo de emisión, dividiéndose este grupo en tantas secciones cuantas hubieren sido las emisiones de obligaciones hipotecarias; y el tercero, todos los demás créditos, cualquiera que sea su naturaleza y orden de prelación entre sí y con relación a los grupos anteriores».

⁶⁴ «3.º Impondrá a las compañías y empresas el deber de presentar al Juez o Tribunal, dentro del término de cuatro meses, una proposición de convenio para el pago de los acreedores, aprobada previamente en junta ordinaria o extraordinaria por los accionistas, si la compañía o empresa deudora estuviere constituida por acciones».

⁶⁵ «El convenio quedará aprobado por los acreedores si le aceptan los que representen tres quintas partes de cada uno de los grupos o secciones señalados en el artículo 932. Se entenderá igualmente aprobado por los acreedores si no habiendo concurrido, dentro del primer plazo señalado al efecto, número bastante para formar la mayoría de que antes se trata, lo aceptaren en una segunda convocatoria acreedores que representaren los dos quintos del total de cada uno de los dos primeros grupos y de sus secciones, siempre que no hubiese oposición que exceda de otros dos quintos de cualquiera de dichos grupos o secciones, o del total pasivo».

de la LSP) y puede ser modificado por los acreedores con el asentimiento del suspenso. Se cuestiona por la doctrina si el deudor puede modificar su propuesta inicial de convenio, inclinándose por la respuesta afirmativa. Así parece desprenderse de lo ordenado en el art. 2.5.º *in fine* de la LSP, para las sociedades anónimas, cuando establece que en el acuerdo de la junta general de accionistas *se indicarán las personas... que habrán de ostentar la plena representación de la sociedad... con facultad para modificar la proposición de convenio formulada...* No debe haber causa de discriminación para deudores personas naturales y jurídicas. En la Junta de acreedores, convocada para deliberar sobre la aprobación del convenio, el juez abre a discusión la proposición de convenio formulada por el deudor, la cual podrá ser libremente modificada por los acreedores, con el consentimiento de aquél, y podrán hablar tres acreedores a favor del convenio propuesto y tres en contra (art. 14 de la Ley especial).

En la suspensión de pagos, cuando los acreedores exceden de doscientos el juez podrá acordar la suspensión de la Junta (dejarla sin efecto o desconvocarla) y su sustitución por la tramitación escrita, a petición del deudor o de cualesquiera de los acreedores, cuya solicitud deberá ser presentada a partir de la fecha del auto en el que se acuerda la convocatoria de la Junta y hasta ocho días antes del señalado para su celebración. En caso de que se formulase la solicitud, el juez oírá preceptivamente el informe de los interventores, que deberán evacuarlo en el término de tres días, y resolverá lo procedente (art. 18 de la Ley especial). La doctrina consultada no es unánime, según el siguiente resumen: El profesor González de Echavarrí⁶⁶: «*El juez puede, según su prudente arbitrio, estimar o rechazar por medio de auto la solicitud de procedimiento escrito*»; Guillén e Igual⁶⁷: «*El juez, sea cualquiera el informe de los interventores, tiene libre arbitrio para estimar o denegar la petición de trámite escrito, dictando auto al efecto*»; Saura Juan⁶⁸: «*El juez goza de libertad de criterio para resolver en uno u otro sentido, acerca del pedimento de trámite escrito. Si lo negare no cabrá recurso alguno*»; Sagrera Tizón⁶⁹: «*Contra el acuerdo denegatorio del juez no cabrá recurso alguno.*»;

⁶⁶ GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, José M.ª y MIGUEL ROMERO, Mauro, *Comentarios a la Ley de suspensión de pagos*, Valladolid, 1922, pág. 229.

⁶⁷ GUILLÉN E IGUAL, Bartolomé, *Suspensiones de pagos (mercantil y jurídicamente consideradas)*, Barcelona, Bosch, 1947, pág. 101.

⁶⁸ SAURA JUAN, José, *Suspensión de pagos (doctrina, jurisprudencia, formularios)*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1951, pág. 65.

⁶⁹ SAGRERA TIZÓN, José M.ª, *Comentarios a la Ley de suspensión de pagos*, Barcelona, José M.ª Bosch, 1989, vol. IV, pág. 259.

Gonzalo Bravo⁷⁰: «No cabe ulterior recurso contra la resolución del juez, si deniega la solicitud de tramitación escrita»; Torres de Cruells⁷¹ da por supuesto que si el juez deniega la solicitud, no habrá ulterior recurso; Guillén Soria⁷²: «Contra el auto en que se deniegue el trámite escrito, previo informe desfavorable de los interventores, no cabrá recurso alguno. Si el informe fue favorable... opino que no cabe tampoco recurso alguno». Cordón Moreno⁷³ discrepa la doctrina sobre si es o no admisible el recurso cuando el informe de los interventores es favorable y la resolución judicial denegatoria, y cita a Sagrera Tizón (en contra) y a Rojo Fernández-Río (a favor), concluyendo, a su juicio, que a falta de norma legal que excluya expresamente el recurso en este caso, el derecho constitucional a los recursos, que forma parte de la tutela judicial efectiva y debe ser interpretado en el sentido más favorable a la efectividad del mismo, debe llevar a la admisibilidad del recurso. Cuando se acuerde la tramitación escrita, el suspenso vendrá obligado a presentar al juzgado la proposición de convenio (la inicial u otra), con la adhesión del voto individual de los acreedores en forma auténtica, bien por comparecencia ante el Secretario Judicial o mediante acta notarial, que sumen la mayoría de tres cuartos exigible en los supuestos de insolvencia definitiva y cuando el convenio consista en una espera superior a tres años, dentro del plazo que le conceda el juez, que no podrá ser inferior a un mes ni superior a cuatro, con obligada prórroga de treinta días más, si en el primer plazo no se reuniera, y así se acreditase por el deudor. Si las adhesiones recibidas introdujeran modificaciones esenciales en la proposición del convenio, tanto durante el plazo del citado art. 18 como en el de prórroga del art. 19, ambos de la Ley especial, el juez oírán obligatoriamente sobre ellas (las modificaciones al convenio propuesto) el informe de los interventores, que deberán emitirlo en el improrrogable plazo de quince días, y dará vista al deudor para que preste o no su consentimiento. También este informe carece de orientación legal y, en la práctica, de contenido ilustrativo; los interventores acostumbran a destacar las modificaciones planteadas respecto de la propuesta inicial del deudor y a analizar posibles ventajas económicas para las partes que resultasen beneficiadas con los cambios introducidos. En el supuesto que el suspenso no dé su conformidad a

⁷⁰ GONZALO BRAVO, Rafael, «Convenio en la suspensión de pagos», en *Derecho Concursal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, pág. 218.

⁷¹ TORRES DE CRUELLES, Joaquín y MAS Y CALVET, Román, *op. cit.*, págs. 433-436.

⁷² GUILLÉN SORIA, José Miguel, *El convenio en las suspensiones de pagos*, Granada, Comares, 1996, pág. 64.

⁷³ CORDÓN MORENO, Faustino, *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisdiccional*. Pamplona, Aranzadi, 1995, págs. 165-166.

las modificaciones en el convenio presentadas por los acreedores el juez sobreseerá el expediente.

En el procedimiento de quiebra de los empresarios individuales y compañías de responsabilidad ilimitada, una vez terminado el reconocimiento de créditos y hecha la calificación, el quebrado y sus acreedores podrán hacer los convenios que estimen oportunos, según el art. 1390 de la LEC, que se remite al art. 1304 de la LEC, el cual ordena: «*Toda solicitud que haga el deudor o cualquiera de los acreedores para convocatoria a Junta que tenga por objeto el convenio, deberá contener los requisitos siguientes, sin los cuales no será admitida: 1.º Que se formulen con claridad y precisión las proposiciones del convenio. 2.º Que se acompañen tantas copias de ellas, impresas o manuscritas, cuantos sean los acreedores reconocidos. 3.º Que el que las haga se obligue a satisfacer los gastos a que dé lugar la convocatoria y celebración de la Junta, aunque se defienda por pobre, asegurando el pago a satisfacción del Juez*». No gozarán de este derecho al convenio los quebrados fraudulentos ni los que se fugaren durante el juicio de quiebra (art. 898 del vigente C. de C.). Este artículo modificó la redacción del art. 1147 del primer Código de Comercio, al que se refiere el art. 1389 de la LEC, que prohibía presentar proposiciones de convenio hasta terminado el examen y reconocimiento de créditos y hecha la calificación de quiebra. Con el texto actual, se permite al quebrado presentar sus proposiciones de convenio a los acreedores o aceptar las que éstos le presenten, sin esperar a que finalice el examen y reconocimiento de créditos, consecuentemente su graduación, ni la calificación de la quiebra. En este supuesto, el convenio no podrá concluir hasta después de terminadas aquellas operaciones, es decir, se podrán presentar las propuestas de convenio por el deudor o sus acreedores, pero el juzgado deferirá la convocatoria de la Junta de acreedores para deliberación y votación hasta que hayan finalizado su tramitación las piezas cuarta y quinta. Son aplicables, a este respecto, los arts. 1307 a 1311 de la LEC, a los que remite el art. 1391 de la LEC. Debe repararse en que se excluye la remisión al art. 1306 de la LEC y, consecuentemente, permite interpretar que los administradores de las sociedades regulares colectivas y sociedades comanditarias podrán hacer las proposiciones de convenio y representar a estas compañías en la Junta de acreedores correspondiente.

En la quiebra de otras sociedades mercantiles, no parece que haya obstáculo para acogerse a los mismos trámites sobre convenio, en Junta de acreedores, a las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada), una vez finalizadas las piezas tercera, cuarta y quinta. Sin embargo, los

administradores de las compañías anónimas o quienes les representen según poder especial, y por extensión las de responsabilidad limitada, así como los liquidadores de las compañías disueltas, podrán presentar a los acreedores, en cualquier estado de la quiebra, las proposiciones de convenio que estimen oportunas, según reza el art. 929 del C. de C. (sentencia del TS de 6.06.1977 y sentencia de la AT de Barcelona de 30.06.1987), que deberá resolverse con arreglo a lo dispuesto en la Sección Octava, que se refiere a las suspensiones de pagos y quiebras de las Compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas, y se completa con la Ley de 12 de noviembre de 1869, a la que remite el art. 1320 de la LEC. Se interpreta, por tanto, que las sociedades mercantiles con responsabilidad limitada (SA y SRL), incluso declaradas en quiebra fraudulenta, pueden alcanzar un convenio con sus acreedores, para cuya calificación no será preciso oír a los síndicos, si no hubiesen sido nombrados, como declara la citada STS de 8.06.1880: «...*Que también son infundados los motivos de casación en que se pretende el imposible de que en la pieza de calificación de una quiebra se oiga a síndicos que no existen, ni deben existir, puesto que realizado el convenio no había para qué proceder a su nombramiento, y bastaba la representación fiscal para el único interés restante de la causa pública*».

En las sociedades de capital (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada), que no se hallen en liquidación, puede acordarse en el convenio su continuidad o traspaso (art. 928 C. de C.). El profesor De la Oliva⁷⁴ señala una aparente antinomia entre el art. 928 y el art. 221.3.º C. de C., en cuanto que, según éste, la quiebra determina la disolución de la sociedad, que algunos autores tratan de salvar con argumentos que le parecen poco convincentes, como el maestro Garrigues, sobre la distinción entre disolución y extinción de las sociedades, aunque en el fondo está de acuerdo con este autor, pero no en la presentación argumental. A su juicio el art. 221.3.º es una regla general, más que nada de constatación de que la declaración judicial de quiebra inhabilita, y así no se puede seguir comerciando, mientras que el art. 928 supone un desenlace excepcional, rectificatorio del proceso de cuyo inicio da cuenta el art. 221.3.º. A mi entender, los arts. 260.2 del TRLSA y 104.2 de la LSRL, que simplemente facultan al órgano social para disolver con causa en la declaración de quiebra, han dejado sin efecto la aplicación para estas compañías del art. 221.3.º del C. de C.

⁷⁴ OLIVA, Andrés de la, *op. cit.*, vol. IV, pág. 412.

Parece que en los supuestos comentados sobre proposiciones de convenio concursal, en suspensiones de pagos o quiebras en tramitación, después del 1 de septiembre de 2004, deberán respetarse las disposiciones de los arts. 99 y 100, así como los arts. 103, 118 y 121 de la nueva Ley.

VI. Recursos

Por último, el número 5 de la reiterada disposición transitoria primera dispone que las resoluciones que se dicten en los procedimientos concursales derogados, con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, serán recurribles con arreglo a las especialidades previstas en el artículo 197⁷⁵ de la mencionada Ley Concursal, luego la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (apartado 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero), que declaró la vigencia de los Títulos XII y XIII de la anterior LEC, no será de aplicación en materia de recursos.

⁷⁵ Artículo 197. Recursos procedentes y tramitación. «1. Los recursos contra las resoluciones dictadas en el concurso se sustanciarán en la forma prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las modificaciones que se indican a continuación y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 64 de esta ley. 2. Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto. 3. Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días. 4. Contra las sentencias que aprueben el convenio, o las que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá recurso de apelación que se tramitará con carácter preferente, y en la forma prevista para las apelaciones de sentencias dictadas en juicio ordinario. 5. El juez del concurso, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar motivadamente al admitir el recurso de apelación la suspensión de aquellas actuaciones que puedan verse afectadas por su resolución. Su decisión podrá ser revisada por la Audiencia Provincial a solicitud de parte formulada en el escrito de interposición de la apelación u oposición a la misma, en cuyo caso esta cuestión habrá de ser resuelta con carácter previo al examen del fondo del recurso y dentro de los 10 días siguientes a la recepción de los autos por el tribunal, sin que contra el auto que se dicte pueda interponerse recurso alguno. 6. Cabrá recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra las sentencias dictadas por las audiencias relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta. 7. Contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso, cabrá el recurso de duplicación y los demás recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguna de sus piezas».

VII. Recapitulación

Primero. Los procedimientos concursales de quita y espera, suspensión de pagos, concurso de acreedores y quiebra, que se encuentren en tramitación el 1 de septiembre de dos mil cinco, continuarán rigiéndose por el derecho anterior, salvo determinadas excepciones.

Segundo. Su clausura podrá iniciarse de oficio por el Juez o a instancia de los órganos auxiliares, así como del deudor y de cualquier acreedor.

Tercero. Son causas de conclusión de dichos procedimientos concursales, por aplicación del art. 176.1, las siguientes:

- a) La prueba del pago, consignación o íntegra satisfacción de la totalidad de los créditos reconocidos a los acreedores.
- b) La prueba de inexistencia de masa activa ni de terceros responsables con que satisfacer a los acreedores.
- c) La resolución firme que acepte el desistimiento o la renuncia de todos los acreedores reconocidos.

Cuarto. En todos los casos expuestos, la conclusión se acordará por Auto, previo informe del órgano auxiliar (art. 176.2), y cuando traiga causa en la inexistencia de masa activa se fundará en la inviabilidad de acciones de reintegración ni de responsabilidad frente a terceros, previo informe del órgano auxiliar y alegaciones de las partes personadas (art. 176.3 y 4).

Quinto. Si se formulase oposición a la conclusión se tramitará como incidente concursal, por el procedimiento del art. 393 de la LEC (art. 176.5).

Sexto. Contra el Auto que acuerde la conclusión no cabrá recurso alguno y contra la Sentencia que resuelva la oposición a la conclusión cabrán recurso de apelación, así como contra la Sentencia de la Audiencia Provincial, que resuelva la apelación, cabrá recurso de casación o de infracción procesal (art. 177).

Séptimo. La conclusión del procedimiento produce el cese de las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor, salvo las acordadas en la sentencia de calificación (art. 178.1).

Octavo. Cuando la conclusión del procedimiento se acuerde por inexistencia de masa activa, el deudor quedará responsable del pago de los créditos insatisfechos (art. 178.2).

Noveno. Cuando la anterior conclusión se refiera a deudor persona jurídica, la resolución judicial acordará su extinción y ordenará el cierre en los Registros públicos que figure inscrita (art. 178.3).

Décimo. La declaración de concurso de deudor persona natural, dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de un procedimiento de quita y espera, suspensión de pagos concurso de acreedores o quie-

bra, por inexistencia de masa activa, dará lugar a la acumulación de lo actuado en dicho procedimiento al nuevo concurso (art. 179.1).

Undécimo. La reapertura de los procedimientos citados (quita y espera, suspensión de pagos, concurso de acreedores o quiebra), cuando el deudor fuese persona jurídica y su clausura hubiese sido acordada por inexistencia de masa activa, será declarada por el mismo Juzgado que conoció de aquel procedimiento y seguirá su tramitación, limitándose a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad a su conclusión (art. 179.2). Requiere la reposición del órgano auxiliar o nuevo nombramiento, previa declaración de tramitación como procedimiento ordinario o abreviado.

Duodécimo. El inventario y la lista de acreedores del nuevo concurso de persona natural, declarado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de un procedimiento anterior, por inexistencia de masa activa, habrán de actualizarse por la administración concursal, en el plazo de dos meses a partir de la acumulación de autos del procedimiento anterior, y se realizará conforme a lo dispuesto en los arts. 76 a 97, limitándose, en cuanto al inventario, a incorporar y valorar los bienes y derechos que hubiesen aparecido con posterioridad a la clausura del anterior procedimiento (art. 180)

Decimotercero. El inventario y la lista de acreedores formados en el procedimiento objeto de reapertura (deudor persona jurídica) serán actualizados por el órgano auxiliar, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 76 a 97 (art. 180), aunque el plazo de dos meses, señalado en el apartado anterior, se computará desde la reposición o aceptación del órgano auxiliar.

Decimocuarto. En la quiebra de las compañías, no podrá aprobarse ninguna proposición de convenio antes del reconocimiento de créditos.

Decimoquinto. Las proposiciones de convenio que se formulen con posterioridad al 1.09.2004, en los procedimientos de quita y espera, suspensión de pagos, convenio de acreedores y quiebra, deberán cumplir lo establecido en los arts. 99 y 100 de la Ley Concursal.

Decimosexto. Las resoluciones que se dicten a partir del 1.09.2004, en los citados procedimientos concursales, serán recurribles con arreglo a las especialidades previstas en el art. 197 de la Ley Concursal.

VIII. Addenda

No se relaciona directamente con la disposición transitoria primera de la Ley Concursal, pero considero de interés dedicar atención al inciso final del primer párrafo del art. 10 de la LSP señala: «*Si el Juez,*

cumplido este trámite [no consignación ni afianzamiento del déficit patrimonial], mantuviere la calificación de insolvencia definitiva, convocará inmediatamente la junta, a no ser que en el plazo de cinco días el suspenso o acreedores que representen los dos quintos del total pasivo soliciten que se sobresea el expediente o que se declare la quiebra».

Se han planteado, entre otras cuestiones, qué acreedores están legitimados para el ejercicio de estos derechos y cuál debiera ser la base de cálculo a que se refiere el total pasivo.

Sobre la primera, relativa a los acreedores legitimados, cita Sagraera Tizón⁷⁶ a otros autores que sostienen la legitimación activa de los acreedores incluidos por el deudor en su relación y, aunque lo considera un contrasentido, mantiene el criterio expuesto, pese al comentario que hace en el supuesto de que no se haya presentado relación de acreedores por el deudor con la solicitud de suspensión de pagos, por exceder de mil (o por las buenas: ver la previsión del párrafo 2.º del art. 8.º), exceptuando en tales casos: «... no habrá otra solución posible que atenerse a la relación de créditos que integran el pasivo, a juicio de los interventores...». Para Torres de Cruells⁷⁷, son acreedores concursales aquellos que hayan justificado su condición, acudiendo al trámite de verificación de créditos, que en la suspensión de pagos llevan a cabo administrativamente los interventores, para dictaminar sobre la exactitud del pasivo del balance, y después tiene lugar la verificación jurisdiccional, cuando se apruebe la lista definitiva de acreedores.

Aunque omite un pronunciamiento expreso sobre esta cuestión, se transcribe seguidamente, en parte, la ponencia de la Magistrada Pilar González Vicente⁷⁸, que menciona algunos derechos expresamente reconocidos en la LSP y concreta: «2. *Figurar en la lista de acreedores desde el primer momento. Puede ocurrir, y de hecho ocurre que el suspenso omita en la relación a acreedores que puedan constituir un obstáculo para su objetivo, así, por ejemplo, evitar la posibilidad de que sea nombrado interventor o que pueda tener intervención alguna en el expediente hasta que esté hecha la calificación de la insolvencia. Por algún juzgado se ha obstaculizado la petición de un acreedor que acredita cumplidamente su condición de figurar como tal en el expediente, dejando la decisión para después de la calificación, es decir, para el*

⁷⁶ SAGRERA TIZÓN, José M.ª, *Comentarios a la Ley de suspensión de pagos*. Barcelona, Bosch, 2.ª ed., 1989, vol. II, págs. 544-546.

⁷⁷ TORRES DE CRUELLES, Joaquín, *La suspensión de pagos*. Barcelona, Bosch, 1957, págs. 343-352.

⁷⁸ GONZÁLEZ VICENTE, Pilar, «Los acreedores en la suspensión de pagos: derechos y obligaciones », en *Cuadernos de Derecho Judicial-Derecho concursal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pág. 261.

momento de la aprobación de la lista definitiva. La indefensión en que se le deja entonces es manifiesta».

Rojó Fernández-Río⁷⁹ aborda expresamente esta materia e identifica total pasivo con pasivo reconocido. Podría interpretarse que considera pasivo reconocido el pasivo verificado por la intervención, pero no lo destaca: *«En caso de falta de cobertura o de garantía, la LSP añade un segundo período para que el suspenso o acreedores que representen los dos quintos del total pasivo soliciten que se sobresea el expediente o que se declare la quiebra (art. 10, párrafo primero). El que la insolvencia definitiva no haya podido ser recalificada de provisional no faculta al juez para declarar de oficio la quiebra del suspenso, ni al Ministerio Fiscal para solicitar esa declaración. Son los propios interesados —el deudor suspenso y los acreedores— los únicos legitimados para deducir esa pretensión. Pero la Ley deja bien patente que la quiebra no es la solución por ella preferida, al restringir el ejercicio de este derecho a través de una doble técnica: en primer lugar, mediante la restricción de la legitimación para instar la quiebra; en segundo lugar, mediante la restricción del plazo dentro del cual el derecho puede ejercitarse.*

Por lo que se refiere a la legitimación, la LSP únicamente la reconoce al propio deudor suspenso y a los acreedores que representen un elevado porcentaje del pasivo (art. 10, párrafo primero). Es poco probable que el suspenso solicite el sobreseimiento de la suspensión o la declaración de quiebra voluntaria. Pero aún lo es menos que los acreedores que deseen solicitar la declaración de quiebra necesaria consigan reunir el porcentaje de pasivo legalmente establecido. Mientras que, en los casos de quiebra directa o autónoma, cualquier acreedor, por pequeño que sea su crédito, puede instar la declaración de quiebra de su deudor (arts. 875-2.º y 876 C. de C. y arts. 1323 y 1325 LEC), en este concreto supuesto de quiebra indirecta o consecutiva la legitimación activa únicamente se reconoce (al acreedor o) a los acreedores que ostenten “los dos quintos del total pasivo”, constituido por la suma del pasivo ordinario común y del pasivo con derecho de abstención, es decir, el 40% del pasivo reconocido. Como contrapartida de esta exagerada limitación de la legitimación activa, se facilita extraordinariamente la declaración judicial de quiebra consecutiva por lo que se refiere al presupuesto objetivo de esa declaración. El acreedor reconocido como tal no tiene que probar el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones (art. 874 C. de C.), o que del embargo efectuado en base a título ejecutivo no resultan bienes libres (co-

⁷⁹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *op. cit.*, págs. 138-139.

nocidos) bastantes para el pago (art. 876 C. de C.). Es suficiente con que fundamente la solicitud de declaración de quiebra en la declaración de insolvencia definitiva efectuada por el propio Juez: el presupuesto objetivo de esta quiebra consecutiva es la declaración judicial de insolvencia definitiva en la suspensión de pagos de la que dicha quiebra es derivación».

En mi modesta opinión, debe prevalecer el criterio que al parecer sostiene el profesor Rojo Fernández-Río, si tomamos en consideración que para declarar la insolvencia definitiva, presupuesto necesario para que puedan producirse los efectos del sobreseimiento o la quiebra, el juez ha debido tomar en especial consideración el informe de los interventores y determinar la cantidad en que el pasivo excede del activo (art. 8.º), y que los interventores han debido presentar con el dictamen sobre la exactitud del pasivo una relación de créditos según su calificación jurídica, siendo los titulares de tales créditos, a mi modo de ver, los únicos legitimados para solicitar el sobreseimiento del expediente o la declaración de quiebra.

Sobre la segunda cuestión, es decir, qué magnitud representa el pasivo total, como base de cálculo del 40%, se despeja si seguimos a Rojo Fernández-Río⁸⁰, considerándolo sinónimo de pasivo reconocido, y se acepta que son acreedores reconocidos los verificados por los interventores. No obstante, bajo mi punto de vista, es aconsejable huir de la calificación de créditos reconocidos, en la presentación por lo interventores de la relación de acreedores con el dictamen, y deben titularse créditos verificados, por estimar que el reconocimiento de créditos, propiamente dicho, tiene lugar en el auto de aprobación de la lista definitiva de acreedores por el juez. En concreto, si se comparte lo expuesto, el pasivo total para la determinación del quórum legal será el montante de la relación de créditos presentada por los interventores, que rara vez coincidirá con la relación de acreedores presentada por el deudor con la solicitud de suspensión de pagos.

Torres de Cruells⁸¹ plantea la posibilidad de que se formulen ambas peticiones (sobreseimiento y quiebra) dentro del plazo de cinco días; eventualidad posible, pues el deudor, al conocer que un grupo tan importante de sus acreedores tiene el propósito de llevarle a la quiebra, intentará evitarla adelantándose a su petición. Si esto sucediera, el juzgado debe dejar transcurrir todo el plazo de cinco días, aunque el deudor haya solicitado el sobreseimiento, porque la petición de quiebra formulada por los acreedores determina necesariamente su declaración. Y ello por econo-

⁸⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *op. cit.*, págs. 138-139.

⁸¹ TORRES DE CRUELLES, Joaquín y MAS Y CALVET, Román, *op. cit.*, págs. 328-329.

mía procesal, ya que el sobreseimiento de un proceso de suspensión de pagos en insolvencia definitiva, deja ya probados los dos supuestos de la quiebra, que son la cesación de pagos del deudor y su carácter de comerciante. Por lo que, aun suponiendo que primero se sobreseyera la suspensión de pagos y después se declarara la quiebra, la consecuencia sería la misma, con sólo una diferencia: si la quiebra es continuación —y por tanto incidente— de la suspensión de pagos, su tramitación será, por la acumulación de pruebas y datos, mucho más simple y fácil en orden a la verificación y graduación de los créditos, y a la calificación.

La competencia para entender de la declaración de quiebra consecutiva, a solicitud del deudor o de los acreedores, corresponde al propio juzgado que tramita la suspensión de pagos calificada como insolvencia definitiva, según declara el auto de la AP de Madrid, de 11.11.93, añadiendo que todo lo actuado en el anterior expediente ha de servir como antecedente necesario para su admisión.

A la luz de lo dispuesto en el mencionado inciso final del primer párrafo del art. 10 de la LSP, parece que no plantea dudas la declaración del sobreseimiento del expediente, solicitado por el suspenso o los acreedores para la clausura del expediente de suspensión de pagos, por aplicación del primer párrafo de la disposición transitoria primera de la Ley concursal: «*Los procedimientos de... suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior...*». Otra cosa es que, cuando alcance firmeza dicho sobreseimiento, el deudor o cualquier acreedor pueda solicitar la declaración de concurso ante el Juzgado de lo Mercantil competente.

La segunda alternativa, es decir, la declaración de quiebra del deudor declarado en suspensión de pagos calificada como insolvencia definitiva, a instancia de cualquiera de los mismos legitimados (deudor o acreedores que representen los dos quintos del total pasivo), por el propio Juzgado de Primera Instancia que tramita la suspensión de pagos, parece la solución más respetuosa con el tenor literal de la disposición transitoria primera, objeto del comentario precedente, pues ninguna de las excepciones que contempla hacen referencia a este supuesto, aunque considero que debiera ser causa de declaración de concurso y no de quiebra, que es un procedimiento derogado y sustituido por el nuevo concurso de acreedores, desde el 1 de septiembre de 2004, al que se acumulará lo actuado en el expediente de suspensión de pagos, y por el Juzgado de lo Mercantil correspondiente, salvo que pueda interpretarse que conserva la competencia el Juzgado de Primera Instancia director del expediente de suspensión de pagos, como se establece para la apertura de concurso por incumplimiento de convenio.

PROBLEMAS ACTUALES DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

Paz Hidalgo Bermejo

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

En julio de 2004 la Seguridad Social abonó un total de 7.880.620 pensiones contributivas en todo el territorio nacional, de los que fueron por Incapacidad Permanente 815.936, un 2,2% más que en el ejercicio 2003, incremento muy superior al del resto de las prestaciones (por ejemplo el incremento en Jubilación fue 0,3% o de un 1,4% en Viudedad).

Para el pago de las mismas destinó la Seguridad Social del total, 4.547,89 millones de euros, 543,32 millones a la Incapacidad Permanente, frente a los 3.000,53 millones dedicados a la nómina mensual de jubilación o a los 924,36 millones de euros destinados a las pensiones de viudedad.

Estos datos ponen de manifiesto una primera desigualdad, hay más perceptores de prestación de incapacidad y se paga menos.

Junto a esta desigualdad en la cuantía y número de personas respecto de las restantes prestaciones, también existe una clara desigualdad en el importe de las pensiones de I. Permanente por Comunidades Autónomas.

Las pensiones medias de Incapacidad Permanente alcanzan en el País Vasco su importe máximo 867,78 euros mensuales, 843,78 euros en Asturias, 535,38 en Extremadura y, el importe más bajo el de 541,32 euros en Murcia.

Además se trata, la incapacidad, de la prestación contributiva que presenta mayores índices de litigiosidad. Un 27% de los expedientes tramitados acaba siendo revisado en el Orden jurisdiccional social. Esta litigiosidad, dada la actual configuración del modelo judicial, provoca una creciente y peligrosa disparidad de criterios judiciales en la interpretación y aplicación de la regulación de esta prestación. Disparidad que no es corregida mediante el mecanismo creado para tal efecto, pues

de todos es sabido el alarmante criterio restrictivo fijado por el Tribunal Supremo en el llamado juicio de igualdad que como requisito ha fijado el legislador en la regulación del Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina (artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral) y que en la práctica ha mantenido a la Incapacidad Permanente al margen de la doctrina unificada, aun cuando no está excluida en la ley riuaria. No existe un cierre absoluto y apriorístico al recurso de casación para la Unificación de doctrina, por razón de la materia, pero son escasísimos los supuestos en los que ha prosperado el instrumento impugnatorio de referencia.

No se han producido en estos últimos años cambios profundos en el régimen jurídico de la Incapacidad Permanente, a diferencia de lo que, respecto de todo el sistema, ha ocurrido con otras prestaciones como las de jubilación y muerte y supervivencia.

Es la I. Permanente, la prestación del sistema de Seguridad Social que menos modificaciones legislativas ha experimentado en su regulación sustancial. Se suprimió la llamada Invalidez Provisional (Ley 42/94), se reguló el procedimiento de calificación y revisión (RD 1.300/95 y OM de 18-1-96), incluso se reguló la duración del procedimiento a efectos del silencio negativo y se residenciaron en el Equipo de Valoración de Incapacidades las competencias de las Unidades de Valoración Médica de Incapacidades (antes dependientes de los servicios de salud, hoy dependientes de las Comunidades Autónomas).

Los cambios sí que han afectado a la regulación de esta prestación en los regímenes especiales de autónomos y de los trabajadores por cuenta propia de otros regímenes. Efectivamente, con las últimas reformas se ha producido una extensión de la acción protectora por Incapacidad Temporal en estos regímenes, no sólo derivada de la construcción del riesgo profesional en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, sino de la equiparación de su protección con la del régimen general, así como de la extensión de algunos grados de la I.P. de la que estaban excluidos.

Por otro lado, la nueva regulación derivada de las reformas introducidas en otras prestaciones relacionadas con la I.P. han supuesto novedades en su régimen jurídico. Por ejemplo, los diversos tipos de jubilación (flexible, parcial, prolongación de la jornada más allá de los 65 años) han llevado a regular las consecuencias prestacionales del trabajo en tales supuestos y sus efectos sobre la I.P.

Existe pues como segunda conclusión una regulación histórica que apenas ha sido modificada.

A pesar de su denominación (I. Permanente) la protección que genera es variable al quedar muchas veces expectante de una ulterior revisión

por agravación o mejoría en función de la evolución y, con una repercusión diversa sobre la relación laboral, ya sea la hasta ahora excepcional de suspensión con reserva de puesto de trabajo (artículo 48-2 del E.T.), ya sea la general de extinción del contrato (artículo 49-1 del E.T.).

El Pacto de Toledo que da lugar al Acuerdo sobre Consolidación del Sistema de Seguridad Social aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 6-4-95 respecto de la I. Permanente establecía que «se mantiene como hasta ahora» y, que el reconocimiento de la pensión en sus diferentes grados se efectuará en función de una lista en la que se fije la graduación correspondiente que será aprobada por vía reglamentaria previo informe del INSS. Esta medida, se dice, tiene como finalidad introducir la necesaria seguridad jurídica.

Tras los acuerdos de 1996 se intenta un gran cambio en la regulación de la I.P. nada menos que referida al concepto de la Incapacidad Permanente (artículo 136 de la LGSS) y, a la forma de determinación de sus grados (artículo 137 de la LGSS), reforma que queda vacía de contenido ante la ausencia de desarrollo reglamentario al que quedó condicionada su entrada en vigor, según estableció la Disposición Transitoria quinta Bis de la LGSS y, que pese a la ampliación del plazo, acordado por la Disposición Adicional 39 de la Ley 50/98, de 30 de diciembre, al día de hoy no se ha llevado a cabo.

La lista de enfermedades cuya inclusión reglamentaria dispuso la Ley 24/97, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social trataba de articular un sistema de subsunción directa y automática, similar al que se contenía en el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 o parecido al que se dice que se aplica actualmente en Alemania.

A pesar de que constantemente se habla del carácter profesional de la Incapacidad Permanente lo cierto es que las exigencias laborales de la actividad laboral a considerar, las características de la «profesión habitual», se dan por supuestas, máxime dado el amplio criterio interpretativo que sobre la profesión habitual han venido realizando los Tribunales superando la concreción a un determinado puesto de trabajo con la de grupo o categoría profesional del trabajador.

Predominan los criterios médicos sobre los profesionales y buena muestra de lo dicho viene dado por la tendencia a la objetivación de la valoración y así ya estamos acostumbrados a que parecidas «dolencias» obtienen igual valoración con independencia de las profesiones que desempeñan los beneficiarios. Ejemplo son la valoración del cuadro de artrosis lumbares (según se padezca afectación neurológica y disminución de la movilidad será IPT o no); la artrosis en caderas (según haya precisado implantación de una o dos prótesis totales de caderas se cali-

ficará IPT o IPA); pérdida de visión (perdida la visión de un ojo, según sea la del otro mayor o menor al 50% se reconocerá IPT o IPA); enfermedades cardiológicas, en las que según sea la fracción eyección menor o no al 40% se reconocerá IPA o IPT; dolencias como epilepsia que sólo cuando se califica como gran mal amparan el reconocimiento de la IPA, dolencias psíquicas para las que sólo el diagnóstico de depresión mayor o padecer síntomas sicóticos cronificado, con dos años de antigüedad y tratamiento en su diagnóstico, justifican el reconocimiento de una IPA. Los supuestos a mencionar no tienen fin y son claros ejemplos de la existencia de pautas interpretativas que siguen los Juzgados obviando la profesión habitual.

Por último, los continuos problemas interpretativos que surgen en la regulación de la prestación de Incapacidad Permanente son resueltos primero por la Entidad Gestora de la prestación y, posteriormente por la Jurisdicción social completando una regulación insuficiente que, además se reforma continuamente para asumir y, también corregir, las doctrinas jurisprudenciales.

Ejemplo de lo dicho vienen constituidos por la llamada teoría del paréntesis a efectos de acreditar el período de carencia y de determinación de la base reguladora, la revisión de la incapacidad, plazo y fijación de la entidad responsable en el pago cuando se suceden las aseguradoras, cálculo de la base reguladora, etc., y que después analizaremos de forma detallada.

Cuando la Incapacidad Permanente deriva de una previa situación de prórroga de Incapacidad temporal (sin cotización) o de paro involuntario sin percibir prestaciones, la tramitación del procedimiento de I.P. puede incidir en el cumplimiento de los requisitos de carencia.

Para atenuar perjuicios a los beneficiarios, primero la Seguridad Social (en su resolución de fecha 10-2-90 en relación con la Invalidez Provisional), y después la Jurisprudencia construyó la llamada teoría del paréntesis que aplicado al período de carencia determinó que su cómputo se retrotrajera al momento en el que se agota la obligación de cotizar (TS sentencias de 12-11-92, 9-10-95, 26-1-98...) y, finalmente se ha recogido en la Ley 52/03, de medidas específicas de Seguridad Social, cuyo artículo 13 modifica, añadiendo dos párrafos, el artículo 138 de la Ley General de la Seguridad Social.

En cuanto a la aplicación de la doctrina del paréntesis para la determinación de la base la jurisprudencia ha venido ignorando el mecanismo de integración de bases mínimas (previsto en el artículo 140 de la LGSS), acudiendo también para el cálculo de la base reguladora, a la retroacción del hecho causante al momento en que se produce el evento, a la fecha del accidente o, al momento de la determinación de la enferme-

dad. Son exponentes de esta línea jurisprudencial las sentencias del Tribunal Supremo de 7-2-00 y las posteriores de 16 y 25 de mayo de 2000, 14 y 27 de junio de 2000, 17 y 18 de julio de 2000, 27 de noviembre de 2000, 4, 5, 7 y 10 de diciembre de 2000, 5 y 14 de febrero de 2001, 13 de marzo, 16 de mayo, 14 de junio, 18 de septiembre, 5 de noviembre y 14 de diciembre de 2001.

Justificó el Tribunal Supremo su razonamiento en que este criterio es «más beneficioso en el cálculo de la base reguladora», afirmación que no siendo ajustada a la práctica cotidiana hizo que el propio Tribunal Supremo «rectificara» su criterio, y así en la posterior sentencia de 1 de octubre de 2002 estableció que «la solución del paréntesis no es siempre la más beneficiosa». Es a partir de este momento cuando se pone límite a la extensión de la doctrina del paréntesis a cualquier situación de falta de cotización (para obviarla en el período de cálculo de la base reguladora) y queda limitada a la situación de prórroga de Incapacidad Temporal (la regulada en el artículo 131 de la LGSS).

La Ley 52/03 altera este estado de cosas al remitir expresamente en estos casos al artículo 140 de la Ley General de la Seguridad Social, es decir, a la aplicación en el cálculo de la base reguladora de la integración con bases mínimas en los períodos correspondientes a situaciones asimiladas al alta sin obligación de cotizar. Se pone así fin a una interpretación alejada de la literalidad de la norma como se pronunció el Informe del CES de 26-3-03 al anteproyecto de ley de Disposiciones Específicas en Materia de Seguridad Social.

También y en cuanto al cálculo de la base reguladora de la Incapacidad permanente en relación con los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos, los períodos en los que no existían cotizaciones se tomaban en el importe de la base mínima pero a tiempo parcial. Los términos de la regulación existente eran claros y concretos (RDL 15/98, RD 144/99 y art. 7 del RD 1.131/02). Pese a la claridad de la norma, ésta fue reiteradamente ignorada por los Tribunales acudiendo a una interpretación «lógica» decían que «se llegaba al absurdo por que resultaba de peor condición quien tenía cotizaciones reales aun parciales que quien tenía laguna total»¹.

Este criterio jurisprudencial se había ya incorporado añadiendo un párrafo al artículo 140.4 de la LGSS por el artículo 14 de la Ley 52/03, de 10 de diciembre.

¹ Esta doctrina se «matiza» por el Tribunal Supremo que en doctrina unificada adopta otra solución. Pese a que reconoce que del tenor literal de las normas se deriva que sólo puedan integrarse las lagunas de cotización cuando la no obligación de cotizar abarque meses completos «de su contexto, espíritu y finalidad».

En cuanto a la revisión de las Incapacidades, la redacción del artículo 143 de la LGSS obligaba a la fijación de la fecha de revisión pero sólo se regulaba «cuando en la resolución se reconociera pensión o revisión», por ello los Tribunales han venido impidiendo la fijación de plazo de revisión cuando la resolución administrativa fuera denegatoria de pensión, posibilitando así la continúa reproducción de expedientes de I. Permanente. Es exponente de esta línea la sentencia del TS de 30-6-00 (AS 6281).

Corrige esta interpretación el legislador mediante el artículo 15 de la Ley 52/03 que modifica el artículo 143 de la LGSS para permitir que las resoluciones del INSS en las que no se reconozca o modifique grado puedan igualmente fijar la fecha de revisión.

Tendremos que esperar a que, según esta costumbre de «corregir» las interpretaciones jurisprudenciales contrarias a la regulación y práctica administrativa, el legislador nos sorprenda con la superación de las doctrinas jurisprudenciales actuales contrarias a la interpretación y práctica administrativa, y de las que vamos a limitarnos a citar las más recientes:

La revisión de una Incapacidad Permanente Total derivada de accidente de trabajo y que por agravación, por concurrencia de una patología común, pasa a ser calificada como Incapacidad Permanente Absoluta. El Tribunal Supremo aun cuando confirma la exigencia administrativa referente al cumplimiento del requisito de carencia establecida, para la prestación de incapacidad por contingencia común, sin embargo, mantiene como base reguladora la correspondiente a la incapacidad de etiología profesional. En concreto la sentencia de 18 de febrero de 2002 (recurso 2.424/01) así lo establece basándose en un principio de interpretación a favor del beneficiario, estableciendo como causa que: *«porque la base reguladora de la nueva prestación de acuerdo con las normas que rigen la Incapacidad Permanente derivada de contingencia común sería excesivamente perjudicial»*. Es decir sólo por un principio pro beneficiario.

Sobre la revisión por agravación de invalidez permanente de accidente de trabajo cuando concurren patología de origen común declarándose nuevo grado y el reparto de responsabilidades entre aseguradoras. Se dedica al análisis de este tema la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 1 de diciembre de 2003, dictada en el recurso de casación 8/4268/02. La misma parte de la ausencia de previsión legal para resolver la imputación de responsabilidades entre la aseguradora del primer accidente y la de la Entidad que asume la contingencia co-

mún. Ni el artículo 143 de la LGSS, ni el RD 1.300/95, de 21 de julio, ni los artículos 17, 18 y 19 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 regulan esta materia. Frente al criterio de la Seguridad Social por el que se distribuye la responsabilidad entre las Mutuas o, entre el INSS y la Mutua aseguradora del primer accidente en función del importe de la base reguladora, acude el Tribunal Supremo, para crear su solución, no a la valoración conjunta de las patologías, de las derivadas de AT y de las derivadas de contingencia común, sino a la ajeneidad de unas patologías y otras y porque «en el sistema español de Seguridad Social la protección por accidentes se establece con una técnica próxima a la del aseguramiento privado».

Esta doctrina es la que también aplica el Tribunal Supremo, porque existe laguna normativa, al supuesto de agravación de una incapacidad permanente derivada de accidente tras sufrir un segundo accidente que determina el reconocimiento de una incapacidad permanente en superior grado y, existiendo cambio de aseguradoras. En este caso también se mantiene la responsabilidad, por lo antes dicho, de la Mutua aseguradora del segundo accidente que genera la nueva incapacidad (sentencia del TS, de fecha 26-5-03, dictada en el recurso 8/1846/02).

Sobre el cálculo de la base reguladora de la incapacidad Permanente Parcial. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2004 (RJ 4362) modifica la interpretación que, del artículo 7 y 13 del Decreto 1.646/72, de 21 de junio, viene realizando el INSS.

El artículo 9 del Decreto 1.646/72, fija el contenido de la prestación en: «una cantidad a tanto alzado equivalente a veinticuatro *mensualidades* de la base reguladora que haya servido para determinar la prestación económica por incapacidad laboral transitoria (hoy incapacidad temporal) de la que deriva la invalidez». De otro lado el artículo 13 de la misma norma, al regular la cuantía del subsidio de Incapacidad Temporal lo fija en «el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador del mes anterior... por el número de días a que dicha cotización se refiera» (si el salario es diario) porque para las retribuciones de carácter mensual el número 2 introduce como excepción la división por treinta.

Conocido el importe de la base diaria según la forma de cálculo que con claridad establece el artículo 13 citado, la labor interpretativa se ha de realizar respecto de lo que no está regulado y no es otra cosa que la forma de calcular la mensualidad a que se refiere el artículo 7, que multiplicado por 24 da lugar al importe de la I.P. Parcial. Acudiendo al principio de proporcionalidad entre cotización y prestación, el INSS realiza este cálculo multiplicando la base diaria por el número de días

de un año (365) y dividiendo por el número de meses del año (12). Sin embargo y basándose en ese mismo principio de proporcionalidad, el Tribunal Supremo realiza una diferenciación en función del beneficio que pueda obtener el trabajador y así para el caso de salarios mensuales multiplica la base de cotización del mes anterior a la incapacidad temporal, multiplicándola por 12. Se aleja así del tenor de la norma pero se dice con la finalidad de hacerla coincidir con el salario realmente percibido que se dice es la intención del legislador.

Sobre la situación de alta o asimilada que como condición para causar derecho a las prestaciones, exige el artículo 124.1 de la LGSS, los tribunales han venido realizando una interpretación flexibilizadora. Sin embargo la situación actual supone la inaplicación del artículo 124 cuando de trabajadores enfermos se trata, es decir, presumiblemente de todos aquellos que instan la prestación de incapacidad permanente.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de noviembre de 2003 dictada en el recurso de casación para la Unificación de doctrina 8/1308/02, llega al extremo de considerar la inscripción como demandante de empleo como un «mero formalismo enervante, carente de finalidad en cuanto a la obtención de un posible empleo» y, en consecuencia, para quien está enfermo concurre la situación de asimilada al alta porque carece de finalidad la inscripción como demandante de empleo.

Sobre cuál ha de entenderse como profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente

El artículo 137.2 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción anterior a la Ley 24/97, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria quinta bis de la citada Ley General de la Seguridad Social, establece que debe entenderse como profesión habitual aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en la que se hubiera iniciado la incapacidad temporal de la que se deriva la Invalidez.

Sin embargo y pese al tenor de la norma el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 9-12-02 fija la profesión habitual a efectos de valoración como aquella «ejercida prolongadamente y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la situación invalidante».

La situación a análisis es importante dada la posibilidad de que los servicios médicos de empresa declaren no apto al trabajador para el ejercicio de su puesto de trabajo y, se acuerde, en consecuencia, el acoplamiento a otro puesto compatible con su estado clínico (en los términos del artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales). Con esta situación es del todo punto relevante conocer cuál es la profesión a

valorar a efectos de incapacidad, puesto que la actuación de la empresa no impide que el trabajador, si concurren las circunstancias de hecho y de derecho que lo permita, pueda solicitar la prestación de incapacidad que corresponda, al ser éste un derecho y no una obligación del trabajador. Asimismo y como posibles alternativas al acoplamiento, también podrá ver suspendido el contrato por encontrarse en situación de Incapacidad Temporal o, porque la empresa haga uso de lo dispuesto en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

Volviendo al concepto de profesión habitual, es en casos como el descrito en el que, pese a tenor del artículo 137 de la LGSS, se considera como profesión habitual no la profesión que desempeña por el acoplamiento, sino la desempeñada en el resto de su vida laboral. Esta doctrina que sería coherente con el desempeño de esta última profesión por tiempo inferior a los 12 meses que fija la LGSS puede extenderse por períodos muy superiores.

El uso abusivo de tal maniobra con el amparo de la doctrina unificada ha llevado a que los TSJ hayan «cercado» la profesión conectando la norma con la doctrina unificada. No aplican los 12 meses que dice el artículo 137 pero sí exigen que el desempeño del nuevo puesto deba ser temporal. Se acude así al módulo de la duración de la Incapacidad Temporal, incluida la prórroga hasta 30 meses, como «paréntesis» en ese cómputo de los doce meses que fija la Ley General (sentencia del TSJ de Cantabria de 1-10-04).

Esta conclusión aunque pueda resultar beneficiosa para quienes no aptos para un trabajo han sido «recolocados» en otro, que ha de suponerse más liviano, sin embargo resulta claramente contraria con la propia doctrina unificada contenida en la sentencia de 1-12-03 (recurso 8/3569/02) que en la interpretación de otro precepto, ahora del artículo 131 de la LGSS fija como plazo de prórroga máxima no 30 meses sino nada menos que el tiempo que medie hasta la calificación de la incapacidad permanente aunque sea superior a los 30 meses previstos en el número 2 del artículo 131-bis, plazo que se indica no va dirigido al interesado sino a la entidad gestora para tramitar el procedimiento de calificación de Incapacidad Permanente. Se recrea la que dijimos quiso el legislador derogar, la Invalidez Provisional.

Sobre la incompatibilidad de la prestación de Incapacidad Permanente Total y la realización de trabajos, y la medida de suspensión que acuerda el INSS

La cuestión que se analiza estriba en determinar si la entidad gestora responsable del abono de la prestación de incapacidad o invalidez permanente total, y que continúa desempeñando servicios puede decla-

rar la incompatibilidad y, acordar la suspensión de la I.P. que tiene reconocida.

El artículo 141 de la LGSS establece que la pensión de Invalidez Permanente Total para la profesión habitual es compatible con el salario que el beneficiario pueda percibir en la misma empresa o en otra distinta con el alcance y en las condiciones que se determinen reglamentariamente. Por su parte, el desarrollo reglamentario del artículo 141-1 se contiene en el artículo 24 de la OM de 15 de abril de 1969 que admite la posibilidad de pacto de minoración del salario cuando la Incapacidad Permanente Total declarada «afecte a la capacidad exigida con carácter general, para desempeñar el nuevo puesto» en la misma o en otra empresa. Cuando se analiza qué pasa con quien es declarado en situación de Incapacidad Permanente Total pero pese a ello continúa desempeñando la misma profesión, los tribunales se encuentran con la inexistencia de previsión normativa. Pero no por ello se consiente esta situación en palabras del Tribunal Supremo «insólita». La solución se busca en la finalidad propia de la Incapacidad Permanente. La pensión de invalidez total tiene una función de sustitución de las rentas salariales que ya no se pueden obtener en el ejercicio de la profesión habitual. Ello comporta la compatibilidad con actividad distinta de la habitual, pero la incompatibilidad con la misma actividad respecto de la que se ha declarado la invalidez. Así viene a resolver la falta de previsión normativa, el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 18 de enero de 2002 (RJ 2002, 2681) (Ponente Sr. Martín Valverde).

Sin embargo, cuando analiza qué pasa con el inválido permanente total que viene desempeñando otro puesto (que incluso puede ser de la misma categoría o grupo profesional), el Tribunal Supremo llega a una solución radicalmente opuesta. Son exponente de esta doctrina las sentencias de fechas 28 de enero de 2002 (RJ 2002/3761) (ponente Sr. Fernández López), la de 30 de marzo de 2003 (EDJ 2003/11891), la de 28 de julio de 2003 (RJ 2003/7258) (Ponente, Sra. Calvo Ibarlucea) y la última de 27-1-05 (recurso 981/2004) (Ponente Sr. Fuentes López). En base a las mismas no existe norma que autorice la declaración de incompatibilidad y suspensión que, sólo está prevista en el artículo 18.4 de la OM de 18-1-96 que establece que: «si el procedimiento se hubiera iniciado en razón a que el perceptor de la pensión de invalidez estuviera ejerciendo trabajos por cuenta propia o ajena, y no se hubiera constatado error de diagnóstico o mejoría que justifique el reconocimiento del derecho de las prestaciones por invalidez permanente, en un grado de incapacidad inferior o la aptitud para trabajar, la Dirección provincial del INSS actuará de conformidad con la normativa en vigor y, en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo

de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión, cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 de la LGSS».

La remisión al artículo 141.2 que como es conocido se refiere a la posibilidad de compatibilizar el percibo de las prestaciones de Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez», ha llevado, en palabras del Tribunal Supremo, a concluir que sólo existe previsión normativa para acordar la incompatibilidad y, correlativa suspensión, en los supuestos de IPA y GI. No existe previsión normativa de rango alguno que permita al INSS de oficio, acordar en otro caso la suspensión. Ante la laguna normativa y con una diferencia de 10 días el Tribunal Supremo forma una doctrina no sólo diferente sino incluso contradictoria; en la de 18-1-02 acude ante el vacío normativo a la finalidad de la Incapacidad, mientras que en la de 28-1-02 obvia la finalidad y, resuelve ateniéndose exclusivamente al texto de la norma. Esta solución ni siquiera se altera cuando se analiza el supuesto, pero referido a trabajadores autónomos para los que el artículo 82 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, al establecer el régimen de incompatibilidades de las pensiones vitalicias por I.P. —incluida por tanto la correspondiente al grado de total— establece el mismo tenor que el artículo 141-2 de la LGSS. No concurre pues la premisa, laguna legal, que justifica la doctrina unificada, en todo caso habrá que esperar a la respuesta del legislador.

Como ya anticipamos al inicio de estas notas, la regulación de esta prestación sí que se ve alterada por las **reformas en las otras prestaciones**. Como regla general se fija la prohibición de reconocimiento y revisión de la incapacidad cuando el beneficiario ha superado la edad de 65 años. Como excepción podrá reconocerse incapacidad a los trabajadores que retrasen la edad de jubilación más allá de los 65 años y, cuando la causa originaria de la I.P. derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional (artículo 138 de la LGSS, tras el artículo 8 de la Ley 35/02 y 10 del RD 1132/02).

El reconocimiento de una pensión de I.P. será posible igualmente cuando se trate de jubilación flexible en las mismas condiciones que en el supuesto de retraso en la jubilación. Estas limitaciones, sin embargo, no juegan en el caso de la jubilación parcial con contrato de relevo (art. 14 del Decreto 1.131/02) en que podrá declararse una incapacidad permanente y revisarse, sea por causa común o por causa profesional, si bien será incompatible con la jubilación.

En los supuestos de reconocimiento de prestación de I.P. por con-

tingencias comunes cuando el beneficiario no reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social, la Ley 35/02 recorta la cobertura. El porcentaje, que fija la cuantía, no será el propio de la pensión de I.P. sino que se fija en el 50%, coincidente con el mínimo de jubilación. Recorte que es asimismo significativo cuando de grandes inválidos se trata (50% sobre el 50% y no sobre el 100%).

Por último unas breves notas sobre **los cambios introducidos en la regulación de los regímenes especiales** de autónomos y de los trabajadores por cuenta propia y que, como anticipamos, han afectado a esta prestación.

La reforma plasmada en la Ley 52/02, de 30 de diciembre, RD 1.273/03, de 10 de octubre y, Ley 36/03, de 11 de noviembre extiende, en primer lugar, la prestación de Incapacidad Permanente Parcial al RETA cuando derive de enfermedad profesional. Pese a la expresión utilizada, no ha supuesto una homogeneización con el régimen general sino que se define esta IPP de forma distinta. Ya no es la que ocasiona a los trabajadores una disminución superior al 33%, sino inferior al 50% de su rendimiento normal para su profesión sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de aquella. Sí que supone una equiparación con la cobertura que se presta en el Régimen general la posibilidad que establece el artículo 4 del RD 1.273/03 para los beneficiarios de IPT y menores de 60 años de optar por recibir una cantidad a tanto alzado equivalente a 40 mensualidades de la base reguladora, en los mismos términos que en el Régimen General.

Como última «mejora» se extiende la I.P. Total cualificada al RETA y a los Regímenes por cuenta propia de los regímenes especiales agrario y del mar. El RD 463/03, de 25 de abril, condiciona el reconocimiento de la Total «cualificada» a que se cumpla el requisito de la edad —igual o mayor a 55 años—, que el pensionista no ejerza una actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia y, se añade que el pensionista no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial, ni de una explotación agraria o marítimo pesquera como propietario o arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo. Requisito incongruente con la posibilidad de mantener la titularidad de un negocio o industria con la pensión de jubilación, lo que es aún más relevante si tenemos en cuenta cómo la pensión de incapacidad se convierte en jubilación después de los 65 años.

Bibliografía y artículos consultados

Informes Estadísticos del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social.

FERNÁNDEZ BERMÚDEZ, Juan (Letrado de la Seguridad Social). «Arbitrio judicial versus positivismo jurídico». Comunicación a las VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social.

LUJÁN, José. *Profesión habitual a efectos de calificación de la Incapacidad Permanente Total*.

PÉREZ RODRÍGUEZ, José M.^º (Letrado de la Seguridad Social). «La Revisión Jurisdiccional de los Procedimientos en materia de Incapacidades Laborales». Comunicación a las VIII Jornadas de la Asociación Profesional de Letrados de la Administración de la Seguridad Social.

Comentario Sistemático a la Legislación reguladora de las pensiones. Ed. Lomas Prenada 2004.

APRENDER A VIVIR MESTIZAMENTE

Demetrio Velasco

Resumen: A propósito del título. I. La paradójica persistencia de «la obsesión del mestizaje». La vigencia del color de la piel y de la racialización de las relaciones humanas. Tocqueville y los prejuicios del amo, de la raza y del blanco. II. Aprender a pensar (imaginar) la realidad mestizamente. La necesidad «nómica» de los seres humanos y las «reglas de pureza» como constantes antropológicas. La obsesión patológica por las reglas de la pureza y la obsesión identitaria con sus correlativas políticas identitarias. El pluralismo, la multiculturalidad y sus límites, como marco de una adecuada afirmación del mestizaje. III. La deconstrucción de los imaginarios mixtofóbicos y racistas y de las políticas identitarias. «Somos mestizos y los mestizos no nos podemos dividir». El proceso de globalización y nuestra identidad topopoligámica y fronteriza. El prejuicio de la Metafísica del Uno. Las trampas del singular y los peligros del jacobinismo. Las confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural. IV. Deconstruyendo las narcisistas secuencias lógicas que recorren las identidades polémicas y excluyentes y las políticas identitarias, legitimadoras de la desigualdad y de la dominación: fundamentalismos y nacionalismos excluyentes. V. Educar(se) en la convivencia mestiza. Igualdad y diferencia. El valor de la diferencia asociado a poder ejercer el derecho a la indiferencia. Aprender a vivir laicamente; actualizar las virtualidades de nuestra condición topopoligámica, fronteriza. Hacia una ciudadanía cosmopolita.

Quiero comenzar haciendo una advertencia que, aunque pueda parecer una obviedad, me parece de gran trascendencia para el tema que nos ocupa. El adverbio modal «mestizamente» tiene un sentido metafórico que, como decía Hobbes, suele estar en la raíz de uno de los diversos abusos del lenguaje, que impide a los individuos entenderse adecuadamente, ya que con él se puede hacer creer al otro algo que no queremos decir.¹ De hecho, no faltan autores para quienes ha-

¹ HOBBS. «El segundo abuso, cuando se usan palabras metafóricamente, es decir, en un sentido diferente de aquel al que están ordenadas, engañando así a los otros.» *El Leviatán* (1989), Alianza editorial, p. 35.

blar de «mestizaje» evoca algo indeseado que no está en mi intención sostener.²

El lector se preguntará por qué, siendo consciente de esta dificultad, he mantenido el concepto. La razón está en que, habiendo ya escrito sobre el término «mestizaje», en la obra titulada *Glosario para una sociedad intercultural*,³ me he reafirmado en la convicción de que dicho término conlleva unas virtualidades que espero poder resaltar y que en nuestros días es importante subrayar.

Como acabo de mencionar, ya he escrito sobre esta cuestión algo de lo que para mí tiene de más significativo el fenómeno del mestizaje, y no pretendo repetir lo ya dicho. Quisiera abundar en algunas de las cuestiones ya planteadas y abordar otras nuevas.

I. La paradójica persistencia de una obsesión

El mismo día en que comencé a pensar en redactar estas páginas, el diario *El País* ofrecía un reportaje cuyo título decía así. «Millones de africanas se blanquean con cremas abrasivas. Ellos las prefieren blancas». «Blanquearse, desteñirse, es la obsesión que persigue a millones de africanas que diariamente se untan productos abrasivos en la piel para ser un poco menos negras, para subir en el escalafón social y lograr el objetivo final: volverse más deseables y gustar y gustarse más. En la carrera hacia el triunfo social pierden la melanina y contraen enfermedades cutáneas que van desde quemaduras, estrías, acné, alergias, hasta el cáncer de piel. Un fenómeno que recorre gran parte de África y

² Véase M. ZÚÑIGA y J. ANSIÓN. «¿Qué entender por interculturalidad?», en ZÚÑIGA CASTILLO, M/ANSIÓN, J. *Interculturalidad y Educación en el Perú* (1997), Foro educativo. Lima, pp. 9-20. Se preguntan por qué no se debe usar «mestizaje cultural» y dan varias razones (simplificación extrema operada por la gran división colonial, jerarquizante y excluyente, entre «indios» y «españoles», supuestamente reconciliados en el «mestizaje», que pasa por alto la riqueza de la multiplicidad cultural; trata a las culturas como si fueran entidades corpóreas con capacidad de mezclarse de modo similar a los seres orgánicos; es una metáfora que lejos de ayudar a entender la realidad, más bien conduce a confundirla. «Por todo ello, nos parece más provechoso dejar de lado ese término y centrarnos en lo que realmente importa.» Otros autores han resaltado su carácter mistificador de los conflictos culturales y de las historias de dominación y de explotación; su función instrumental para procesos estado-nacionales de homogeneización; compensación simbólica, pero no real, de los mestizos en los procesos de desarrollo y política progresistas. Así, pues, asimilación, aculturación, subordinación y renuncia, serían formas de expresar lo que el mestizaje ha supuesto históricamente como estrategia de dominación.

³ Véase D. VELASCO. «Mestizaje», en J. CONILL (coord.). *Glosario para una sociedad intercultural*. (2002). Bancaja. Valencia, pp. 243-252.

que algunos estudiosos llaman ya el «trauma poscolonial.»⁴ Así inicia la periodista su reportaje.

Entre las diferentes razones que están detrás de esta irracional y peligrosa práctica, hay, en mi opinión, una que es fundamental, y es la que Taguieff llama «la obsesión del mestizaje» que se sigue manifestando en el peso que sigue teniendo el color de la piel a la hora de conferir la identidad y de afirmar la diferencia, y que es una expresión clara de la persistencia de un imaginario racista. Es obvio que no es el color de la piel, en sí mismo, la razón objetiva de tal comportamiento. Defensores de la negritud, que están orgullosos de su piel de ébano, o devotas musulmanas, para quienes cambiar el color de la piel equivaldría a poner en duda la creación de Alá, y que son, también, detractores de dichas prácticas, como concluye diciendo la autora del reportaje, son prueba evidente de ello. Es la forma en que los sujetos humanos de diferentes colores participan en el proceso de construcción social de la realidad y la forma en la que se autocomprenden a sí mismos en dicho proceso, la que permite entender la instrumentalización del color de la piel con el objeto de pretender legitimar posiciones de dominación o servidumbre, de discriminación y exclusión sociales, de afirmación reduccionista y polémica de la propia identidad. Son siempre razones ideológicas, entendiéndolas en su sentido más plurirregional (culturales, socioeconómicas, religiosas, políticas), las que subyacen a tal obsesión y en ellas hay que buscar tanto la etiología como la terapia de comportamientos indignos de llamarse humanos.

Es paradójico que, en pleno siglo XXI, cuando estamos cargados de razones de todo tipo para afirmar la igualdad de todos los seres humanos, sin distinción de raza o color, y con ordenamientos jurídicos que penalizan el racismo, persista de forma tan llamativa esta «obsesión por el mestizaje» que parece devolvernos a situaciones ya superadas, como las señaladas por la figura hegeliana de la dominación y de la servidumbre. Parece oportuno recordar lo que Tocqueville decía en *La Democracia en América*, refiriéndose al problema racial en los Estados Unidos de su época y que, como tantas otras cosas que dijo, gozan de una extraordinaria vigencia. «Lo que resultaba más difícil entre los antiguos era modificar la ley. Entre los modernos, es cambiar las costumbres y, para nosotros, la dificultad real comienza donde la Antigüedad la veía terminar. Esto viene de que entre los modernos, el hecho inmaterial y fugitivo de la esclavitud se combinó de la manera más funesta con el hecho material y permanente de la diferencia de raza. El recuerdo de la esclavitud deshonró a la raza, y la raza perpetúa el recuerdo de

⁴ A. CARBAJOSA. *El País*, 28/III/2004.

la esclavitud (...). Los modernos, después de haber abolido la esclavitud, tienen, pues, que destruir tres prejuicios mucho más intangibles y más tenaces que ella: el prejuicio del amo, el prejuicio de la raza y, en fin, el prejuicio del blanco. Nos es muy difícil a quienes hemos tenido la dicha de nacer en medio de hombres que la naturaleza había hecho nuestros semejantes y la ley nuestros iguales; nos es muy difícil, digo, comprender qué espacio infranqueable separa al negro de Africa del europeo (...). El prejuicio de raza me parece más fuerte en los estados que han abolido la esclavitud que en aquellos donde la esclavitud subsiste aún, y en ninguna parte se muestra más intolerable que en los Estados donde la esclavitud ha sido siempre desconocida.»⁵

Parece como si, hoy, tras una larga tradición de razón crítica, cobrara cada vez más fuerza la tesis de que vivimos bajo la hegemonía de la Razón Cínica, entendiéndolo por tal, la que se carga de razones para defenderse de la razón y para negar la realidad de una humanidad mestiza.

Creo que aprender a vivir mestizamente es una forma de ejercer la crítica de dicha razón cínica y de realizar una praxis transformadora, que nos lleven a construir relaciones humanas más igualitarias y respetuosas de nuestras diferencias.

II. Aprender a («imaginar») pensar la realidad mestizamente

Los seres humanos no podemos vivir en un mundo caótico, anómico y sin sentido, por lo que permanentemente estamos generando el orden, las definiciones y el sentido que necesitamos para entendernos y entender todo lo que nos rodea. Este imperativo cognitivo es el que nos empuja a socializarnos en la comprensión de la realidad y a seguir construyendo la realidad social. Las reglas de juego, los límites, el lenguaje, el parentesco, el intercambio de bienes, las relaciones interpersonales y sociales de todo tipo, las expresiones simbólicas, religiosas y culturales, etc., son la forma en que los seres humanos damos sentido a la realidad. Así, aprendemos a comportarnos y a vivir con un control cognitivo de nuestro territorio cultural que, aunque en algunos casos nos parezca deficiente y no sea el que nos gustaría tener, lo echamos siempre de menos cuando sentimos desorientación o anomía social. El estado hobbesiano de naturaleza se caracteriza, entre otras cosas, porque en él no hay brújula, ni calendario, ni agricultura, ni cultura, ni sociedad, ya que no hay nada que medir, cultivar o esperar en una situa-

⁵ A. DE TOCQUEVILLE. *La Democracia en América, I, 2.ª parte, cap. X.* (1957), FCE. México, pp. 327 ss.

ción en la que la vida está condenada por la confusión babélica, por la brutalidad bélica y por la muerte cierta. De ahí, la necesidad imperiosa de «definir» el lenguaje imprescindible para entendernos y para garantizar la seguridad y el orden. Esta será la tarea del Leviatán.

Esta necesidad de ordenar, definir, clasificar y dar sentido a la realidad se ha vivido en no pocos contextos y momentos de la historia humana como una obsesión por «las reglas de pureza», para cuyo cumplimiento estricto se han utilizado todos los recursos posibles, especialmente aquellos que han tenido más capacidad legitimadora, como la religión o las ideologías, siendo siempre instrumentalizados por el poder de turno. El caso más conocido y seguramente estudiado en nuestra tradición judeocristiana es el de las reglas de pureza creadas en el antiguo Israel.⁶ Pero su importancia y trascendencia no se agota en la historia antigua de un pequeño pueblo, sino que, según algunos autores, ha marcado de forma decisiva la posteridad, hasta nuestros días.⁷

No se trata, obviamente, de cuestionar esta constante antropológica que nos lleva a comportarnos como sujetos nómicos, preocupados por la pureza, la verdad y el sentido imprescindibles, sino de resaltar que, cuando esta preocupación tiene una deriva patológica, acabamos queriendo construir un mundo que niega la condición mestiza que nos constituye como seres humanos y que, lejos de garantizar la necesaria construcción de nuestra identidad, se convierte en la negación inevitable de la misma.

La obsesión patológica por la pureza y por sus reglas es la que se refleja en la obsesión identitaria que en nuestros días se ha convertido en una amenaza para quienes creemos que, en sociedades constitutivamente plurales y seculares, como son las nuestras, sólo cabe pensar en la construcción de identidades plurales y mestizas. No es razonable, en un mundo cada vez más multicultural, pretender definir la cultura desde un imaginario nostálgico de un lugar o tiempo inaugurales en los que los grupos humanos vivieron separados e incontaminados.

No quisiera transmitir la impresión de que trivializo el alcance que en la historia humana, particularmente en nuestros días, ha tenido y seguirá teniendo el conflicto sociocultural, originado por la creciente multiculturalidad, así como por las relaciones siempre asimétricas e in-

⁶ Véase el número monográfico de la revista *Reseña Bíblica* dedicado a la «Biblia: Memoria y mestizaje», en el que desde diferentes perspectivas se analiza el tema que aquí nos ocupa y se hacen aportaciones de gran interés. (N. 40. 2003. Verbo Divino. Estella.)

⁷ BARRINGTON MOORE, Jr. *Pureza moral y persecución en la historia* (2001). Paidós. Barcelona.

justas que en ella se tejen y que de ella se derivan. No se trata, como dice Sartori, de alimentar el «vacío de comprensión» en el que nos precipitamos, cada vez más, cuando no reflexionamos suficientemente sobre la integración de lo diferente y extraño, conscientes de las enormes dificultades en que nos encontramos.⁸ No pretendo, pues, obviar en ningún caso la espinosa cuestión de los límites del pluralismo o la dificultad que los seres humanos tenemos para poner en práctica «la figura del reconocimiento», sobre todo, si queremos llenarla del contenido de «razón compasiva», al que nos invita la misma tradición judeocristiana a la que me he referido. Basta con abrir los ojos y ver cómo nos comportamos, incluso cuando parecemos reaccionar de la forma más solidaria y generosa con nuestros semejantes, para verificar las profundas raíces insolidarias de nuestros particularismos.⁹ No podemos olvidar que la otra figura hegeliana de «la dominación y la servidumbre» es también constitutiva de toda relación humana, y que se alimenta de y, a la vez, alimenta, lógicas de apropiación y de objetivación de los otros, que, cuanto más otros son, más hostiles nos parecen. Pero me parece una posición irracional e injusta diagnosticar la situación de nuestro mundo como «choque de civilizaciones» para, a continuación, promover la terapia de las políticas identitarias, con nefastas consecuencias para la necesaria cohesión social.

Aprender a pensar mestizamente pasa, pues, por deconstruir aquellos imaginarios sociales que nos transmiten la creencia de que ha habido momentos inaugurales en nuestras sociedades, en los que las reglas de pureza eran expresión de una celosa voluntad divina, dogmática-

⁸ G. SARTORI. *La Sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros* (2001), Taurus, p. 131. Aunque no comparto algunas de las posiciones de Sartori, me parece fundamental plantearnos los retos de la integración de los inmigrantes, particularmente a través de la ciudadanía, sabiendo que entre las diversas categorías de extrañezas hay algunas que son más resistentes a los procesos de mestizaje cultural, como son las religiosas y étnicas, vividas en clave fundamentalista o teocrática. Es obvio que hay que tener en cuenta no sólo el cómo de la integración, sino también el quién se integra y su voluntad de hacer «democráticamente», en conformidad con las reglas de juego del pluralismo liberal. «Hoy, la palabra “pluralismo” está muy de moda, lo que no quiere decir que se entienda bien. Al contrario, la prueba de ese mal entendimiento está en creer que el pluralismo encuentra una continuación y su ampliación en el multiculturalismo, es decir, en una política que promueve las diferencias étnicas y culturales. No. En este libro voy a mantener que esta complementariedad es falsa y que pluralismo y multiculturalismo son concepciones antitéticas que se niegan la una a la otra» (pp. 7-8).

⁹ Véase la obra de P. SINGER. *Un solo mundo. La ética de la globalización*. (2004). Paidós. Barcelona. De especial interés para lo que digo es el capítulo titulado «Una sola comunidad», pp. 163-208, en el que nos enfrenta ante la precaria convicción con que afirmamos en la práctica la igualdad de todos los seres humanos, especialmente la de aquellos que vamos sintiendo como más lejanos y diferentes.

mente monoteísta; pasa por deconstruir los imaginarios de los fundamentalismos, particularismos y nacionalismos excluyentes, que se siguen sintiendo herederos de unas tradiciones inamovibles, definitivas, e inmunes a la historicidad humana y a sus cambios.

Para deconstruir estos imaginarios y las políticas identitarias y excluyentes que de ellos se derivan, creo que hay que comenzar por tomar conciencia de lo que significa ser mestizo, culturalmente, es decir, humanamente hablando, para, a continuación, deconstruir los prejuicios de los imaginarios mixtofóbicos y «racistas». Sólo así estaremos en condiciones de asumir las consecuencias que se derivan de nuestra aceptación ilustrada y compasiva de los derechos y libertades que decimos configuran nuestra comprensión de lo humano, individual y socialmente considerado.

III. «Somos mestizos y los mestizos no nos podemos dividir»

Esta divisa de Shengor deberíamos hacerla nuestra y convertirla en una referencia normativa en el proceso de construcción de sociedades más igualitarias y libres.

«Una cosa es saber que en España había árabes, y otra admitir que ustedes son también árabes. La cuestión es aceptar este pasado como parte de su patrimonio y no como algo magnífico pero ajeno, incluso exótico. Tengo la impresión de que el gran esfuerzo que los españoles han realizado por ser parte de la Unión Europea ha impedido un reconocimiento de este pasado. Porque si ustedes quieren parecerse a los alemanes, no deben tener nada de judíos y nada de árabes.»¹⁰

Bastaría ver una sola vez la serie televisiva «Memoria de España» para cobrar conciencia de que el mestizaje es una seña de identidad indiscutible de cualquier español. La mezcla demográfica del pueblo vasco, por ejemplo, es algo suficientemente analizado para que pueda ser puesta en cuestión desde nuevas reediciones del imaginario aranista.¹¹ Con frecuencia, dice Hastings, tendemos a creer que, porque podemos re-

¹⁰ El autor del texto es Serge GRUZINSKI. Recogido por Guillén Galla en un comentario al libro del mencionado autor *El pensamiento mestizo*. Entre otras cosas, dice que en Sevilla, en el siglo XVI, había un 15% de negros. (*La Vanguardia-Ideas*. 23/2/2001).

¹¹ Véase, por ejemplo, José ARANDA. «La mezcla demográfica del pueblo vasco», en *Claves de Razón Práctica*. N. 87, Noviembre, 1998. Asimismo, José Agustín GOYTISOLO. «Catalunya, crisol de culturas o elogio del mestizaje humano y cultural». Conferencia pronunciada con motivo de la presentación de la Fundació Gresol Cultural, el 20 de abril de 1994 en Hospitalet.

montarnos en una genealogía hasta muy atrás (500 años, e incluso 1.500), tenemos un plus de identidad que los demás no tienen.¹²

En la deconstrucción del imaginario hegemónico que aparece en la Biblia, postulando una identidad para el pueblo de Israel que no esté contaminada por los pueblos vecinos, es imprescindible recordar que la identidad fue otra y que Jacob, figura clave en los orígenes del pueblo, es, según la imagen que transmite el Génesis, típicamente mestiza: «su madre es aramea; veinte años de su vida los pasa con un tío arameo; sus dos mujeres son arameas; las dos esclavas con las que tiene hijos, arameas»; José, su hijo menor, se casa con una egipcia, sus nietos son egipcios, etc.¹³ Hago mía la conclusión a la que llega J.L. Sicre cuando dice: «Quienes aceptamos el Génesis como un relato de valor canónico, superior al de cualquier otro escrito judío, preferimos aferrarnos a la antigua imagen del patriarca ambicioso y egoísta, calculador y frío, también sacrificado y sufriente, abierto a todos los pueblos y culturas, en cuya historia resplandece con luz propia la acción de Dios. Y preferimos la imagen de un pueblo de Israel pequeño, débil, pecador, nacido del mestizaje con arameas y egipcias, de las que no tiene nada que avergonzarse, y enormemente querido y bendecido por Dios».¹⁴

En nuestros días, el proceso de globalización ha potenciado, aún más, los contextos en los que, históricamente, el mestizaje se ha realizado de forma más decisiva, como han sido las fronteras y las ciudades.¹⁵ B. De Sousa Santos abunda en su obra *La crítica de la razón indolente*, en las virtualidades que tiene la frontera y, más en concreto, la vida de frontera como paradigma de una nueva subjetividad emergente y como forma privilegiada de sociabilidad humana. Vivimos en lo que él llama una «sociedad de transición paradigmática», entendida ésta tanto epistemológica como societalmente, ya que ambas dimensiones son, a la vez, autónomas e interdependientes. Afrontar, hoy, de forma progresista, la multiculturalidad exige esforzarse por construir «comunidades ameba» en las que cada uno debemos estar empeñados en la tarea de afirmar un nuevo sentido común emancipador, orientado por una hermenéutica democrática, cosmopolita, multicultural y diatópica, su-

¹² HASTINGS, A. *La construcción de las nacionalidades. Etnicidad, religión y nacionalismo*. (2000). Cambridge University Press. Madrid, pp. 11 ss.

¹³ Véase J. L. SICRE DÍAZ. «Las tradiciones de Jacob. Búsqueda y rechazo de la propia identidad», en *Reseña Bíblica, op. cit.*, pp. 15-31.

¹⁴ *Ibid.*, p. 21.

¹⁵ Sobre la importancia de las ciudades, como espacios privilegiados de la diversidad y como promotoras de una ciudadanía inclusiva y compleja, se manifiesta la Agenda 21 de la Cultura que se suscribirá estos próximos días en el Forum Universal de la Cultura de Barcelona.

perando así las estrecheces de la ciencia y el derecho hegemónicos vigentes, que son paradigmas de la razón indolente y legitimadores de las «comunidades fortaleza». Para dicho autor, hay tres *topoi* especialmente aptos para generar la nueva subjetividad individual y colectiva que necesitamos: la frontera, el barroco y el sur. En ellos se resalta, especialmente en los dos primeros, su potencialidad para lograr el deseado mestizaje.¹⁶ «Lo que importa es captar la fenomenología general de la vida de frontera, la fluidez de sus procesos sociales, la creación constante de mapas mentales (...) La sociabilidad de frontera es, en cierto sentido, la frontera de la sociabilidad. De ahí su gran complejidad y precariedad. Está basada en límites, tanto como en su constante transgresión. En la frontera todos somos, por decirlo de algún modo, migrantes indocumentados o refugiados en busca de asilo (...) Sin embargo, aunque presente algunas semejanzas con el exilio, la frontera no es exilio (...) Al contrario del exilio, en la frontera la “casa común” no es un lugar donde se haya sido expulsado o del cual se viva separado. La vida de frontera es, más bien, la tarea de un constante hacer y deshacer. Por ello, la vida en la frontera obedece al precepto de Adorno¹⁷, pero además lo complementa con otro, que debe ser seguido de modo igualmente, fiel: la otra parte de la moralidad consiste en que una persona se sienta en casa en aquello que no es su propia casa (...) La complicidad simbólica entre la frontera y la transición paradigmática reside en esta escasez de centros y en la abundancia de márgenes. Vivir en la frontera es vivir en los márgenes sin vivir una vida marginal.»¹⁸

IV. Deconstruyendo los prejuicios racialistas que imposibilitan la construcción de un imaginario mestizo

Entre los prejuicios racialistas que más dificultan aprender a vivir mestizamente quiero mencionar, junto a la ya aludida obsesión por las reglas de pureza, un prejuicio que está intrínsecamente vinculado a ella, como es el *prejuicio de la «metafísica del uno»*.

¹⁶ B. DE SOUSA SANTOS. *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. (2003). Desclée de Brouwer. Bilbao, pp. 396 ss; el mismo autor plantea la concepción mestiza de los derechos humanos, como única forma de convertirlos en instrumento emancipatorio, en «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos», en F. GÓMEZ (dir.), Manuel PUREZA. *La protección de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* (2003). Humanitarian Net. Universidad de Deusto, pp. 95-122.

¹⁷ «Cita a Adorno en su *Minima Moralia*, cuando dice: «constituye una parte de la moralidad el que una persona no se sienta en casa en su propia casa».

¹⁸ B. DE SOUSA SANTOS. *Crítica de la razón indolente*, pp. 396-403.

Ya hemos dicho que la voluntad de ordenar la realidad se ha solido traducir en voluntad de pureza y, para lograr la construcción de un orden definitivo y verdaderamente coherente, que no se vea amenazado por las fuerzas de lo extraño y plural, el imperativo cognitivo se ha esforzado en construir la que aquí llamo «metafísica del uno».¹⁹ Y, aunque la irreductibilidad de la existencia humana, tan plural y compleja como la vida, a conceptualizaciones metafísicas, religiosas o científicas, ha sido subrayada de forma constante por ideologías y movimientos sociales, casi nunca han gozado del eco esperado, ni mucho menos del favor de los poderes vigentes. La necesidad de querer explicar la realidad desde «la metafísica del uno», desde un único principio supremo, una causa primera, una razón verdadera, un poder originario y omnipotente, etc., y todo ello, desde un imaginario esencialista y dogmático, ha generado una mirada y una praxis reduccionista de lo real que ha obliterado, cuando no borrado del mapa, todo lo que no se ajustaba a dicho imaginario.

La influencia determinante que esta metafísica del uno ha ejercido en ámbitos como el religioso o el político ha impedido que, por ejemplo, quienes han seguido confesando un credo que proclama la realidad trinitaria de Dios, como es el caso de los cristianos, hayan sabido hacerlo desde una actitud pluralista, tolerante, o incluso libertaria. La existencia de cristianos anarquistas y libertarios ha sido sorprendentemente escasa, a lo largo de la historia. A la hora de la verdad, el monoteísmo de carácter monista, y su traducción política en el «modelo del príncipe» absolutista, han servido para construir sociedades humanas en las que el logro de los cuatro objetivos fundamentales que todo grupo social necesita armonizar: salvación, verdad, cohesión y poder, se ha pretendido alcanzar uniformizando la realidad plural desde un único principio constituyente y legitimador. «Une foi, un roi, une loi», será el leit motiv que guiará la construcción de las sociedades bien organizadas. Creo que este imaginario uniformizador no es tanto un rasgo específico del homo religiosus o del homo ideologicus, sino del homo sapiens que acaba instrumentalizando la religión y la ideología para sus objetivos de dominación y exclusión social.²⁰

Este imaginario de la metafísica del uno no ha sido exclusivo de etapas premodernas, sino que se ha ido reeditando siempre que el mie-

¹⁹ Para abundar en la cuestión de la pureza, véase B-H. LÉVY. *La pureza peligrosa* (1996). Espasa. Madrid; Z. BAUMAN. *La posmodernidad y sus descontentos* (2001). Akal. Madrid.

²⁰ Véase D. VELASCO. *Pensamiento político contemporáneo* (2001, 2.ª ed.). Universidad de Deusto, pp. 475 ss.

do a la diversidad, a la disidencia, a la sombra, al cuerpo, a la «vielheit», como expresiones de algo caótico y anómico, se ha traducido en un nuevo proyecto de cosmos unitario y ordenado, como en buena medida ha resultado ser el proyecto de una modernidad racionalista, inmanentista y secularista. Así, aunque el origen de la sociedad moderna ha estado marcado por la lucha por afirmar el pluralismo y la secularización, no ha logrado superar la tentación de crear un imaginario metafísico y ha seguido perpetuando una forma de construir la realidad y de legitimarla que ha sido deudora de un racionalismo reduccionista (las críticas nietzscheanas y de la fenomenología lo han subrayado bien), de un etnocentrismo imperialista y excluyente (la tesis de Dussel de la «inclusión excluyente» me parece acertada), de una configuración estatonacional de la sociedad, que, a pesar de haberse planteado desde el concepto democrático de la ciudadanía, ha estado hipotecada a lógicas no democráticas como la burguesa, la nacionalitaria o la burocrática²¹, de un globalismo, en fin, que no sin razón se ha merecido el apelativo de «pensamiento único».

E. Poulat ha recordado recientemente, en una magnífica obra escrita en plena polémica sobre la laicidad republicana en Francia, que el uso del singular es una trampa que busca encubrir la enorme pluralidad de lo real, en todos sus ámbitos: religioso, político, social, cultural. En todos ellos, el historiador y el sociólogo pueden descubrir con facilidad una sucesión de *episteme* y de reestructuraciones de lo precedente. El jacobinismo es la fascinación del singular bajo su forma unificada y centralizada.²²

En el otro extremo de las actitudes que generan prejuicios racialistas están las que E. Garzón Valdés llama «*las confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*».

Si es obvio que la tradición liberal ha estado siempre ocupada en construir una sociedad pluralista y secular, expresión del desarraigo de los particularismos premodernos, vistos como privilegios irracionales e injustos, y de un nuevo arraigo en formas libres e igualitarias de pertenencia, no lo es menos que ha tenido dificultades en afrontar de forma adecuada la cuestión de la diversidad cultural, especialmente contemplada desde la perspectiva de los colectivos etnoculturalmente diferentes. Las reflexiones sobre la «metafísica del uno» y sobre el «preju-

²¹ La importancia de esta construcción es decisiva a la hora de plantearnos los procesos de integración social de los «otros» y de aprender a vivir mestizamente. Véase D. VELASCO. Curso de doctorado «Estado y ciudadanía».

²² Emile POULAT. *Notre Laïcité Publique*. (2003) Berg International Editeurs. Paris, pp. 353 ss.

cio de la pureza» han querido abundar en esta cuestión. En las últimas décadas, el liberalismo se ha convertido en blanco de las críticas de quienes parecen tener un modelo alternativo al mismo, como es el caso de los comunitaristas.

E. Garzón Valdés,²³ con la lucidez que le caracteriza, ha querido puntualizar los peligros que se derivan de una afirmación excesiva de las diferencias en el ámbito de la política, la ética y el derecho, especialmente por la forma confusa en que se utilizan algunos conceptos y en que se legitiman algunos efectos que se quieren hacer derivar de los mismos.

El autor señala cinco confusiones básicas, que, a su vez, generan otras confusiones derivadas:

- la confusión entre tolerancia y relativismo moral,
- la confusión entre diversidad cultural y enriquecimiento moral,
- la confusión entre identidad personal e identidad social,
- la confusión entre unidad cultural y unidad institucional,
- la confusión entre sujetos jurídicos y sujetos morales,

y pasa a analizarlas una por una.

La primera confusión parte de la creencia de que «como las diversas culturas o formas de vida colectiva son inconmensurables, no es posible someterlas a un juicio moral universalmente válido, sino que hay que practicar la virtud de la tolerancia, que estaría basada precisamente en la aceptación del relativismo moral» (p. 10) Sabemos que de la diferencia entre culturas no se puede deducir su absoluta extrañeza, ni la tolerancia puede ser tan extrema que acabe siendo indiscriminada y negándose a sí misma. La cuestión será cómo encontrar las adecuadas razones para ejercer la tolerancia y establecer sus límites, sin caer en la intolerancia insensata. Sabemos que dichas razones pasan por el respeto a los demás y por la búsqueda del bien común, sin ejercer paternalismo alguno y guiándose por el criterio de imparcialidad y universalidad.

La confusión entre la diversidad cultural y enriquecimiento moral nace, según el autor, de que no se tiene en cuenta el carácter a menudo aberrante de muchas prácticas culturales inasumibles desde una defensa mínima de la vida humana y de sus expresiones fundamentales (sacrificios humanos, esclavitudes, etc.). Esta confusión suele ir acompañada de otra que la legitima, como es confundir la moral positiva (la vigente en una sociedad dada) con la moral crítica (la que satisface los criterios

²³ E. GARZÓN VALDÉS. «Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural». *Claves*, n.º 74. 1997).

de universalidad e imparcialidad). «La confusión entre diversidad cultural y enriquecimiento moral inmuniza a toda cultura frente a cualquier tipo de crítica moral (tanto externa como interna), ya que ésta sería o bien expresión de arrogancia etnocéntrica o debería ser evitada por razones prudenciales de supervivencia» (p. 13).

Después de exponer las opiniones de algunos de los representantes de la tesis de que existe una vinculación esencial entre identidad individual e identidad social (Comité ejecutivo de la American Anthropological Association (1947); M. J. Sandel; J. Gray; W. Kymlicka; D. Miller; M. Walzer; K. Lorenz; P. Krebs; Huntington) y de señalar que «no es tarea fácil precisar cuál es el alcance del concepto «comunidad» (como lo muestran posturas como la de Miller, para quien los límites nacionales son los éticamente relevantes, o la de Huntington, para quien lo éticamente relevante es la civilización), pasa a cuestionar la mencionada tesis de que la comunidad es relevante moralmente para el desarrollo de la vida humana individual.

Plantea las siguientes dudas ante las opiniones de los autores antes señalados:

- «No alcanzo a comprender la relación entre comunidad nacional y optimalidad de distribución; y tampoco me parece convincente la vinculación genética entre comunidad (sea esta nacional, tribal o familiar) y Estado de Bienestar.»
- «Tampoco es plausible afirmar sin más que las pequeñas comunidades son siempre la sede de una vida armónica, sin conflictos, en donde el individuo pueda desarrollar más plenamente su libertad.» La reducción de la violencia, comenta, no depende tanto del tamaño como del tipo de creencias compartidas.
- «Es más que dudoso que el postulado herderiano según el cual la pertenencia a un grupo determinado sería una necesidad primaria o elemental. Me cuesta entender, por ejemplo, que la «vida continuada en un mismo suelo» sea una necesidad primaria.»

Refiriéndose a la cuestión de la identidad social, plantea la confusión básica que se da entre desarrollo de la identidad personal y desarrollo de la propia comunidad que trae consigo confusiones derivadas tales como la que se da cuando se confunde la posibilidad de fundamentar un juicio moral con la necesidad de contar con un respaldo comunitario. Dice que es un falso dilema el de ser cosmopolita y entonces se carece de identidad personal o se posee identidad y entonces hay que propiciar una «cultura parroquial». No ve por qué un «ciudadano del mundo» (a lo Kant) haya de tener una personalidad menos desarrollada que los súbditos leales al rey Abd al Aziz.

Denuncia la «idolatría de los orígenes» que impide una fundamentación universal de los derechos humanos y genera comportamientos discriminantes basados en la defensa de una supuesta autenticidad personal de origen comunitario.

Respecto a la confusión entre unidad cultural y unidad institucional, cita algunos textos jurídicos (el primero de ellos, el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos, del 66, art. 27) que se refieren a los derechos culturales y a su institucionalización, y plantea algunos problemas:

- «La idea que subyace a esta confusión es la aceptación de una especie de “derecho natural” de las culturas a su perpetuación.»
Pero sabemos que estas son formaciones históricas mutables —asociaciones de individuos— cuyas pretensiones deben evaluarse en función de los individuos reales. Los individuos deben poder elegir si permanecer o no en una comunidad cuando no esté en condiciones de ofrecerles las suficientes garantías de una vida digna.

Comentando el mencionado artículo 27, no cree que de él se desprendan las versiones fuertes de unidad institucional denunciadas, que van mucho más allá de lo prescrito, ya que no sólo imponen deberes negativos de no lesionar las unidades culturales sino también el deber positivo de promoverlas y evitar su desaparición.

Frente a los supuestos derechos colectivos de las comunidades culturales, se plantea la cuestión de si un ente colectivo puede ser portador de derechos morales, como defienden algunos autores (V. van Dyke). Garzón Valdés sostiene que sólo los individuos tienen derechos morales. Defender lo contrario es justificar las más graves violaciones de los derechos de la persona.

«O bien los derechos colectivos no contradicen nunca a los individuales, es decir, que tienen el mismo contenido y por tanto son superfluos, o pueden contradecirlos y nos encontramos nuevamente con el dominico Aimeric (comenta el Manual de Inquisidores), o volvemos a refugiarnos en los derechos individuales.»

«Nadie niega que hay acciones que sólo pueden realizarse a través de la colaboración interindividual. El caso de la autodeterminación o de la secesión son ejemplos al respecto. Pero ello no significa que hay un ente supraempírico que se autodetermina o que se separa de un Estado existente o que sufre si no logra su objetivo. Y si éste no existe no tiene sentido atribuirle derechos o deberes morales... La justificación última de todo derecho jurídico (también los colectivos) es moral. Y precisamente porque lo es tiene que partir siempre de la existencia de intereses individuales legítimos.»

Como conclusión, su propuesta a las cinco confusiones básicas enunciadas es la siguiente:

- «—el rechazo de la tolerancia boba y la práctica de una tolerancia activa que no tenga reparo en rechazar lo intolerable (“coto vedado”).
- precisamente porque no todo es tolerable no es lícito moralmente aceptar incondicionalmente toda variedad de vida por el solo hecho de ser diferentes.
- a la vinculación telúrica o étnica incondicionada conviene oponerle la posibilidad de alternativa cosmopolita (posibilidad de poder pasar de una cultura a otra y reconocerse en cada una como ser humano).
- a la confusión entre unidad institucional y unidad étnica cabe responder que si no se quiere caer en patologías jurídicas no hay que asustarse ante la vigencia de un único sistema jurídico dentro de un Estado pluricultural. (Los derechos fundamentales de la persona son el límite moralmente insuperable de toda propuesta de ordenamientos jurídicos alternativos).
- Conviene andar con cuidado y no crear entes supraindividuales portadores de derechos morales colectivos.» (pp. 22-23).

Las identidades polémicas y excluyentes (fundamentalismos y nacionalismos) como legitimación de la desigualdad y de la dominación

Una mirada reflexiva sobre la forma en que se suelen construir las identidades polémicas y excluyentes descubre, en mi opinión, la siguiente secuencia de la que seguramente algunos de quienes estamos aquí hemos experimentado sus efectos:

Solemos construir nuestra identidad pensándonos desde la narcisista secuencia lógica que supone la autocomprensión de una ciudadanía excluyente, porque excluyente y esencialista es la nacionalidad que la limita, y que al relacionarse con el otro le plantea: 1) *deberás ser como nosotros*: tendrás que «nacionalizarte», tendrás que dar el perfil exigido por el proyecto nacionalizador; 2) *nunca podrás ser como nosotros*: siempre hay un label de calidad, que tiene que ver con lo más primordial, como «la tierra y la sangre», y que se utilizará cuando sea preciso reafirmar la particular identidad; 3) *aunque no seas como nosotros*: aunque no seas de «aquí» ni tengas los apellidos nacionales, te seguimos admitiendo entre los nuestros, incluso, a veces, con un plus afectivo; para concluir, finalmente, cuando el «otro» no responde a las exigencias y expectativas nacionalizadoras, con un: 4) *no eres de los nuestros y eres de «los otros»*, por lo que no sólo no podrás comulgar en nuestros ritos sagrados, sino que tu forma de ser

«otro» nos molesta y podrás llegar a ser la víctima sacrificada en nuestros altares.

Cuando nuestra forma polémica de afirmar la identidad se hace tan excluyente que llegamos a pensar que los otros son una grave amenaza para nuestro proyecto identitario, pasamos a afirmar esta otra secuencia terrible:

1. Los judíos no podrán vivir entre nosotros *como judíos*.
2. Los judíos no podrán vivir *entre nosotros*.
3. Los judíos no podrán *vivir*.

No creo exagerar si afirmo que el nacionalismo etnocultural, hasta en sus versiones más light, sigue rezumando esencialismo y resistencia a la realidad plural. Por ejemplo, en el nacionalismo vasco democrático, es usual afirmar que España no es una nación, sino un Estado plurinacional. Pero no se añade, a continuación, que la CAPV es también una comunidad plurinacional. La razón de este proceder está en que hay una única nación vasca cuya realidad esencial tiene unas señas de identidad tan irrenunciables que todos los que vivimos en el territorio de la CAPV debemos asumir como propias. Nacionalizarse mediante la asunción de estas señas de identidad es el umbral mínimo de un llamado vasquismo que se impone para todos, porque, se dice, es lo «prepolítico» que nos constituye a todos.²⁴

V. Educarnos en la convivencia mestiza

Topopoligámicos y con memoria compasiva

En estos tiempos de globalización tenemos la oportunidad y el reto de pensar nuestro mundo trascendiendo la concepción espacial y temporal que han convertido en miope y reduccionista nuestra forma de entender la identidad de lo humano. Reyes Mate lo ha dicho magníficamente en un artículo titulado «Memoria y Globalización», en el que, además de recordar todo esto, ha subrayado lo que la Ilustración occidental ha silenciado: que no sólo debemos imaginar a los otros y hacerles justicia (a lo Rawls o a lo Habermas), sino que debemos aprender a entender que su diferencia, la de cada ser humano, nace, sobre todo, de una historia escrita desde la exclusión y la injusticia. Debemos ejercitar la *memoria passionis* que nos obliga a responsabilizarnos de quienes son víctimas de una situación en la que nosotros hemos sido beneficiarios netos.

²⁴ Véase X. AYERDI. «Claves para evitar una fractura social y regenerar la convivencia», en *Palabras de Paz/Bake hitzak*. N.53, año XXI. Marzo 2004, pp. 53 ss.

Desde esta nueva mentalidad, no etnicista y dinamizadora de una ciudadanía inclusiva, es posible adoptar las imprescindibles medidas de una integración razonable de la inmigración, en los diversos aspectos que hemos analizado.

La aventura humana del desarraigo, para arraigar de nuevo, tiene que realizarse adecuadamente, tanto en del «desarraigo necesario», el que nos desarraiga de las pertenencias premodernas y desigualitarias, como en el «desarraigo deseado», el poder salir y entrar en formas de asociaciones diferentes. Si no se posibilitan estos desarraigos, se dará una carencia democrática y una indebida asunción del liberalismo democrático. En este contexto me parece interesante la polémica provocada por el Rawls de *Política liberal* y de *El Derecho de Gentes*.

Iguales porque diferentes. El valor de la diferencia asociado a poder ejercer el derecho a la indiferencia

Si algún objetivo tiene el aprender a vivir mestizamente, no es el resaltar la variopinta policromía que adorna a nuestras sociedades, sino resaltar la necesidad de aprender a ver más allá de la multitud de las diferencias de color, de sexo, de clase, etc., a seres humanos iguales en dignidad. En este sentido, me parece sugerente la afirmación de que el mejor hábito para asistir a una convención moderna es el velo de la ignorancia que deja las vestimentas étnicas en casa.

Me remito, de nuevo, a la polémica que ha desatado el Rawls de *Política Liberal*, al emendar su propia teoría de la justicia y al espesar el velo de la Ignorancia. Y todos sabemos la polémica desatada en Francia a propósito de ese otro velo, el de las escolares musulmanas, también cargado de polisemia.

Más allá de las muchas disquisiciones que podríamos hacer al respecto, quiero hacer dos observaciones.

En primer lugar, creo que es absolutamente pertinente mantener el velo de la ignorancia, porque sigue siendo imprescindible para poder ejercer nuestro juicio con imparcialidad y equidad, sin tener en cuenta el color del enjuiciado.

En segundo lugar, creo que no se debe levantar el velo impudicamente, como diría Nietzsche, porque no siempre el levantamiento del velo ha sido ni sigue siendo una tarea de desenmascaramiento necesario.

Con frecuencia, la única forma de poder conjurar el racismo vinculado a las secuencias anteriormente analizadas pasa por mantener un velo de ignorancia con el que no pueden contar los «otros» cuando son prisioneros de su identidad, de su «verdad cultural», por estar siempre obligados a tener que dar razón de su «diferencia», por tener que explicar que

si no es como nosotros, no está contra nosotros, por lo que podemos estar tranquilos. Cualquier ser humano tiene derecho a poder ser un ser humano más de la calle, un anónimo ciudadano que puede vivir su «vida privada», sus costumbres y creencias, sin verse expuesto a la mirada pública e impúdica, aunque esta mirada sea benévola, como la de las ONGD o la «antropológica». El derecho a la indiferencia es, en este sentido, un derecho prioritario para quien busca ser un ser humano normal en un espacio social y público que lo discrimina y excluye por ser diferente.

No podemos olvidar que, con mucha frecuencia, detrás de los postulados multiculturalistas están exliberales que buscan secularizarse en su pasado de etnocentrismo e imperialismo liberal, pero lo hacen reproduciendo una sociedad fragmentada por los particularismos nacidos de la diversidad cultural. Roy C. Macridis y Mark L. Hulliung ponen entre otros ejemplos de lo dicho el de la Orquesta Sinfónica de Boston, que hasta 1994 aplicaba el velo de la ignorancia para ocultar la identidad. Los jueces de los músicos que se examinaban para lograr una plaza se sentaban detrás de un velo que ocultaba la identidad étnica y el género de los candidatos. En 1994 se contrató a un «asesor sobre diversidad» que «inmediatamente sumergió a la sinfónica en el discordante mundo de la política multicultural... Los oponentes de la propuesta multicultural acusaron, lo que no sorprendió a nadie, a los «asesores sobre diversidad» de crear la tensión racial y étnica que deberían haber aliviado y para lo cual se les había contratado».²⁵

Concluyo suscribiendo el imperativo cultural que, según afirma B. De Sousa Santos, «tiene que ser aceptado por todos los participantes en el diálogo si queremos que la hermenéutica diatópica tenga éxito: las personas tienen derecho a ser iguales cuando la diferencia les haga inferiores, pero también tienen derecho a ser diferentes cuando la igualdad ponga en peligro su identidad».²⁶

Construyendo sociedades abiertas y superando las solidaridades excluyentes

Sociedades abiertas son aquellas en las que a nadie se le imponen imperativos de pertenencia que le impiden ser sujeto libre (I. Berlin). Esto no quiere decir que sean sociedades en las que no hay obligacio-

²⁵ R.C. MACRIDIS/M.L. HULLIUNG. *Las ideologías políticas contemporáneas* (1998) Alianza Editorial, Madrid, p. 348.

²⁶ B. DE SOUSA SANTOS. «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos», en *op. cit.*, p. 121.

nes, sino que las obligaciones imprescindibles que garantizan la libertad no se llegan nunca a transformar en estructuras de dominación.

Para no abusar más de la paciencia del lector, voy a concluir señalando el que, para mí, es, en nuestros días, uno de los rasgos más definitorios de una sociedad abierta a la pluralidad y al mestizaje. Me refiero a la laicidad bien entendida, que no hay que confundir con el laicismo secularista. La polémica desatada en Francia sobre la laicidad, a la que antes nos hemos referido, será una polémica que probablemente se reproducirá también entre nosotros. También la laicidad habría que vivirla mestizamente para que podamos superar los esencialismos cristiano y laico y para que la laicidad no se convierta ella misma en fuente de exclusión. La laicidad, como dice E. Poulat, no es una realidad estática, identificable con la separación de Iglesia y Estado, de Religión y sociedad, sino dinámica. «En lugar de los viejos lazos rotos, surgen nuevas relaciones, nacidas de la vida en un espacio común abierto a todos (...) Nuestra laicidad pública aparece así como el resultado de una sabiduría política y de un sutil equilibrio que no obliga a nadie a sacrificar sus principios, sino que propone a todos un nuevo arte de vivir juntos. Conoció un punto de inflexión histórica cuando comenzó a transformarse de arma de guerra en instrumento de paz en el misterioso crisol de la vida en sociedad (...) La laicidad no es “todo al César, nada a Dios», ni tampoco «todo al hombre, nada a Dios”, sino todo a la conciencia y a la libertad de los seres humanos llamados a vivir juntos a pesar de todo lo que les separa, les opone o les divide. El enigma de nuestra laicidad pública es el secreto de todas esas innumerables conciencias que se benefician de ella y la practican.»²⁷

Actualizar las virtualidades de nuestra condición mestiza equivale a aprender a vivir laicamente, ejerciendo libre y solidariamente nuestra forma diferente de ser iguales, construyendo juntos el ideal universalista de una ciudadanía cosmopolita.²⁸

²⁷ E. POULAT, *op. cit.*, pp. 13 y 16.

²⁸ Véase D. VELASCO. *Ética y políticas para una ciudadanía universal* (2002). IDTP/Desclée de Brouwer. Bilbao.

¿CONFISCACION PRESUPUESTARIA DE PENSIONES PUBLICAS?*

Prof. Dr. Manuel M.^a Zorrilla Ruiz

Catedrático Emérito de la Universidad de Deusto
Ex Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

I. Ilustración de antecedentes

Antes de que el texto presumible de la VCPCUE (Versión consolidada provisional de la Constitución de la Unión Europea de 18.06.04) dejara entrever que la *idea constructiva de una Europa social* no era

* En relación con la cuestión examinada, importa citar esta bibliografía general y orientadora para su comprensión: ALMANSA, «La llamada concurrencia de pensiones en la Seguridad Social», *Revista de la Seguridad Social*, n.º 25, pp. 61-76; ARGENTI, «Sobre las pensiones afectadas de limitación», *Balance y Perspectiva (Boletín informativo de la Asociación de Jubilados de los Colegios Profesionales)*, n.º 65, p. 1; AZNAR y otros, «La Ley de Pensiones desde la perspectiva constitucional», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 23, pp. 321-369; CASAS, «Sobre la Ley de Presupuestos», *Jurisprudencia sobre Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, t. 5, Civitas, Madrid, 1998, pp. 115-143; CESPE-DOSO y otros, «Tope de pensiones», *Balance y Perspectiva*, suplemento al n.º 65, pp. 7-8; CSI-CSIF, «El tope máximo de pensiones», *Balance y Perspectiva*, suplemento al n.º 65, pp. 2-3; DE LOSSADA y GONZÁLEZ ALEDO, «Tope de pensiones», *Ingeniería Naval*, n.º 1 (2004), pp. 77-78; EDITORIAL, «Más sobre el tope de pensiones y la recogida de firmas», *Balance y Perspectiva*, n.º 65, p. 1; EDITORIAL, «Recogida de firmas para pedir el fin del tope de las pensiones», *Balance y Perspectiva*, suplemento al n.º 65, p. 1; EDITORIAL, «Un discurso bien aprendido», *Balance y Perspectiva*, n.º 67, p. 1; EDITORIAL, «Bien aprendido», *Balance y Perspectiva*, n.º 68, p. 1; EDITORIAL, «Firmas contra el tope de las pensiones», *Balance y Perspectiva*, n.º 69, pp. 1-2; EDITORIAL, «A hierro caliente, batir de repente», *Balance y Perspectiva*, n.º 70, p. 1; EDITORIAL, «Contra el arbitrario tope de las pensiones», *Balance y Perspectiva*, n.º 71, p. 1; EDITORIAL, «Buscamos demandantes», *Balance y Perspectiva*, n.º 75, p. 1; EDITORIAL, «Seguimos avanzando en el empeño», *Balance y Perspectiva*, n.º 76, p. 1; FRAGA, «La guerra de las pensiones», *ABC*, 11.05.(9)86, p. 3; GETE-ALONSO y otros, «Sobre el tope de las pensiones de jubilación», *Balance y Perspectiva*, n.º 65, pp. 7-8; MONTOYA, «Limitación de la cuantía de las pensiones en Ley de Presupuestos», *Jurisprudencia sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. 5, Civitas, Madrid, 1988, pp. 264-276; OLABARRIA y ZORRILLA, «¿La tierra prometida de la Europa social?», *Revista*

parte del grueso de sus predilecciones, llegó a sostenerse, con la vehemencia típica del *pensamiento de deseo*, la tesis de la elevación del derecho a la Seguridad Social a la cualidad de *derecho fundamental* en el espacio comunitario europeo y, con ello, las más notables consecuencias de esta *recalificación cuasiconstitucional*. Resucitaba entonces, frente a ciertos prejuicios eurocráticos, la consigna —proclamada e intuita, pero siempre indeleble, entre luces y sombras— de la *tierra prometida* de aquella sempiterna esperanza.

El elenco de los *derechos fundamentales y libertades públicas* —que reconoce y enumera la sec. 1.^a, cap. 2.^o, tít. I CE (sección, capítulo, título, Constitución española de 27.12.(9)78)— no parece acoger el derecho de todos los ciudadanos a la acción protectora de la Seguridad Social, aunque el recurso al criterio histórico-evolutivo de interpretación —trasladado al art. (artículo) 17.1 CE— autorice una postura disidente. Bastaría entender que el contenido esencial o núcleo invulnerable del *derecho a la seguridad individual* da entrada a los derechos colectivos de las personas físicas a quienes el Estado-legislador promete un mínimo de estabilidad y consistencia para el futuro histórico que se les avecina, porque su porvenir representa un *bien de cuyo detrimento nacen obligaciones públicas de reparación*. El emplazamiento y la cointerpretación de los arts. 41 y 50 CE —respectivamente relativos al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social y a la tutela de la población pasiva— no mitiga uno de los deberes capitales del Estado social y democrático de Derecho —como acaso se puede colegir del tenue carácter de *principios rectores de la política social y económica* que les confiere el cap. 3.^o, tít. I CE— y, en cambio, acusa la tendencia del *esfuerzo de renovación* y de avance que, para promover las liberta-

del Poder Judicial, n.º 56, pp. 439-455; PICAZO, «Una ley antidemocrática», *Balance y Perspectiva*, suplemento al n.º 65, p. 4; REZOLA y otros, «Cartas de los lectores», *Balance y Perspectiva*, suplemento al n.º 65, pp. 7-10; SANMARTÍN, «Seguridad Social y doctrina del Tribunal Constitucional; límites a las pensiones», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 68, pp. 991-1.009; SANZ, «Tablas de evolución de la pensión máxima de jubilación», *Balance y Perspectiva*, n.º 68, pp. 12-13; SANZ, «A vueltas con el tope máximo de las pensiones», *Balance y Perspectiva*, n.º 71, pp. 8-9; VALDÉS, «Sobre la constitucionalidad del establecimiento de tope máximos a las pensiones», *Relaciones Laborales*, n.º 17, pp. 31-51; ZORRILLA, «Emergencia y reconocimiento de los nuevos derechos fundamentales en el espacio social europeo», *Actualidad Laboral*, n.º 37 (1999), pp. 703-719; «Luces y sombras de la Europa social», *Estudios de Deusto*, v. 47/1, pp. 173-199; «Propuesta universitaria», *Balance y Perspectiva*, n.º 63, pp. 14-16; «Confiscación presupuestaria de las pensiones públicas», *Boletín del Ilustre Colegio Oficial de Doctores y Licenciados en Filosofía y Letras y en Ciencias*, y *del Colegio Profesional de la Educación*, n.º 144, pp. 8-9. Numerosos periódicos diarios, de circulación nacional, han publicado, tiempo atrás, anticipos o textos resumidos del presente trabajo.

des o purgarlas de los vicios que las entorpecen, ha exaltado la *cláusula transformadora y social* del art. 9.1 CE. Un raciocinio que —ante la generosidad y el sano atrevimiento con que el valor superior del *pluralismo político* ayuda a perfilar los más espinosos *conceptos jurídicos de contenido variable*— acentúa la necesidad de descubrir, usando de un discurso moral e inteligente, la presencia de un *derecho fundamental a la acción protectora del régimen público de Seguridad Social*.

Algo de ello —si bien por otras vías que han aprovechado la *polivalencia* de los arts. 14 y 24.1 CE— se advierte en las orientaciones de la justicia constitucional, cuya sensibilidad metodológica ha sabido administrar ambos preceptos —con el alcance de un *uso alternativo del Derecho* oportuno y eficaz— y sanear las *parcelas cuasideprimidas* en que el constituyente había recludo las normas capitales del Derecho Social.

El art. 136 I VCTR (Versión consolidada del Tratado de Roma modificado por el TA) mejoró la dicción y la filosofía del art. 117 I VATR (Versión anterior del Tratado de Roma de 25.03.57), platónicamente alineado con el espectacular mensaje de las pautas transformadoras y sociales que hicieron suyas los arts. 3 II CI (Constitución italiana de 27.12.(9)47) y 9.2 CE. Actitud que, a la luz de las innovaciones del art. 1.21 TA (Tratado de Amsterdam de 2.10.(9)97), alentaba dos proposiciones centrales. La primera enfatizaba el dato de que una *protección social adecuada* no se concebía sin una equiparación o *igualación en el progreso* que los Estados miembros tenían que acelerar competitivamente. La segunda miraba a las acciones que debían revisar —diríase que con máximo celo— las diferentes *prácticas nacionales* o autóctonas, a fin de corregir sus contradicciones eventuales y ajustarlas a la universalidad y propagación cultural de los principios que, según el art. 137.3 mat. (materia) I VCTR, colmarían, previo el arduo trabajo de remodelarlos, el *depósito del Derecho de Gentes de la Seguridad Social* de los ciudadanos europeos.

La garantía de una *protección social adecuada* se completa con el compromiso de acatar el inventario de *derechos fundamentales* que incluye la CSE (Carta Social Europea de 18.10.(9)61) y la lista de los que la CCDSFT (Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 8 y 9.12.(9)89) cobija bajo la misma denominación. Tan inequívoco discurso del *constituyente parcial* comunitario transmite al derecho a la acción protectora de la Seguridad Social el crédito de un *derecho fundamental* que —irrevocablemente asentado y estable— perpetúa los rasgos fisonómicos de esta categoría.

El *principio de primacía del Derecho Comunitario* prohíbe que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE (Unión Eu-

ropea) degraden, con regulaciones elusivas o artificios conceptualmente perversos, la calidad y la función social de instituciones a las que —como aquí ocurre con la *lista de los derechos sociales*— las normas europeas adjudican una condición superior o dotan de una tutela más intensa que la que, paralelamente, les procura la legalidad constitucional u ordinaria de cada país.

II. Motivaciones y apremios de una iniciativa

Semejante idea, sumergida en las luces y sombras de una ilusión avizorada, inspiró la PU (Propuesta Universitaria de 15.03.01) que —elevada a la COMUE (Comisión de la Unión Europea) para lograr una reacción esperanzadora y positiva— razonaba, como a seguido se indica, en pro de la imagen, hoy frustrada de nuevo, de una *Europa cabalmente social*, capaz de reaccionar con energía y arrojo —todo, pues lo contrario, de lo que se pretende hacer o está en trance de hacerse— frente a las agresivas irrupciones del *neoliberalismo salvaje*.

La iniciativa era una forma de ejercicio del *derecho fundamental de petición* que, además de figurar en el art. 29.2 CE, descansaba en la *cláusula general de acogida* con que el art. 6.2 VCTR cuidó de incorporar al *acervo comunitario* los derechos fundamentales de cada uno de los Estados miembros. Se trataba del problema causado por la novedad que el Gobierno del Reino de España —autor material de la *legislación presupuestaria* producida conforme al art. 134.1 CE— introdujo desde el 1.01.(9)84 y que, a partir de entonces, resurge —sistemática e indefectiblemente— en las consecutivas ediciones anuales de sus instrumentos de previsiones económicas.

Se abordaban el sentido y la trascendencia de las cláusulas con que dichas versiones o sus *equivalentes de acompañamiento* contemplaban el crecimiento y concurrencia de aquellas prestaciones periódicas que, cuales las pensiones públicas de jubilación y/o retiro, se concedían a los beneficiarios que cumplían los presupuestos y requisitos necesarios para adquirir el derecho subjetivo a obtenerlas en la cuantía que les era propia. Unas veces, se trataba de una sola prestación periódica en forma de renta, y, otras, de pensiones jurídicamente compatibles —no más de dos, por lo común— que, según las normas rectoras de su concesión y percibo, podían ingresar y coexistir en el patrimonio de una misma persona física, que así devenía titular de sendos derechos subjetivos de crédito frente al Estado deudor de los beneficios en que consistían. Ahora bien, desde el 1.01.(9)84, la *legislación presupuestaria del Reino de España* no sólo ha rebajado, tenaz y gradualmente, el

importe legal y/o reglamentario —que es tanto como decir *natural*— de esas utilidades, sino que ha cercenado —pulverizando, a veces, su entidad patrimonial— la eficacia económica de unos derechos sociales cuya titularidad y disfrute simultáneos se ajustaban al ordenamiento jurídico vigente.

La naturaleza de las *prestaciones contributivas*, que se predica de las pensiones de jubilación y/o retiro, presupone la capacidad de sustituir o compensar —ya que no del todo, sí, al menos, con la *suficiencia* que menciona el art. 40 CE— la *disminución patrimonial* consiguiente a la pérdida de las rentas que, al término de su dedicación profesional, dejan de conseguir los servidores de la función pública y/o los trabajadores dependientes. El importe de cada prestación se calcula mediante una *fórmula aritmética* que, para facilitar y asegurar esa aproximación, computa las cotizaciones que, efectivamente satisfechas en el curso de la actividad por cuenta ajena, muestran la *dosis de sacrificio* soportado por los pensionistas y la cuantía de las sumas de dinero con que, mientras se mantuvieron en activo, cooperaron al sostenimiento de las cargas públicas, en general, y a la financiación, en particular, del sistema de la Seguridad Social.

La insistente legislación presupuestaria a que se alude, ha improvisado —para largo— una opción autóctona, ignorada fuera de las fronteras del Reino de España y *fuerza de estupefacción* en el contexto cultural del moderno Estado social y democrático de Derecho. Ha señalado un límite al crecimiento de las pensiones públicas que el modelo de organización y estructura de la *sociedad pluralista* —conocido de antiguo con el nombre de *Estado de Bienestar*— concede, desde sus orígenes, a los beneficiarios que, reuniendo las preceptivas condiciones de adquisición, sufren el daño inseparable de la *situación de necesidad* que surge del *hecho causante* o contingencia protegida. Aquí y ahora, el supuesto en que se suceden el *abandono de la población activa*, el *tránsito a la población pasiva* y la *exención del deber social de trabajar*. Aunque las prestaciones se atribuyen por la decisión administrativa que constituye la relación individual de protección, su importe no siempre asciende al resultado de aplicar las fórmulas de cálculo —preconstituidas al efecto— sobre el *haber regulador*, en el sector público, o la *base reguladora*, en el sector privado. Muy al contrario, se recorta tan pronto como sobrepasa el máximo equivalente al producto de la cantidad imputada como límite —incrementada anualmente desde el 1.01.(9)84— por 14 vencimientos periódicos o unidades de devengo y exigibilidad. Los acreedores del régimen de Clases Pasivas del Estado y del sistema de la Seguridad Social —perceptores de las pensiones de jubilación y/o retiro— dejan de ingresar, si interviene esta hipótesis, la diferencia en-

tre el *cálculo natural* del importe —determinado por la ley o el ejercicio de la potestad reglamentaria que la desenvuelve— de la prestación debida, y la *cuantía máxima* —zafamente denominada *tope*— a que desciende en cada anualidad consecutiva.

Esta rebaja atenta contra el *principio de suficiencia de las prestaciones sociales* que —si no tienen por qué alcanzar siempre el valor de las percepciones activas a las que reemplazan— se les han de acercar en lo posible, sin injerir, como viene ocurriendo, un desequilibrio injustificado y arbitrario entre ambas magnitudes. Al incumplirse el *deber de resarcir*, según criterios de *suficiencia razonable*, el perjuicio irrogado por la pérdida del sueldo y/o del salario, se confisca —sin la indemnización correspondiente y justa, mal que ello pese a las *veladuras semánticas* empleadas para enmascarar la sinrazón y la crueldad jurídica del despojo— una parte del derecho de crédito que debe satisfacerse íntegramente. La recta razón y el buen sentido vedan, de todo punto, que la minoración de la cuantía legal y reglamentaria de las prestaciones —achicadas hasta límites harto desventajosos para los intereses legítimos de los pensionistas— erosionen irrazonablemente la *nota de suficiencia* que ha de acompañar a las operaciones de su determinación cuantitativa y cumplimiento íntegro.

También es censurable la anomalía que se da si el beneficiario —entregado, en su tiempo, al servicio de sendas actividades cuyo ejercicio simultáneo autorizaba el sector correspondiente del ordenamiento jurídico— reúne las condiciones requeridas para que, al darles fin, adquiera los derechos respectivos a lucrar las pensiones de jubilación y/o retiro. Basta que el importe de una de ellas —calculado según la legalidad en vigor— coincida con o exceda de la tasa acrecentada anualmente por la legislación presupuestaria, para que la cuantía natural o de origen —derivada de aplicar las reglas de su numeración en unidades monetarias o sumas de dinero— se rebaje automáticamente a la tasa del tope, mientras que el derecho a la otra prestación —válidamente concurrente— queda huero de contenido económico.

De ello se sigue que una pensión de jubilación y/o retiro legítimamente asignada a la persona titular y compatible con otra de igual naturaleza, *puede reconocerse en el vacío*. Tan *solemne dislate* estigmatiza la ilustración y la sensibilidad ética de los patrocinadores de las normas que —al comulgar con semejante solución— canonizan la *aberración jurídica* que lleva consigo. Así sucede cuando, contradiciendo los postulados rudimentarios de la lógica, el beneficiario pasa a ostentar la calidad —inérita e ignorada hasta hoy por la Teoría del Derecho— de *titular de un derecho subjetivo sin objeto* y, como tal, ayuno del interés subyacente a lo respetable de sus expectativas económicas. Se está ante

la imagen del sujeto de un derecho cuyo ejercicio se yugula por ministerio de la ley. A la legislación presupuestaria incumbe la *excelencia de su aportación* — estrepitosamente antisocial y esperpéntica— al retroceso del saber de los juristas. La hipótesis surge cuantas veces la suma de los importes anuales de dos pensiones públicas —*válidamente concurrentes*, hay que repetirlo, en virtud de su compatibilidad legal— supera el tope establecido, de suerte que una de ellas desciende a la cuantía del límite fijado y la otra se otorga sin derecho a percepción alguna. Objetivo jurídico cínicamente cumplido y objetivo económico que se esfuma y fracasa plenamente. Se hace de la pensión descabezada un *ente de razón* y se arrebatada el interés económico de su disfrute al desventurado *sujeto del derecho a la nada*, en que su situación termina consistiendo. Aunque, para desfigurarlos, se adjudiquen sendas pensiones cuya suma —previo un cálculo proporcional— no exceda del tope señalado.

La denuncia de este estado de cosas —causado, hace cuatro lustros, por la *despótica decisión ministerial* de minar, con cargo a los gastos sociales, el volumen creciente del *déficit* público— forzó, como no podía menos de ocurrir, el planteamiento de varias *cuestiones de inconstitucionalidad* que los órganos del orden social de la jurisdicción promovieron al amparo del art. 163 CE. Lo hicieron convencidos de que ningún esfuerzo de interpretación, por mucho denuedo intelectual que consumiese, permitía ajustar a la carta política los desmanes que, desde el 1.01.(9)84, venía consumando, al respecto, la legislación anual presupuestaria del Reino de España. Se consideraba inviable cumplir lo encarecido en el art. 5.3 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial de 2.07.(9)85). Las respuestas de la justicia constitucional no coincidieron con ese pensamiento ni compartieron la actitud —crítica y hostil a la supervivencia del tope— de los jueces ordinarios.

Ya las Sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre y 15 de diciembre de 1983 aludieron al *carácter indemnizatorio* de las prestaciones sociales de carácter contributivo. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de mayo de 1987 resolvió el recurso de inconstitucionalidad que impugnaba un aspecto central y polémico de la medida de restricción que se analiza. Los Autos del Tribunal Central de Trabajo de 9 y 28 de mayo de 1985 suscitaron —al proponer la supresión de la tasa que frenaba el crecimiento y concurrencia de las pensiones públicas de jubilación y/o retiro— sendas cuestiones de inconstitucionalidad que, acumuladas a otro recurso de este nombre, se rechazaron por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de julio de 1987.

La justicia constitucional desestimó, con argumentos poco persuasivos, el copioso inventario de alegatos de aquellas consultas y asestó,

de pasada, un *golpe mortal* a la cohesión y solidez del edificio dogmático que, tras una tarea fatigosa y sensata, habían conseguido erigir los especialistas del Derecho de la Seguridad Social. Los juicios de constitucionalidad, emitidos entonces, debilitaron los principios que —al cabo del tiempo y con base en la máxima ...*siempre más, nunca bastante...*— habían impreso carácter a la irregresividad del sistema de la Seguridad Social, e hicieron circular una *filosofía inamistosa* —más bien ácida— sobre el futuro que acaso aguardaba al modelo clásico del Estado de Bienestar. La justicia constitucional dejó entrever, ello no obstante, la posibilidad de acudir a un *cauce residual* para regenerar la cuestión de inconstitucionalidad fracasada. La incoación del discurso en pro de esta postura respondía a consideraciones que, pudiendo haberse abordado a la sazón, la justicia constitucional se abstuvo de tratar y de atribuirles la eficacia que en Derecho les correspondía, prefiriendo las insinuaciones que juzgó suficientes para poner su *recta intención* a buen recaudo.

Se recordaba que toda medida de Política Económica —de que era una variante la implantación del tope al crecimiento y concurrencia de las pensiones públicas compatibles— *debía proceder de una decisión parlamentaria adoptada a consecuencia de un debate profundo y reflexivo*, porque, de otro modo, los Gobiernos podían esquivar dicha supervisión con sólo acordar —como, con terquedad digna de mejor causa, unos y otros han hecho— que la legislación presupuestaria repitiese una aparente medida coyuntural de anualidades anteriores. La reiteración convertía en general y permanente —introduciendo, por la *puerta falsa*, la mercancía de una genuina *medida estructural*— lo que, por definición y naturaleza, sólo tenía carácter de singular y temporalmente duradero. Sus consecuencias perjudicaban a la soberanía parlamentaria, inerme ante la escapatoria utilizada y la *sustracción impune* de una de sus competencias capitales. Se acusaba, entre líneas, el *fraude constitucional* consistente en suplantar la ordenación parlamentaria de un aspecto de la Política Económica —requerido de un examen solvente y concienzudo— por el *reguero anual* de decisiones gubernamentales que, abusando de la legislación presupuestaria, impedían la práctica de las operaciones de control confiadas a los legisladores naturales.

El fracaso motivó un reproche de la doctrina científica, que llegó a calificar el criterio de la justicia constitucional de poco convincente y contradictorio con los principios rectores del Derecho de la Seguridad Social. Derecho exigente de que sus cánones informadores —universales e indisociables de las técnicas defensivas de los intereses protegidos— se respetasen, sin detrimento ni excepciones, por los Estados

miembros y no sufriesen —como, en el caso objetado, ocurría sistemáticamente— deformaciones sustanciales e inspiradas en accidentalismos económicos o *predilecciones arbitristas*.

Ante la invitación —tácita y no menos significativa— de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1987, y extinguido el Tribunal Central de Trabajo que había propuesto estérilmente las citadas cuestiones de inconstitucionalidad, el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de noviembre de 1990 se esmeró en hilvanar los argumentos adecuados a las sugerencias hechas tiempo atrás. Su iniciativa de inconstitucionalidad afluyó a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de marzo de 1983, que, paradójicamente, compartió las razones hechas valer entonces —pues, no en vano, la lectura de sus fundamentos de Derecho auguraba una resolución conforme con la esencia de sus alegaciones— y, para desencanto y desconcierto generales, pronunció otro *fallo* desestimatorio.

III. Elementos de las reflexiones cursadas a la Unión Europea

La experiencia de los antecedentes elevados a la COMUE inspiraba el cuerpo de pensamiento favorable a la *apertura de un espacio social* —materialmente perceptible y no platónicamente formal— de tales dimensiones y a la condena del tratamiento arbitrista, doméstico e inclusive castizo de las anomalías denunciadas. He aquí las líneas de fuerza de sus reflexiones.

El art. 173.3 mat.1 VCTR dispone que —a propuesta de la COMUE y tras las oportunas consultas— el CONUE (Consejo de la UE) *resolverá en el ámbito de la Seguridad Social*. Con otras palabras, asumirá las competencias inherentes a la recepción, esclarecimiento y solución de los problemas que atañen a dicha materia. Si no quiere asignarse a esta proclamación un alcance del todo gratuito, el ámbito afectado ha de abarcar la redefinición y el reconocimiento —al margen del *decisionismo voluble* o la improvisación creativa de los Estados miembros— de las *verdades capitales* que, fieles al *imperio de la naturaleza de las cosas*, proclamó y acató el Estado de Bienestar como puntales de su edificación y garantías de la impecabilidad de sus mecanismos de tutela.

Uno de esos principios afirma que la magnitud de las prestaciones periódicas de jubilación y/o retiro se fija mediante *operaciones aritméticas* derivadas de fórmulas cuyo tecnicismo permite liquidar —reduciéndole a sumas de dinero en los sectores público y privado— la cuantía del beneficio que, para contribuir al sostenimiento de las cargas públi-

cas, sufre también las pertinentes retenciones. La proposición —endezada a compensar y sustituir la pérdida de las rentas de trabajo de quienes ya no pertenecen a la población activa— prohíbe, sin salvedades ni atenuantes, los arbitrios que, para rebajar dichas prestaciones, invocan *particularismos economicistas*, transitorios o coyunturales, o secretismos sustraídos al conocimiento y la crítica de la opinión pública. No apelan a *motivos reales de solidaridad* o *insuficiencia de recursos* que, lejos de presumirse gratuitamente, hay que acreditar con un discurso apto para derrotar los frívolos ensayos del voluntarismo que frecuentan los *entusiastas del pensamiento débil*.

Otro principio sienta —con abrumadores argumentos— que, cumplidos los requisitos exigidos para acceder a la titularidad y el disfrute de una pensión pública de jubilación y/o retiro, su importe corresponde a la exactitud —comprobable sin riesgo de errar— de las operaciones de cálculo que le justifican. Cifra que no puede convertirse en la nada ni santificar, como se admite para piedra de escándalo, la *especie surrealista de los derechos subjetivos sin objeto*, cuando —según el albedrío confiscatorio que, por vez enésima, merece la más acre de las reprobaciones— una de las pensiones concurre con otra cuya cuantía no rebasa la del execrable tope.

Una exégesis elemental del art. 17.3 mat. VCTR demuestra, así las cosas, que, en tema de Seguridad Social, la enumeración, definición y aplicación de sus principios estructurales pertenecen a los cimientos y al progreso —posibilista y razonable— de una *Derecho de Gentes* que se legitima por su *credibilidad objetiva*, su evidente *consistencia cultural* y su *poder de arraigo* histórico-social. Su administración —*rectius*, su ejecución irreprochable y ortodoxa— no puede supeditarse al albedrío ni a la conveniencia política —cuasidomésticos y cautivos, según las informaciones, de la *solución minimalista*— de la legislación de un país comunitario, como es aquí y ahora el caso del Reino de España. Recaban una regulación que, a través de Directivas o instrumentos normativos análogos, debe elaborar, a propuesta de la COMUE, el CONUE. La *reserva de normas de Derecho Comunitario derivado* —imperecedera y necesaria en el aspecto que se considera— tiene que ser objeto de una atención escrupulosa y absoluta. Rechaza, de raíz, las *diversiones político-legislativas* —regresivas, por lo general, y propensas a confundir lo recomendable y racional de las *soluciones flexibles* con lo abominable de los *recetarios neoliberales* a ultranza— a que alguno de los Estados miembros pretende entregarse para infringir, más o menos disimuladamente, los principios en que reposan la atribución de una competencia exclusiva del CONUE y la importancia de las responsabilidades que desencadena.

IV. Contenido adecuado del instrumento normativo deseable

De ahí, la invocación y la constancia de un *interés colectivo* —justificado, con largueza, por las consideraciones anteriores— para solicitar y obtener de la COMUE, en forma de propuesta, y del CONUE, gracias a la emanación de una Directiva u otro instrumento normativo adecuado, las declaraciones que siguen sobre determinados fundamentos —innatos e inmutables— del Derecho de la Seguridad Social, a cuyos contenidos variables se imponen por definición:

1. El cálculo de la cuantía económica de las prestaciones de jubilación y/o retiro no puede apartarse —menos aún bajo pretextos que ocultan la arbitrariedad, cuando no el objetivo cuasifraudulento de transferir a los gastos sociales las cargas del *grueso endeudamiento del Estado*— de las reglas con que la legislación material de los países comunitarios, comprensiva de las leyes en sentido formal y de las normas inferiores que las desarrollan, ha de asegurar la *suficiencia o acercamiento razonable* de la cuantía de las prestaciones al importe de los sueldos y/o salarios activos que se han percibido. Hay que acatar esas normas con el máximo escrúpulo y no escudarse tras lo equívoco o insinceramente laxo de una *solidaridad malinterpretada* y, a veces, teñida de perversidad. Las cantidades derivadas de aplicar sus criterios no pueden sufrir disminuciones que, al alejarlas notoriamente del resultado del cálculo aritmético, destrozan los *efectos de sustitución y subrogación real* que las prestaciones periódicas surten respecto a las rentas cuyo lugar ocupan en los patrimonios personales de quienes, hasta entonces, desempeñaron funciones públicas o intervinieron en procesos productivos del mercado de libre competencia.
2. Cuantas veces el Derecho objetivo de uno o más de los países comunitarios declare compatibles los derechos a la adquisición y el disfrute de sendas pensiones de jubilación y/o retiro causadas por actividades desempeñadas simultáneamente en la vida profesional de un mismo perceptor, los importes de las prestaciones respectivas han de obedecer a un cálculo aritméticamente correcto de las operaciones efectuadas. No ha lugar a recortes que desvirtúen o inutilicen las funciones de sustituir y compensar los emolumentos —consistentes en rentas de trabajo— que, tras su advenimiento a la población pasiva, dejan de lucrar los nuevos acreedores del sistema de la Seguridad Social.
3. Los legisladores de los Estados miembros no pueden dictar disposiciones generales que atenten contra los principios naturales

del Derecho de la Seguridad Social que se han enunciado y que son parte del *orden público virtual*.

En ejercicio del *derecho constitucional de petición* —asumido y actuado como una pieza más del *acervo comunitario europeo*— y para que efectivamente se respete la *reserva de Directiva* que ha dispuesto el art. 137.3 mats. 1 y 4 VCTR, la PU formulada recaba de la COMUE que —previas las averiguaciones, verificaciones y consultas que sean del caso— proponga al CONUE la producción de una Directiva o instrumento normativo análogo del siguiente tenor:

1. La cuantía económica de las pensiones públicas de jubilación y/o retiro se ajustará a las normas jurídicas que los legisladores de cada Estado miembro de la UE tienen la obligación de promulgar, garantizando, con suficiencia equitativa, la función de reemplazar la utilidad de aquellas rentas que, al consumarse el hecho causante de las prestaciones, dejan de percibir quienes han sido trabajadores dependientes en los sectores público y privado.
2. El resultado de esas operaciones aritméticas no ha de sufrir disminuciones o rebajas que, minorando la cifra procedente de aplicar las fórmulas preestablecidas, desnaturalice o elimine el beneficio económico que refleja su cálculo.
3. Las legislaciones de los Estados miembros no pueden imponer topes o magnitudes máximas que, degradando la cuantía legal y/o reglamentaria de las pensiones públicas de jubilación y/o retiro, confiscan una parte notable de su importe y lesionan la integridad consecuyente con el legítimo interés de los beneficiarios.
4. Si el Derecho Positivo de un Estado miembro admite la compatibilidad o atribución al mismo titular, de sendos derechos a las pensiones de jubilación y/o retiro derivadas del cese en anteriores actividades simultáneas, cada una de las prestaciones se ha de reconocer en la cuantía derivada del cálculo aritmético previsto para liquidarla, sin experimentar disminución alguna ni, aún menos, quedar vacía de todo contenido económico —expresado entonces en 0 unidades monetarias— y despojada de la utilidad patrimonial que, en justicia, conviene al sacrificio contributivo del acreedor insatisfecho.
5. Los Estados miembros trasladarán, sin demora, las anteriores reglas al sector correspondiente de su ordenamiento jurídico y, mientras la trasposición esté pendiente, se abstendrán de aplicar y/o promulgar cualesquiera disposiciones generales que contradigan la letra y/o el espíritu de esta Directiva.

V. Reacción comunitaria frente al planteamiento del problema

Parecía que —llegado el momento de contrastar la voluntad, severa y bondadosa, de rematar el *modelo de la Europa social* o de certificar, una vez más, la resistencia al progreso de esta *tarea inacabada*— surgía la oportunidad de desafiar la alternativa y aguardar, con curiosidad no exenta de recelo, la *toma de partido* de las instituciones comunitarias. Reacción que no se hizo esperar, a juzgar por la simplicidad y gelidez con que la respuesta de los organismos competentes —en el seno de la COMUE— para conocer de los temas de *empleo y asuntos sociales*, en general, y, en especial, de los aspectos de *protección e integración social*, usó de un estilo y contenido que, a las claras, mostraban su parca comunión y módico entusiasmo ante unas perspectivas que, por ahora y quizás también por mucho tiempo, no llevan traza de prosperar y devenir lo que fervientemente ansían los defensores de su ambicioso paradigma.

Dicha respuesta abarcaba, resumiéndolos, los puntos que seguidamente se enumeran y que explican la *tibia predisposición social* de sus autores:

1. Se tomaba cuenta y razón de la invitación —cursada entonces a la COMUE— a proponer una Directiva sobre los *principios relativos al cálculo del importe de las pensiones públicas* y a la fijación de los umbrales máximos de sus cuantías en los países comunitarios.
2. Se juzgaba, no obstante, que tal iniciativa —consistente en sugerir el dictado de una Directiva comunitaria— no era el *medio más adecuado* para resolver el problema que a la sazón se suscitaba.
3. Se apostillaba que las acciones legislativas —promovidas, con ese fin, por las instituciones comunitarias— serían *difícilmente justificables* y contarían con *escasas probabilidades* de prosperidad.
4. A las objeciones anteriores se añadía el *reparo de la unanimidad* exigida en el ámbito de la protección social.
5. Se terminaba aconsejando que la idea fuera objeto de una propuesta susceptible de sustanciación y eventual adopción en el marco de los *procedimientos políticos* nacionales del Reino de España.

No es fácil compendiar, en una respuesta tan escueta, parejas dosis de insinceridad y, si cabe decirlo, de atonía frente a la necesidad de protección social que se invocaba. A un estado de cosas duradero y claramente definido, y a unas consecuencias censurables y dañosas

—como las que acarrea el despojo de grupos de beneficiarios del sistema de la Seguridad Social en el único de los Estados miembros cuya sociedad encaja estoicamente esta *afrenta de sus poderes públicos*— se responde con la *evasión burocrática* de unas instancias comunitarias que minimizan la importancia de la anomalía que, para su remedio, se les hace saber. No huelga un reexamen de ese conjunto de razones.

Sostener que una acción comunitaria dirigida a restaurar el quebranto denunciado —injustamente producido en el mecanismo de las relaciones protectoras de la Seguridad Social— tiene *difícil justificación*, es acatar, de plano y sin escapatorias elípticas, la *conversión de la propiedad en un robo* —que el Estado social y democrático de Derecho perpetra en cabeza de ciertos perceptores de las pensiones públicas— y proclamar que el problema de justicia social que se presenta, escapa —diríase que con *lujuriosa fruición*— a las inquietudes y preocupaciones ético-jurídicas de la UE. Esta no se halla en disposición de dedicarle ni una de sus *vigilias de especial penosidad*. Estremece la voluntad de pasar por alto —como, sin duda, seguirá ignorándose en un futuro indefinido— las copiosas y densas reflexiones que, cargados de razón, alegan algunos perceptores de pensiones públicas para clamar contra el *empobrecimiento galopante* con que la obsesiva terquedad del *arbitrismo gubernamental* —sin distinción, hay que decirlo, de matices morales o preferencias ideológicas— les obsequia inmisericordemente desde el 1.01.(9)84. Inicialmente, por vía de hechos jurídicamente consumados. Más tarde, prestando un *servicio flaco y enrojecedor* a la seriedad de la palabra empeñada.

Podía haberse elegido un discurso menos tosco y brutal que el recaído en contestación a la PU o, si se quiere, un racionismo animado por un *sofisma inteligente* y viciado de una perversidad más digerible. El vaticinio de las escasas probabilidades de éxito de lo pretendido, testimonio —exhibiendo un *cinismo de gran cabotaje*— la indiferencia y apatía que un problema social de primera magnitud —cuya injusticia es tan patente como infructuosos han sido, hasta hoy día, los remedios intentados para liquidarla— despierta en las instituciones que, mediata o inmediatamente, tienen la obligación de resolverlo y no de aumentar, con recomendaciones disuasorias, el pesimismo y el tormento de los estados colectivos de ánimo que sufren estas injusticias.

La indigencia del discurso comunitario no parecía, propiamente hablando, un buen dictamen sobre la consulta planteada y sí la reedición, para salir del paso, de un episodio propio de las burdas recetas de un *liber fugitivus*. *Perded toda esperanza*, era lo sustancial de la contestación que negaba el acceso a una parte apreciable de la *tierra prometida de la Europa social*. La fragilidad de las respuestas recibidas llevó a formular un complemento de la PU original, no para desdecirse un ápi-

ce de sus razonamientos, sino para insistir en la gravedad del problema que, olímpicamente desofdo, las instituciones comunitarias dejaban al margen de sus preocupaciones.

VI. Consideración complementaria sobre la cuestión suscitada

Unas cuantas razones —algo más que adicionales— se sumaron a las precedentes y completaron la exposición ofrecida. Helas a continuación:

1. La cuestión debatida no constituye un modesto problema técnico-jurídico que se relega al campo del decisionismo legislativo de un Estado miembro, pues atañe a la vulneración de postulados que, cuales los *principios de adecuación y suficiencia de las prestaciones públicas de jubilación y/o retiro*, son inseparables del *núcleo irreductible* del Derecho de protección social. Se defiende el regular funcionamiento de las instituciones del régimen público de Seguridad Social en el único de los países comunitarios que ha institucionalizado la irregularidad confiscatoria denunciada. Se trata solamente, lo que no es pedir mucho, de poner fin al arbitristo que, sin justificación objetiva y razonable, continúa inspirando esas diferencias de trato.
2. La legislación presupuestaria y sus subrogados de acompañamiento infringen los principios que, lejos de convenir a una exigencia secundaria o doméstica, residen en la naturaleza de las cosas, pertenecen al acervo cultural de los países civilizados y anidan en la concepción progresiva —pese a las agresiones neoliberales— del Estado de Bienestar.
3. El entonces partido gubernamental —que, cuando operó en la oposición, había prometido corregir el defecto que insistentemente se le recordaba— se tornó amnésico, sepultó esa parte de sus inquietudes y, sin dedicarle un ápice de su *tiempo reinante*, incumplió el compromiso de expulsar del ordenamiento jurídico la restricción confiscatoria. De ahí, lo turbador que, en el marco del Estado miembro de la UE que es el Reino de España, se hace defender una causa que, lastrada por el injusto trato con que sus Gobiernos le vienen obsequiando, incide en los intereses de unos ciudadanos no sólo nacionales, sino también europeos y perjudicados por el despojo que se les irroga.
4. La *insuficiencia de recursos* —aducida de antiguo para justificar la rebaja de la cifra legítima de aquellas prestaciones— se ha esfumado tras la regeneración y el *signo superavitario* del sistema

de la Seguridad Social, y hoy carece del peso atribuido al acordarse la restricción que, ello no obstante, permanece.

5. Nadie se congratula de que los aquí y ahora interesados —estrictos cumplidores de las condiciones precisas para lucrar, sin degradaciones ni rebajas, las prestaciones que se les reducen o deniegan— queden huérfanos de la tutela impetrada y no lograda de las instituciones de la UE. Cuesta reconocer que, siendo así, se ciegan las vías restauradoras de un *postulado básico del orden natural* y que, contra la recta razón y el buen sentido, subsisten situaciones en que algunos perceptores de las pensiones públicas de jubilación y/o retiro han perdido el *auxilio residual* —a saber, la *intervención social comunitaria*— en que, tan ingenua como inútilmente, depositaron su confianza.

Queda, en definitiva, claro que, tras conocerse el criterio de la justicia constitucional y el *empecinamiento gubernamental* en canonizar la vitanda figura del tope, se estaba llamando, sin fortuna, a otra *puerta herméticamente cerrada*. La contestación complementaria recibida —a la que, de pasada, se añadía, como si fuera materia ignorada, que el control de las políticas nacionales por las constituciones respectivas excedía de la competencia de las instituciones comunitarias— declaraba que, *desgraciadamente*, el órgano al que se había elevado la propuesta —esto es, la DGEAS (Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales)— sólo podía remitirse a lo ya dicho sobre la petición originaria.

Es inevitable repetir la crítica dedicada, más arriba, a las reacciones institucionales que se intentaba conmovier. Las sensibilidades de la COMUE denotan, sin lugar a duda, el propósito de encomendar *las faenas de lidia*, en este campo, a un *equipo de diestros* que, como los poderes públicos del Estado inventor de los arbitrios censurados, no abrigan el propósito de descender al ruedo. La clave general del reproche está en la historia de las *causas espurias del establecimiento del tope* y en el *subsiguiente descrédito de la palabra empeñada* —por quienes tuvieron oportunidades y tiempo de hacerlo— para cumplir la promesa de ponerle fin.

VII. Resultados de la acción colectiva y tentativa judicial de última hora

Los pormenores del estado de cosas anterior a las acciones colectivas emprendidas después, muestran, a todas luces, lo antisocial de una medida obediente, como anunciaban sus animadores, a la necesidad de

disminuir un gasto público que convertía a los perceptores de las pensiones públicas de jubilación y/o retiro en *víctimas expiatorias* de un mal cuya génesis era muy otra. Consta lo infructuoso de las iniciativas judiciales que, para preservar la sanidad y pulcritud del ordenamiento jurídico, promovieron las cuestiones de inconstitucionalidad desestimadas. Pese a lo negativo de estas experiencias, la justicia constitucional ha abundado en la tesis —orientadora y cuasivinculante para el poder público llamado a sanar los vicios de origen de la legislación— de que *la implantación de la tasa vigente desde el 1.01.(9)84 depende de factores económicos cuya eventual desaparición o irrelevancia justificaría la abolición de la medida coyuntural en que consiste*. No en vano, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de marzo de 1993 entendía, en términos inequívocos y contundentes, que esa medida —formalmente temporal y sospechosa de ocultar otras finalidades— incurría, tal vez, en vicio de inconstitucionalidad, por lo que los elementos socioeconómicos ponderados para su adopción *podían dejar de existir en el futuro y desautorizar la restricción* que, sin base alguna constitucional, gravaba la plena potestad legislativa.

Cuantas tentativas —mientras militó en la oposición— llevó a cabo el Partido Popular para dejar sin efecto la tasa combatida, fracasaron a causa del mecanismo numeral de las mayorías que formaban la voluntad parlamentaria y de la interdicción —impuesta en el art. 134.6 CE— de tramitar ciertas enmiendas sin la previa conformidad del Gobierno. Siempre que los responsables caracterizados de dicha formación política —que asumían las ocupaciones de enmendar— respondían a las interminables quejas de sus adeptos y electores, resaltaban, no sin razón, lo insalvable de esos impedimentos. Recordaban, desde sus comprometidos parapetos, que un poder agresor que utiliza el Parlamento para vulnerar los derechos reconocidos a los ciudadanos, viola los pactos de lealtad recíproca que son la ley suprema de toda sociedad civilizada, prefiere administrar la pobreza y la crisis, y se abstiene de aportar imaginación y coraje para vitalizar las nuevas oportunidades de riqueza. Subrayaban la importancia de apelar a la justicia constitucional para poner fin —lo que, como es notorio, está por conseguir— a la *confiscación pura y dura* de los patrimonios honestamente sustentados en una vida de trabajo y en el pago forzoso de las cotizaciones.

El que fue Presidente del Gobierno se obligó, cuando no profesaba todavía las servidumbres de esa condición, a eliminar el tope establecido, si bien el compromiso fue objeto de la más *voluntariosa desmemoria* hasta el *fin de los tiempos* —aún reciente— en que el Partido Popular se ocupó de los destinos del Reino de España.

Tras difundirse la noticia de la PU remitida a la COMUE, la AJCPE (Asociación de Jubilados de los Colegios Profesionales de España) presentó al Presidente del Gobierno y al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales una petición que, acompañada de 5.000 firmas de los interesados, instaba lo siguiente:

1. Que desaparezcan de la actual y futuras Leyes de Presupuestos Generales del Estado los topes que, desde 1984, reducen la cuantía natural de las pensiones públicas y confiscan una parte de su importe.
2. Que de esas leyes se elimine la confiscación consistente en prohibir el disfrute de una pensión pública compatible con otra cuya cuantía exceda del tope que debe suprimirse.

Aunque la petición se presentó un año antes de que el Partido Popular cesara en el ejercicio de las responsabilidades de Gobierno, ninguna atención —salvo el acuse de recibo de las solicitudes— ni respuesta mereció, que se sepa, lo tan clara y escuetamente postulado. Algún informe técnico —*fabricado de encargo* para no empeorar la imagen moral y política de un Gobierno tozudamente incumplidor de su promesa— ha osado tildar de confuso algo tan meridiano como el *clamor general que demandaba la abolición del denostado tope*. El discurso simplista que, a la sazón, hicieron circular —en paralelo y para mayor escarnio— algunas voces oficiales, se desdecía de los compromisos históricamente contraídos y, al modo de lección dócilmente aprendida, señalaba —en tono de sapiencia y autoridad didácticas— que la regulación de las pensiones públicas se basaba en los *principios de solidaridad, suficiencia asistencial y control del gasto*. Cuerpo de doctrina que requiere alguna precisión de hecho y de Derecho.

La *solidaridad* no encierra un valor indeclinable y absoluto que, sin otros aditamentos convincentes, justifique la destrucción —haciendo de ellas tabla rasa— de las situaciones jurídicas arraigadas en los patrimonios personales de sus titulares. El TPCE (Título Preliminar de la Constitución española) usa de una cautela encomiable al enunciar los valores superiores del ordenamiento jurídico y, si no cita la solidaridad como *categoría preponderante y absorbente*, es porque, a toda costa, trata de evitar que un grosero y sofístico manejo del concepto frene las garantías de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y origine conflictos de solución difícil o imposible. Cosa distinta es demostrar —con datos económicos aptos para apoyar la seriedad de los argumentos que combaten la vulgaridad de los lugares comunes— cómo el espíritu de solidaridad impregna las acciones de los poderes públicos que, a voces y notoriamente, lo reclaman, si son el *eco de una*

demanda social —no artificiosa y sí verdadera— que localiza su necesidad y exige su atención. Lo que no ocurre, ni de lejos, con la limitación que se analiza. Sus apologetas de ocasión convierten la solidaridad en un *martillo de herejes* que —esgrimido según los desvaríos públicos de turno o los propósitos velados de quienes no ignoran lo que, a la vez, desean y silencian con astucia bien dosificada— desmantela la seguridad jurídica de cuantas situaciones —por mucha entereza que les adjudique el Estado social y democrático de Derecho— quiere modificar, pretextando el *manejo polivalente de lo solidario*, el decisionismo político de los legisladores.

La alteración sustancial de uno o varios aspectos del tratamiento de las pensiones públicas sería científicamente solidaria, si se probase que las privaciones impuestas —irrisorias y demagógicas en el orbe de las dimensiones económicas— constituyen la condición indispensable para que, en interés de los demás necesitados, se sacrifiquen unos recursos dinerarios cuya modestia —a saber, *el exceso de la cifra natural sobre el importe degradado de las prestaciones*— es insignificante en comparación con los medios dedicados —usando de otras *varas de medir la generosidad*— a sufragar capítulos del gasto público virtualmente incontrolables, insuperablemente más gravosos y neutrales ante la dignidad de la persona. Una actitud es solidaria cuando los concretos motivos que la informan y acreditan sus ingredientes de bondad, pertenecen, de lleno, al concepto jurídico indeterminado en que la solidaridad se hace consistir. La invocación de una *solidaridad populista* y huérfana de rigor conceptual implica —amén del choque con los principios y preceptos que el Estado social y democrático de Derecho debe preservar— una *petición de principio* que, dando la solidaridad por prejuzgada e inmune a cualquier objeción que se le oponga, descubre el *asalto a la razón* que encandila a los voluntarismos políticos y a las experiencias de sus *pensamientos de deseo*.

La invocación de la *suficiencia asistencial* es intencionalmente equívoca y confusa. Si lo asistencial equivale a lo cuasibenéfico o no contributivo, se está insistiendo en algo que —sin perjuicio de los objetivos omnicomprensivos del régimen público de Seguridad Social— no casa con la idea equitativa de que *el lugar de justa preferencia se ha pensado para las prestaciones contributivas* y que la financiación de la suficiencia asistencial condena las fórmulas jurídicas destinadas a satisfacerlas con daño del esfuerzo de contribución o, para ser crudamente veraces, confiscando —a la usanza marxista del *fin de la Historia*— los beneficios económicos que ha de garantizar su concesión. Si por suficiencia asistencial se entiende la disponibilidad genérica y comunicable de recursos públicos, las razones generales, que ya se han expuesto,

desautorizan el acierto y confirman la fragilidad intelectual de esas advocaciones.

De aceptar —con la ingenuidad otorgada a los juicios que vienen de lo alto— las consideraciones oficiales combatidas, el *control del gasto* —obligación central de los poderes públicos— seguiría constituyendo un deber que aparejaría la subsistencia de la merma de las pensiones públicas de jubilación y/o retiro. Nada de ello debe seguir siendo así, porque, como las estadísticas informan, ya se dan hoy las condiciones que, a su tiempo, la justicia constitucional tuvo en cuenta para apuntar que, ante el *cambio de las circunstancias económicas* determinantes de la implantación de la tasa vigente desde el 1.01.(9)84, se esfumaba la fuerza de las razones favorables a su mantenimiento. Lo demuestra la constitución de un fondo o *patrimonio de afectación* que ha alcanzado una considerable cifra de cobertura y prevención.

He aquí la razón de la recogida de firmas y de la *exposición* elevada a unos poderes públicos que, en el último año de su acción de Gobierno, han contestado con el *olvido memorable* y el *silencio audible* a los recordatorios de una promesa que, mucho antes, se habían obligado a cumplir.

Como una más, si no la última, de las soluciones factibles, se ha ensayado la consistente en que uno o varios de los pensionistas afectados por la reducción examinada e incluidos en el sistema de la Seguridad Social, reclamen, ante la jurisdicción competente, el *pago de la cuantía original y no rebajada* de las prestaciones periódicas ya reconocidas, para que —andando el proceso y antes de dictarse la sentencia definitiva que le ponga fin— se suscite una cuestión de inconstitucionalidad amparada en el art. 163 CE y cognoscible por la justicia constitucional, en vista de los argumentos jurídicamente valederos para promoverla. Se ha disipado el entorno de alarmante y sombría bancarrota —que asolaba al sistema de la Seguridad Social cuando se acordó la restricción al crecimiento y concurrencia de las pensiones públicas— y, en su lugar, la *recuperación superavitaria* de aquél, cuya cifra de afiliación más reciente excede de los 17.000.000 de personas físicas, priva de constitucionalidad a una medida que, ante lo transformador e influyente de este dato, pierde su justificación y está llamada a decaer. Aquí entra en juego —con alcance constitucional— la figura que el Derecho Civil de las obligaciones asocia a las doctrinas de la *presuposición*, de la *dislocación de la base del negocio* y de la *desaparición sobrevenida de la causa*. Aplicación, en suma, novedosa de la cláusula *rebus sic habentibus*. No puede permanecer aquello que —dejando, por hipótesis, de ser coyuntural— tampoco es indispensable en el presente ni en el futuro inmediato que se atisba.

Pretensión que —referida al mismo tema en el seno de la función pública— puede llevarse ante los órganos del orden contencioso-administrativo de la jurisdicción, pues los *haberes reguladores* de algunos grupos o categorías de funcionarios públicos generan una *cuantía de pensión truncada* por la tasa que, sin resarcimiento alguno, les despoja del derecho de propiedad sobre unos beneficios económicos que pierden en circunstancias análogas a las de los trabajadores dependientes.

Ninguna justificación objetiva y razonable existe para que el interés común y general de los sectores público y privado —dirigido a abolir la confiscación y el trato discriminatorio de esos beneficiarios— deje de atenderse en la medida y términos que se reivindican. A ello obligan el *espíritu de transformación*, la *interdicción de las desigualdades materiales* y la *prohibición de la privación gratuita de bienes y derechos* que proclaman respectivamente los arts. 9.2, 14 y 33.3 CE.

VIII. Perspectiva y compromiso de la Constitución Europea

El art. 3.104 VCPCUE ha dispuesto que, para alcanzar la prometida *igualación en el progreso*, la UE apoyará y completará la acción de los Estados miembros en el *ámbito de la Seguridad Social* y de la protección social de los trabajadores. Las leyes o leyes-marco europeas podrán establecer *disposiciones mínimas* que no entorpezcan la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.

Una cuerda lectura de este anuncio autoriza y sienta, una vez más, las bases pacíficas de una iniciativa —que probablemente esperará su turno por tiempo indefinido— de la UE, para corregir una irregularidad que, como la denunciada aquí y ahora, *vulnera los mínimos de orden público social* que han de prevalecer. Su eliminación no repercute negativamente en los aspectos de la libertad de empresa que el constituyente europeo exige respetar.

Algo más alentador y, si se quiere optimista, es confiar —tras lo vario de las experiencias vividas al respecto— en la eficacia de las tentativas de control constitucional que, al esfumarse los reparos económicos invocados de antiguo, se han iniciado o están a punto de emprenderse.

No deja de decepcionar, en el fondo y en la forma, la intencionalidad con que la CUE ha cuidado de situar el derecho a la Seguridad Social fuera de su elenco de derechos fundamentales, aunque ello no haya mitigado los encendidos elogios que ese texto ha recibido de algunos responsables del mundo sindical.

Estudios de Deusto



Universidad de
Deusto

• • • • •